# Revista de Estudos EMPÍRICOS EM DIREITO

# BRAZILIAN Journal of EMPIRICAL LEGAL STUDIES

*vol 2, n 1, jan 2015*



Rede de Pesquisa
Empírica em Direito

**EDITORES**
EDITORS /
José Roberto Franco Xavier / UFRJ
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 / UFRJ
Luseni Maria Cordeiro de Aquino / IPEA
Maíra Rocha Machado / FGV Direito SP
Paulo Eduardo Alves da Silva / USP

**REVISÃO DA REVISTA**
JOURNAL REVISIONS /
Beatriz Kira
Ingrid Garbuio Mian
Julia Gitahy da Paixão
Vivian 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**

Apresentamos o terceiro número (vol. 2, n. 1) da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, publicada pela *Rede de Pesquisa Empírica em Direito – Reed*. Este número dá seguimento ao nosso projeto de divulgar trabalhos de pesquisa empírica em temas ligados ao direito, assim como pesquisas que refletem sobre esse caminho de pesquisa.

Gostaríamos de destacar que prossegue o avanço gradual da pesquisa empírica em direito no Brasil e, sobretudo, que a reflexão que se tem produzido começa a dialogar de forma mais intensa e direta com uma comunidade supranacional. Este número traz uma maior quantidade de trabalhos estrangeiros e parece evidente haver uma certa sintonia entre as reflexões que temos produzido e as dos nossos colegas de outros países. Além de norte-americanos e europeus, os latino-americanos compõem espaço especial neste número – articulação que é um dos propósitos institucionais da própria Reed.

O artigo submetido pelo Professor Daniel Bonilla, da Universidade de Los Andes, provoca-nos a refletir sobre como e, principalmente, de onde vem a produção de conhecimento jurídico. A polarização entre os chamados "Sul Global" e "Norte Global" é um eixo interessante para diferenciar os objetos, os métodos e, naturalmente, os resultados de conhecimento jurídico produzido e então difundido nos cursos jurídicos – uma sugestiva referência para a reflexão epistemológica no contexto de países em desenvolvimento. O artigo da Professora Wanda Capeller, da Universidade de Toulouse, traz uma importante reflexão epistemológica sobre o direito a partir da teoria social. Já a entrevista do Professor Álvaro Pires, da Universidade de Ottawa, traz também uma interessante contribuição sobre a atividade de pesquisa na fronteira entre o direito e a sociologia/criminologia, a partir de sua própria trajetória profissional. Temos também neste número a tradução do notável artigo do Professor Russel Korobkin, da Universidade da Califórnia, em Los Angeles, sobre a pesquisa empírica sobre contratos – instituto jurídico clássico e objeto muitíssimo privilegiado para a observação do funcionamento do direito. E, como última contribuição internacional deste número, temos o trabalho de Lina Penen, da Universidade de Externado na Colômbia, que analisa as questões jurídicas por detrás do embate entre o movimento LGBT e o movimento religioso naquele país.

O diálogo se completa com os trabalhos nacionais selecionados para este número, cuja qualidade confirma o bom caminho da pesquisa empírica em direito no Brasil. As análises sobre como decidem (e pensam...) os tribunais brasileiros aparecem mais uma vez neste número. Uma delas divulga um relevante levantamento sobre a legislação antirracista nas decisões judiciais brasileiras (Machado, Santos e Ferreira) e outra dá seguimento na análise da qualidade argumentativa do STF e sua integração com outras cortes (Santana, Ramos e Lemes). Os relatos de experiência de pesquisa empírica em direito, bastante ilustrativos e úteis para futuras pesquisas, também estão neste número: uma comparação entre as experiências de etnografar uma escola de formação de magistrados no Brasil e na França (Fontainha) e um relato do percurso para um levantamento em documentos judiciários do período da ditadura militar no Brasil (Schinke). A relação entre a Sociologia e o Direito, discutida nos artigos de Capeller e na entrevista com Álvaro Pires, reaparece na reflexão sobre como a doutrina jurídica encara o ato obsceno (Martins). A magistratura brasileira também é analisada por outra perspectiva, a de como paulatinamente tem sido construída a regulação de seus membros pelo CNJ, este novo ator no cenário institucional brasileiro (Franco).

Um registro de agradecimento especial aos pareceristas anônimos, tradutores e revisores que voluntariamente, e com qualidade irretocável, trabalharam na seleção e preparação dos trabalhos publicados neste número.

Boa leitura!

**OS EDITORES.**

# LETTER FROM **THE EDITORS**

We present the current issue (vol. 2, n.1) of the Brazilian Journal of Empirical Legal Studies, published by the Brazilian Network of Empirical Legal Studies (REED – *Rede de Pesquisa Empírica em Direito*). This issue follows our goal of disseminating empirical research on topics related to law, as well as research that reflects on this type of project.

We would like to highlight that the gradual advancement of empirical legal studies in Brazil continues, as illustrated by the more intense and direct dialogue with the international community in this issue. There are more pieces from foreigners and so it seems that a certain harmonization starts to happen between the discussions we have been producing and the ones from our colleagues in other countries. Besides the North Americans and Europeans, the Latin Americans occupy a special place in this issue, an articulation that is one of the institutional goals of Reed itself.

The article submitted by Professor Daniel Bonilla, from the Universidad Los Andes, provokes us to reflect on, particularly, where legal knowledge is produced. The polarization between the so-called Global South and Global North is an interesting axis for differentiating the objects, the methods and, naturally, the results of production of legal knowledge, which are disseminated to law schools. This is an instigating starting point for an epistemological reflection in the context of countries from the Global South. Professor Wanda Capeller's article, from the Université de Toulouse, presents an important epistemological discussion about law from a social theory perspective. On the other hand, the interview with Professor Álvaro Pires, from the University of Ottawa, also brings an interesting contribution about doing research on the border between law and sociology/criminology, based on his own professional trajectory. We also have in this number, an important translation of an article from Professor Russel Korobkin, from the University of California at Los Angeles, about empirical research on contracts – a classic legal institute and a privileged object for the observation of law in action. The last international contribution to this issue is the article from Lina Penen, from the Universidad Externado de Colombia, which analyzes the legal matter behind the clash between the LGBT movement and religious movements in Colombia.

The dialogue is completed with the Brazilian pieces selected for this number, whose quality confirms the path of empirical legal research in this country. The studies of how courts decide (and think…) are still present in this issue. One of these articles presents an important assessment of the anti-racist legislation in Brazilian case law (Machado, Santos and Ferreira). Another study tackles the argumentative quality of the Brazilian Supreme Court's (STF – *Supremo Tribunal Federal*) decisions and its integration with other courts (Santana, Ramos and Lemes). The reports on the experience of doing empirical legal studies, which are very illustrative and useful for future research, are also present in this issue. First, there is a comparison between the experience of doing an ethnography in judicial education institutes both in Brazil and in France (Fontainha) and then there is a review of the tortuous path to obtain court documents from the dictatorship period in Brazil (Schinke). The relationship between Law and Sociology, discussed in Capeller's article and in the interview with Álvaro Pires, reappears in the analysis of how legal doctrine treats the obscene act (Martins). There is also an analysis of the Brazilian Judiciary with a different perspective, mainly through the gradual regulation of the judiciary by the members of National Council of Justice (CNJ –*Conselho Nacional Justiça*), a new actor in the Brazilian institutional landscape (Franco).

A special thanks to all our blind reviewers, translators and revisers who voluntarily, and with irreproachable quality, worked on the selection and preparation of the pieces published in this issue.

Happy reading!

**THE EDITORS.**

# SUMÁRIO


**10** **De que lugar falamos?** Retomando um velho papo sobre o Direito e a Sociologia // *Wanda Capeller*

**26** **La economía política del conocimiento jurídico** // *Daniel Bonilla*

**60** **Legislação antirracista punitiva no Brasil:** uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros // *Marta Rodriguez de Assis Machado, Natália Neris da Silva Santos e Carolina Cutrupi Ferreira*

**93** **Um pesquisador na EMERJ:** negociações de uma postura de pesquisa em um mundo institucionalizado // *Fernando de Castro Fontainha*

**112** **A lei sobre o corpo e o corpo sobre a lei:** o ideário dos juristas sobre o crime de ato obsceno no Brasil na perspectiva da Sociologia do Corpo // *Ana Paula Antunes Martins*

**126** **Dificuldades e descobertas de uma pesquisa empírica em Direito:** estudo de casos a partir de documentos de arquivos judiciários // *Vanessa Dorneles Schinke*

**140** **A interação argumentativa entre o Supremo Tribunal Federal e outras cortes** // *Aline Oliveira de Santana, Luciana de Oliveira Ramos e Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros*

**162** **Movimiento LGBT y contra movimiento religioso en Colombia** // *Lina Malagón Penen*

**185** **A resolução 135/CNJ e o desafio da regulamentação da magistratura** // *Ivan Candido da Silva de Franco*

**200** **Pesquisa empírica em Direito Contratual:** Possibilidades e problemas // *Russell Korobkin*

**226** **Sobre Direito, Ciências Sociais e os desafios de navegar entre esses mundos:** uma entrevista com Álvaro Pires // *Álvaro Penna Pires, Carmen Silvia Fullin, Ana Lucia Pastore Schritzmeyer, José Roberto Franco Xavier*

**249** **Política e Sociedade:** teoria social em tempo de austeridade // *Resenha por Wanda Capeller*

# TABLE OF CONTENTS


**11** **Which place are we speaking from?** Returning to a long-standing talk about Law and Sociology // *Wanda Capeller*

**27** **The political economy of legal knowledge** // *Daniel Bonilla*

**62** **Antiracism legislation in Brasil:** approaching the application of the law in the Brazilian courts // *Marta Rodriguez de Assis Machado, Natália Neris da Silva Santos e Carolina Cutrupi Ferreira*

**94** **A researcher at the EMERJ:** negotiations of a field research approach at an institutionalized context // *Fernando de Castro Fontainha*

**113** **The law on the body and the body beyond the law:** the conception of Brazilian legal scholars on the crime of obscene act in the sociology of the body perspective // *Ana Paula Antunes Martins*

**127** **Difficulties and findings of an Empirical Legal research:** case studies built on judicial documents // *Vanessa Dorneles Schinke*

**141** **Argumentative interactions between Brazilian Supreme Court and other courts** // *Aline Oliveira de Santana, Luciana de Oliveira Ramos e Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros*

**163** **LGBT movement's legal strategies and the christian social movement reaction in Colombia** // *Lina Malagón Penen*

**186** **CNJ's resolution 135 and the challenge of regulating the judiciary** // *Ivan Candido da Silva de Franco*

**201** **Empirical scholarship in Contract Law:** Possibilities and Pitfalls // *Russell Korobkin*

**227** **On Law, Social Sciences and the challenges to navigate these two worlds:** an interview with Alvaro Pires // *Álvaro Penna Pires, Carmen Silvia Fullin, Ana Lucia Pastore Schritzmeyer, José Roberto Franco Xavier*

**249** **Politics and Society:** social theory in a time of austerity // *Wanda Capeller*

# **DE QUE LUGAR FALAMOS?** Retomando um velho papo sobre o Direito e a Sociologia // *Wanda Capeller*[1]

**Palavras-chave:**
epistemologia / positivismo / ciência do direito / discurso jurídico / campo jurídico / Teoria Social

**Sumário:**

**1 Introdução**
**2 Uma ironia epistemológica, o impacto da filosofia positivista no positivismo jurídico**
2.1 O não reconhecimento dos direitos
2.2 A inversão das premissas do positivismo científico
2.3 Efeitos em série da ironia epistemológica
**3 Os entendimentos do discurso jurídico**
3.1 O discurso jurídico
3.2 A noção de campo jurídico
**4 As tensões epistemológicas entre o direito e as teorias sociais**
4.1 O direito presente nas teorias sociais clássicas
4.2 O direito presente nas teorias sociais atuais
**5 Considerações finais**
**6 Referências**

**Resumo**
Os juristas que pretendem realizar estudos sócio-jurídicos devem enfrentar as mutações e os desafios da sociedade globalizada. O ensino jurídico, destituído de uma visão sociológica, não fornece os instrumentos teóricos necessários para uma reflexão sobre o mundo social que ultrapasse as lógicas formais normativas. Este artigo denuncia essas dificuldades ao abordar as relações conflituais entre o Direito e a Sociologia do Direito, consequência da ironia epistemológica que constituiu a adoção pelos juristas do positivismo filosófico. Se as Ciências Sociais tendem a ignorar o Direito como elemento fundador das práticas sociais, diversos paradigmas sociológicos mobilizaram o Direito como um fio condutor para a explicação dos fatos e das mudanças sociais. De todos os modos, os pesquisadores desta área devem atentar para a questão da importação de modelos, utilizando de maneira crítica as teses produzidas pelas sociedades centrais.

1 Professora Catedrática de Sociologia do Direito, *Institut des Sciences Politiques* de Toulouse. Membro do Comitê de Redação da *Revue Droit et Société*, Paris.

# **WHICH PLACE ARE WE SPEAKING FROM?** Returning to a long-standing talk about Law and Sociology // ***Wanda Capeller***

**Keywords**
epistemology / positivism / legal science / legal discourse / legal field / Social Theory

**Abstract**
Legal scholars that seek to perform social legal studies have to face the challenges and transformations of a globalized society. Legal education without a sociological perspective will not provide the theoretical tools to understand the complexities of the social world that go beyond the normative and formal logic. This article reveals the difficulties to tackle the conflictual relationship between Law and Sociology of Law, which is a consequence of the epistemological irony of the adoption of philosophical positivism by legal scholars. If Social Science tends to ignore Law as a founding element of social practices, many sociological paradigms mobilized Law as common thread to explain social facts and changes. In any case, researchers in this area should be aware of the issue of importing models, using the thesis produced in this way in a critical manner.

## 1 Introdução

Na era de globalização neoliberal, os juristas estão tendo que afrontar as intensas mutações do direito e seus efeitos perversos no campo social. Com efeito, o direito moderno, portador de seguranças, certezas e garantias individuais, foi dando lugar a um direito pós-moderno, pragmático, multirracional, pluralista, fragmentado e complexo (Arnaud, 2004), sistêmico (Luhmann, 2004), 'soft' (Wroblewski, 1986; Delmas-Marty, 1986 e 1998; Arnaud & Fariñas Dulce, 1998, p. 323 e ss.), cujas lógicas atendem às demandas dos sistemas financeiros e do mercado global de consumo (Bauman, 2013). Este direito estratégico, funcional e instrumental, que não passa necessariamente por um processo de legtitimação discutido no 'mundo da vida' (Habermas, 1981; Melkevik, 1992, p.127), sacrifica a proteção dos indivíduos na área dos direitos sociais, e adquire as formas de um ‹direito líquido› que, por exemplo, na área do direito do trabalho, gera um 'direito de exceção' permanente (Ferreira, 2012, p.75 e ss.), e no âmbito da governança global apresenta uma regulação de 'texturas abertas', imposta notadamente pelas agências globais (Arnaud, 2014).

Nesses contextos fluídos do direito, os juristas encontram ainda maiores dificuldades quando pretendem realizar pesquisas empíricas de cunho sociológico, uma vez que, neste campo, devem enfrentar também questões de ordem epistemológica e metodológica inerentes ao próprio estatuto científico da sociologia do direito. Disciplina bicéfala, onde a sociologia e o direito encaram-se "comme des chiens de faïence" com olhos mutualmente suspiciosos, ou ‹disciplina Janus› (Commaille & Perrin, 1985), de uma só cabeça e duas faces opostas, a sociologia do direito apresenta muitas dificuldades epistemológicas. A isso soma-se o fato de que os pesquisadores oriundos do direito não possuem em geral os alicerces teóricos e técnicos das ciências sociais para desenvolver o trabalho sócio-empírico. Se o aprendizado dos juristas-sociólogos faz-se pela apreensão das lógicas do normativismo formalista das "ciências jurídicas" e do dogmatismo positivista, como abordar o campo interdisciplinar e alargado dos estudos sócio-jurídicos (Arnaud, 1992) sem ter que abandonar o direito?

Para Jean Carbonnier, a sociologia do direito constitui uma disciplina "à part entière", que delimita um território disciplinar próprio destinado a estudar as normas jurídicas e as regras institucionais que regem os comportamentos dos atores sociais. Para analisar categorias jurídicas específicas, essa disciplina empresta da sociologia os conceitos e os métodos, e serve-se das técnicas de pesquisa das ciências sociais (Carbonnier, 1972). Mas o fato é que o direito durante muito tempo considerou as ciências sociais como 'ciências auxiliares', simples 'servidoras' do direito (Arnaud, 1997). Sobre isso, o exemplo da criminologia na França é emblemático: os juristas a utilizam como um 'saber auxiliar' do direito penal, e os cientistas sociais a consideram um 'saber da repressão' e da dominação social, ambos procurando impedir sua institucionalização como disciplina justamente num país onde a territorialização das disciplinas é fundamental para a determinação das carreiras profissionais. Ora, se o direito 'coloniza' as ciências sociais, essas também o 'colonizam', e servem-se dele mais das vezes como uma variável periférica.

Afinal, de que lugar falamos? A *'partir do direito'*, *'sobre o direito', 'contra o direito'*? A dualidade explícita da expressão "direito e sociedade" (*law and society, droit et société*), ou implícita do termo posteriormente usado *"direito na sociedade" (law in society*), não resolve a questão dicotômica da sociologia do direito, dividida entre uma visão relativamente autônoma do direito e uma visão autoconstruída (sem direito?) do mundo social. Preocupados com essas questões, François Ost e Michel van de Kerchove sugeriram uma abordagem complementar, suscetível de englobar o 'direito interno' e o 'direito externo' numa 'perspectiva interna/externa' do direito (Ost & Van de Kerchove, 1988). O debate, todavia, persiste, notadamente quando juristas e cientistas sociais afrontam seus pontos de vista. Foi por esta razão que o Comitê de Redação da *Revue Droit et Société* decidiu publicar dois volumes numa espécie de 'jogo de espelhos' para dar a palavra a ambos os tipos de pesquisadores.[2]

Pergunta-se todavia: como o direito pode ser mar-

2 Ver Ed. Juridiques Associées. (2008). Dossier Quelles méthodes pour la sociologie du droit et de la justice? *Revue Droit et Société, (69-70), e Ed. Juridiques Associées. (2010). Dossier Sciences sociales, droit et science du droit: le regard des juristes, Revue Droit et Société (75).*

ginalizado pelos cientistas sociais em trabalhos que pretendem examinar o fenômeno jurídico? Como ofuscar o impacto das transformações das racionalidades jurídicas no mundo social? Arnaud (2004), ao analisar o direito na transição da modernidade à pós-modernidade, mostrou que as racionalidades jurídicas que surgiram neste momento fundaram novas lógicas normativas globais. Também, Ferreira observou as novas racionalidades do direito do trabalho que servem de justificativa ideológica às políticas de austeridade impostas pelo neoliberalismo na Europa. Segundo ele, o desmantelamento do direito do trabalho não somente determina novas formas de regulação jurídica, mas também novas formas de regulação política, legitimando o poder dos não eleitos, dos agentes globais (Ferreira, 2012; 2014).

Para aprofundar essas questões, proponho uma reflexão em três tempos: (i) *uma ironia epistemológica, o impacto da filosofia positivista no positivismo jurídico*, (ii) os *entendimentos do discurso jurídico,* e (iii) as *tensões epistemológicas entre o direito e as teorias sociais*.

## 2 Uma ironia epistemológica, o impacto da filosofia positivista no positivismo jurídico

No início do século XIX, o positivismo de Auguste Comte procurou dar respostas às mutações e crises sociais provocadas pela afirmação da sociedade industrial nos países ocidentais, onde surgiam conflitos entre o capital e o trabalho, antagonismos sociais, uma grande concentração urbana e novas formas de organização das classes trabalhadoras, consideradas como 'classes perigosas' (Chevalier, 1958). Nessa época de temor do socialismo, foram bem aceitas as ideias de Comte que preconizavam um Estado forte, centralizador, capaz de estabelecer a ordem para chegar ao progresso. Por curiosidade, lembramos que o termo sociologia – proposto por Comte (1839), que inicialmente havia pensado no termo 'física social' (já antes utilizado por Adolphe Quételet para nomear a estatística) –, aparece ao mesmo tempo que os termos 'socialista' (pronunciado pela primeira vez em 1835, na Inglaterra, pelo deputado C. Owen) e 'socialismo', que data de 1841. A sociologia ficou, desde logo, marcada de conotação política.

Consagrado à missão de reformadora, o positivismo filosófico comtiano se situou na antítese dos autores antimarxistas que desejavam um retorno à História, mas também dos autores socialistas que queriam mudar a sociedade pela ação política (*Comte,* 1822). Ao rejeitar as crenças metafísicas, teológicas e socialistas, e combinando as noções de Ordem e Progresso, o positivismo pretendeu criar uma Nova Ordem Social ao difundir sua doutrina política, muito útil, aliás, às elites latino-americanas que buscavam reforçar e modernizar o Estado sem mudanças bruscas, destruição das instituições ou revolução social. As elites militares brasileiras do fim do século XIX, por exemplo, adotaram sem reservas a doutrina positivista como base teórica e ideológica para a República, proclamada em 1889. A Primeira República, de fato, fundada na doutrina de um Estado forte e centralizador, tornou-se rapidamente a primeira ditadura militar brasileira.

Do ponto de vista científico, o positivismo filosófico baseou-se em dois princípios: a observação dos fatos e a enunciação de leis fundadas na observação empírica das regularidades sociais. A doutrina comtiana centra-se na noção de unidade: unidade da História, unidade humana, unidade social. Para Comte, o homem é o mesmo em todos os lugares e em todos os tempos, visão que determinou uma mentalidade etnocêntrica na Europa, que, com base nesse etnocentrismo cultural, justificou os processos de colonização de povos tidos como 'atrasados' em relação à sociedade superior positiva, quer dizer a sociedade industrial moderna dominada pela ciência e tecnologia. Assim, a ciência ocidental passa a ser a ciência de toda a humanidade, apontando para um modelo de sociedade para o qual deveriam convergir todos os povos (Aron, 1967, p.79 e 86). No final do século XIX, de fato, a economia-mundo capitalista expandiu-se à totalidade do planeta, e nessa época, pela primeira vez na história da humanidade, chegou-se a um sistema histórico único, o 'sistema-mundo' (Wallerstein, 1980).

Nesse quadro teórico, o direito saiu perdendo, essencialmente por duas razões: a primeira porque o positivismo filosófico não reconheceu direitos subjetivos e individuais; a segunda porque o impacto do positivismo filosófico no positivismo jurídico resultou de uma inversão das próprias premissas do positivismo científico.

## 2.1 O não reconhecimento dos direitos

Em termos filosóficos, o positivismo significou uma regressão em relação às ideias do Iluminismo, que outorgara direitos individuais inalienáveis. Se Montesquieu percebeu toda a diversidade humana e social, o seu pluralismo, o pluralismo jurídico, e conseguiu dificilmente encontrar uma certa ordem no caos aparente, Comte, por sua vez, não reconheceu a diversidade humana e social (Aron, 1967, p.79) nem direitos subjetivos e individuais. Na sua obra *Catéchisme positiviste*, ele questiona o direito, seus fundamentos, seu sentido e seu valor. Na sua visão holista, a sociedade é composta de organismos sociais, de 'famílias' e não de indivíduos, pois domina o principio segundo o qual o 'todo é superior às partes' (Comte, 1852).

Comte chega, assim, ao objetivo último de toda filosofia anti-histórica, ou seja, ao mito da sociedade sem direito. Para ele, o indivíduo, ser social, deve ser colocado face às suas responsabilidades sociais, dado que é um ser fundamentalmente social. A ideia de direito é, portanto, absurda e imoral, pois supõe que o homem constitua uma individualidade absoluta. Os indivíduos não têm direitos, somente deveres. A posição antijurídica de Comte é resultante de sua oposição ao jusnaturalismo jurídico, que considerou como traços da metafísica. Por isso critica de maneira virulenta a noção abstrata e subjetiva do direito, distanciada do mundo social. Portanto, uma *mentalidade positivista* se difundiu na cultura europeia, dominando-a por muito tempo, e a doutrina positivista foi adotada por todas as teorias que rejeitavam a metafísica (Fasso, 1974, p.122).

## 2.2 A inversão das premissas do positivismo científico

Se a expressão 'positivismo jurídico' só apareceu no final do século XIX, os juristas dessa época já se consideravam positivistas por terem aderido ao 'direito positivo' que rejeitava o direito natural. O próprio termo 'positivismo jurídico', que vincula o direito ao positivismo filosófico, parece ser um contrassenso na medida em que este último é indiferente ao direito. Seguindo a orientação de Comte, que afirmava ser a construção científica essencial para qualquer tipo de conhecimento, os juristas quiseram construir uma 'ciência do direito', o que caracteriza uma verdadeira ironia epistemológica. Portanto, no momento do triunfo do positivismo filosófico contra a religião, a metafísica e outras filosofias transcendentais, o sonho dos juristas parecia ser perfeitamente viável, não fosse o paradoxo das consequências. Com efeito, ao propor o método formalista, o positivismo jurídico situou-se numa perspectiva diametralmente oposta ao positivismo filosófico (Fasso, 1974, p.138). A ciência do direito foi elaborada como uma teoria das normas baseada num sistema normativo racional, afastando assim os juristas da sociologia do direito tida como uma ciência aproximativa. De fato, o projeto científico dos juristas formou-se a partir do desejo de igualar o direito e as ciências exatas em relação às quais sempre sentiram um complexo de inferioridade (Fasso, 1974, p.139).

Mas, afinal, existe uma epistemologia jurídica? Christian Atias afirma que os juristas falam em ciência do direito sem nenhuma pretensão epistemológica, e que se há uma 'epistemologia jurídica', ela constitui uma 'epistemologia jurídica descritiva', na qual o objeto não é o direito, mas o conhecimento do direito. A epistemologia jurídica descritiva serve a "compreender o que os juristas procuram conhecer, apreciar os meios que eles empregam e determinar qual pode ser a influência destes procedimentos de conhecimento do Direito sobre o direito que é o objeto". Por conseguinte, os juristas devem responder a uma só questão: como se pode reconhecer e interpretar o direito? Ou seja, a ciência do direito não procura compreender e explicar a conduta humana senão como objeto ela mesma de normas jurídicas (Atias, 1985, p.16 e ss.).

Nesse sentido, Bourdieu afirma que a teoria do direito de Hans Kelsen correspondeu à 'ultra-consequência' do esforço dos juristas para criar um corpo de doutrinas e regras que achava em si mesmo seu próprio fundamento, independentemente de todas as pressões sociais (Bourdieu, 1986). Autor neokantiano, Kelsen inspirou-se na *Teoria da Razão Pura* de Kant e em sua filosofia transcendental, que se opunha à metafísica, para elaborar sua obra a *Teoria Pura do Direito* (Kelsen, 1934). A teoria kelsiana é contrária ao direito natural que possui caráter universal e que corresponde à metafísica no âmbito jurídico e social (Kelsen, carta à Renato Treves de 3 de agosto de 1933).

Sem querer adentrar debates próprios à teoria do direito, vale lembrar que a perspectiva epistemológi-

ca da ciência das normas de Kelsen levou-o à noção de *Grundnorm,* de *norma fundamental,* que é preciso 'supor' para poder 'instaurar' uma ordem jurídica. Nesta 'hipótese lógico-transcendental'[3] refletiu-se a inspiração kantiana de Kelsen, que, ao questionar o modo de produção das normas jurídicas, necessário para descrever cientificamente a estrutura e a dinâmica da pirâmide jurídica, não pode eludir o problema do fundamento da validade das ordens normativas. Sobre este ponto, Simone Goyard-Fabre aponta para um aspecto desconcertante: ela explica que não se deve confundir a Constituição – que é o cume da pirâmide do direito positivo –, com a *Grundnorm*, que é uma 'norma básica' que não pertence ao direito positivo, mas apenas torna-o possível e pensável enquanto direito válido (Goyard-Fabre, 1994, p.228).

Ainda desconcertante é a afirmação de Kelsen, segundo a qual a teoria pura do direito, inspirada na 'teoria da experiência' de Kant, é uma teoria 'empírica'. Se o direito positivo pode ser entendido como 'direito na experiência' ou 'experiência jurídica', ele é necessariamente direito empírico, e a teoria pura do direito é certamente empírica (carta a Renato Treves, 1933). Ao meu ver, esta afirmativa pode confundir os que pretendem fazer uma 'sociologia jurídica dos juristas' (Arnaud & Fariñas Dulce, 1998, p. 103 e ss.), pois o 'positivismo singular' de Kelsen, ao defender a tese da normatividade pura, estabelece uma clara distinção conceitual entre direito e fato social, contrariamente ao positivismo jurídico tradicional que afirma a inseparabilidade do direito e do fato (Paulson, 1997, p. 4).

O positivismo jurídico exige uma lógica formal que abstrai todos os conteúdos, sejam eles valores éticos, realidades histórico-sociais ou empíricas. Há, portanto, na teoria do direito de Kelsen uma exigência total de pureza, e as normas jurídicas são vistas somente enquanto normas, eliminando-se do conceito de 'ciência jurídica normativa' toda consideração moral, psicológica, histórica e sociológica. Na verdade, os próprios juristas criticaram essa 'ciência do direito' de um normativismo exclusivo e excludente. Pashukanis (1988, p.47) afirma que o direito, enquanto conjunto de normas, é apenas uma 'abstração sem vida', e que a escola normativa negou a relação entre os sujeitos, desconsiderando o direito sob o ângulo da sua existência real ao centrar sua análise no valor formal das normas. Mais recentemente, Ricci afirma indispensável evidenciar a natureza das relações entre 'enunciados prescritivos' e 'enunciados da existência' (Ricci, 2002), e Paul Amselek (1994), no seu livro *Méthode phénoménologique et Théorie du Droit*, considera a teoria pura do direito como uma das primeiras manifestações da fenomenologia do direito (Amselek, 1994; Kalinowski, 1969; Perrin, 1993; Guerra Filho, 2008).

Se o formalismo jurídico teve raízes no jusnaturalismo, ele não esperou o positivismo para afirmar-se como paradigma: o conceptualismo e o formalismo da dogmática jurídica encontraram sua máxima expressão na elaboração das teorias gerais do direito do final do século XIX e meados do século XX. Mas o positivismo jurídico, fundado no cientifismo positivista, vai mais longe ao construir um formalismo normativista puro, que significou a negação do positivismo filosófico. Este último pretendia descobrir as leis e as regularidades racionalmente formuláveis dos fatos reais, e não as relações entre conceitos não referentes a realidades concretas (Fasso, 1974, p. 146). Portanto, a concepção kelseniana do direito positivo formal, dogmático *e empírico* confunde o jurista quando de sua intenção de fazer pesquisa sócio-empírica.

### 2.3 Efeitos em série da ironia epistemológica

Tal concepção do direito provoca efeitos perversos em série: *o primeiro efeito perverso* diz respeito ao próprio ensino do direito, concebido como um monismo estatal oficial que limita as fontes do direito às fontes normativas oficiais, e erradica de sua conceptualização a cultura e as interações intersubjetivas dos sujeitos sociais. Ora, sabemos que a pesquisa em direito não se limita ao estudo das normas jurídicas positivadas pelo direito estatal, nem tampouco ao estudo das ins-

3 Segundo a *Crítica da Razão Pura* de Kant, todo conhecimento que gera, não objetos, mas conceitos *a priori* como objetos, é transcendental. Na teoria do conhecimento de Kant, a filosofia transcendental ou idealismo transcendental teve como objetivo justificar a possibilidade do conhecimento científico do século XVIII. Ela partiu da constatação de que nem o empirismo inglês, nem o racionalismo continental, explicavam satisfatoriamente a Ciência. Kant mostrou que, apesar de o conhecimento se fundamentar na experiência, essa nunca se dá de maneira neutra, pois a ela são impostas as formas *a priori* da sensibilidade e do entendimento, características da cognição humana (Silveira, 2002).

tituições jurídicas, pois a resolução de conflitos passa igualmente pela esfera dos direitos alternativos.

*O segundo efeito perverso* resulta do primeiro, pois se refere à cristalização dos conhecimentos e dos conceitos jurídicos. A transmissão e a petrificação da ciência positivista do direito nas faculdades de direito, limitando-se em geral a um aprendizado das normas, de sua exegese e de suas tecnologias procedurais, encerram os juristas num debate interno, normativo lógico-formal e dogmático (Fasso, 1974). Em muitos países o ensino do direito exclui elementos históricos, psicológicos e sociais e as referências às funções sociais que asseguram a implementação das normas jurídicas (Bourdieu, 1986). Na França, recentemente, em artigo dedicado ao ensino do direito no século XXI, afirmou-se que "é preciso não acreditar que a formação jurídica pode favoravelmente ser diluída nas ondas pluridisciplinares" (Lasserre, 2013, p. 24). Daí que os estudantes de direito assumem, sem questionar criticamente, uma alienação técnica, tornando-se indiferentes à compreensão do direito como expressão de experiências jurídicas objetivas, intersubjetivas e incorporadas pelos indivíduos. Como profissionais, mais tarde, estarão destinados a exercer em espaços jurídicos fechados e autorreferenciais, onde os juristas práticos (advogados, juízes, etc.) recorrem às normas e ao discurso jurídico como uma 'arte de persuasão'.

*O terceiro efeito perverso é consequência do segundo,* pois trata do postulado kelseniano da autolimitação da pesquisa ao enunciado das normas jurídicas. Parece ser que, nos meios jurídicos, dá-se menos importância ao trabalho científico, dado que os profissionais dessa área ostentam com orgulho a etiqueta de operadores jurídicos (Guerra Filho, 2008). De fato, os operadores do direito utilizam uma linguagem-objeto e se comunicam entre si por meio das formas específicas do discurso jurídico.

## 3 Os entendimentos do discurso jurídico

Não posso resistir de trazer aqui a deliciosa passagem do livro *A Tragédia da Rua das Flores* de Eça de Queiroz (1982, pp. 193-195):

> *Mas o procurador Gurjão entrou... E vindo sentar-se subitamente ao pé de Vitor, disse-lhe, olhando-o por cima da luneta, com brandura:*
>
> *— Se uma inscrição de hipotéca, procedente ao mesmo título, tiver sido tomada em diversas conservatórias, e a acção se houver de intentar "no julgado onde estiver situada a maior parte dos bens onerados", será onde esses bens pagarem mais contribuição directa, ou no julgado do domicilio do registrante? Hem?*
>
> *Vitor olhou-o com terror. Não tinha percebido absolutamente nada da idéia do Gurjão. Fez-se repetir o caso. Torcia o bigode, com os olhos esgazeados.*
>
> *— Vossa Excelência não se recorda? E consultando uma nota: Código, capítulo 10°, secção 4°, subsecção 7°, divisão 5°. Deve ser por ai...*
>
> *Vitor bateu a porta... Desceu a escada. Na rua respirou amplamente. Estava resolvido a não voltar ao escritório.*

Essas linhas do grande Eça mostram bem que a linguagem jurídica – que é a linguagem da norma jurídica (*Rechtsnorm*), e que emprega amiúde a forma verbal *deve,* forma o vocabulário de uma *linguagem-objeto,* que é precisamente a linguagem das normas (Kalinowski, 1969, p. 88). Essa linguagem-objeto afasta os juristas das possibilidades de comunicação fora do *'huis-clos'* do direito, e os impede de exercer a 'dupla hermenêutica' (Giddens, 1987, p. 392) para reabilitar o senso comum, cuja dimensão utópica e libertadora amplia os conhecimentos. Santos já havia alertado para o fato de que a ciência moderna "se faz do cientista um ignorante especializado, faz do cidadão comum um ignorante generalizado" (Sousa Santos, 1986, p. 25). Nos meios jurídicos pode-se dizer que o 'cientista ignorante' ou o 'ignorante generalizado', aprendem, ambos, rapidamente as formas banalizadas do discurso jurídico, escrito ou oral.

### 3.1 O discurso jurídico

O discurso jurídico pode ser abordado por diversos prismas, segundo a matriz epistemológica. Do ponto de vista sistêmico luhmanniano, o discurso jurídico permite, ao mobilizar seus próprios critérios normativos, a readaptação dos subsistemas de direito, que

apesar de 'fechados', recebem informações através das aberturas cognitivas. As recursividades transformacionais realizadas com base nesses critérios caracterizam a autopoiese jurídica (Arnaud & Fariñas Dulce, 1998, pp. 258-259). Na visão de Habermas, a legitimação do direito dá-se no 'mundo da vida', e passa por um processo específico de legitimação do discurso jurídico. Nessa abordagem, o que está em jogo é a validade social da construção de um 'mundo do agir regulado pelas normas', onde o papel do discurso jurídico consiste precisamente em edificar e transformar esse mundo regulado pelas normas. Os discursos sociais, no entanto, podem validar ou não as normas jurídicas, tornando-as controversas nos espaços das interações entre os sujeitos sociais. O discurso representa, então, uma forma de reciprocidade metacomunicacional, onde a validade das normas resulta de uma comunicação recíproca-reflexiva (Melkevik, 1992, pp. 127-128).

Para perceber o discurso jurídico como a 'forma por excelência de um discurso que age', como uma *'força da forma'* (Bourdieu, 1986, p. 13 e ss.), temos que examinar a sociologia do direito de Pierre Bourdieu, plena de particularidades. Com efeito, esse autor não deu coerência aos seus trabalhos sobre o direito, reunindo-os de maneira esparsa em diversas publicações, em que se nota uma visão descontínua e fragmentada do direito na medida em que esse objeto foi vinculado a outros temas de sua sociologia. Bourdieu, de fato, não dissociou a teoria sociológica do direito de sua 'sociologia dos campos' (Bourdieu, Champagne & Wacquant, 2013), concebendo o direito como um 'campo social' (Guibentif 2010, p. 272 e ss.). O seu texto *La force du droit*, referência maior da sociologia do direito, examina temas relevantes tais como o *discurso jurídico*, a *divisão do trabalho jurídico*, as *relações entre juristas e não juristas*, etc. Nele, o autor mostra que o monopólio dos juristas é resultante da incapacidade dos não-juristas, quando a situação o exige, de tratar juridicamente questões que necessitam uma redefinição normativa da experiência ordinária (Guibentif, 2010, p. 283)

Na sociologia bourdieusiana, o discurso jurídico e as práticas jurídicas são resultantes do próprio modo de funcionamento do campo do direito, cujas lógicas são duplamente determinadas pelas relações de forças específicas que conferem ao direito sua estrutura, e pelas obras jurídicas que formam o universo das soluções jurídicas. Assim elaborado, o discurso jurídico veicula a concepção do direito como uma 'ciência pura', que pode ser comparada com a linguística de Saussure que também constituiu uma 'teoria pura da língua'. Ao distinguir a linguística interna da linguística externa, Saussure excluiu igualmente toda referência às condições históricas, geográficas e sociológicas do funcionamento da língua e de suas transformações (Bourdieu, 1986, p.3-4).

Quanto à linguagem jurídica propriamente dita (que combina elementos da língua comum com elementos estrangeiros a ela, caracterizando a retórica da neutralidade e da impessoalidade), dela resultam vários efeitos: o *efeito do apriorismo* – afirmação anterior à experiência –, o *efeito da neutralidade* e o *efeito da universalidade.* Essa retórica da *autonomia*, da *neutralidade* e da *universalidade* estrutura a relativa autonomia do campo jurídico, de seus princípios e práticas, o que determina o 'espírito jurídico' e o 'senso jurídico'. O ‹espírito jurídico› é uma ‹postura universalizante› que autoriza uma forma específica de julgamento, irredutível às intuições inconstantes do sentido de equidade (Bourdieu, 1986, p. 3 e ss.; Guibentif, 2010, p. 282). Ora, essa abstração constitutiva do direito ignora a prudência prática da equidade (Bourdieu, 1986; Guibentif, 2010), de modo que as práticas jurídicas se caracterizam como 'força da forma': "como a prática religiosa, a prática jurídica se define na relação entre o campo jurídico, princípio da oferta jurídica que se forma na concorrência entre os profissionais, e as demandas dos profanos que são sempre em parte determinadas pelo efeito da oferta" (Bourdieu, 1986, p. 14).

Por muito tempo o debate científico sobre o direito situou-se na dualidade formalismo vs. instrumentalismo: o formalismo afirmando a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e o instrumentalismo que concebe o direito como um reflexo ou um instrumento a serviço dos dominantes. A ideia do direito como instrumento do poder, de raízes neomarxista, alcançou grande repercussão na América Latina, notadamente no Brasil, não somente em razão da época ditatorial do continente, mas também pela difusão do movimento *Critique du droit*

(Saffon & Villegas, 2011, pp. 149-172). Diga-se de passagem que esse movimento crítico do direito, apesar de sua riqueza teórica, ocupou um espaço marginal nos meios intelectuais, políticos e jurídicos franceses (Kaluszynski, 2011, p. 34). Por sua vez, a sociologia bourdieusiana também abandonou a visão marxista do direito porque esta ignorou a estrutura dos sistemas simbólicos (Bourdieu, 1986, p. 3), e ao mesmo tempo refutou a percepção binária internalista ou externalista do direito que não considera a existência de um universo social relativamente independente das demandas externas, mas no interior do qual se produz e exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima de monopólio do Estado. Para romper com esses impasses teóricos, Bourdieu (1986, p. 4) aplica ao direito sua noção de 'campo': o 'campo jurídico' é um espaço social que se caracteriza como o 'lugar' da concorrência pelo monopólio do direito de 'dizer-o-direito'.

### 3.2 A noção de campo jurídico

Sobre o 'campo jurídico' cabem, ao menos, quatro observações: a primeira diz respeito ao fato de que, na sociologia do direito francesa, a noção de campo jurídico foi inicialmente trabalhada por André-Jean Arnaud no livro *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit,* publicado em 1981. Mais tarde, no decorrer dessa década, Bourdieu realizou no *Collège de France* um Seminário dedicado ao tema do 'campo jurídico', a partir do qual publicou posteriormente os textos *La force du droit* e *La codification*, em 1986 (Guibentif, 2010, p. 274). Mesmo se Bourdieu refere-se ao trabalho de André-Jean Arnaud, este último não se havia inspirado da teoria bourdieusiana dos campos para elaborar suas teses, mas sim da teoria das formas matemáticas das análises estruturais (testemunho oral à autora). Portanto, as duas noções de 'campo jurídico' apresentam semelhanças. Para Arnaud, o campo do direito é delimitado por uma zona espacial onde forças de natureza antagônicas e concorrentes se confrontam, nos espaços do 'campo jurídico vulgar' do 'antes-do-dizer-do-direito', para 'dizer-o-direito' (Arnaud, 1981, p. 324 e ss.). Para Bourdieu, a teoria dos campos centra-se na análise dos *interesses* e das *práticas* dos agentes sociais que lutam no mesmo entorno social (*campo*), estabelecendo estratégias, no caso campo jurídico, para 'dizer-o-direito'.

A *segunda observação* refere-se à diferença, indicada pelo próprio Bourdieu, entre as noções de 'campo jurídico' e 'sistema jurídico'. Para esse autor, a teoria luhmanniana da autorreferência das estruturas legais confunde as estruturas simbólicas – o direito propriamente dito – com as instituições sociais das quais elas resultam. Segundo ele, Luhmann ressuscita a ideia do sistema jurídico que se transforma segundo suas próprias leis, notadamente porque não estabelece a distinção entre ‹registro simbólico› das normas e das doutrinas e ‹registro das relações objetivas› dos agentes e das instituições. Por essa razão, a teoria luhmanniana continua fornecendo aos juristas um quadro ideal da representação formal e abstrata do sistema jurídico (Bourdieu, 1986, p. 4).

*A terceira observação* aponta para o amálgama que faz Bourdieu, no seu texto *La force du droit*, entre 'campo jurídico' e 'campo judiciário', expressões que utiliza de maneira alternativa. Sobre esse ponto, Pierre Guibentif sugere que o termo 'campo jurídico' seja usado quando se trata das instâncias onde se reúnem os juristas que se identificam reciprocamente como tais, sem a presença dos não juristas. Outros conceitos poderão ser criados para referir-se às instâncias onde juristas e não juristas interagem, como, por exemplo, os conselhos de peritos, os debates mediáticos ou digitais (Guibentif, 2010, p. 284).

*A quarta observação* trata da evolução da noção de 'campo jurídico', cuja concepção tornou-se bastante mais fluida, nas palavras de Yves Dezalay, que no seu texto *Les usages internationaux du concept de champ juridique* mostra como, no curso *Sur l'État*, realizado no *Collège de France* nos anos 1989-1992, Bourdieu, apoiando-se nos trabalhos dos historiadores, opõe várias categorias de juristas, segundo suas origens sociais, sua formação e sua proximidade com o poder. Essas análises deram lugar a uma visão dos campos jurídicos como espaços de múltiplas dimensões, onde as relações se transformam, e onde os detentores do capital jurídico agem segundo suas estratégias e posições ideológicas em função do contexto histórico e político (Dezalay, 2013, p. 58).

Esses diversos entendimentos do direito e do discurso jurídico evidenciam a existência de várias tensões, notadamente tensões epistemológicas entre o direi-

to e as teorias sociais. É o que veremos no terceiro tempo de nossa argumentação.

## 4 As tensões epistemológicas entre o direito e as teorias sociais

As tensões epistemológicas do direito contribuíram para eliminá-lo do campo social, e sua natureza normativa o excluiu das teorias descritivas e explicativas das ciências sociais. Weber distinguiu metodologicamente a dogmática jurídica e a sociologia do direito, apontando para possibilidades de complementaridade prática entre as duas abordagens do direito. Segundo ele, o jurista quer saber qual é a significação do 'sentido normativo' atribuído a uma certa construção da linguagem dada como norma jurídica, e o sociólogo, por sua vez, leva em conta, do ponto de vista subjetivo, as prescrições pelas quais os atores sociais orientam suas atividades. Desse modo, a abordagem dogmático-jurídica tem como finalidade estabelecer a coerência entre as proposições jurídicas, organizando-as num sistema lógico isento de contradições, e a abordagem sociológica busca saber qual é o comportamento dos membros de um grupo em relação à ordem jurídica em vigor.

Historicamente, a sociologia do direito inspirou-se na sociologia nascente, e se construiu em reação à dogmática jurídica, procurando situar-se em relação aos saberes jurídicos que lhe eram próximos, como a filosofia do direito e a teoria do direito, e igualmente em relação às demais ciências sociais. Percebida como uma disciplina 'carrefour' (Arnaud, 1988), um 'ponto de encontro' entre vários saberes, seus esforços foram inúteis para minimizar as desconfianças existentes entre o direito, a sociologia e demais ciências sociais. Os juristas veem a sociologia como uma 'empresa de subversão', e os sociólogos veem o direito como um instrumento do poder, como um veículo da dominação social (Commaille, 1991, p. 13). Por isso a sociologia do direito procura identificar de que maneira o campo jurídico posiciona-se em relação ao campo do poder (Bourdieu, 1986, p. 6), e desvendar as ligações, às vezes perigosas, entre o direito, o poder e o Estado (Capeller, 1992; 1995). Essas perspectivas têm inspirado recentemente alguns sociólogos franceses do direito que desenvolvem uma *sociologia política do direito* (Commaille, 1994; Commaille, Dumoulin, & Robert, 2000), ou ainda o conceito de *governança* que aplicado a diferentes práticas pode suplantar o poder dos governantes (Arnaud, 2014, cap. 4).

Se o direito, a sociologia e as demais ciências sociais sentem-se constantemente ameaçados, uns pelos outros, de desqualificação e instrumentalização, isso se deve às incompreensões e à falta de consciência, por parte das ciências sociais não jurídicas, da importância do jurídico como objeto de estudo. Por outro lado, a ausência de uma formação específica para os juristas, faz com que seus estudos empíricos sofram de um déficit teórico. Para além, a descaracterização da sociologia jurídica como um saber específico e a disseminação da pesquisa jurídica entre diversas comunidades disciplinares podem provocar ressentimentos mútuos.

Os cientistas sociais, no entanto, começam a perceber que não podem fugir *a priori* dos aspectos da construção lógico-formal do direito, mesmo se privilegiam as análises *a posteriori* da construção social do direito por meio do estudo das atividades institucionais e organizacionais, e da ação dos atores sociais (Commaille, 2014). Eles reconhecem igualmente que os atores jurídicos estabelecem estratégias de concorrência, internas e externas ao campo jurídico, afirmando posições sociais de saber e de poder (Bourdieu, 1986). Casimiro Ferreira insiste, então, para que a sociologia preste mais atenção às normas e às regras, sem o que não poderá abordar conceitos como 'ação', 'legitimidade', 'normas' e 'valores'. Segundo ele, apesar da importância da sociologia do direito para a sociologia, o pensamento e a pesquisa sociológica não têm mostrado interesse por conceitos e problemáticas fundamentais como, por exemplo, a dos direitos humanos (Ferreira, 2014, pp. 313-314).

Pode o direito ser incluído nas epistemologias das ciências sociais? Em outro lugar, tive a oportunidade de debater com o epistemólogo francês Jean-Michel Berthelot, que no seu livro *Epistémologies des Sciences sociales* havia descartado deliberadamente os conhecimentos jurídicos do espaço epistêmico das ciências do social. Para ele, as ciências do direito fundamentam julgamentos normativos, nada tendo a ver com as ciências sociais que buscam explicar os

fatores que determinam esses universos normativos, e querem compreender as razões pelas quais a ele aderem os atores sociais (Berthelot, 2001, p. 12; Capeller, 2003, pp. 215-228). Ora, o direito sempre esteve presente na teoria sociológica mesmo se a ligação entre a sociologia geral e este fenômeno sociológico não é evidente. Assim, as referências ao direito como fato social ou como indicador de padrões de solidariedade social fazem parte do processo de teorização sociológica, mesmo se há uma dissociação entre a reflexão sócio-jurídica e a 'imaginação sociológica'. Existe, pois, um paradoxo na história do pensamento na medida em que o direito, cuja a importância foi assumida pelo pensamento sociológico clássico, desaparece dos debates sociológicos nos anos 1960-1970, momentos, portanto, de viragens determinantes para a reestruturação da sociologia contemporânea (Ferreira, 2014, p. 313).

### 4.1 O direito presente nas teorias sociais clássicas

Observamos em diversos paradigmas das teorias sociais a presença do direito como fator explicativo maior. Segundo François Chazel, o programa de pesquisa em direito da escola durkheimiana – que se formou contra a tentação de relegar o direito aos aspectos metafísicos como havia feito Auguste Comte, enriqueceu a sociologia geral e estabeleceu as bases de uma nova área de saber, a sociologia do direito (Chazel, 2000, p. 182; Didry, 2011). A sociologia do direito durkheimiana deve ser apreciada como uma reflexão sobre o direito dentro dos quadros do pensamento sociológico do fim do século XIX, notadamente das análises da ruptura e transição entre tradição e modernidade. Mas não é sob o ponto de vista metodológico que devemos apreciar a contribuição dessa escola, uma vez que o direito aí foi visto como um fato social excepcional comparável à religião, ficando fora do alcance dos métodos causais preconizados por Durkheim nas *Regras dos Métodos Sociológicos* (Didry, 2011). Para os durkheimianos, o direito é um símbolo, a expressão de uma realidade social que o ultrapassa (Didry, 2011).

Símbolo visível da solidariedade social, o direito é 'repressivo' nas formas de solidariedade 'mecânica' e 'restitutivo' nas formas de solidariedade 'orgânica'. Consequentemente, a justiça durkheimiana é uma justiça restitutiva, que restabelece o curso regular das coisas por meio de compensações às vítimas. O direito se apresenta, então, como referência ao dever-ser, e serve para fixar os objetivos visados pelos juízes que, a pedido dos indivíduos, buscam restabelecer os fatos anteriores na sua forma normal. Por isso, uma justiça responsável não deve perturbar o desenvolvimento das atividades sociais. A justiça durkheimiana visa à busca de 'regularidades' compreendidas ao mesmo tempo como continuidade das atividades sociais e ordenamento das atividades segundo as regras (Didry, 2011).

Quanto aos aspectos anômicos da sociedade industrial, existentes notadamente no que tange às relações entre o capital e o trabalho, uma mais forte regulamentação jurídica deve ser implementada para remediá-los. Tratando-se do contrato, o que Durkheim evidencia é a 'descoberta do social', que define como a liberdade individual, essencial para a realização do contrato, pois é o jogo das relações sociais que se faz sentir na ação contratual. Mas tudo não é contratual no contrato: os únicos compromissos contratuais são os que foram realizados pela livre vontade dos indivíduos. Inversamente, toda obrigação que não é mutuamente consentida não é contratual. Dessa forma, o contrato depende da regulamentação, que é obra da sociedade e não de particulares (Didry, 2011).

Também as noções durkeimianas do crime e da pena são importantes para a sociologia do direito. Na sua obra *Les règles de la méthode sociologique*, Durkheim (1895; 1947) afirma a funcionalidade social do crime, que sendo uma 'moralidade negativa', serve para reforçar os padrões gerais de socialização. A funcionalidade social do crime determina seu caráter de normalidade, e o crime é considerado um fenômeno patológico quando ultrapassa o limiar de tolerância da sociedade em que se manifesta. A pena é, então, o resultado da reação social, mas para que possa anular o mal causado pelo crime, precisa ser regular e eficaz. A função das sanções repressivas é de proteger e, por essa maneira, sustentar os valores da consciência coletiva (Giddens, 1978, p. 27). Assim, pode-se medir o bom funcionamento de uma sociedade pela maneira como esta trata e reprime o crime. Na sua teoria da evolução da pena, Durkheim mostrou que a severidade da pena não corresponde apenas

ao tipo de reação social que o crime provoca. A pena pode ser também vinculada ao abuso do poder do Estado, notadamente quando não há contra-poderes. De fato, quando não há resistência organizada, a piedade perde seus direitos (Bouglé, 1935).

Quanto à sociologia do direito de Max Weber, que levou muito tempo para ser reconhecida na França em razão do domínio do paradigma holista, Jean Carbonnier afirma que teve uma dupla desvantagem: para os sociólogos não era suficientemente marxista, e para os juristas não era suficientemente clara (Grosclaude, 1986). Nesse país, o pensamento de Weber foi difundido por Raymond no livro *Les étapes de la pensée sociologique* de 1967. A obra weberiana influencia então autores muito diferentes, como, entre outros, o próprio Aron e Pierre Bourdieu. A sociologia do direito de Weber mostrou que "toda a reflexão crítica sobre o direito pressupõe uma discussão da racionalidade jurídica" (Coutu, 1995, p. 11), mas sua noção de racionalidade, complexa e ambígua, sem significação uniforme, levou a uma pluralidade de sentidos (Coutu, 1995). No direito, a associação dos termos 'racional' e 'formal' significa que o *formalismo* é uma das categorias principais do racionalismo jurídico (Coutu, 1995).

No capítulo "Sociologia do direito" de seu livro *Économie et société* (1921), Weber analisa, a partir de uma visão histórica, onde se vê a influência do marxismo, os processos da racionalização do direito. Através da elaboração de tipos ideais do direito – método pelo qual responde à exigência de coerência lógica, mas que não visa construir um modelo axiológico (Coutu, 1995, p. 23) –, Weber caracteriza a tensão existente entre o *racional* e o *irracional,* e a contradição entre as *racionalidades formais* e as *racionalidades materiais* do direito. O tipo de direito 'racional-formal' concilia a previsibilidade com critérios de decisão do próprio sistema jurídico, e o tipo 'racional-material', tipo calculável, responde às demandas dos sistemas exteriores, éticos, religiosos ou políticos. No direito 'racional-material', em que as decisões dos problemas jurídicos são influenciadas por regras utilitaristas ou regras de oportunidade, os critérios de decisão podem corresponder a ideologias políticas. É o que observamos hoje em dia como bem mostrou Ferreira (2012; 2014).

Max Weber mostrou a influência da formalização jurídica nas esferas econômicas e sociais, e não simplesmente o contrário. Sendo uma esfera altamente racionalizada da sociedade moderna, o direito tem afinidades com outro agente de racionalização que é a economia capitalista, e essas afinidades provocam uma 'dupla articulação' das duas esferas: se o direito e as instituições jurídicas respondem às exigências econômicas, eles geram igualmente efeitos econômicos (Fleury, 2009, p. 41 e ss.). Do ponto de vista das relações da sociologia do direito com a política, as problemáticas weberianas são sempre atuais: como considerar o poder como legítimo? Como a obediência torna-se um dever?

Contra o positivismo reinante, Weber apontou para a necessidade da sociologia do direito levar em conta as atividades de interpretação das regras e de adaptação às regras, bem como das antecipações que cada ator efetua em relação aos outros. Desse modo, a sociologia do direito compreensiva é muito relevante para os estudos empíricos do direito, pois incita os pesquisadores a perceber os efeitos das normas nas atividades concretas dos indivíduos, sem deixar de ter em conta o nível de conhecimento da norma de referência ideal, o que é indispensável à compreensão das atividades concretas que concernem determinadas normas (Lascoumes, 1995, p. 12).

Quanto à sociologia funcionalista, mesmo se Bourdieu a considerou como um imperialismo cientifico que desenvolveu, com Parsons, Merton e Lazarsfeld estratégias de dominação ideológica (Bourdieu, 1987, p. 50), pode-se tirar alguns ensinamentos para a sociologia do direito, notadamente para a *sociologia do desvio.* Nesse campo, as teses de Parsons, inspiradas das noções durkheimianas de socialização e anomia, sustentam que a motivação à conformidade social e para o respeito das normas não é inata, mas resulta do aprendizado e da transmissão de valores e normas realizados pela socialização dos indivíduos. Portanto, se há falhas ou fracasso dos mecanismos de socialização, podemos estar diante de um 'desvio conjuntural' daqueles que não foram socializados, ou suficientemente socializados e motivados para adaptar-se às normas sociais. Esta ideia, quando transposta para o direito penal e sua violação, levanta uma questão essencial: pode a prisão ressocializar

indivíduos que não foram anteriormente socializados ou que recusam a adoção das normas sociais *e* jurídicas em vigor em uma dada sociedade? Como disse em outro lugar, o discurso jurídico da ressocialização é uma falácia que somente justifica a funcionalidade social dos sistemas repressivos (Capeller, 1985).

Quanto à teoria de Robert Merton, que também se inspirou da noção durkheimiana de anomia, nos *Tipos de Adaptação Individual* (Merton, 1997, p. 172 e ss.), ele mostra que o desvio pode ser 'estrutural', e que o crime pode ser resultante da tensão que existe entre os objetivos propostos pela sociedade e a distribuição desigual dos meios dados aos indivíduos para poder atingi-los. Na visão durkeimiana, de fato, a anomia se caracteriza na sociedade moderna pela infinidade dos desejos, pela indeterminação dos objetivos, pela incerteza das esperanças legítimas (Duvignaud, 1973, p. 36 e ss.). A crítica neomarxista dos anos 1960-1970, acusou os funcionalistas de terem ignorado os conflitos sociais, e visto o direito como consensual, se manifestando no controle social, visto como positivo. Outras críticas vieram das teorias do interacionismo simbólico, notadamente da *teoria do labelling approach* de Howard Becker (1963) e da *teoria da instituição total* de Erving Goffman. Michel Foucault, na mesma época, publicou *Surveiller et punir* (1975), onde denunciou o poder disciplinar exercido nos espaços fechados e quadrilhados da prisão (Foucault, 1975; Giddens, 1987; pp. 201-217; Capeller, 2011, p. 64 e ss.).

### 4.2 O direito presente nas teorias sociais atuais

A sociologia do direito pode enriquecer-se também com os paradigmas comunicacionais, que indicam as lógicas dicotômicas do direito. Essas teorias, elaboradas nas últimas décadas do século XX, integram as problemáticas jurídicas como fios condutores para a compreensão das esferas sistêmicas que colonizam o 'mundo da vida' (Habermas, 1981). Para Luhmann, o direito é um subsistema autorreferencial, estratégico e funcional, que pode ser legitimado pelos procedimentos jurídicos (Luhmann, 2001). Para Habermas, o direito pode ser um 'direito instituição', que corresponde às lógicas do 'mundo da vida', e um direito 'médium', que corresponde às lógicas sistêmicas. O primeiro não pode ser legitimado apenas pelos procedimentos legais – como é o caso do direito constitucional ou do direito penal, cuja normatividade integra aspectos morais. Se a legitimidade das normas é questionada nas práticas da vida, um apelo à legalidade não é suficiente para legitimá-las (Habermas, 1981).

Outras teorias sociais contemporâneas são interessantes para a reflexão sócio-jurídica, notadamente a *teoria da estruturação* de Anthony Giddens e a *teoria do reconhecimento social* de Axel Honneth. A primeira fornece um sólido quadro conceitual para a pesquisa empírica na medida em que aponta para a maneira com que os atores sociais e as estruturas interagem na dualidade estrutural, incitando os atores sociais a mobilizarem cotidianamente as regras e os recursos normativos para co-constituir os sistemas sociais. Inspirando-me nessa teoria, pude observar, no final da década de 1990, numa pesquisa empírica sobre o impacto da normatividade do Sistema Schengen, como nas práticas rotineiras os atores locais do controle (situados na fronteira França-Espanha) adotavam uma atitude receptiva ou não receptiva em relação às normas e instituições transnacionais de controle, alguns agindo na rotina profissional 'com o direito', outros 'contra o direito', numa atitude de rejeição psicológica das normas transnacionais (Capeller, 1999).

Quanto à *teoria do reconhecimento social,* que examina o desenvolvimento histórico do direito no sentido dos direitos fundamentais liberais e do direito subjetivo (Honneth, 1992, p. 190 e ss.; Rosenfield & Saavedra, 2013), ela procura saber como o indivíduo desenvolve a consciência de ser sujeito de direito, e como a autorrelação que caracteriza a forma de reconhecimento do direito se realiza na esfera do reconhecimento (Honneth, 1992, p. 177). Para Honneth, o direito é uma forma de expressão simbólica que, pelos seus potenciais de efetivação, permite aos indivíduos serem reconhecidos socialmente.

Igualmente muito relevante para a sociologia do direito é o debate sobre a *redistribuição social* e o *reconhecimento social* (Fraser & Honneth, 2003). A *redistribuição* se refere às estruturas econômicas, às classes sociais, às instituições que regulam, nas sociedades contemporâneas, o trabalho, o acesso aos bens e serviços; o *reconhecimento*, velha categoria hegeliana retomada pelas teorias críticas e feministas, refere-

-se à diferença dos indivíduos, aos seus direitos, às suas identidades. Em todo o lugar quando e onde emergem questões étnicas, multiculturais, sexuais e sociais, essas abordagens teóricas fornecem uma importante base reflexiva.

## 5 Considerações finais

Em termos não conclusivos, gostaria de dizer que nas sociedades da modernidade complexa e avançada onde vivemos, a sociologia do direito em movimento orienta-se para uma *mestiçagem disciplinar*, sem que isso signifique nem o banimento do direito dos estudos sociológicos nem a adoção a uma espécie de *impressionismo jurídico*. Retirar o direito dos limites do cientifismo positivista, examinar o discurso jurídico como fundamento de formas diversas de constituição e concretização social do direito, inspirar-se crítica e desconfiadamente das teorias sociais produzidas em outros contextos culturais, econômicos, políticos e sociais, enxergar suas próprias realidades com novos olhos, essas parecem ser as tarefas primordiais dos juristas que querem fazer pesquisa sócio-empírica. Por isso as perspectivas abertas pelas epistemologias do Sul (Santos, 2014) são importantes para os pesquisadores brasileiros.

## 6 Referências


Amselek, P. (1994). *Théorie du droit et science*, Paris: PUF.

Arnaud, AJ. (2014). *La Gouvernance outil de participation*. Paris: Lextenso.

Arnaud, AJ., & Junqueira, E. B. (dir.) (2010). *Dictionnaire de la Globalisation:* Droit – Science politique – Sciences sociales. Paris: LGDJ-Lextenso Edit.

Arnaud, AJ. (2004). *Entre modernité et mondialisation:* Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État. Paris: LGDJ.

Arnaud, AJ., & Fariñas Dulce, M. J. (1998). *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruxelles: Éd. Bruylant.

Arnaud, AJ., & Guibentif, P. (1993). *Niklas Luhmann, observateur du droit*. Paris: LGDJ.

Arnaud, AJ. (2003). *Critique de la raison juridique. Vol. 1 - Où va la sociologie du droit ? Paris, LJDG, 1981 – Vol. 2 - Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*. Paris, LGDJ-EJA.

Arnaud, AJ. (dir.) (1993). *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. Paris: LGDJ.

Arnaud, A. (1988). Droit et Société: un carrefour interdisciplinaire. *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques,* (21), 7-32.

Atias, C. (1985). *Épistémologie Juridique.* Paris:PUF.

Bauman, Z. (2000). *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar.

Benoist, J., & Jarsenti, B. (2001). *Phénoménologie et sociologie*. Paris: PUF.

Berthelot, JM. (2011). *Epistémologie des sciences sociales*. Paris: PUF.

Bougle, C. (1935). *Bilan de la sociologie française contemporaine*. Paris: Librairie Félix Alacan. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bougle_celestin/bilan_socio_franc_contemp/Bilan_socio_franc_contemp.rtf>.

Bourdieu, P. (1986). La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, (64), 3-19.

Bourdieu, J., Champagne, P. & Wacquant, L. (2013) Théorie du champ. *Actes de la Recherche en Sciences sociales, 200*(spécial).

Capeller, W. (2011). *Relire Giddens. Entre Sociologie et Politique*. Paris: LJDG/Lextenso, 2011.

Capeller, W. (2003). Comment les sciences sociales se pensent-elles?. *Revue Droit et Société,* (53), 215-228.

Capeller, W. (1999) La constitution du système Shengen: son impact sur les acteurs locaux du contrôle. *Revue Droit et Société*, (42/43), 265-285.

Capeller, W. (1995). *L'engrenage de la répression. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles*. Paris: LGDJ.

Capeller, W. (1992). Dossier Transformations de l'Etat et changements juridiques: l'exemple de l'Amérique latine. *Revue Droit et Société*, (22).

Capeller, W. (1985). O Direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização. *Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde*, *2*(2), 127-134.

Carbonnier, J. (1972). *Sociologie juridique*. Paris: PUF.

Chazel, F. (2000). Emile Durkheim et l'élaboration d'un programme d recherche en sociologie du droit. *Aux fondements de la sociologie (*pp. 169-182). Paris: PUF.

Chazel, F. & Commaille, J. (1991). Normes juridiques et régulation sociale: Retour à la sociologie générale. *Normes juridiques et régulation sociale. Paris: LGDJ.*

*Chevalier, L. (1958). Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX*e siècle. Paris: Plon.

*Commaille, J. (2014).* Présentation du dossier Faire avec ou dé-faire le Droit en « fabriquant » du droit. *Revue Droit et Société*, (86), 9-10.

*Commaille, J. (2014).* Présentation du dossier La place du droit dans l'œuvre de Pierre Bourdieu. *Revue Droit et Société*, *1*(56-57), 11-15.

*Commaille, J., Dumoulin, L., & Robert, C. (dir.). (2000). La juridicisation du politique*: *Leçons scientifiques. Paris:* LGDJ-MSH.

*Commaille, J. (1994). L'esprit sociologique des lois: essai de sociologie politique du droit*. Paris :PUF.

*Commaille, J.,* & Perrin, JF. (1985). Le modèle de Janus de la sociologie du droit. *Revue Droit et Société.* (1), 95-110.

Comte, A. (2009). *Catéchisme positiviste*. Paris : Ed. Sandre.

Coutu, M. (1995). *Max Weber et les rationalités du droit*. *15*. Paris/Québec: LGDJ/PULaval.

Delmas-Marty, M. (1986). *Le flou du Droit*. Paris: PUF.

Delmas-Marty, M. (1998). *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Le Seuil.

Didry, C. (2011). Durkheim et le droit, ouverture et limites d'une découverte sociologique. In C.H. Cuin, & P. Duran. *Le travail sociologique, du concept à l'analyse. Mélanges en honneur de François Chazel (*pp. 49-61). Paris: Presses Universitaires de

Paris -Sorbonne.
Dupré de Boulois, X., & Kaluszynski, M. (2011), Le droit em révolution (s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours. *Collection Droit et Société. Recherches et Travaux*. Paris : Lextenso.
Durkhein, E. (1947). *Les règles de la méthode sociologique. Paris: PUF.*
*Duvignaud, J. (1973). L'anomie: Hérésie et subversion. Paris: Ed. Anthropos.*
*Fassó, G. (1974). Histoire de la philosophie du droit:* XIX e et XXe siècles. Paris: LGDJ.
Ferreira, A. C. (2014). *Política e sociedade: teoria social em tempo de austeridade*. Porto: Vida Económica.
Ferreira, A. C. (2012). *Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção*. Lisboa: Vida Económica.
Foucault, M. (1975). Surveiller et punir. Paris: Gallimard, 1975.
Fraser, N., & Honneth, A. (2003). *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres : Verso.
Giddens, A. (1987). *La constitution de la société*. Paris: PUF
Giddens, A (1978). *As ideias de Durkheim*. São Paulo: Cultrix.
Grosclaude, J. (1986) *Introduction à Max Weber. Sociologie du droit*. Paris: PUF.
Guerra Filho, W. S. (2008) Subsídios para uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmático-jurídica. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*, 1(1), 1-100.
Guibentif, P. (2010). Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit. *Collection Droit et Société*, Paris: LJDG/Lextenso.
Habermas, J. (1987). Théorie de l'agir communicationnel, tome 2, *Pour une critique de la raison fonctionnaliste*. Paris: Fayard.
Kalinowski, G. (1969). *Querelle de la science normative*. Paris: LGDJ.
Kelsen, H. (1962). *Théorie pure du droit*. Paris: Dalloz.
Lasserre, V. (2013). Du progrès et de la promotion des savoirs. L'Université et l'enseignement du droit au XXI siècle. *Revue de droit d'Assas*, (8), 24-27.
Luhmann, N. (2004). *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
Luhmann, N. (2001). La légitimation par la procedure. *Les Presses de l'Université Laval*: CERF.
Melkevik, B. (1992). Transformations du droit: le point de vue du modèle communicationnel. *Les Cahiers de Droit*, 33 (1), 115-139.
Merton, R. K. (1997). *Eléments de théorie et de méthode sociologique*. Paris: Armand Colin.
Ost, F., & Van De Kerchove, M. (1988). L*e système juridique entre ordre et désordre*. Paris: PUF.
Queiroz, E. (1982). *A tragédia da rua das flores*. São Paulo: Letras.
Ricci, R. (2002). Le statut épistémologique des théories juridiques: essai de définition d'une pratique scientifique juridique. *Revue Droit et Société*, (50), 151-183.
Rosenfield, C. L., & Saavedra, G. A. (2013). Reconhecimento, teoria crítica e sociedade: sobre desenvolvimento da obra de Axel Honneth e os desafios da sua aplicação no Brasil. *Sociologias*, 15(33), 14-54.
Saffon, M. P. & Villegas, M. G. (2011). Critique du droit au Brésil, en Argentine et en Comombie. In D. de Boulois, & M. Kaluszynski (org). Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours. *Collection Droit et Société Recherches et Travaux*. Paris: LGDJ, 149-172.
Santos, B. S. (2014). *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide*. Boulder: Paradigm Publishers.
Santos, B. S. (1986). *Oração de Sapiênça, Um discurso sobre as Ciências*. Coimbra.
Silveira, F. L. (2002). A Teoria do Conhecimento de Kant: o idealismo transcendental. *Cadernos Catarinenses de Ensino de Física*, 19(especial), 28-51. Disponível em: http://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/KANT.pdf.
Solinis, G. (ed.). (2005). *Construire des gouvernances: entre citoyens, décideurs et scientifiques*. Bruxelas: PIE – Peter Lang.
Wallerstein, I. (1980). *Le Système du monde du XVe siècle à nos jours*. Paris: Flammarion.
Weber, M. (1971, 1995, 2003). *Economie et Société* (Trad. F. de Julien Freund). Paris: Plon.
Weber, M. (1986). *Sociologie du droit*. Paris: PUF.
Wróblewski, J. (1983). 'Fuzziness' of Legal system. *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonnen*, 16, 319-322.

Data de submissão/Submission date: 01.11.2014
Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 21.12.2014

# LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO // *Daniel Bonilla*[1]


## Palabras clave

derecho comparado / conocimiento jurídico / economía política


## Sumario


**1 Introducción**
**2 El libre mercado de las ideas jurídicas**
2.1 El sujeto de conocimiento
2.2 El tiempo
2.3 El espacio
2.4 Las reglas y principios
**3 El modelo colonial de producción, intercambio y uso de conocimiento jurídico**
3.1 El sujeto de conocimiento
3.2 El tiempo
3.3 El espacio
**4 Las reglas y principios**
4.1 Las oposiciones conceptuales generales
4.2 Las oposiciones conceptuales particulares
**5 Conclusión**
**6 Referencias**



## Resumen

La producción, intercambio y uso del conocimiento jurídico están sometidos a una economía política. Estos procesos están regidos por una serie de reglas y principios que determinan las condiciones de posibilidad para la creación, comercio y consumo de teoría, dogmática y prácticas jurídicas. Esta economía política, consecuentemente, no es neutral. Construye un sujeto de conocimiento específico que actúa dentro de un espacio y un tiempo particulares. Este escrito, por tanto, tiene un doble objetivo. Por un lado, busca describir y analizar el modelo de economía política que domina la imaginación jurídica contemporánea. En esta medida, busca examinar la estructura conceptual de lo que quisiera llamar el modelo del libre mercado de las ideas jurídicas. Por el otro lado, busca describir y analizar un modelo de economía política alternativo y periférico que explicaría de mejor manera las dinámicas reales que regulan la generación, tráfico y uso del conocimiento jurídico. Para conseguir este objetivo, el escrito hace explícitas las estructuras conceptuales que conforman el que quisiera llamar el modelo colonial de producción de conocimiento jurídico. El artículo, por ende, tiene como fin hacer explícitos los tipos de sujeto de producción de conocimiento jurídico al que los modelos dan lugar, así como la manera como imaginan el tiempo y el espacio en el que estos sujeto se sitúan. De igual forma, busca hacer explícitas las reglas y principios más precisos que determinan la manera como estos modelos imaginan la producción, intercambio y uso del saber legal.



1 Profesor asociado de la facultad de derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá.

# THE POLITICAL ECONOMY OF LEGAL KNOWLEDGE // *Daniel Bonilla*

**Keywords**
comparative law / legal knowledge / political economy

**Abstract**
The production, exchange and use of legal knowledge are subject to a political economy. These processes are governed by a series of rules and principles that determine the conditions allowing the creation, commerce and consumption of legal theories, doctrines and practices. Consequently, this political economy is not neutral; it constructs a specific subject of knowledge that acts within a particular space and time. Thus, this paper has two objectives. Firstly, it seeks to describe and analyze the political economy model that dominates our legal and political imagination. As such, it aims at examining the conceptual structure of what I call the free market of legal ideas model. Secondly, this paper aims at describing and analyzing an alternative model of political economy that would best explain the real dynamics that regulate the generation, exchange, and use of legal knowledge. To achieve this objective, the paper highlights the conceptual structures that form what I call the colonial model of the production of legal knowledge. Therefore, the paper seeks to specify the subject of legal knowledge production established by these two models, as well as their concepts of time and space. Likewise, it seeks to specify the precise rules and principles that determine the ways in which these models imagine the production, exchange, and use of legal knowledge.

## 1 Introducción

La producción, intercambio y uso del conocimiento jurídico están sometidos a una economía política.[2] Estos procesos no se dan en el vacío, ni se desarrollan de manera aleatoria; están regidos por una serie de reglas y principios que determinan las condiciones de posibilidad para la creación, comercio y consumo de teoría, dogmática y prácticas jurídicas. Estas reglas y principios precisan de quién y dónde se puede crear conocimiento jurídico, cómo se legitima este conocimiento, cuáles son los canales apropiados para su difusión, quién puede usarlo adecuadamente y cómo puede usarse de manera efectiva. La economía política del conocimiento jurídico contribuye con la construcción de nuestra imaginación jurídica y política y, por tanto, condiciona la manera como construimos, percibimos y describimos el saber jurídico. Esta economía política, consecuentemente, no es neutral. Ella construye un sujeto de conocimiento específico (Kahn, 1999, pp. 77-86) que actúa dentro de un espacio (Kahn, 1999, pp. 55-77) y un tiempo (Kahn, 1999, pp. 43-55) particulares. Más precisamente, esta economía política presupone un sujeto, un espacio y un tiempo que determinan la manera como comprendemos los procesos que permiten el surgimiento, tráfico y consumo del saber jurídico.

La economía política del conocimiento legal, sin embargo, no es solamente un conjunto de conceptos, reglas y principios abstractos. Estos determinan la manera como las personas perciben este campo social y, por tanto, los tipos de conducta que consideran apropiados dentro del mismo.[3] De esta manera, posibilitan y, al mismo tiempo, limitan el accionar de los operadores jurídicos. Las consecuencias prácticas que produce, por consiguiente, no son menores. Cuestiones como cuáles son los contextos de producción de conocimiento jurídico que se considera ricos y pobres, cuál es el valor que se le debe otorgar a las ideas jurídicas que se producen en uno u otro contexto, cuál es la dirección que toma el intercambio de saber jurídico, cuáles son los temas que se consideran objetos de estudio valiosos, cómo y dónde se deben hacer públicos estos saberes y qué personas o instituciones pueden hacer un uso adecuado de los mismos son condicionadas por la economía política del conocimiento legal que en un momento histórico dado domina nuestra imaginación jurídica y política.

Entender, analizar y evaluar esta economía política, por ende, nos permitirá comprender cuestiones prácticas que afectan nuestras comunidades políticas diariamente. Nos permitirá entender cuestiones como por qué los trasplantes jurídicos típicamente son exportados por países localizados en el Norte Global e importados por el Sur Global; por qué la gramática del constitucionalismo moderno tiene como fuente principal a un pequeño grupo de teóricos políticos europeos y norteamericanos y, por qué los productos constitucionales del Sur Global aparecen en las márgenes del mercado global de las ideas jurídicas (Bonilla, 2013a); por qué hoy en día un número muy grande de académicos del derecho del Sur Global pueden reconocer y hablar con algún conocimiento de causa de sentencias como Roe vs. Wade[4] y, sin embargo, pocos pueden mencionar la sentencia que despenalizó el aborto en Canadá[5] y muchísimos menos, la sentencia que despenalizó parcialmente el aborto en Colombia.[6]

Examinar la economía política que controla la producción de conocimiento jurídico también nos permitirá comprender por qué los trabajos de autores como Ronald Dworkin, John Rawls, H.L.A. Hart y Richard Posner son ampliamente conocidos en el Sur Global e influencian la manera como las cortes deciden casos polémicos, las formas en que se estructuran los programas de los cursos de teoría jurídica o los campos de investigación que se consideran prestigiosos y útiles. Finalmente, puede ayudarnos a comprender, atendiendo a las consecuencias micro de estos conceptos, reglas y principios, y evidenciando cómo lo personal tiene dimensiones políticas, por qué cuando durante varios años entré a los Estados Unidos los oficiales de inmigración no creían que pudiera ser un profesor visitante en una facultad de

2 Por economía política entiendo la descripción y análisis intelectual de un sistema de producción, distribución e intercambio. En este caso el bien que se produce, distribuye e intercambia es el conocimiento jurídico. (Clark, 1998, pp. 18-20)

3 Sobre la relación entre conceptos y prácticas véase Kahn (2011), p. 93.

4 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973).

5 *R. v. Morgentaler*, 1 S.C.R. 30 (1988).

6 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-355/06, M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

derecho estadounidense, como lo indicaba el formato que debía presentarles cada vez que entraba al país, e insistieran en preguntarme si yo era un pasante en la institución a la que estaba vinculado; o por qué en un seminario sobre educación experiencial en una universidad de elite brasileña los expositores centrales del evento fueron dos profesores estadounidenses con una producción académica menor, que pertenecían a una facultad de derecho débil, mientras en el auditorio y en los paneles había profesores latinoamericanos con una producción académica y una experiencia profesional mucho más rica.

En consecuencia, este escrito tiene un doble objetivo. Por un lado, busca describir y analizar el modelo de economía política que domina la imaginación jurídica contemporánea. En esta medida, busca examinar la estructura conceptual de lo que quisiera llamar el modelo del libre mercado de las ideas jurídicas. Más precisamente, tiene como fin hacer explícitos el tipo de sujeto de producción de conocimiento jurídico al que da lugar el modelo, así como a la manera como imagina el tiempo y el espacio en el que este sujeto se sitúa. De igual forma, busca hacer explícitas las reglas y principios más precisos que determinan la manera como este modelo imagina la producción, intercambio y uso del saber legal, y las razones que explican por qué este modelo ha logrado capturar la imaginación jurídica contemporánea.

Por el otro lado, busca describir y analizar un modelo de economía política alternativo que, desde mi punto de vista, explicaría de mejor manera (pero no justificaría) las dinámicas reales que regulan la generación, tráfico y uso del conocimiento jurídico. Para conseguir este objetivo, hago explícitas las estructuras conceptuales que conforman el que quisiera llamar el modelo colonial de producción de conocimiento jurídico. En consecuencia, presentaré el tipo de sujeto que construye, así como los argumentos con los que nombra y caracteriza el tiempo y el espacio en el que este se localiza. De la misma manera, expondré las reglas y principios que controlan sus procesos de producción, intercambio y uso de conocimiento jurídico. Finalmente, haré explícitas las razones que explican la existencia e impacto práctico del modelo.

El sujeto que crea el modelo del libre mercado de las ideas jurídicas y que expongo en la primera parte de este escrito, es un sujeto abstracto, autónomo y racional que puede concretarse en cualquier individuo de la especie humana. Este sujeto tiene la potencialidad de crear, intercambiar y usar conocimientos jurídicos de la misma manera como tiene la capacidad de articular y transformar proyectos morales y tiene un sentido de la justicia. El espacio en el que este sujeto se mueve es el de una geografía abierta, global, en donde las fronteras estatales son irrelevantes. Es un espacio libre en donde los intercambios fluidos e igualitarios de saber jurídico son la regla y en donde los límites del conocimiento que se crea están dados por el esfuerzo y los talentos individuales.

El tiempo en el que se localiza este sujeto es lineal pero infinito. El conocimiento pasado es la base para la creación del nuevo conocimiento que tiene como objetivo aprehender la verdad o enfrentar los retos básicos de una comunidad política: cómo alcanzar la paz y la prosperidad. No obstante, este es un proceso que no termina nunca en tanto que los continuos cambios en la naturaleza y la sociedad exigen que estemos constantemente adaptando nuestros conocimientos jurídicos y la finitud humana hace que usemos indebida o imprecisamente la razón. Este modelo está guiado por el principio de la meritocracia que explica la creación de ideas jurídicas en un contexto y no en otro como consecuencia de la sumatoria de una serie de decisiones individuales que se entrelazan con la disciplina y el trabajo de quienes las hacen realidad. El triunfo de una idea es consecuencia de su poder explicativo, analítico o normativo. La preeminencia de un argumento en el debate académico tiene que ver, también, con la utilidad que muestra para resolver los problemas jurídicos y políticos de la comunidad. Este modelo ocupa un lugar predominante en nuestra imaginación jurídica dado que se entrecruza, nutre y sirve a valores centrales de la modernidad ilustrada y liberal con la que estamos comprometidos/verdad, objetividad, ciencia, igualdad, autonomía y la convicción de que el derecho es una condición necesaria para la estabilidad política y el bienestar individual y social (Roy, 2008).

El modelo de intercambio de conocimiento jurídico colonial, que expongo en la segunda parte de este artículo, concibe el sujeto, el tiempo y el espacio de

maneras alternativas. El sujeto de este modelo está terrritorializado y racializado. Es un sujeto que tiene como elemento definitorio de su identidad el lugar en el que se localiza, típicamente cartografiado como el Sur Global o el Norte Global, la colonia o la metrópoli. El primero es el espacio que ocupan los no blancos; el segundo el de los blancos. Este sujeto, dependiendo de su identidad, además, es historizado, considerado implícitamente como ahistórico o como un componente menor de una tradición jurídica a la que llega tardíamente (Morris & Spivak, 2010). El sujeto entonces bien puede ser considerado un sujeto de derechos y un sujeto con la capacidad de crear conocimiento jurídico, o un bárbaro jurídico, un objeto de derechos, que solo tiene la capacidad de difundir, reproducir o aplicar localmente el conocimiento creado en otras geografías.

El tiempo de este modelo colonial de producción de conocimiento jurídico es lineal pero finito. El tiempo es una cadena compuesta por una serie de momentos que termina en el derecho de la metrópoli y en sus dinámicas de producción de conocimiento jurídico. La generación, intercambio y uso del saber legal de la colonia está marcado por su interacción con el derecho de la metrópoli. El pasado jurídico de la colonia no existe, es irrelevante para la creación de conocimiento jurídico. El presente es un continuo esfuerzo por avanzar un nuevo eslabón en la cadena; un esfuerzo por alcanzar el estatus que ha logrado el derecho de la metrópoli y por crear el tipo de saber jurídico que esta produce. El futuro, se concibe como un punto final en donde la colonia se identifica con la metrópoli, esto es, el momento que reproduce internamente las condiciones de posibilidad que existen en la metrópoli para la creación de conocimiento jurídico. La metrópoli, por tanto, está situada al final de la historia; la metrópoli está ya en el punto último de desarrollo. Su pasado y su futuro colapsan en un presente eterno y unitario. El tiempo de la metrópoli no está fraccionado; se percibe como uno.

La geografía conceptual del modelo colonial de producción de conocimiento jurídico es binaria. El espacio de este modelo está constituido por el Norte y el Sur Globales.[7] El espacio constituido por estas categorías es un espacio conceptual, no literal; no son términos que nombren geografías materiales. Estos términos hacen referencia a la distribución desigual del poder de creación e intercambio de conocimientos jurídicos (Mickelson, 2009). Esta distribución desigual, claro, no está aislada sino que se entrecruza con una distribución desigual de poder político, económico, militar y cultural (Mickelson, 2009). El Norte Global nombra un conjunto de países que son políticamente estables, relativamente ricos, militarmente poderosos y culturalmente hegemónicos, en gran medida por su pasado imperial. El Sur Global nombra a un grupo de países, políticamente inestables, relativamente pobres, militarmente débiles, o por lo menos no tan fuertes como los países del Norte Global, y culturalmente subordinados, en parte por su pasado colonial. El espacio del modelo colonial de creación de conocimiento jurídico, por ende, es de una sola vía; es un modelo de intercambio de saberes unidireccional/el Norte Global crea y exporta conocimiento jurídico mientras que el Sur Global importa, difunde, reproduce y aplica localmente este saber.

Las reglas y principios que regulan el modelo están construidos a partir de una serie de oposiciones con-

7 Norte Global y Sur Global son ciertamente categorías generales. Nombran una realidad heterogénea compuesta por conjuntos muy disimiles de países. Ni en términos políticos o económicos ni en términos de creación de conocimiento jurídico es lo mismo hablar de Alemania y Estados Unidos o de España y Portugal; como tampoco es lo mismo hablar de China e India o Surinam y Malasia. No obstante, estos términos resultan útiles para nombrar las relaciones desiguales que existen entre los países de Europa Occidental y Norteamérica, por un lado, y los países Latinoamérica, Asía (excluyendo a Japón) y África, por el otro. Estas categorías resultan mas útiles que las ya desgastadas países en vías de desarrollo y países desarrollado o países del primer, el segundo y el tercer mundo. Además, no resultan menos generales que otras categorías que se aceptan pacíficamente como Occidente u Oriente. Las críticas que típicamente se ofrecen en contra del uso de las categorías Norte y Sur Globales cabrían también para otras categorías con un alto grado de generalidad como “Latinoamérica” o “Estados Unidos”. Estas categorías se usan no solo para nombrar un hecho geográfico o legal, esto es, la existencia de una subregión del continente americano o un Estado-nación. Estas categorías se usan para dar unidad social, política, cultural y económica a realidades sociales, políticas, culturales y económicas muy distintas. México no es lo mismo que Brasil y Ecuador no es lo mismo que Belice; el Este y el Oeste de los Estados Unidos o el Sur y el Norte de este país son realidades notablemente diferentes. Algunas secciones del Sur estadounidense pueden tener mas similitudes con Latinoamérica que con el Noreste de este país. Sin embargo, usamos diariamente estas categorías y aceptamos pacíficamente sus límites descriptivos.

ceptuales que describen y evalúan los espacios de nuestra imaginación política y jurídica que ocupan las categorías Sur Global y Norte Global. Las cuatro principales son las siguientes: mímesis/autopoiesis, conocimiento local/conocimiento universal; cultura/derecho; y lenguas aptas para el conocimiento jurídico/lenguas inútiles para el conocimiento jurídico. Estas oposiciones conceptuales van de la mano con un conjunto de razones que intentan explicar por qué el Norte Global es un contexto rico para la producción de conocimiento jurídico y por qué el Sur Global es un contexto pobre en esta materia. Estos argumentos hacen referencia al formalismo de las comunidades jurídicas del Sur Global[8], al hecho de que estas son iteraciones menores de las grandes familias jurídicas del mundo, la romano-germánica y la angloamericana,[9] a las debilidades de las comunidades académicas del derecho del Sur Global (Bonilla, 2013c), la enorme influencia que ha tenido el derecho estadounidense en esta parte del mundo,[10] a la supuesta autosuficiencia de las comunidades jurídicas del Norte Global (Mattei, 1998) y a la relación imperial directa o indirecta que se ha dado entre países del Norte y el Sur globales.

El artículo, como puede verse, tiene unos objetivos descriptivos, analíticos y críticos. Así, mientras que en la primera parte del escrito expongo y examino el modelo normativo que controla la manera como imaginamos la producción de teoría, dogmática y prácticas jurídicas; en la segunda, presento y estudio el modelo que determina las prácticas reales de producción e intercambio de estos saberes. El objetivo primordial del escrito, por tanto, es comprender las estructuras conceptuales que determinan la manera como interpretamos la generación, intercambio y uso del saber jurídico. Los argumentos críticos aparecerán solo de manera puntual, típicamente a través de los ejemplos que ilustran los argumentos generales. El fin del texto, quisiera enfatizar, no es normativo. No pretende precisar los ideales hacia los cuales deberían dirigirse los operadores jurídicos. La reforma de los conceptos y prácticas que consideramos cuestionables es un objetivo loable y muy común en la academia jurídica (Kahn, 2011). Sin embargo, cualquier esfuerzo transformador debe basarse en un buen diagnóstico del tema que se estudia. La descripción y el análisis, además, no necesariamente deben ir de la mano de las críticas y las propuestas de cambio. Es deseable que exista una división del trabajo académico que promueva la diversidad de aproximaciones teóricas y metodológicas. La reforma no es el único objetivo que debe perseguir la investigación jurídica.

Ahora bien, no argumento que el modelo del libre mercado de las ideas jurídicas sea solo un modelo normativo sin ninguna implicación práctica o que el modelo de la economía colonial no ocupe ningún espacio en nuestra imaginación jurídica y política. Lo que quiero decir es que tanto uno como otro conviven en nuestra teoría y nuestras prácticas jurídicas en profunda disonancia cognitiva. Los dos ocupan un lugar en la manera como conceptualizamos y producimos, intercambiamos y usamos el saber jurídico. Nuestra imaginación legal no es, por tanto, un todo coherente. Está compuesta por diversos elementos organizados jerárquicamente que responden a justificaciones disímiles que entran continuamente en contradicción.

El primer modelo, el de la economía de mercado, está en el centro, mientras que el segundo, el de la economía colonial, está en la periferia de nuestra imaginación jurídica normativa. El primero, además, funciona inintencionadamente como un manto conceptual que oscurece la presencia del segundo en nuestras prácticas y discursos. La posición medular que ocupa en nuestra imaginación jurídica y política normativa tiende a ocultar las dinámicas del modelo colonial. El modelo del libre mercado de las ideas jurídicas no tiene como objetivo encubrir al modelo colonial. No obstante, en la práctica tiende a cumplir con esta función. Valores como la autonomía individual y la meritocracia, que supuestamente explican la creación, legitimación y uso del conocimiento jurídico, impiden que las relaciones de poder verticales entre la academia jurídica del Norte y el Sur Globales puedan explicitarse y evaluarse.

Los dos modelos, es importante precisar, no son aceptados pacíficamente por toda la academia jurí-

8 Véase, Kahn (2011).
9 Véase Santos (1995); Hoecke & Warrington (1998).
10 Véanse Merryman & Pérez-Perdomo (2007); Kelemen & Sibbitt (2004); Merryman (1977); Ritttich (2006).

dica del Norte y el Sur globales.[11] Ciertamente, hay espacios que podríamos llamar de crítica, resistencia y emancipación epistemológica. Académicos de una y otra región han criticado los modelos y han articulado prácticas alternativas de producción, intercambio y uso de conocimiento jurídico. Agrupaciones de académicos o movimiento intelectuales como *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) (Mutua, 2000) y los estudios postcoloniales del derecho (Ruskola, 2002), por ejemplo, buscan cuestionar de manera directa el modelo colonial de producción de conocimiento jurídico y crear productos jurídicos originales que tengan en cuenta los contextos propios del Sur Global. No obstante, estos espacios de resistencia y emancipación no serán examinados en este escrito. Lo serán en otro texto que hace parte de este mismo proyecto de investigación.

## 2 El libre mercado de las ideas jurídicas

### 2.1 El sujeto de conocimiento

En el centro del modelo de la economía de mercado de las ideas jurídicas se encuentra un sujeto abstracto, autónomo y racional. Este sujeto desencarnado tiene la capacidad de crear, intercambiar y usar conocimiento jurídico. Es un tipo de individuo comprometido con la búsqueda de la verdad y con la solución de los problemas básicos de la comunidad política: la violencia y la creación de las condiciones que permitirán la prosperidad de los asociados. Este sujeto no tiene una identidad particular. Lo que resulta relevante es que como miembro de la especie tiene la capacidad de crear conocimiento jurídico haciendo uso de la razón. No importa su etnia, su género, su raza o su lugar de nacimiento. La capacidad de crear, intercambiar y usar los conocimientos jurídicos es ajena a los accidentes que constituyen su individualidad. Ahora bien, poner en acción esta facultad de manera que efectivamente se cree conocimiento jurídico es consecuencia de la decisión libre de cada sujeto. Los productos que genere, así como su calidad y utilidad, dependerán fundamentalmente de su trabajo, disciplina y compromiso con la verdad y el florecimiento de su comunidad política. El modelo, por tanto, está también comprometido con la igualdad. Todos los sujetos de conocimiento son iguales en su capacidad para crear conocimiento jurídico. No hay, *a priori*, mandarines del saber jurídico. El reconocimiento que se le da a los sujetos es consecuencia del valor de verdad y la utilidad de los conocimientos que producen. La comunidad política moderna reconoce formalmente este valor a través de los derechos de propiedad intelectual. El esfuerzo individual debe ser recompensado. No obstante, los créditos que este genera deben ponderarse con la utilidad social del producto generado y con la posibilidad de que todas las personas puedan usarlo. De ahí que los derechos de propiedad intelectual típicamente estén limitados temporalmente.

El sujeto que crea el modelo del mercado de las ideas jurídicas se captura de manera paradigmática en la escultura de Charles Degeorge, la Juventud de Aristóteles.[12] En el centro de la imagen aparece un joven (Aristóteles) sentado en un sillón leyendo. Sobre sus piernas tiene un libro abierto; en su mano derecha una esfera de metal. Justo debajo de esta hay un platón también de metal. Si el joven se duerme, la bola caerá de su mano y golpeara el recipiente generando un ruido que le despertará. La búsqueda del saber, en nuestro caso, del saber jurídico, es fruto del esfuerzo y el compromiso individual. El joven es la imagen de cualquier ser humano. La verdad y la producción de conocimiento útil para nuestra comunidad política están al alcance de cualquier sujeto. Lo único que se necesita es un acto de voluntad que ponga en acción y sostenga la capacidad que todo ser humano tiene de crear conocimiento jurídico. El joven, uno de los filósofos occidentales paradigmáticos, se sienta en el sillón voluntariamente y planea e implementa una estrategia que le permitirá avanzar en su trabajo intelectual; avanzar en la búsqueda de la verdad. Su compromiso con la ciencia, en nuestro caso con la ciencia del derecho, no tiene límite distinto a sus capacidades intelectuales y de trabajo.

El sujeto de conocimiento de este modelo, además,

11 Véase, Dominguez & Baert (2000).

12 Charles Degeorge, Jeunesse d'Aristote, 1875. La escultura se encuentra en el Museo de Orsay. En la siguiente página puede verse una fotografía de la escultura: http://www.musee-orsay.fr/fr/collections/catalogue-des oeuvres/notice.html?no_cache=1&zoom=1&tx_damzoom_pi1[zoom]=0&tx_damzoom_pi1[xmlId]=006426&tx_damzoom_pi1[back]=%2Ffr%2Fcollections%2Fcatalogue-des-oeuvres%2Fnotice.html%3Fno_cache%3D1%26nnumid%3D006426%26cHash%3D66848a1aa7.

está comprometido con la idea de que el derecho es una condición necesaria para el orden y la prosperidad de la comunidad política. El contractualismo, central para la justificación de las comunidades políticas modernas, lo muestra de manera paradigmática. El modelo del libre mercado de las ideas jurídicas, claro, es solo un componente de un modelo político mucho más amplio y ambicioso: el liberalismo. El paso del estado de naturaleza al estado civil debe darse de manera que la vida, la integridad de las personas y sus bienes puedan garantizarse (Boucher & Kelly, 1994). En el estado de naturaleza la violencia es la regla (Hobbes, 2013) o está siempre latente a pesar del relativo aislamiento en el que viven los individuos (Locke, 1991). Los derechos naturales que tenemos sobre nuestro cuerpo y nuestros bienes están siempre en peligro de ser violados en este momento pre-político. El problema fundamental que enfrentan los sujetos que se imaginan viviendo en esta situación es que no existe un tercero imparcial que pueda resolver sus conflictos (Locke, 1991, p. 294). De ahí que a través de un acuerdo libre los sujetos decidan crear el Estado y someterse a su poder. Ahora bien, el derecho positivo resulta una herramienta necesaria para garantizar la vida y la propiedad de los asociados (Hobbes, 2013, pp. 233-252). Este precisa el contenido de los derechos naturales y los hace exigibles frente al Estado y a los otros ciudadanos. Sin derecho no habría comunidad política y sin comunidad política no habría vida, integridad personal, estabilidad y prosperidad.

En esta medida el contractualismo identifica el derecho con la polis y la polis con civilización. Fuera de la polis no hay derecho positivo; tras las murallas que protegen a la comunidad política solo hay violencia. El otro del derecho es entonces la violencia (Kahn, 2000; 2008). El otro del ciudadano, que lo es como consecuencia de su autonomía y del derecho, es el bárbaro; aquel que no tiene un Estado que aplique el derecho positivo, claro y preciso, que genera. De ahí que el sujeto de conocimiento que crea el modelo del libre mercado de ideas jurídicas esté ineludiblemente relacionado con su otro, el bárbaro. Aquel que vive en el estado de naturaleza.

### 2.2 El tiempo

El tiempo en el que habita el sujeto es lineal e infinito. El derecho moderno está estructurado alrededor de dos valores, voluntad y razón (Kahn, 2011, pp. 7-30), que el modelo del libre mercado de las ideas jurídicas presupone. Para que el derecho sea válido y legítimo debe ser a la vez fruto de la soberanía popular y de la razón humana. Sin embargo, la voluntad popular cambia continuamente de opinión, las circunstancias naturales y sociales en las que habitan los seres humanos están en constante devenir, y las personas fallan frecuentemente en el uso de la razón. El pasado, por ende, es fundamental para la creación, intercambio y uso del saber jurídico. El nuevo conocimiento se basa en los aciertos y aprende de los errores cometidos en el pasado. El conocimiento jurídico, como cualquier otro conocimiento, es acumulativo. El presente es siempre un intento por satisfacer tanto la voluntad como la razón. Un proceso de ensayo y error que busca al mismo tiempo conseguir la aquiescencia de los asociados y llegar a la verdad. El futuro, por tanto, no tiene final. La creación, intercambio y uso del conocimiento jurídico nunca termina. El futuro se presenta siempre abierto dadas las características de la naturaleza, la finitud humana y los valores morales y políticos con los que estamos comprometidos.

Los congresos de las democracias liberales modernas producen leyes de manera sistemática y continua. Para sus ciudadanos esta es una obviedad que se acepta pacíficamente. Lo que no es comúnmente conocido son los ejes conceptuales que motivan esta dinámica. La voluntad y la razón están constantemente corrigiéndose (Kahn, 2011, pp. 7-30). La razón enmienda los errores de la voluntad, que puede no ser algo distinto a los intereses creados y las pasiones momentáneas o permanentes (Elster, 1998). La voluntad le recuerda constantemente a la razón que sin el concierto de los asociados, que se manifiesta usualmente a través de sus representantes, solo tendríamos un conjunto de normas inválidas e ilegítimas (Kahn, 2011). Tanto una como otra, la razón y la voluntad, están atentas a los cambios sociales, las transformaciones en el entorno natural, y las fallas humanas, de manera que el derecho pueda responder adecuadamente a las necesidades o retos que todas estas circunstancias generan.

Si la razón pudiera llevarnos a la verdad jurídica y los legisladores pudieran hacer un uso adecuado de esta herramienta, el congreso solo debería legislar

una vez sobre cada tema. El soberano solo tendría que aceptar las conclusiones a las que la razón ineludiblemente lo lleva y votar a favor de los proyectos de ley que las articula en un lenguaje jurídico claro y preciso. Este era el ideal detrás del Código Civil de Napoleón (Mirow, 2001; 2005). El legislador aceptaría las creaciones de un conjunto de expertos que haciendo uso de la razón crearían un conjunto de normas jurídicas que regularían todo el campo de estudio (las relaciones entre particulares) de manera permanente (Bonnecase, 1944). Las normas jurídicas creadas tenían vocación de eternidad. De ahí también que estas normas pudieran serle impuestas a los pueblos que eran conquistados en las campañas napoleónicas.[13] Napoleón, no hay que olvidarlo, adelantaba sus campañas militares llevando en una mano la espada y en la otra el código civil. El derecho, fruto de la razón, era inmune a las diferencias culturales y al hecho de que este era percibido como heterónomo por parte de las comunidades derrotadas militarmente.[14]

Si la voluntad del soberano es el único elemento que guía la creación de normas jurídicas, estaríamos ante el imperio del capricho, la intuición, los intereses creados y las pasiones momentáneas y permanentes (Elster, 1988). Las normas jurídicas probablemente estarían basadas en argumentos empíricos errados o serían cuestionables moral o políticamente. La voluntad, por más que sea la voluntad del soberano, debe ser siempre guiada, limitada, por la razón. De ahí que el realismo jurídico estadounidense, por ejemplo, estuviera comprometido con la idea de que las ciencias sociales deberían guiar tanto las creaciones de normas jurídicas en el legislativo como en la judicatura (Llewellyn, 1949). La economía y la sociología, entre otras, contribuirían con argumentos racionales sólidos a la creación de leyes y sentencias.

13 Napoleón señaló a este respecto: "Mi verdadera Gloria no es que haya ganado cuarenta batallas. Waterloo hará que el recuerdo de estas victorias desaparezca. Lo que nada puede hacer desaparecer y vivirá eternamente es mi Código Civil" (Bergel, 1988, pp. 1078-1079).

14 "[E]l Código Civil Francés de 1804 fue visto como un tipo de libro popular que podía ser puesto en el anaquel junto a la Biblia de la familia, o, tal vez, en vez de esta. Sería un manual para el ciudadano, claramente organizado y presentado en un lenguaje directo que permitiría que el ciudadano determinara sus derechos y obligaciones jurídicas por sí mismos." (Merryman & Pérez-Perdomo, 2007, p. 29).

Estos procesos de creación jurídica no deberían estar guiados por la intuición, la buena fe, o los compromisos valorativos de legisladores y jueces. De ahí también el énfasis que hace el análisis económico del derecho en que legisladores y jueces basen sus decisiones en un análisis costo – beneficio que prioricen el valor de la eficiencia y estén guiados por modelos matemáticos (Posner, 1973). La ciencia, en este caso, las ciencias sociales deberían guiar la voluntad del pueblo que se manifiesta a través del legislador o del juez que interpreta sus mandatos.

### 2.3 El espacio

El espacio que concibe el modelo, que se cruza con las coordenadas temporales descritas y dentro del cual actúa el sujeto que construye, es el del globo terráqueo. Este espacio se imagina como una geografía abierta que considera a las fronteras nacionales como fundamentalmente irrelevantes. El único límite espacial que tiene el sujeto de conocimiento es el de las orillas materiales de nuestro planeta. El saber jurídico puede crearse, intercambiarse y usarse desde cualquier parte del globo. El flujo y uso de este conocimiento es multidireccional y descentralizado. El conocimiento jurídico tiene la potencialidad de surgir en cualquier parte del mundo y no tiene unos canales o patrones de difusión predeterminados. La importación y exportación de conocimiento jurídico puede darse desde cualquier punto y hacia cualquier punto. Cuáles son los temas que se investigan, cuáles son las ideas que terminan dominando la imaginación de las personas, cuáles son los medios y el lenguaje que vehiculan el conocimiento creado, entre otras cosas, es fruto de un conjunto inmenso de pequeñas decisiones tomadas por los miembros de la comunidad creadora de conocimiento; son también consecuencia del poder que tienen los productos jurídicos creados para acercarse a la verdad o resolver los problemas que enfrentan las comunidades políticas.

Estos intercambios con trayectorias múltiples y que no se guían por un poder centralizado, en principio, se dan entre sujetos de conocimiento iguales. El modelo está firmemente comprometido con el principio de igualdad. Los sujetos de conocimiento, en los fundamental, son iguales; tienen las mismas capacidades para crear, intercambiar y usar saber jurídico. Los productos jurídicos generados, ciertamente, pueden

tener un valor monetario. Lo que puede crear diferencias en cuanto a las capacidades reales que tienen los sujetos para el intercambio y uso del saber jurídico. Sin embargo, esto no siempre es el caso (el conocimiento puede ofrecerse gratuitamente) y cuando se da, su precio está definido por el mercado, esto es, por la relación entre la demanda y la oferta del producto de conocimiento. En esta medida es justo en tanto que está determinado por una infinidad de decisiones autónomas que toman tanto quienes producen conocimiento jurídico como quienes lo requieren.

La productividad y capacidad de intercambio y uso de los sujetos de conocimiento jurídico, en la práctica, está determinada por un conjunto de condiciones institucionales. La producción de conocimiento no se da en el vacío. El sujeto de conocimiento puede estar situado en cualquier parte del mundo pero siempre está localizado. Cuando el sujeto que concibe el modelo actúa en el mundo real se ve afectado por una serie de circunstancias materiales. La existencia de bibliotecas sólidas, financiación pública para la investigación, universidades fuertes y abiertas a todas las personas, y plazas de tiempo completo para los profesores, entre otras cosas, afectan la calidad y sistematicidad de los productos jurídicos que se generan. Salvo el caso excepcional de los grandes creadores solitarios, la existencia y solidez de este tipo de instituciones condiciona a los sujetos de conocimiento. Sin embargo, las fortalezas institucionales de uno u otro contexto de producción están directamente relacionadas con una serie de decisiones tomadas por un conjunto de individuos. Es decir, para el modelo del libre mercado de las ideas jurídicas, son fruto de la autonomía individual y de la creatividad, disciplina y trabajo de los miembros de la comunidad política a la que pertenecen tales sujetos de conocimiento. En la práctica, entonces, se pueden generar desigualdades entre los sujetos de conocimiento particulares, sus instituciones y las comunidades políticas en las que están inmersos. Sin embargo, estas son desigualdades legítimas en tanto que son consecuencia de la autonomía de la voluntad de los miembros de una u otra comunidad científica y política.

### 2.4 Las reglas y principios

El modelo del mercado libre de las ideas jurídicas tiene como principios centrales los de la verdad, la utilidad y la meritocracia. Las mejores ideas jurídicas son las que triunfan; son las que logran apropiarse de nuestra imaginación jurídica y política. Los criterios para determinar cuáles son estas ideas son el de la verdad y la utilidad. Las ideas más poderosas son aquellas que se entienden como verdaderas, cualquiera que sea el conjunto de criterios de primer nivel que determinen qué es lo verdadero, y la potencialidad que tienen para describir, analizar, evaluar y, principalmente, solucionar, los retos que enfrentan las comunidades políticas. Las personas que generan este tipo de productos y logran el reconocimiento de sus pares y sus comunidades, son quienes tienen la disciplina, compromiso, creatividad y dedicación para generar productos jurídicos con altos niveles de calidad.

Ciertamente los talentos innatos que tienen algunos sujetos son una variable ajena a la autonomía de las personas. El azar les otorgó algunas ventajas para crear conocimiento jurídico. Así, pueden tener, por ejemplo, mentes con capacidades analíticas y de abstracción superiores a las del promedio de personas, pueden tener una imaginación analógica poderosa o una facultad para la libre asociación que les permite hacer conexiones innovadoras entre realidades conocidas y aceptadas. Sin embargo, los talentos naturales no actúan por si solos. Necesitan de la voluntad de quienes los poseen para ponerse en acción. Los sujetos de conocimiento talentosos pero perezosos usualmente no llegan muy lejos.

La expansión del modelo penal adversarial en Latinoamérica (Domingo & Sieder, 2001; Torres, 2007), la flexibilización de los mercados laborales en esta misma región de América (Murillo, 2005, pp. 441-443), la omnipresencia del modelo liberal positivista para describir y justificar el derecho (Leiter, 2013), la prioridad que en muchas partes del mundo se le da a los derechos individuales por sobre los derechos sociales económicos y culturales (Donnelly, 2003, cap. 2), la importación de la teoría y práctica *pro bono* alrededor del mundo (Steinitz , 2009, p. 205) y la inclusión de la educación jurídica clínica en los programas de las facultades de derecho a lo largo y ancho del globo (Wilson, 2004, p. 427), por ejemplo, se explican por el modelo del mercado libre de las ideas jurídicas apelando a la idea de meritocracia que presupone los conceptos de sujeto, tiempo y espacio antes des-

critos. Estas teorías, dogmática y practicas jurídicas se han regionalizado o globalizado porque describen de mejor manera la realidad, están mejor justificadas que las perspectivas rivales y permiten enfrentar de mejor manera los retos comunes de las comunidades políticas contemporáneas, por ejemplo, como juzgar penalmente de manera justa y efectiva a las personas; cuáles son los criterios para determinar la validez y la legitimidad de las normas jurídicas; cómo incrementar la productividad y los niveles de empleo; cómo potenciar la autonomía individual y permitir que los representantes de los ciudadanos tomen decisiones sobre dónde deben invertirse los recursos económicos de la comunidad; cómo enfrentar los problemas de acceso a la justicia; y cómo educar abogados que sean socialmente responsables y tengan las destrezas para desempeñarse eficientemente en la práctica profesional.

El caso del trabajo jurídico *pro bono* puede ayudar a ilustrar de manera más detallada el modelo.[15] Los abogados latinoamericanos han realizado trabajo jurídico gratuito para personas de bajos recursos o el interés público desde hace décadas, sino siglos. Sin embargo, este trabajo era informal en sus procedimientos e individual en su materialización, esto es, dependía de la buena voluntad de cada abogado para su ejecución. En contraste, durante los últimos 15 años los abogados de las grandes firmas de abogados latinoamericanas han promovido la institucionalización del trabajo *pro bono* dentro de sus organizaciones (The Association of the Bar of the City of NY, 2002). Este proceso se vio impulsado por la importación/exportación de las prácticas y teorías descriptivas y normativas articuladas por las grandes firmas de abogados de los Estados Unidos, principalmente las de Nueva York, y la academia jurídica estadounidense.[16]

El modelo del libre mercado de las ideas jurídicas explicaría este trasplante legal apelando a sus conceptos de sujeto, tiempo y espacio. Los argumentos que justifican el trabajo jurídico *pro bono* en los Estados Unidos y las prácticas que las ponen en acción de manera institucionalizada son la consecuencia de un grupo más o menos amplio de abogados emprendedores, disciplinados y creativos que buscaban enfrentar los problemas de acceso a la justicia de los más pobres en su comunidad política. Tanto las razones justificativas como las prácticas *pro bono* institucionalizadas surgen en el contexto de las grandes empresas jurídicas de ciudades como Nueva York y Washington (Cummings & Rhode, 2010, p. 2364). Estas instituciones sólidas y poderosas, que crean las condiciones de posibilidad del trabajo *pro bono* formalizado (Cummings, 2004), son fruto del esfuerzo y la creatividad de estos mismos abogados. El discurso académico sobre el trabajo *pro bono* en los Estados Unidos, se agrega, surge de un grupo de profesores de derecho disciplinados y trabajadores que encuentran como un objeto de estudio valioso el de las responsabilidades sociales de los abogados. En esta medida articulan un discurso descriptivo, analítico y normativo sobre las prácticas y argumentos justificativos de sus colegas practicantes. El discurso y práctica del trabajo *pro bono*, por consiguiente, es fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de un conjunto de sujetos que ponen en acción su capacidad para crear conocimiento jurídico. La razón es su instrumento; la verdad y la utilidad, sus principios rectores.

La importación/exportación de las prácticas y discursos jurídicos estadounidenses sobre el trabajo *pro bono*, indica el modelo, son consecuencia de la fortaleza de los argumentos que la justifican y de la utilidad para enfrentar un problema común como es

15 Sobre el trabajo pro bono en general véase Cummings & Rhode (2010); y White (2000).

16 "El Centro Cyrus R. Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional del Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York, ha venido colaborando, como parte de sus programas, con abogados, colegios de abogados y organizaciones no gubernamentales en Sudamérica apoyando esfuerzos locales para promover e institucionalizar los servicios jurídicos pro bono (...) S. Todd Crider, socio de Simpson Thacher & Bartlett, quien dirige el comité del colegio en el Centro Vance, afirma que en Sudamérica, hasta hace poco, "el trabajo pro bono no era parte del vocabulario jurídico. Ahora la mayoría de las firmas que tienen un tamaño significativo en estos tres países ha desarrollado una política pro bono, o está en proceso de hacerlo" (Dean, 2004). Los documentos producidos por el Vance Center sobre trabajo pro bono han sido muy influyentes en Latinoamérica. Tal vez el más importante ha sido la Guía para la Implementación de Programas Pro Bono en las Firmas de Abogados de Latinoamérica ("Guía"). Al respecto dice el Vance Center: "En colaboración con Skadden, Arps, el Vance Center produjo un manual completo que los estudios pueden utilizar en el establecimiento de sus programas pro bono. Este documento, disponible en nuestro sitio web, fue recibido con entusiasmo en toda la región." Véase http://www2.nycbar.org/vancecenter/images/stories/pdfs/111811SpanishVersion.pdf; La guía puede leerse en http://www.probono.cl/wp-content/uploads/2013/08/guia-pro-bono-para-estudios-juridicos-de-latinoamerica.pdf.

el de la falta de acceso a la justicia por parte de las capas socioeconómicas bajas de la población. Históricamente, Latinoamérica ha articulado y puesto en práctica estrategias para enfrentar sus problemas de acceso a la justicia, por ejemplo, la defensoría pública y la defensoría de oficio (Cappelleti & Garth, 1996). No obstante, no había articulado estrategias institucionales fuertes en el sector privado para elevar los niveles de protección del derecho individual al acceso a la justicia. El saber jurídico que se crea en torno al trabajo *pro bono* surge en Estados Unidos por las condiciones del mercado jurídico que permitió la creación de oficinas de abogados compuestas por cientos si no miles de abogados. Surge también, por los problemas de desigualdad que ha enfrentado Estados Unidos que no permiten que sus ciudadanos pobres satisfagan sus necesidades jurídicas y por la existencia de abogados moralmente responsables y bien formados académicamente que conectaron una y otra situación.

Sin embargo, este conocimiento jurídico pudo haber surgido en cualquier parte del globo en donde se dieran las mismas condiciones institucionales. El flujo del saber jurídico en este caso tiene como fuente los Estados Unidos y se mueve hacia el Sur (Latinoamérica), pero bien hubiera podido darse en otras direcciones. Los Estados Unidos bien podrían ser receptores de un saber jurídico análogo. Los canales de intercambio de saber jurídico son multidireccionales y los emisores y receptores de conocimiento jurídico son autónomos e iguales. Los abogados latinoamericanos y estadounidenses, en tanto receptores y emisores de conocimiento jurídico, son pares que mantienen una relación horizontal.

Ahora bien, la interacción entre razón y voluntad tiene unas características particulares en este caso. La razón, el saber jurídico *pro bono*, busca solucionar un problema creado parcialmente por el derecho de los Estados receptores de este conocimiento: las instituciones y estrategias jurídicas que han adoptado no han sido suficientes para enfrentar el déficit del derecho al acceso a la justicia de sus poblaciones. Sin embargo, la solución no busca un cambio normativo sino un cambio en el sector privado, el del mercado jurídico, dentro de los marcos legales existentes. El esfuerzo, en este caso, no es por crear una nueva norma jurídica sino por generar un cambio en las prácticas de los abogados asesores y litigantes que actúan dentro de las normas de ética profesional establecidas por sus comunidades políticas, directamente por el soberano o con su autorización.

El caso de la importación/exportación de la educación jurídica clínica a Latinoamérica resulta útil para continuar con el ejercicio de hacer explícito el poder explicativo y analítico del modelo del libre mercado de las ideas jurídicas. Durante la década de los 60 y 70 varios países latinoamericanos como Colombia, Chile, y Perú, enfrentaban problemas relacionados con la eficacia y futuro de su modelo de desarrollo (Trubek & Galanter, 1974, p. 1006). Los niveles de crecimiento económico, desigualdad y empleo no eran los deseables. El diagnostico al que llegaron estos gobiernos latinoamericanos, en diálogo con el gobierno de Estados Unidos, fue que una de las razones que limitaban el desarrollo económico de los países de la región estaba directamente relacionado con el formalismo que caracterizaba a sus ordenamientos jurídicos. Desde el punto de vista teórico estos se describían como sistemas cerrados, completos, coherentes y unívocos.[17] Esta descripción, se argumentaba, nada tenía que ver con la realidad del derecho en la región: sistemas que, como cualquier otro, interactuaban constantemente con otros conjuntos normativos como la moral y se caracterizaban por ser incompletos, contradictorios y polisémicos. El concepto formalista del derecho, además, daba lugar a un tipo de educación enciclopédica, memorística, descontextualizada, acrítica y legocéntrica.[18] Esta educación, además, formaba estudiantes con pocas destrezas para la práctica profesional[19] y sin mayor conciencia sobre sus responsabilidades sociales. Desde el punto de vista práctico, los ordenamientos jurídicos de la región eran vistos como sistemas ritualistas en exceso, lentos y poco atentos a las necesidades reales de los ciudadanos.[20]

17 Sobre el formalismo jurídico lationoamericano *véase* Pérez-Perdomo (2005).

18 Véanse, por ejemplo, los siguientes artículos: Vargas (2008); Macchiavello (2008); Duce (2008); Spector (2008); Mendes (2008); Rodriguez & Falcão (2008).

19 Véase, e.g., Hernández (2003).

20 "Durante el periodo que estamos examinando en algunas universidades existe la percepción de que las facultades de derecho no le han seguido el paso a los cambios sociales y que los programas de derecho se han quedado atrás. Esta percepción puede ha-

Esta descripción de los sistemas jurídicos latinoamericanos permitía concluir que si se querían aumentar los niveles de desarrollo de los países de la región era necesario cambiar su derecho y las formas de enseñanza jurídica (Gardner, 1980, p. 43). La premisa de la cual partía esta conclusión es que un derecho liberal eficiente era una condición necesaria para el desarrollo (Trubek, 2006, pp. 74-77). Para alcanzar este objetivo, había que atacar el origen del problema: las facultades de derecho. En esta medida los políticos, técnicos y académicos estadounidenses ofrecieron, entre otras cosas, el método socrático y las clínicas jurídicas (Maisel, 2008). Estados Unidos había enfrentado retos análogos y había articulado las soluciones que ahora ofrecía como un producto de exportación.[21] Décadas atrás había enfrentado problemas relacionados con el formalismo en la teoría, práctica profesional y educación jurídicas (Hoeflich, 1986). Los políticos, técnicos y académicos latinoamericanos concluyeron que estas herramientas estaban sólidamente concebidas y justificadas. También concluyeron que en tanto que habían funcionado en Estados Unidos, bien podrían funcionar en la región. De ahí que países como Colombia expidieran leyes haciendo obligatorios los consultorios jurídicos para todos los estudiantes de derecho.[22] Estas normas jurídicas, cuarenta y tres años después de que fueran expedidas, todavía siguen vigentes.[23]

ber sido consecuencia de la rapidez con la que se dan los cambios sociales que se opone a los más lentos y difíciles en el currículo y en los métodos de enseñanza en las facultades de derecho. Las sociedades latinoamericanas han venido enfrentando severos problemas de pobreza, marginalidad, criminalidad y brutalidad policiaca, al mismo tiempo que experimentan transformaciones políticas, algunas muy rápidas, una revolución en las comunicaciones y una mayor integración en la economía global. Sin embargo, estos problemas no parecen afectar a las facultades de derecho que aparecen protegidas por una cultura de códigos y libros viejos". Es importante anotar que Pérez-Perdomo también señala cambios en estas materias (Pérez-Perdomo, 2011, p. 63).

21 El formalismo fue duramente atacado y debilitado por el realism jurídico. Véanse, por ejemplo, Dewey (1924); Llewellyn (1931); Leiter (2010).

22 Véase, e.g., Laing (1974). En el texto se explica la influencia de la tradición jurídica formalista en la educación jurídica colombiana y la revolución que causa la educación experiencial.

23 Los consultorios jurídicos colombianos fueron creados por el Decreto N°196 de 1971 y reglamentados posteriormente por el Decreto N° 765 de 1977, la Ley N° 23 de 1991 y la Ley N° 583 de 2000 (Colombia). Véase Toro, B. L. (2003). Las clínicas jurídicas de interés público en Colombia. Retos y posibilidades de una naciente experiencia. In *Clínicas de Interés Público y Enseñanza del Derecho* (pp. 9-47).

El modelo del libre mercado de las ideas jurídicas describiría y explicaría este proceso de creación, intercambio y uso de conocimiento de la siguiente manera. Por un lado, tenemos un conjunto de sujetos (políticos, académicos y técnicos) situados en un punto del globo que han creado una serie de conocimientos jurídicos que buscan enfrentar un problema jurídico y político particular (la relación inversamente proporcional entre derecho formalista y desarrollo). Estos sujetos ofrecen este producto a un conjunto de sujetos (políticos, académicos y técnicos) situados en otro punto del globo que enfrentan un problema análogo. Las virtudes de este saber jurídico para enfrentar estos retos es consecuencia de las fortalezas (trabajo, disciplina, creatividad) de los individuos que las crearon y de las instituciones académicas y estatales en las que están inmersos. Los sujetos receptores de este conocimiento jurídico encuentran que este es el mejor producto que ofrece el mercado de las ideas jurídicas en ese momento y deciden importarlo. Tanto los emisores como los receptores de este conocimiento son, por tanto, iguales y sus intercambios fluidos.

Por otro lado, los puntos del globo donde están localizados unos y otros son poco relevantes. En este caso el flujo del conocimiento jurídico tuvo una dirección Norte-Sur. No obstante, no es necesario que así haya sido. En este y otros temas presentes y futuros la dirección del flujo bien puede ser Sur-Norte o, por sugerir otra orientación, Oriente-Occidente. El lugar de creación de la teoría o la práctica jurídica es irrelevante. Lo que importa es su valor de verdad y su utilidad. Lo significativo es que es el mejor producto disponible en el mercado de las ideas jurídicas. El mercado de las ideas jurídicas es un espacio abierto que tiene como único límite espacial las fronteras de nuestro globo terráqueo.

Finalmente, tanto en el punto de emisión como en el punto de recepción de conocimiento jurídico se evidencia la interacción entre voluntad y razón que es motor de las continuas transformaciones que experimenta el derecho moderno. El enfrentamiento entre las visiones dominantes del derecho que se presentan como expresión del soberano y la razón y las visiones críticas que se presentan como la voz de la razón, adecuadamente entendida y usada. En Esta-

dos Unidos tenemos el encuentro entre el liberalismo clásico de la era Lochner y el liberal intervencionista del *New Deal* (Balkin, 2011). Análogamente, tenemos el enfrentamiento entre la visión clásica de la academia jurídica (Holmes, 1897) representada paradigmáticamente por el decano Langdell y las perspectivas alternativas de la enseñanza del derecho ofrecidas por el realismo jurídico (Frank, 1933). Visiones todas estas que se articulan e implementan jurídicamente o en normas, como las del ABA que tienen un carácter obligatorio para sus miembros. En Latinoamérica, tenemos una interpretación conservadora del liberalismo político que no ve relación estrecha entre derecho liberal eficiente y desarrollo económico y una nueva visión que ofrece el movimiento de derecho y sociedad donde aquel es precondición necesaria para este. Correlativamente, encontramos el choque entre una visión de la academia jurídica que combina el historicismo alemán con la escuela de la exégesis francesa (Medina, 2004) con la interpretación que ofrece el movimiento derecho y desarrollo del realismo jurídico estadounidense (Trubek & Santos, 2006, pp. 1-3).

El lugar preeminente que ocupa el modelo del libre mercado de las ideas jurídicas dentro de nuestra imaginación legal no es casual. Este es una pieza más dentro del horizonte de perspectivas en el que estamos inmersos. Este horizonte está compuesto en una parte importante por las ideas centrales de la modernidad liberal. Esta tiene como constitutivos conceptos como el de autonomía individual, igualdad, ciencia, objetividad, progreso, verdad, mérito y mercado (Dupré, 2004). El modelo del libre juego de la oferta y la demanda del saber legal es una aplicación y adaptación al campo jurídico de ideas centrales con las que ya muchos ciudadanos de las democracias liberales contemporáneas están comprometidos. La autonomía, racionalidad e igualdad que para el liberalismo caracteriza a los seres humanos y que se traslada luego a los ciudadanos (Rawls, 1996), se mueve ahora hacia el sujeto de conocimiento jurídico.

El saber legal es visto como un producto que no escapa a las leyes de la oferta y la demanda: los productos que se generan, el lugar en donde se crean, su valor y los flujos de difusión e intercambio de estos productos son una consecuencia de la sumatoria de una serie de decisiones tomadas por una multiplicidad de individuos anónimos a lo largo y ancho del globo. El conocimiento, por ende, es considerado y aceptado como una mercancía. Los productos jurídicos tienen un valor económico que determina parcialmente su circulación en el mercado de las ideas jurídicas. La economía política del saber jurídico está comprometida también con la idea de progreso que se puede alcanzar a través de la ciencia, en este caso, de la ciencia jurídica. Un saber que es expresión y desarrollo de la razón que en un proceso de ensayo y error va abriendo el camino que nos llevará a la verdad jurídica y nos mostrará las formas a través de las cuáles este puede ser socialmente útil.

## 3 El modelo colonial de producción, intercambio y uso de conocimiento jurídico

### 3.1 El sujeto de conocimiento

El sujeto que construye el modelo colonial es dual pero interdependiente. De un lado de la moneda tenemos al sujeto de conocimiento jurídico de la metrópoli; del otro, al sujeto de conocimiento de la colonia. Uno y otro se definen tanto positiva como negativamente; se construyen a partir de lo que son y de lo que no son. El primero es un sujeto que se entiende con la capacidad de crear, intercambiar y usar el saber jurídico. El segundo se concibe como un sujeto que solo tiene la capacidad de reproducir, aplicar localmente y difundir el conocimiento jurídico creado en la metrópoli. El sujeto-metrópoli define su identidad a partir de lo que no es: un bárbaro jurídico. El sujeto colonial a partir de su antónimo, el *homo ius*. El sujeto-metrópoli se entiende como un sujeto político, es decir, ha logrado salir del estado de naturaleza; tiene un Estado, tiene derecho. El sujeto colonial está todavía situado en el estado de naturaleza. No ha logrado construir una polis que lo eleve por encima de la violencia que pone en continuo peligro su vida y sus bienes. Lo que llama derecho solo lo es en apariencia.

Estos sujetos de conocimiento están, por tanto, territorializados, racializados y tienen una relación particular con la historia. La identidad del sujeto-metrópoli y del sujeto colonial se define en parte por el lugar donde están localizados, la metrópoli o la colonia, el Norte Global o el Sur Global. El prime-

ro se entiende como un contexto rico de producción de conocimiento jurídico mientras que el segundo se comprende como un contexto pobre de conocimiento jurídico. La comunidad y tradición jurídica en la que están inmersos determinan la manera como se construye su identidad. El proceso de construcción de la identidad de estos sujetos es, consiguientemente, dialógico. Se crean a partir de la interacción con quien conciben su otro y con su comunidad política y jurídica. Uno no puede existir sin el otro.

El sujeto-metrópoli y el sujeto colonial tienen un color de piel. El territorio que habitan y los define está conceptual, no materialmente, racializado. En la metrópoli el sujeto de conocimiento es blanco; en la colonia, no blanco. La construcción de tradiciones jurídicas ricas o pobres está relacionada parcialmente con la cantidad de melanina que los sujetos tienen en su cuerpo. En el Sur colonial habita el oscuro de piel; en el Norte imperial el claro de tez. El sujeto-imperial se ha identificado en el discurso como caucásico; el sujeto colonizado como negro, marrón, rojo o amarillo. El primero, además, es un sujeto ahistórico jurídicamente. Antes de su contacto con la metrópoli no tenía derecho. No estaba inmerso en una tradición jurídica sobre la cual pudiera pararse y que fuera su base para la construcción de nuevo conocimiento, de conocimiento verdaderamente original. Su historia jurídica empieza cuando es conquistado y colonizado. Su contacto con el derecho de la metrópoli le permite entrar en la historia del derecho. Sin embargo, entra en esta historia no como un hacedor sino como un reproductor o un actor menor de la misma. El derecho de la metrópoli reemplaza al derecho nativo o lo tolera mientras no contradiga sus presupuestos.[24] El momento pre-histórico, por tanto, se pierde en el tiempo; se vuelve inaudible e inasible. No es un objeto de estudio valioso; no se narra, no se escribe sobre él. El sujeto-colonial no tiene acceso a su pasado jurídico. El segundo, el sujeto-metrópoli, por el contrario, es un sujeto con historia y un sujeto historizado. Está insertado en una cadena intergeneracional que lo conecta con su pasado, que explica su presente y que lo lanza hacia múltiples posibles futuros jurídicos. Su pasado y su presente jurídicos son objetos de conocimiento estimables. Merecen ser conocidos, narrados, fijados en lenguaje escrito. Las identidades de estos sujetos de conocimiento jurídico, entonces, se crean a partir de la manera como se narra su derecho y tradiciones jurídicas (o su ausencia).

Estos sujetos son presentados paradigmáticamente en la novela *Esperando a los bárbaros* de J. M. Coetzee (2003). El protagonista es un magistrado de una metrópoli que ejerce sus funciones en la colonia, en un desierto, rodeado por bárbaros de color. El imperio no tiene nombre; la colonia y el magistrado tampoco. Son la expresión de la idea misma de imperio y de colonia. Él es el guardián de la civilización; el que trae el derecho a esta tierra de nadie. Es un territorio en donde la violencia y el amor, los otros del derecho, reinan. Los bárbaros se roban, se hieren, se asesinan; los bárbaros son carne y se aman. A través del derecho, el juez busca solucionar los conflictos que surgen entre los bárbaros y que no crean más que inestabilidad y pobreza. El juez también protege a los suyos de este estado de naturaleza. El pueblo/fuerte que regenta es una extensión de la polis que representa. Sus paredes de madera y barro separan materialmente la civilización de la barbarie. No obstante, conceptualmente, estas paredes están constituidas por el derecho. La ley es la que separa a unos de otros.

El poder simbólico y material que concentra, además, está al servicio de los ciudadanos de la metrópoli, particularmente de sus funcionarios. Ellos representan otras facetas de la civilización, traen la civilización a la colonia. Cuando la metrópoli tiene noticias de que los nativos quieren emanciparse sus funcionarios actúan inmediatamente para que la paz retorne a la colonia. El coronel Joll que interroga a un grupo de nativos buscando información sobre los rebeldes, a pesar de sus métodos crueles (la tortura), no quiere otra cosa que traer orden y estabilidad a estas tierras de nadie. Estas son las precondiciones para que él pueda ejercer sus funciones de tercero imparcial entre los salvajes y para proteger a los otros representantes de la metrópoli. Los comerciantes, los recolectores de impuestos, los artistas también juegan un papel en este proceso civilizatorio y deben ser protegidos.

24 Las Leyes de Indias del imperio español, por ejemplo, reconocían el derecho indígena mientras este no violara las normas imperiales. Véase Recopilación general de las Leyes de Indias, Libro Segundo, Título Primero, Ley iiij.

El magistrado se define a sí mismo a partir de lo que es pero también de lo que no es. Él es la ley y, consecuentemente, él es la civilización. Él encarna una tradición jurídica que ahora busca aplicar en los territorios. Sin embargo, él se define también en contraste con su otro, los nativos con los que interactúa diariamente y a quienes regenta y resuelve los conflictos. Él no es ellos; ellos no son él. Su amante nativa ocasional y la joven a la que recoge luego de que fuera torturada por el coronel se lo recuerdan constantemente. Ellas representan el amor y el deseo. El cuerpo encarnado que tiene sus propias normas, distintas a las normas jurídicas. El oficial, por el contrario, a pesar de su crueldad, comparte una parte de su identidad. Su pertenencia a la metrópoli los hace parte de la misma comunidad imaginada. Cuando el magistrado decide devolver a la joven torturada a su pueblo es luego acusado, apresado y condenado por la metrópoli. El coronel Joll lo acusa de "concertar con el enemigo". Las leyes de la metrópoli, el derecho, se enfrentan a las normas del amor, en este caso una combinación de amor romántico y amor por el prójimo.

Estos sujetos duales pero interdependientes también se recogen de manera poderosa en los cuadros orientalistas del siglo XIX. Estos artistas estaban a la vez fascinados y turbados por los bárbaros (Lemaire, 2001). Eran el otro de la Europa decimonónica. Los pintores orientalistas son grandes maestros del arte europeo de la época que recogen y sintetizan una mirada particular sobre el otro de Europa; no autores menores con miradas idiosincrásicas que nadie distinto a ellos comparte. En las obras Delacroix, Chassériau, Regault, Guillaumet, Tournemine y Barrias[25] el sujeto colonial se identifica con lo otro del derecho: la violencia y el amor.

El otro, siempre oscuro, es un guerrero sanguinario, habita naturalezas extremas como el desierto o la selva, es cuerpo, en particular, cuerpo femenino erotizado y es amigo o esposo que defiende a sus amados (Rosenthal, 1982). Los temas recurrentes de estos pintores son las escenas de guerra, caza, animales salvajes y harems o cuerpos femeninos desnudos situados en espacios suntuosos (Stevens, 1984). Los sujetos coloniales no son cuerpos normalizados que se guían por la ley. Son cuerpos que están fuera de la ley: son deseo, naturaleza, violencia, amor fraternal o romántico. Aquellos que la ley quiere controlar, dominar, marginar.



***Figura 1.*** *Eugène Delacroix (1798-1863): Chasse aux lions (La Casa del León).*

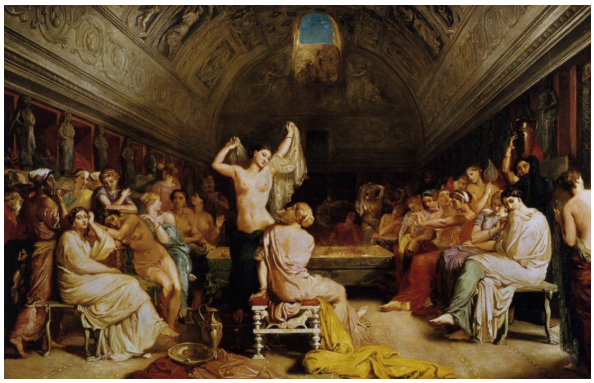


***Figura 2.*** *Théodore Chassériau (1819-1856): Tepidarium.*

### 3.2 El tiempo

El tiempo que crea el modelo de producción colonial de conocimiento jurídico es lineal pero finito. El tiempo de la metrópoli se interpreta como una cadena valiosa y sólida que se pierde en el pasado, se vive en el presente y se mantendrá en el futuro. La tradición jurídica a la que pertenece la metrópoli se presenta como indudablemente fecunda. Esta tradición jurídica se entronca con una cultura compleja e inmemorial que se encarna en el derecho. La tradición civilista, por ejemplo, se presenta típicamente como el

25 Algunas de las más reconocidas pinturas orientalistas de estos artistas se encuentran en el Museo de Orsay en París, http://www.musee-orsay.fr/fileadmin/mediatheque/integration_MO/PDF/Orientalism.pdf Las imágenes que aparecen en este artículo son de obras que se exhiben en este museo.

resultado del genio de la cultura romano-germánica (Monateri & Samuel, 2006, p. 67).Las contribuciones que los sujetos coloniales han hecho a esta tradición, los judíos, los egipcios, por ejemplo, se hacen invisibles (Monateri & Samuel, 2006, p. 67). La interacción con el otro se entiende como una contaminación. Las culturas se organizan jerárquicamente en directa relación con su capacidad de crear verdadero derecho. Existen culturas que tiene la posibilidad de crear derecho; otras que solo pueden reproducir su retraso.



***Figura 3.*** *Henri Regault (1843-1871): Exécution sans jugement sous les rois maures de Grenade (Ejecución sin juicio bajo el mandato de los reyes moros en Granada).*

La tradición jurídica de la metrópoli se inicia en un pasado remoto que se revive con sus constantes reinterpretaciones. Esta tradición, el tiempo en el que vive el sujeto-metrópoli, se concibe como una unidad. No tiene solución de continuidad; no está fraccionado; es uno. El sujeto-metrópoli lo experimenta como un todo en el presente. El futuro de este sujeto jurídico es mantener indefinidamente su presente. Mantener la metrópoli como metrópoli, que siempre estará definida por su otro, la colonia. La historia de la metrópoli, en un sentido particular, ya terminó. Ya es metrópoli. El tiempo del sujeto-metrópoli está en función del tiempo de la colonia y el sujeto colonial. Sin duda, seguirá enfrentando retos y dificultades jurídicos. No obstante, estos se presentan sobre la base y teniendo como trasfondo una tradición jurídica, un conjunto de instituciones y un ordenamiento que se presumen sólidos y a las que se llegó luego de un largo proceso histórico. No tiene sentido cambiarlas; son el derecho "metrópoli", aquel al que las colonias aspiran llegar algún día.

El tiempo de la colonia, su historia, su pasado jurídico empieza con su interacción con la metrópoli. El pasado del sujeto colonial tiene un origen claro y distinto. Para el sujeto colonial antes de este encuentro no hay tiempo. Previo al momento cero se abre un vacío temporal; se sabe que algo hubo antes del inicio de la historia. Sin embargo, el modelo escoge ignorar ese hecho. El bajo valor jurídico de lo que antecede a la historia no merece atención. El derecho, la tradición jurídica de la colonia empieza con la conquista imperial. La historia del sujeto colonial, por tanto, es un continuo esfuerzo por ser como su otro. Por experimentar y superar cada una de las etapas que lo llevarán hasta el fin de su historia: el momento en donde no puede distinguirse de la metrópoli. El presente se muestra siempre como un eslabón en una cadena que termina en un punto definido. El futuro, como la posibilidad siempre abierta de llegar al final de la historia.

La experiencia latinoamericana con su pasado jurídico es ilustrativa a este respecto. Nuestra tradición legal, la que hoy en día ignoramos o intentamos aprehender a medias (nuestra producción sobre historia del derecho es insuficiente) (Mirow, 2004), comienza en el momento en que empieza nuestra interacción

con Europa. Históricamente, nos hemos identificado como parte de la tradición romano-germánica (Clark, 1990). Las leyes coloniales, españolas o portuguesas, determinaron el inicio de nuestra historia jurídica. Las leyes de las repúblicas recién creadas no rompieron con esa tradición. El código civil de Andrés Bello, el documento jurídico por excelencia en la región, aquel que determina parte central de nuestra identidad jurídica, evidencia este hecho (Mirow, 2001). El Código de Bello es en buena parte una síntesis del Código Civil de Napoleón, las Siete Partidas de Alfonso el Sabio y el Digesto (Mirow, 2001, p. 304). Entramos en la historia del derecho como miembros secundarios de una tradición que no creamos. Ciertamente, nos hemos apropiado de esta tradición y la hemos transformado. Sin embargo, no se interpreta, no interpretamos, que estas apropiaciones y transformaciones hayan cambiado el curso de la tradición o se hayan convertido en representaciones de primer orden de los valores que esta promueve.

La situación se complejiza aun más si atendemos a la influencia que en las últimas décadas ha tenido la tradición jurídica angloamericana en la región (Kelemen & Sibbitt, 2004, p. 103). La teoría del derecho liberal y crítica anglosajona, el valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes creadoras de derecho, el derecho penal adversarial, el derecho laboral neoclásico, los métodos de enseñanza y las formas de hacer academia jurídica estadounidenses, entre muchas otras cosas, han entrado sutil o abruptamente en nuestra historia jurídica (Merryman, 1977; Rittich, 2006). Nuevamente, interactuamos con la metrópoli y la historia del derecho de manera incómoda. Estas creaciones son en muchos sentidos nuestras. Hacen parte de nuestra realidad jurídica. Las hemos usado, interpretado y variado. Sin embargo, otra vez nos montamos en el vagón de la historia jurídica sin que hayamos podido llegar a su locomotora. No estamos en control de la tradición y nuestros productos se perciben, los percibimos, como expresiones menores de la misma. El carácter hibrido de nuestra tradición jurídica no es un problema; al contrario, es una oportunidad. No obstante, como sujetos de conocimiento entramos a esta historia siendo percibidos e interiorizando que nuestra historia jurídica empieza cuando hicimos contacto con el otro; siendo interpretados e interpretando como iteraciones menores de un pasado que realmente no nos pertenece y al que no hemos hecho aportes significativos.

Cuando intentamos mirar más atrás del momento cero de nuestra historia jurídica nos quedamos con las manos cuasi vacías. El pasado jurídico-político prehispánico no es casi completamente desconocido. No lo hemos hecho parte de nuestro presente. No quiere decir esto que normativamente debamos defender una especie de nativismo que valore únicamente aquello que sería percibido como original: las tradiciones jurídicas y políticas de los pueblos indígenas prehispánicos. Estas tradiciones pueden ser inútiles para las sociedades contemporáneas, cuestionables moral o políticamente o simplemente puede no haber información suficiente para evaluarlas y reinterpretarlas. Este nativismo negaría, además, nuestro ser jurídico criollo. Una parte de lo que somos jurídicamente está ya condicionado por las tradiciones jurídicas civilista y angloamericana. Parte de nuestra identidad legal está compuesta por los ejes que las constituyen. Estas tradiciones, además, tienen una riqueza innegable.

No obstante, parecería útil que Latinoamérica se reconectara críticamente con esa otra parte de su pasado jurídico que se ha hecho invisible. Algunos de los experimentos que hemos visto en Bolivia y Ecuador (Medici, 2010), por ejemplo, pueden ser prometedores. La idea de que la naturaleza tiene derechos, que los seres humanos podemos tener una relación no antropocéntrica con la naturaleza, el reconocimiento de la diversidad cultural dentro de las estructuras institucionales, entre otras cosas, pueden generar reinterpretaciones valioso de las tradiciones de los pueblos indígenas que sirvan a los Estados de la región a cumplir adecuadamente con sus fines (Gudynas, 2009). Este conocimiento puede entrecruzarse ricamente con los saberes jurídicos que ya hacen parte de nuestra historia y generar productos legales innovadores y útiles políticamente. Estos experimentos, además, pueden llevar a repensarnos como sujetos de conocimiento jurídico y a repensar el concepto de tiempo dentro del que nos movemos.

### 3.3 El espacio

El espacio del modelo de producción de conocimiento colonial es también dual. Esta cartografiado como

un espacio Norte-Sur jerarquizado. El espacio no es horizontal; los espacios no se piensan como iguales. El contenido de cada uno de estas geografías es diferente y está calificado de manera distinta. El Norte Global, la metrópoli, es la tierra jurídica prometida; El Sur Global, la colonia, es tierra jurídica arrasada. La primera es un contexto rico de producción jurídica. Tiene las condiciones para crear, intercambiar y usar conocimiento jurídico. Tiene una tradición rica, unas instituciones académicas, jurídicas y políticas sólidas y unos sujetos adecuadamente preparados. Su historia muestra la infinidad de productos legales originales que ha creado y que ha exportado o podría exportar. En contraste, la segunda, el territorio colonial, es descrito por el modelo como un contexto pobre para la creación de conocimiento jurídico. Es un espacio de reproducción, difusión y aplicación local del conocimiento de la metrópoli. En esta geografía conceptual no se construye conocimiento original y no se cumplen con los requisitos mínimos para que esto suceda. Su tradición jurídica es inexistente o pobre, o es una pieza marginal dentro de la tradición de la metrópoli; sus instituciones jurídicas y políticas son débiles e inestables; y sus sujetos e instituciones de conocimiento están mal preparados y son frágiles.

Hasta hace muy poco, por ejemplo, los cursos y materiales de derecho comparado en las facultades de derecho de los Estados Unidos no incluían en el análisis a los países del Sur Global (Hirschl, 2014). Todavía hoy es excepcional encontrar que los programas de estas materias incluyan países diferentes a Alemania, Francia, el Reino Unido y, tal vez, Canadá (Hirschl, 2014). Es por esto, también, que cuando a un colega de una facultad de derecho de elite estadounidense se le preguntó si sería posible dictar un curso de derecho latinoamericano en su facultad hizo un gesto de incredulidad y desgano y contestó "¿a quién le interesaría?" De manera no anecdótica, los cursos sobre derecho latinoamericano, asiático o africano son la excepción en las facultades de derecho estadounidenses (Bonilla, 2013a, p. 11). Cuando, ocasionalmente se dictan, usualmente dependen de lo que se conoce como las *area studies*. Estudiar el derecho de un país del Sur Global puede ser pertinente para entender su estructura, dinámicas y características. Puede ser pertinente para los científicos sociales y humanistas que pertenecen a estos departamentos. Sin embargo, no lo es para los profesores de derecho. El derecho del Sur Global no es un objeto de estudio legítimo en las facultades de derecho del Norte Global.

Ahora bien, el espacio del modelo colonial está también jerarquizado internamente. El Sur también existe en el Norte, y en el Sur no todas las colonias son iguales. Para el modelo, puesto en operación, no es lo mismo Alemania, Francia y Estados Unidos que España, Portugal y Grecia; como tampoco es lo mismo India que Vietnam, Suráfrica que Namibia o Argentina que Nicaragua. El flujo del intercambio de bienes jurídicos en este espacio es, en consecuencia, unidireccional. El movimiento de la teoría, la doctrina y las prácticas jurídicas es siempre Norte-Sur; se da siempre en una sola dirección entre el espacio binario que es eje del modelo o dentro de cada uno de los espacios que constituyen a este eje.

## 4 Las reglas y principios

### 4.1 Las oposiciones conceptuales generales

Las reglas y principios que guían al modelo giran en torno a las siguientes cuatro oposiciones conceptuales generales: mímesis/autopoiesis; conocimiento local/conocimiento universal; cultura/derecho; y lenguas aptas para el conocimiento jurídico/lenguas inútiles para el conocimiento jurídico. Estas oposiciones, van de la mano, con otras cuatro oposiciones conceptuales particulares: capital académico alto/capital académico bajo; productos académicos de calidad/productos académicos de baja calidad; instituciones académicas ricas/instituciones académicas pobres; y experiencia para el uso del conocimiento jurídico/inexperiencia para el uso del conocimiento jurídico. Todas estas oposiciones conceptuales se entrecruzan creando un sistema que guía a los sujetos de conocimiento en sus procesos de producción, intercambio y uso de saber jurídico. Estas oposiciones conceptuales, además, dan origen a cinco presupuestos que precisan las maneras como los sujetos-metrópoli y sujeto colonial deberían comportarse. Estos presupuestos, en otros escritos, (Bonilla, 2013c) los he llamado "jerarquía de capital académico", "el que paga decide", "pozo de producción", "denominación de origen calificado" y "operador eficiente".

La primera oposición conceptual general, mímesis/

autopoiesis, describe los contenidos de los sistemas jurídicos coloniales como representaciones de los sistemas jurídicos de la metrópoli. Aquellos, por tanto, aspiran volver a presentar (re-presentar) las teorías, doctrina y prácticas de estos. El derecho de la colonia es, en el mejor de los casos, una copia del derecho de la metrópoli. Esta es la máxima aspiración de la colonia. En tanto que su realidad jurídica y política no cumple con las condiciones necesarias para la creación de conocimiento jurídico no tiene opción distinta a imitar los productos jurídicos generados por su otro. Su mayor logro, por tanto, no puede ser distinto a copiar fielmente el original. Los problemas y retos que enfrentan la colonia y la metrópoli son análogos. Son consecuencia de que una y otra están compuesta por seres humanos que persiguen fines similares, por ejemplo, paz y prosperidad, y de que la naturaleza de la que están rodeados les genere retos análogos.[26] Los conocimientos jurídicos de la metrópoli, por tanto, pueden ser exportados por la metrópoli e importados por la colonia. Los trasplantes jurídicos pueden, y deben ser, la regla (Tushnet, 1999). La colonia mimética, por tanto, es el espacio donde se difunde y aplica localmente el conocimiento original que surge en la metrópoli.

Una parte de la literatura sobre teoría jurídica en Latinoamérica sigue este patrón.[27] Las publicaciones en el área son, muchas veces, intentos por explicar al público local la estructura argumentativa de la obra de los grandes filósofos del derecho angloamericanos (Medina, 2004). En esta medida los textos de teoría jurídica se presentan como una sumatoria de interpretaciones exegéticas y glosas explicativas que permiten que las nuevas generaciones de teóricos tengan acceso y conozcan el canon. Así, no es sorprendente encontrar que los anaqueles de teoría jurídica de las bibliotecas de derecho latinoamericanas contienen un número importante de libros sobre la teoría de, entre otros, Ronald Dworkin, H.L.A. Hart o Richard Posner. Muchos de estos libros no son diálogos horizontales entre el autor anglosajón y el autor latinoamericano. El texto no es un esfuerzo por pensar juntos un problema teórico o práctico. El autor estadounidense es el referente en torno al cual gira el esfuerzo explicativo del autor latinoamericano. De partida se da una subordinación epistémica del segundo frente al primero. El punto no es negar que el trabajo de uno pueda ser más amplio y sólido que el del otro. Ciertamente, los autores anglosajones nombrados tienen una producción ilustre y tremendamente rica. El punto es exponer la actitud con la cual el académico latinoamericano asume su interlocución con el académico estadounidense. No se entiende, típicamente, como un par en el intento por describir, analizar o evaluar las realidades jurídicas de los Estados contemporáneos. Es un difusor del saber creado por otros.

En otras ocasiones, los textos de teoría jurídica latinoamericana buscan aplicar las teorías de los autores-metrópoli a sus propias realidades. El marco teórico está dado por la producción del autor anglosajón y los autores-colonia buscan hacer explícitas las consecuencias que tiene usarlo para describir, analizar y evaluar la realidad local. El argumento no es que sea problemático por sí mismo hacer uso de marcos teóricos foráneos para entender la realidad latinoamericana, aunque pueda serlo cuando estos marcos surgen de contextos muy diferentes a los contextos donde pretende aplicarse. El argumento tampoco pretende negar que en el uso puede haber transformaciones del discurso y, por tanto, innovación a través de la interpretación. El argumento es que la actitud con la que muchas veces se asume está impresa ilustra la oposición conceptual mimesis/autopoiesis. El autor latinoamericano no entra en diálogo con el marco teórico. No se entiende como parte de una narración que puede transformar, contribuir a desarrollar o criticar; su rol es el de aplicar y difundir de manera precisa un saber preexistente. Él está afuera de la narración y se relaciona con esta como un agente externo al saber que contiene.

El derecho de la metrópoli, en contraste, se entiende como un sistema original que surge como consecuencia y al mismo tiempo refleja la cultura metropolitana. La cultura, rica y compleja de la metrópoli, da lugar a un derecho particular que tiene como objetivo solucionar una serie de problemas sociales y políticos. Cultura y derecho en la metrópoli tienen

26 Para comprender adecuadamente este argumento se puede apelar al argumento análogo que ofrece el funcionalismo en derecho comparado (Tushnet, 1999).

27 Para un análisis de la teoría jurídica latinoamericana y su relación con la teoría jurídica del Norte Global, Véase Medina (2004).

una relación orgánica.[28] Las reglas, principios, teorías y prácticas jurídicas expresan y confirman su cultura. Al mismo tiempo, el carácter autopoiético del sistema alude a su capacidad de reproducirse y transformarse. El orden jurídico tiene las herramientas para continuar existiendo como producto original y para transformarse sin perder esta originalidad. El sistema, ciertamente, tiene la capacidad de enriquecerse con elementos foráneos (y efectivamente lo hace). Empero, también tiene la potestad de apropiarse de esos elementos, de hacerlos propios, de transformarlos en un componente más de su maquinaria conceptual.

La oposición conceptual local/universal se entrecruza con el par mímesis/autopoiésis. El conocimiento de la colonia es interpretado como un conocimiento limitado espacialmente. Solo tiene aplicación dentro de las fronteras de la colonia; atiende únicamente a sus retos y realidades. No es reproducible en otros contextos. Un artículo sobre el derecho laboral mexicano o brasileño, por ejemplo, solo es relevante para México o Brasil. Nunca para Colombia, Suráfrica, India o Estados Unidos. Las realidades de los países del Sur Global no son generalizables. No son útiles, por su carácter específico, para otros países del Sur Global y mucho menos para los del Norte Global.

En contraste el saber de la metrópoli se entiende como universal. Por ende, *a priori*, tienen una relevancia y valor que trasciende las fronteras nacionales. De ahí que el saber de la metrópoli se considere *ex ante* trasplantable mientras que el saber de las colonias, *ex ante*, se considere enraizado en las realidades locales y, por tanto, incapaz de cruzar sus fronteras. El concepto de tiempo del modelo colonial explica este hecho. En tanto que el tiempo de la colonia es lineal y está compuesto por un conjunto de eslabones que termina en el derecho de la metrópoli, el conocimiento jurídico que genera es solo aplicable a sus condiciones particulares. Es solo relevante para la etapa de desarrollo jurídico en la que se encuentra. El tiempo de la metrópoli, el eterno presente que experimenta en el final de la historia, permite que el conocimiento que genera irradie y se aplique en todos los eslabones de la cadena que le preceden. El saber de la metrópoli puede contribuir a que la colonia avance, progrese, en la materialización de su objetivo: ser como la metrópoli.

La recepción que ha tenido el trabajo de Ronald Dworkin y John Rawls en buena parte del Sur Global puede ser útil para ilustrar el argumento. Los dos filósofos reconocen explícitamente que su trabajo tiene como fuente el derecho y la cultura política estadounidense (Rawls, 1986). Sin embargo, su obra es leída, comentada y aplicada a lo largo y ancho del Sur Global sin que usualmente se haga referencia a la estrecha relación que tienen con un contexto particular. En las facultades de derecho latinoamericanas el trabajo de estos autores es omnipresente.[29] El punto no es, claro, que en tanto que el derecho como integridad y el liberalismo político tienen un alto grado de abstracción no puedan viajar más fácilmente a través de las fronteras estatales que otros productos jurídicos y ser utilizados en contextos distintos al estadounidense. El punto es que el modelo colonial de producción de conocimiento jurídico hace que la conexión entre contexto y saber-metrópoli se pierda. Este conocimiento pareciera que existe en un vacío cultural y, por tanto, sea inmediatamente exportable y aplicable en cualquier contexto cultural. Este punto se vuelve aun más diciente cuando el conocimiento que es objeto de estudio es un conjunto de reglas o prácticas locales. Un artículo sobre derecho comercial, propiedad intelectual o derecho constitucional estadounidense también se entiende que tiene relevancia inmediata en el Sur Global. No importa que haga referencia a normas o prácticas particulares que solo tienen vigencia en Estados Unidos.

En contraste, el saber jurídico latinoamericano, asiático o africano se presume encadenado a sus contextos. Los artículos producidos en estas regiones generalmente aclaran en sus títulos y en sus contenidos que hablan del derecho chileno, egipcio o coreano. Se hace evidente desde el inicio que hace referencia y aplica única (o fundamentalmente) a un país. No obstante, es poco común encontrar que el título de una publicación de autoría de un profesor de derecho estadounidense diga algo así como “La libertad de

28 Para comprender el argumento se puede hacer una analogía con el argumento análogo que ofrecen las teorías expresivistas en derecho comparado. Véase, Legrand (1997).

29 Véase Mattei (2003); y Wiegand (1996).

expresión en Estados Unidos" o "La propiedad intelectual en los Estados Unidos". En una ocasión un colega estadounidense luego de comentar uno de mis escritos me dijo que si lo quería publicar en una revista de derecho en su país debía agregar en el título la referencia a Colombia. En su concepto, ciertamente útil desde un punto de vista estratégico, debía ser claro cuál era el contexto nacional del que partía y en donde se desarrollaba mi análisis. Paradójicamente, ninguno de los varios escritos que este profesor ha publicado en Latinoamérica hace referencia a los Estados Unidos en el título. Ni el sintió la necesidad de hacer la aclaración ni los editores y editoriales sintieron la necesidad de pedirle que la hiciera.

El argumento que supone la universalidad del conocimiento jurídico del Norte Global también puede ilustrarse si se apela al papel menor que históricamente ha jugado la investigación empírica del derecho en Latinoamérica. Este rol menor puede explicarse por la falta de herramientas de investigación empírica que caracteriza al abogado latinoamericano y al legocentrismo que ha identificado a una parte importante de la academia jurídica de la región. En las facultades de derecho no es común que se enseñen los métodos de investigación empírica cualitativos y cuantitativos. Consecuentemente, los académicos del derecho típicamente no están familiarizados con estos métodos y no tienen experiencia en su puesta en práctica. En tanto que el objeto de estudio paradigmático del académico del derecho latinoamericano ha sido la ley, el producto por excelencia del trabajo académico es el tratado (Pérez-Perdomo, 2005, pp. 103-104). Este tipo de producto académico tiene como objetivo, en el mejor de los casos, sistematizar las normas que componen a un área específica del ordenamiento jurídico (Madrazo, 2008). En el peor de los casos, desafortunadamente muy común, tienen como fin presentar los contenidos de la ley con palabras distintas y agregar unas pocas glosas explicativas que generalmente van dirigidas a resolver un problema de la práctica jurídica.

Ahora bien, estos dos argumentos cuentan solo una parte de la historia. La ausencia del trabajo empírico en la academia jurídica latinoamericana también está relacionada con el uso de marcos teóricos que provienen del Norte Global y que se presumen universales. En esta medida el académico del derecho asume que puede aplicar estas herramientas conceptuales sin atender a las particularidades de su contexto. Las diferencias de las realidades sociales son irrelevantes. El conocimiento teórico, dada su generalidad y racionalidad, puede usarse para describir, analizar o evaluar cualquier comunidad política.[30] El trabajo empírico que permite conocer las dinámicas y características de los contextos en donde surgen y se aplican las normas jurídicas resulta irrelevante.

La oposición conceptual cultura/derecho sugiere que en la colonia no hay realmente derecho, solo cultura, y un tipo de cultura particular. El derecho en la colonia ha fracasado (Esquirol, 2008) o es inútil. La cultura de la colonia no tiene las características que le permitirían crear un sistema jurídico que pudiera cumplir con los objetivos que usualmente intenta concretar, orden y justicia, por ejemplo. De esta forma, el derecho de la colonia y el conocimiento jurídico que lo tiene como objeto de estudio resulta irrelevante para la metrópoli. Los niveles de impunidad, por ejemplo, son tan altos que se considera que el derecho penal es irrelevante o marginal para mantener el orden social. Los niveles de seguridad, altos o bajos, que pudiera tener la colonia, por tanto, deben explicarse apelando a otros órdenes normativos, la moral secular o la religión, por ejemplo. Ningún sujeto de conocimiento de la metrópoli se interesaría por estudiar este conjunto de reglas jurídicas de papel.

Este argumento puede ilustrarse muy bien si se hace referencia a las descripciones que se hacen en las peticiones de asilo de muchos latinoamericanos en Estados Unidos (Esquirol, 2013). La estrategia que los abogados y organizaciones sociales articulan para que su representado consiga quedarse legalmente en Estados Unidos consiste en mostrar que el país de origen de quien busca asilo es tierra arrasada en materia jurídica (Esquirol, 2013). En este país no hay instituciones jurídicas y políticas funcionales y el derecho es solo una forma que tiene aplicaciones mínimas, si alguna, en la realidad social (Esquirol, 2013).

30 El uso que en muchas ocasiones se la ha dado en Latinoamérica a la obra de Jurgen Habermas evidencia como opera el argumento. Aunque Habermas menciona en su obra que su trabajo nace y se refiere a Europa Occidental, en Latinoamérica usamos sus modelos mecánicamente para examinar nuestros problemas.

Las violaciones de los derechos humanos, por ende, son un patrón sistemático y continuo que toca toda la realidad social. No hay espacios en donde el derecho y las instituciones jurídicas y políticas funcionen. La cuestión no es que por razones estratégicas que pueden ser entendibles y loables, los abogados u organizaciones sociales describan la realidad del derecho latinoamericano de la manera anotada. La cuestión tampoco es argumentar que las violaciones de derechos humanos no son comunes en la región. El asunto sobre el que quiero llamar la atención con este ejemplo es que estas descripciones sin matiz alguno terminan construyendo la representación que la metrópoli tiene del derecho de la colonia y que esta termina interiorizando. Las cortes aceptan la tesis, los políticos la utilizan para generar políticas públicas y los académicos latinoamericanistas se benefician de ella cuando sirven a los abogados como expertos en los procesos (Esquirol, 2013). Este tipo de situaciones contribuyen a crear y recrear una visión homogeneizante de la realidad jurídica y política latinoamericana que la califica negativamente de manera absoluta. Esta visión, además, ayuda en la consolidación de la idea de que el derecho latinoamericano no es un objeto de estudio valioso, aunque su naufragio si lo sea.

Ahora bien, si el derecho fallido de la colonia resulta un objeto de estudio de segundo grado para los abogados y académicos del derecho de la metrópoli, este y los órdenes normativos que lo sustituyen resultan un objeto de estudio valioso para ciencias sociales como la antropología y la sociología de la metrópoli.[31] Para estas ciencias tal situación genera un reto descriptivo y explicativo que puede rendir frutos epistemológicos notables. El supuesto del que parte esta oposición conceptual, entonces, es que hay una relación estrecha entre cultura y derecho y que hay algunas culturas que pueden crear derecho y otras que no. De ahí que el proceso civilizatorio que ha ido de la mano de muchas empresas imperiales empieza con un cambio cultural: los bárbaros deberán adoptar la religión, la lengua y las mores de la metrópoli. La barbarie jurídica tiene como una de sus principales causas la barbarie cultural.

31 Véase, Tamanaha (2009); y Esquirol (2009).

En contraposición, en el modelo de producción de conocimiento jurídico colonial la metrópoli tiene derecho, no solo una apariencia de derecho. Este orden jurídico, además, refleja y es efecto de su cultura. Una cultura rica, compleja y sólida es precondición para la existencia de un verdadero ordenamiento jurídico. La relación entre derecho y cultura en la metrópoli es, por tanto, simbiótica. La cultura da lugar al derecho pero el derecho confirma y protege a la cultura. En el derecho comparado esta relación está firmemente enraizada. La tradición civilista se entiende como consecuencia, principalmente, de la cultura romano-germánica; la consuetudinaria de la cultura angloamericana (Schmidhauser, 1989). Las dos familias dominantes en la teoría y práctica del derecho comparado son fruto de dos tradiciones culturales de origen europeo (Pargendler, 2012). Las dos han sido (o fueron) relevantes en los proyectos imperiales tanto del Reino Unido como de Roma, Alemania, Francia y España (Schmidhauser, 1989).

La ultima oposición conceptual general, lenguajes apto para el conocimiento jurídico: lenguajes inútiles para el conocimiento jurídico hacen referencia nuevamente, pero de manera más precisa, a un elemento central de cualquier cultura: el lenguaje. El modelo de producción de conocimiento jurídico colonial entiende que los lenguajes de la metrópoli, español, portugués, inglés, entre otros, fueron o son herramientas finas y sutiles para expresar la verdad jurídica (Lillis & Curry, 2010). Hoy en día, argumenta el modelo, esto es particularmente cierto respecto del inglés (Lillis & Curry, 2010), dada la enorme influencia que tiene la teoría del derecho, la doctrina y las prácticas jurídicas anglosajonas en las comunidades jurídicas del Sur Global. El inglés se entiende como un lenguaje directo, preciso, flexible y que permite la creatividad de sus hablantes.

El inglés jurídico nombra las realidades de manera exacta y concisa. Hace un uso eficiente de sus recursos: sus frases son cortas y se pueden seguir fácilmente por el lector; sus párrafos distinguen adecuadamente entre las ideas que presentan y tienen un tamaño conveniente para que el interlocutor no pierda el hilo conductor. El inglés, además, se presenta como un lenguaje que es flexible frente a la realidad que nombra o califica, por ejemplo, al permitir la

verbalización de sustantivos. Esto, a su vez, permite y promueve la creatividad de sus usuarios. Estos pueden fácilmente inventar palabras para nombrar la realidad que perciben o evalúan, por ejemplo, para captar sus matices o designar un nuevo fenómeno. Por el contrario, lenguajes como el español se entienden como imprecisos e ineficientes. El español, por ejemplo, se describe como un lenguaje que no conoce el principio de la economía de medios: sus frases largas, sus párrafos interminables, sus descripciones haciendo uso de un número infinito de palabras. Un lenguaje, se concluye, poco útil para expresar el conocimiento jurídico. Estas descripciones del inglés y el español, como puede verse, en ocasiones se presentan como componentes centrales del lenguaje mismo; en otras, como convenciones sobre las formas en que se usan estos lenguajes en la academia jurídica.

Los latinoamericanos que han estudiado o trabajado en una facultad de derecho estadounidense probablemente habrán oído este tipo de descripciones del español. En esta medida muchos de estos practicantes o académicos invierten una gran cantidad de tiempo y esfuerzo en modificar las convenciones para la expresión de las ideas con las que se formaron. Esto, sin duda, puede ser provechoso. Permite que estos abogados latinoamericanos se acerquen a formas de expresión diferentes que pueden generar réditos distintos a los que crean las convenciones lingüísticas y de locución académica que conocen. El problema surge cuando estas convenciones y prácticas se esencializan y se naturalizan. La cuestión probablemente se explicaría mejor diciendo que el abogado latinoamericano simplemente no tiene un manejo adecuado del inglés y está expresando sus ideas haciendo uso de palabras de este idioma pero con formas gramaticales propias del español. Esto sin duda es un error que hay que corregir. No obstante, esta situación no se presenta siempre como un problema práctico que se resuelve con trabajo y esfuerzo del hispanohablante sino como características de su lenguaje y, por tanto, de su cultura. De la situación anterior no se puede derivar que el español no pueda ser un vehículo adecuado para la expresión de conocimiento jurídico claro y preciso.

Este problema se agudiza cuando se hace explicito que las discusiones y publicaciones académicas más prestigiosas tienen como lenguaje oficial único al inglés y están principalmente localizadas en Estados Unidos (Lillis & Curry, 2010). El académico del Sur Global que no tiene el inglés como su lengua madre tiene un doble reto: hacerse competente en una lengua que no es la suya y aprender las convenciones estadounidenses para la investigación, redacción y presentación de los trabajos académicos en derecho. En los debates académicos verbales esta carga resulta particularmente onerosa. Por un lado, al abogado del Sur Global no anglófono se le exige que hable en un lenguaje que no es el suyo en tanto que es el idioma "internacional"; por el otro, para que sea tomado medianamente en serio se le pide que tenga las mismas competencias lingüísticas que sus colegas anglófonos. La lentitud, imprecisión o mala pronunciación no siempre se tolera.

Nuevamente, quienes han estudiado o trabajado en una facultad derecho estadounidense probablemente alguna vez habrán visto como sus colegas anglófonos se dispersan, angustian o voltean sus ojos cuando al presentar sus ideas las frases se vuelven muy largas, sus palabras vagas o las fallas en su pronunciación se vuelven recurrentes. Esta situación contrasta con el hecho de que el número de profesores de derecho estadounidenses que hablan una segunda lengua no es muy alto. En esta medida no han tenido que experimentar el esfuerzo que implica aprender otro idioma, asimilar las convenciones académicas a través de la cuales se expresan otras comunidades de saber o sentir la desazón que surge al equivocarse o ser impreciso cuando se habla en círculos profesionales un idioma que no es el propio. También contrasta con el hecho de que es usual que los esfuerzos del académico del Norte Global por hablar el idioma del país del Sur Global que visita sean recibidos con alborozo, así sean fallidos, o que se asuma que el profesor del Sur Global, en su país, debe hablar inglés con el profesor estadounidense, así este hable el idioma local.

### 4.2 Las oposiciones conceptuales particulares

Las cuatro oposiciones conceptuales particulares hacen referencia directa y explícita a los contextos de creación de conocimiento de la colonia y la metrópoli. Estas oposiciones conceptuales se nutren y, al mismo alimentan, a las cuatro oposiciones conceptuales

generales. Todas ellas constituyen un entramado conceptual que debe explicar y guiar a los sujetos de conocimiento jurídico. Estas oposiciones conceptuales específicas son las siguientes cuatro: capital académico alto/capital académico bajo; productos académicos de calidad/productos académicos de baja calidad; instituciones académicas ricas/instituciones académicas pobres; y experiencia para el uso del conocimiento jurídico/inexperiencia para el uso del conocimiento jurídico.

La primera oposición conceptual hace referencia a las diferencias que existen entre la metrópoli y la colonia con respecto al capital académico del que cada una de ellas dispone. La primera se entiende como un espacio que dispone de un capital académico alto. Sus instituciones universitarias son más sólidas que las de la colonia. Esta solidez se evidencia en dimensiones tanto cuantitativas como cualitativas (Bonilla, 2013c, pp. 6-9). De un lado, el número de profesores de tiempo completo, el número de bases de datos, la cantidad de libros en las bibliotecas, la cantidad y variedad de publicaciones y el elevado número de intercambios académicos con redes nacionales o internacionales. De otro lado, la calidad de la producción académica, la interiorización y aplicación sistemática por parte de los miembros de la comunidad académica del derecho de una serie de dinámicas para la producción, discusión y difusión de los productos que se generan y la calidad de la infraestructura de la que disponen los profesores de derecho. En contraste, en la colonia, el modelo asume que el capital académico del que se dispone es bajo, igualmente, por razones cuantitativas y cualitativas (Bonilla, 2013c, pp. 6-9). La profesionalización de la academia jurídica es reciente y, por ende, hay muy pocos profesores de tiempo completo y el número de libros, publicaciones, y redes académicas nacionales e internacionales disponibles es muy bajo. Asimismo, las dinámicas de producción y crítica que permiten la creación sistemática de conocimientos jurídicos no existen o no se han sistematizado o interiorizado por parte de la academia jurídica colonial. La calidad de la estructura material a la que tienen acceso los profesores de derecho, edificios, computadores, bases de datos, entre otros, no es la adecuada.

Esta primera oposición conceptual va de la mano de las dos siguientes: instituciones académicas ricas/instituciones académicas pobres y productos jurídicos de alta calidad/productos académicos de baja calidad. Las comunidades académicas de la metrópoli, en parte, deben su capital académico alto a la gran cantidad de recursos económicos que tienen a su disposición. Esto permite cubrir los costos notables que tiene, por ejemplo, contratar profesores de tiempo completo, tener buenas bibliotecas y construir y participar en redes académicas nacionales e internacionales. Esto igualmente les permite hacer mayores contribuciones a los proyectos académicos adelantados conjuntamente con instituciones del Sur Global, la organización de seminarios, investigaciones que incluyen trabajo de campo o la publicación de libros, por ejemplo. La falta de recursos económicos explica parcialmente las debilidades de las facultades de derecho del Sur Global y su menor contribución material a los proyectos que adelantan en alianza con instituciones académicas de la metrópoli.

Si se comprenden estas tres oposiciones conceptuales, no resulta sorprendente, por tanto, que para el modelo los productos de calidad de la colonia se presuman como de baja calidad y que los productos de la metrópoli se presuman como de alta calidad. Las condiciones materiales e inmateriales (cultura académica) de las que parten cada una son muy distintas. De una tierra yerma académicamente no pueden surgir frutos apetitosos para la mente; de una tierra académica fértil y bien cultivada surgirán cosechas gustosas para las cabezas inquietas intelectualmente.

Estas tres oposiciones conceptuales generan, a su vez, tres premisas que guían (y deben) guiar al sujeto de conocimiento del modelo colonial: pozo de producción, denominación de origen controlado y el que paga decide (Bonilla, 2013c, pp. 7-13). Estas premisas indican que la única fuente posible de creación de conocimiento jurídico es el Norte Global; que los productos jurídicos de la metrópoli por provenir de la metrópoli deben presumirse que tienen una calidad alta; y que aquel que contribuye con más recursos a la financiación de un proyecto conjunto Sur-Norte debe gozar de un poder de decisión mayor sobre sus fines y desarrollo.

La primera premisa, el pozo de producción, explicaría por qué en la construcción e interpretación de la

gramática del constitucionalismo moderno los académicos y cortes del Sur Global han jugado un papel marginal (Kahn, 1999, p. 12). Estas y aquellos están en las orillas del diálogo global que se da en torno al significado y consecuencias prácticas que deben tener conceptos como pueblo, soberanía, ciudadanía, derechos, igualdad y autonomía (Tully, 1997). Estos conceptos, construidos por un conjunto relativamente pequeños de teóricos modernos y contemporáneos, como Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau, John Locke e Immanuel Kant, de un lado y John Rawls, Charles Taylor, Robert Nozick y Jurgen Habermas, por el otro, constituyen los ejes en torno a los cuales gira la imaginación jurídica y política moderna (Tully, 1997; McIlwain, 1940). No obstante dentro de aquellos que se presumen intérpretes legítimos de estas categorías no aparecen casi nunca los sujetos de conocimiento coloniales. Cuando se habla de intérpretes contemporáneos legítimos de esta gramática constitucional aparecen instituciones como la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Constitucional alemana. Aparecen igualmente autores como Ronald Dworkin, Cass Susstein o Richard Posner. No obstante, pocos pensarían que instituciones como la Corte Suprema India, la Corte Constitucional Surafricana o la Corte Constitucional colombiana o cualesquiera que se consideren los más sólidos académicos del derecho del Sur Global han jugado o podrían jugar un papel análogo al de los autores o instituciones del Norte Global.

La segunda premisa explicaría por qué es común que en los seminarios sobre temas jurídicos en Latinoamérica los profesores estadounidenses sean invitados como conferencistas centrales o jueguen, de facto, un papel capital. No importa a que institución pertenece y si esta es o no sólida; tampoco importa mucho la calidad de su producción académica. No es común que en la academia jurídica latinoamericana se tenga información precisa sobre la gran mayoría de las facultades de derecho estadounidenses. La información que se cuenta sobre las facultades distintas a las que ocupan los primeros puestos en los rankings académicos es mínima. Todos los profesores de derecho latinoamericanos conocen a Yale, Harvard, Stanford o Columbia pero muy pocos tienen conocimientos precisos sobre la mayor parte de las facultades de derecho que ocupan las capas medias y bajas de las jerarquías académicas estadounidenses. Tampoco se tiene mucha información precisa sobre el trabajo de los académicos que no pertenecen a las universidades del *Ivy League*. No obstante, las premisas del pozo de producción y denominación de origen calificado hacen que la calidad alta de los mejores productos jurídicos estadounidenses envuelva al mismo tiempo, sin justificación empírica, los otros productos jurídicos que surgen en las facultades de derecho de este país.

Lo que en estos casos resulta importante para los organizadores de muchos seminarios es el contexto de producción de conocimiento del que proviene el profesor y que su producción está escrita en inglés y publicada en revistas o editoriales estadounidenses. Como el vino de borgoña, este profesor y su producción, gozan de una presunción de calidad que lo protege y lo valora aun antes de que se lea y evalúe efectivamente su trabajo. Ahora bien, la cuestión es que una vez se prueba, este vino (este trabajo) puede estar picado, tener altos grados de acidez o un grado excesivo de taninos. Esta premisa también explica, para ser más concretos y volver a la introducción de este artículo, porque en el seminario sobre educación jurídica experiencial en una universidad de elite brasileña los invitados centrales del evento eran dos profesores estadounidenses que pertenecían a una institución débil y cuya producción académica no era particularmente destacada. El criterio fundamental que determinó su invitación y posición privilegiada en el evento, por encima de profesores latinoamericanas con una producción más sólida que estaban en la audiencia o en los paneles, fue el del contexto de producción de conocimiento jurídico del que provenían, esto es, la puesta en operación de los presupuestos del pozo de producción y denominación de origen calificado.

Estos dos presupuestos, de la mano con las oposiciones conceptuales conocimiento universal: conocimiento local y autopoiesis/mímesis, también explican porque una sentencia como Roe vs. Wade es reconocida y valorada positivamente como producto jurídico en buena parte del Sur Global. Esta sentencia, es argumentable, no es formal o sustantivamente mejor como producto de conocimiento

jurídico que las sentencias alemanas o colombianas que despenalizan el aborto parcialmente o la canadiense que lo hace totalmente. En cualquier caso no es un producto jurídico de calidades extraordinarias formales o sustanciales. El momento histórico en el que se expide Roe, sin duda, es un factor que permitió su reconocimiento: es una de las primeras sentencias que despenalizaron el aborto en el mundo. Sin embargo, estas variables sólo explican parte de la historia. Es común que tanto los defensores como los detractores del aborto en la academia colonial puedan hacer referencia a Roe. No obstante, no es común que académicos no especializados en el tema puedan aludir a las sentencias de Alemania, Canadá o Colombia sobre el tema. Para explicar el reconocimiento muy amplio que ha alcanzado la sentencia habría también que señalar que fue expedida por la Corte Suprema de Justicia estadounidense y que ha sido descrita y evaluada infinidad de veces por profesores estadounidenses en sus escritos académicos. Asimismo, habría que mencionar que los Estados Unidos se entienden como el pozo de producción de conocimiento jurídico por excelencia desde al menos la segunda mitad del siglo XX (Langer, 2014, p. 1).

La premisa del que paga decide, siguiendo con la ilustración de los presupuestos del modelo colonial de producción de conocimiento jurídico, se pone en operación continuamente en los proyectos conjuntos que realizan profesores de las facultades de derecho estadounidense y las facultades de derecho del Sur Global. Los proyectos clínicos como las llamadas *fact-finding missions* son útiles para mostrar cómo funciona esta premisa (Bonilla, 2013c, pp. 21-25). El objetivo de este tipo de proyectos, típicamente, es describir de manera precisa y completa la violación de derechos humanos en una zona del Sur Global. En estos proyectos una facultad de derecho estadounidense y una organización social o una facultad de derechos del Sur se alían para adelantar el trabajo (Bonilla, 2013c, pp. 21-25). Ahora bien, usualmente, aquella es quien aporta una mayor cantidad de recursos económicos para financiar el proyecto. El dinero para financiar el trabajo de campo, por ejemplo, generalmente viene de la institución académica del Norte. Las premisas del modelo colonial de conocimiento jurídico, consecuentemente, aceptan y promueven que, dadas estas circunstancias, la institución de la metrópoli sea la que decida la estructura y fines básicos del proyecto. Esta situación, no obstante, oscurece las contribuciones que hacen las instituciones coloniales y que son necesarios para el éxito del programa: contacto con la población local e información académica que describe, analiza y evalúa el objeto de estudio de la misión.

La última oposición conceptual particular, experiencia para el uso del conocimiento jurídico: inexperiencia para el uso del conocimiento jurídico, hace referencia a quién se considera un agente legítimo para poner en operación ética y eficientemente los productos jurídicos que se generan en la metrópoli y la colonia (Bonilla, 2013c, pp. 21-25). Esta oposición conceptual genera el presupuesto del operador eficiente. Para el modelo de producción de conocimiento jurídico colonial el sujeto de saber de la metrópoli tiene el *know how* para hacer un uso eficaz de los productos jurídicos, demandas, informes, artículos, por ejemplo. Paralelamente entiende que este sujeto ha interiorizado las reglas de ética profesional que existen en su comunidad jurídica. En contraste, el sujeto de conocimiento colonial se comprende como un sujeto ineficaz e ingenuo o débil éticamente para al uso del conocimiento jurídico. No tiene los contactos en las redes nacionales o internacionales para que el conocimiento creado pueda generar un impacto. Sus comunidades jurídicas no tienen o no aplican reglas de ética profesional y el mismo no tiene la capacidad o la voluntad de hacerlo.

Las oposiciones conceptuales descritas y el concepto de sujeto, tiempo y espacio del modelo colonial de producción de conocimiento jurídico se explican por el conjunto de razones que se presenta a continuación. La primera de ellas es la relación imperial directa o indirecta que el Norte Global ha tenido con el Sur Global (Anghie, 2004; Mickelson, 2000). Las relaciones imperiales de España, Portugal, Reino Unido, Alemania, Italia, Francia, Bélgica y Estados Unidos, entre otros, con Latinoamérica, Asia y África son bien conocidas y han tenido como uno de sus principales instrumentos para su consolidación y desarrollo al derecho (Koskenniemi, 2001). El derecho de Indias y el concepto de *terra nullius* son ejemplos bien de cómo el derecho fue una herramienta importante en los procesos de conquista y colonización del Sur

Global (Gilbert, 2006). La idea de que los imperios coloniales son los troncos de los cuales surgen las principales tradiciones jurídicas (Santos, 1995; Hoecke & Warrington, 1998) también juega un papel importante para explicar la existencia del modelo colonial de producción de conocimiento jurídico (Santos, 1995; Mattei, 1997; Hoecke & Warrington, 1998). Latinoamérica se entiende como un miembro menor de la tradición civilista (Esquirol, 1997; 2003; 2008), África (Nkrumah, 1962) y Asia,[32] dependiendo del imperio que haya controlado los distintos territorios que los componen, se entienden como una iteración marginal de la tradición consuetudinaria o de la civilista. Asimismo, Europa del Este se entiende como una reproducción menor de derecho socialista obsoleto e importaciones contemporáneas de derecho de Europa occidental o Estados Unidos (David & Brierley, 1978, pp. 222-224). En algunos de los países que componen a estas regiones la tradición de la metrópoli, transformada y reinterpretada, coexiste con un derecho nativo. Sin embargo, típicamente, este se subordina al legado de la metrópoli o se considera de una calidad menor.

Esta razón explicativa tiene una consecuencia epistemológica poderosa: hace que el derecho del Sur Global no sea considerado un objeto de estudio valioso y que el saber jurídico que lo tiene como su objeto de estudio sea considerado marginal o irrelevante. Si se quiere describir, analizar o evaluar a las grandes tradiciones jurídicas del mundo, se argumenta, habría que examinar el derecho de los países que las originaron, desarrollaron o transformaron. No resulta útil o eficiente analizar aquellos ordenamientos jurídicos que son meras copias o reinterpretaciones menores de estas tradiciones.

Esta perspectiva se consolida cuando se conecta con la influencia enorme que ha tenido el derecho estadounidense en las últimas décadas a lo largo y ancho del Sur Global (Merryman & Pérez-Perdomo, 2007; Kelemen & Sibbitt, 2004; Merryman, 1977; Rittilich, 2006). Este segundo argumento apunta nuevamente a mostrar que la teoría, doctrina y prácticas jurídicas del Sur Global son copias más o menos fieles del derecho del Norte Global. La exportación de paquetes jurídicos por parte de Estados Unidos ha hecho que una parte importante del derecho de Latinoamérica, Asía y África no pueda distinguirse en lo fundamental del derecho estadounidense. El derecho penal acusatorio (Domingo & Sieder, 2001; Torres, 2007), el derecho laboral liberal clásico (Murillo, 2007), las normas de propiedad intelectual que se adoptan como consecuencia de los tratados de libre comercio (Morin & Gold, 2013) y el derecho societario que protege a las empresas multinacionales (Spamann, 2010) son solo algunos ejemplos de este argumento. Todos estos son trasplantes jurídicos que vienen de los Estados Unidos y que tienen una dirección Norte-Sur.[33] Por consiguiente, el derecho del Sur Global otra vez se presenta como un objeto de estudio poco atractivo. Las copias no tienen nunca el valor que tiene el original.

El modelo colonial de conocimiento jurídico se explica también por una descripción del derecho del Sur Global como homogéneamente formalista. El concepto de derecho dominante en los ordenamientos jurídicos de Asia,[34] África,[35] Europa del Este[36] y Latinoamérica[37] se describe como uno comprometido con la idea de que los sistemas jurídicos son cerrados, completos, coherentes y unívocos. Esta descripción, el tercer argumento explicativo, genera a su vez una práctica ritualista del derecho que lo hace tremendamente ineficiente y que no satisface las necesidades jurídicas de los ciudadanos (Merryman & Pérez-Perdomo, 2007; Atienza, 2003, pp. 276-279). La relación entre concepto de derecho, educación jurídica y academia jurídica complica aun más las cosas. El concepto de derecho formalista, se argumenta, genera una educación jurídica y una academia jurídica formalistas (Olea, 2013, p. 268).

Las facultades de derecho se construyen a partir del legocentrismo, el enciclopedismo y el memorismo.[38]

32 This inherited or imported law from the colonial cities coexists with the religious legal traditions in many countries in the region, Islamic or Buddhist ones in particular (Abu-Odeh, 2004).

33 Véanse Davis (2003); Epstein & Knight (2003); Hasebe (2003); Osiatynski (2003); Rosenkrantz (2003); Scheppele (2003).

34 Véase Ginsburg & Chen (2009; 2003).

35 Véase Chanock (2001); Nolutshungu. (1993).

36 Véase, Matczak (2007).

37 Véase Merryman & Pérez-Perdomo (2007).

38 Véanse, Hurtado (2010); Fierro & López (2006); Vargas (2009). Véase Igualmente, Desafíos para La Educación Legal en América Latina: Documentos de Trabajo del Encuentro Educación Legal en América Latina: Nuevos Desafíos a las Facultades de Derecho, 2004.

Esta enseñanza jurídica, por tanto, es indiferente a los análisis contextuales o críticos de las normas jurídicas y tiene como su herramienta pedagógica única a la clase magistral. El concepto formalista del derecho hace que el profesor de derecho, a su vez, entienda que su función primordial es la de sistematizar las normas jurídicas.[39] De esta forma, sus productos académicos paradigmáticos son intentos por estructurar un campo del derecho de manera que los límites conceptuales de cada categoría sean claros y precisos y que las relaciones jerárquicas u horizontales de las normas jurídicas que lo componen queden claramente establecidas. Las debilidades de este concepto y prácticas académicas formalistas se profundizan si las entrecruzamos con los problemas cuantitativos y cualitativos que tiene la academia jurídica de las colonias y que se mencionaron arriba (Pérez-Perdomo, 2005). Este argumento, que constituye la cuarta razón explicativa, hace referencia a las debilidades en cuanto al número y calidad de la producción académica de las colonias (Bonilla, 2013c), así como a la ausencia de las condiciones materiales e inmateriales que permitirían la creación de un conocimiento jurídico verdaderamente original.

Finalmente, el modelo colonial de producción de conocimiento jurídico se explica por la supuesta autosuficiencia de los sistemas jurídicos de la metrópoli (Mattei, 1998). Estos, así como la academia jurídica que los estudia, no tienen la necesidad de mirar más allá de sus límites, al Sur Global, para solucionar los problemas legales y políticos que enfrentan. El Sur Global, se presume, tiene muy poco que enseñarle al Norte Global. De ahí que el derecho comparado, como área de estudio, históricamente haya mirado fundamentalmente al derecho de las metrópolis no al derecho de las colonias. De ahí que las comunidades jurídicas y académicas del Norte Global se describan como centradas en sí mismas y parroquiales.

## 5 Conclusión

La economía política de la producción, intercambio y uso del conocimiento jurídico es un tema poco explorado por la academia jurídica. No obstante, su teoría y práctica determinan la manera como describimos, analizamos y evaluamos estos procesos. Estos, a su vez, tienen relevancia no solo para los académicos del derecho que están localizados en el centro de tales actividades. Tienen importancia también para los políticos, organizaciones sociales y ciudadanos que son sujetos activos y pasivos del conocimiento jurídico. El saber jurídico viaja constantemente a través de las fronteras y tiene efectos prácticos importantes para todos los miembros de la comunidad política. Es la fuente de normas, teorías y prácticas jurídicas que generan de manera directa o indirecta derechos y obligaciones.

El modelo del libre comercio de las ideas jurídicas y el modelo colonial de producción de saber jurídico dan cuenta de estos procesos y a la vez les sirven de guía. El primero, en parte porque es un componente de la maquinaria conceptual de la modernidad ilustrada y liberal con la que ya estamos comprometidos, domina nuestra imaginación jurídica y política normativa. Los conceptos de sujeto, tiempo y espacio que estructuran el modelo condicionan la manera como pensamos que deberían darse los procesos de creación del saber jurídico. Este modelo, asimismo, guía algunos de las dinámicas que los controlan en la práctica. Sin embargo, este compite por controlar nuestra imaginación con el modelo colonial de producción de conocimiento jurídico. El modelo colonial también ocupa un lugar en nuestra imaginación jurídica y política, aunque usualmente este sea periférico. No es común encontrar una defensa explícita de sus conceptos de sujeto, tiempo y espacio. Este modelo, no obstante, ofrece una mejor explicación de las prácticas que efectivamente determinan como se crea, intercambia y usa el conocimiento legal. Sus categorías centrales efectivamente determinan nuestras acciones, aunque sea de manera vergonzante. Para entender quiénes somos como sujetos de conocimiento jurídico, por ende, debemos entender y analizar los ejes que constituyen a cada uno de estos modelos. Su evaluación y eventual transformación dependerá de que este primer paso se cumpla de manera apropiada.

39 Véase en general, Vargas (2010).

## 6 Referencias


Abu-Odeh, L. (2004). The Politics of (Mis)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia. *American Journal of Comparative Law, 52*.

Alejandro Madrazo, A. (2008). From Revelation to Creation: The Origins of Text and Doctrine in the Civil Law Tradition. *Mexican Law Review, 1*(1).

Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Aparicio, M. (2011). Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista General de Derecho Público Comparado*.

Atienza, M. (2003). *El sentido del derecho.* Barcelona: Ariel.

Balkin, J. (2011). *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World.* Cambridge: Harvard University Press.

Bensusán, G. (2007). La efectividad de la legislación laboral en América Latina, Instituto de Estudios Laborales. *Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/dp18107.pdf.

Bergel, J. L. (1988). Principal Features and Methods of Codification. *Louisiana Law Review, 48*(5), 1073-1097.

Bonilla, D. (2013a) *Introduction*, In D. Bonilla (Ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Three Activist Courts of India, South Africa and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bonilla, D. (2013b). El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica In H. Olea (Ed.), *Derecho y pueblo Mapuche.* Universidad Diego Portales.

Bonilla, D. (2013c). Legal Clinics in the Global North and South: Between Equality and Subordination. *Yale Human Rights and Development Law Journal, 16*(1).

Bonnecase, J. (1944). *La Escuela De La Exégesis En El Derecho Civil*. México: Cajica.

Boucher, D., & Kelly, P. (Eds.) (1994) *The Social Contract from Hobbes to Rawls*. New York: Routledge.

Cappelleti, M., & Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México: Fondo de Cultura Económica.

Clark, B. C. (1998). *Political Economy: A Comparative Approach*. Westport: Praeger.

Coetzee, J. M. (2003). *Esperando a los bárbaros*. México: Random House Mondadori.

Cummings, S. L. (2004). The Politics of Pro Bono. *UCLA Law Review, 52,* 1-149.

Cummings, S. L., & Rhode, D. L. (2010). Managing Pro Bono: Doing Well by Doing Better. *Fordham Law Review, 78*(5), 2357-2442.

David R., & Brierley, J. E. (1978). Major Legal Systems in the World Today. New York: Free Press.

Davis, D. M. (2003). Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience. *International Journal of Constitutional Law, 1,* 181-195.

Dean, W. (2004). Pro Bono: A Professional and Ethical Obligation. *New York Law Journal.* Disponible en: http://www.probono.net/ny/ news/article.47740-Pro_Bono_A_Professional_and_Ethical_Obligation.

Dewey, J. (1924). Logical Method and the Law. *Cornell Law Quarterly, 10*.

Domingo, P., & Sieder, R. (2001). *Rule of Law, in Latin America*: The International Promotion of Judicial Reform 1. London: Institute of Latin American Studies.

Dominguez, F. R., & Baert, P. (Eds.) (2000). *The Politics of Knowledge.* London: Routledge.

Donnelly, J. (2003). *Universal Human Rights In Theory And Practice*. Ithaca: Cornell University Press.

Duce, M. (2008). Enseñando destrezas de litigación en procesos orales en la Universidad Diego Portales: experiencias y aprendizajes. *Derecho y Democracia – 15 Cuadernos Unimetanos,* 91-107.

Dupré, L. (2004). *The Enlightenment and the Intellectual Foundations of Modern Culture*. New Haven: Yale University Press.

Dworkin, R. (1986). *Law´s Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

Elster, J. (1998). *Régimen de mayorías y derechos individuales, En De los Derechos Humanos: Las conferencias Oxford - Amnesty de 1993*. Madrid: Editorial Trotta.

Epstein L., & Knight, J. (2003). Constitutional Borrowing and Nonborrowing. *International Journal of Constitutional Law, 1,* 196-223 (2003).

Esquirol, J. L. (1997). The Fictions of Latin American Law (Part I). *Utah Law Review*.

Esquirol, J. L. (2003). Continuing Fictions of Latin American Law*, Florida Law Review, 55.*

Esquirol, J. L. (2008). The Failed Law of Latin America. *American Journal of Comparative Law, 56.*

Esquirol, J. L. (2009). Writing the Law of Latin America. *George Washington International Law Review, 40.*

Esquirol, J. L. (2013). Legal Latin Americanism. *Yale Human Rights and Development Law Journal, 16,* 145-170.

Fierro, H. F., & López, S. (2006). La educación jurídica en México, un panorama general*. Estudios Jurídicos En Homenaje A Marta Morineau: Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Derecho Comparado*.

Frank, J. (1933). Why Not a Clinical Lawyer-School? *University of Pennsylvania Law Review, 81*(8), 1932-1933.

Friihling, H. (2000). From Dictatorship to Democracy: Law and Social Change in the Andean Region and the Southern Cone of South America. In M. McClymont, & S. Golub (Eds.), *Many Roads To Justice: The Law-Related Work Of Ford Foundation Grantees Around The World*.

Gilbert, J. (2006). *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: from victims to actors.* Ardsley: Transnational Publishers.

Ginsburg, T., & Chen, A. H. Y. (2009). *Administrative Law and Governance in Asia*.

Ginsburg, T., & Chen, A. H. Y. (2003). *Judicial Review in New Democracies:* Constitutional Courts in Asian Cases.

Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista Estudios Sociales, 32,* 34-47.

Hasebe, Y. (2003). Constitutional Borrowing and Political Theory. *International Journal of Constitutional Law, 1,* 224-243.

Hernández, A. F. (2003). Globalization and Legal Education in Latin America: Issues for Law and Development in the 21st Century. *Penn State International Law Review, 21.*

Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Oxford University Press.

Hobbes, T. (2003). *Leviatán*. Buenos Aires: Editorial Lozada.

Hoecke M. v., & Warrington, M. (1998) Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law. *International & Comparative Law Quarterly, 47,* 495-536.

Hoeflich, M. H. (1986). Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell. *American Journal of Legal History, 30*.

Holmes, O. W. (1897). The Path Of The Law. *Harvard Law Review, 10*.

Hurtado, L. F. P. (2010). Content, Structure, and Growth of Mexican Legal Education. *Journal of Legal Education, 59*(4).

Kahn, P. (1999). *The Cultural Study Of Law:* Reconstructing Legal Scholarship. Chicago: University of Chicago Press.

Kahn, P. (2000). *Law and Love: The Trials of King Lear*. New Haven: Yale University Press.

Kahn, P. (2008). *Sacred Violence*: Torture, Terror, and Sovereignty. Ann Arbor: University of Michigan Press.

Kahn, P. (2011). *Politicaltheology:* Four New Chapters Of Sovereignty. New York: Columbia University Press.

Kelemen R. D., & E. C. Sibbitt. (2004). The Globalization of American Law. *International Organization, 58*, 103–136.

Koskenniemi, M. (2001). *The Gentle Civilizer of Nations*: The Rise and Fall of International Law 1870–1960. Cambridge: Cambridge University Press.

Laing, E. A. (1974). Revolution in Latin American Legal Education: The Colombian Experience. *Lawyer Of The Americas, 6.*

Langer, M. (2004). From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal, 45*(1).

Legrand, P. (1997). The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law, 4.*

Leiter, B. (2010). Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?. *Legal Theory, 16*(2), 111-133.

Leiter, B. (2013). Why Legal Positivism (Again)?. *University of Chicago, Public Law Working Paper No. 442.* Disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=232301.

Lemaire, GG. (2001). *The Orient in Western Art*. Cologne: Könemann, 2001.

Lillis T. M., & Curry, M. J. (2010). *Academic writing in a global context: The politics and practices of publishing in English.* London: Routledge.

Llewellyn, K. (1931). Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review, 44.*

Llewellyn, K. N. (1949). Law and the Social Sciences. *Harvard Law Review, 62*(8), 1286-1305.

Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Espasa Calpe.

Macchiavello, A. C. (2008). Una experiencia de reforma curricular: el plan de estudios de Derecho de la Universidad Diego Portales. *Derecho y Democracia – 15 Cuadernos Unimetanos, 2,* 33-43.

Madrazo, A. (2008). From revelation to creation: the origins of text and doctrine in the civil law tradition. *I Mexican Law Review, 1.*

Maisel, P. (2008). The Role of U.S. Law Faculty in Developing Countries: Striving for Effective Cross-Cultural Collaboration. *Clinical Law Review, 14*.

Mattei, U. (1994). Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law. *American Journal of Comparative Law, 42.*

Mattei, U. (1997). Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems. *American Journal of Comparative Law, 45.*

Mattei, U. (1998). An Opportunity Not to Be Missed: The Future of Comparative Law in The United States. *American Journal of Comparative Law, 48*.

Mattei, U. (2003). A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies, 10.*

McIlwain, C. H. (1940). *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca: Cornell University Press.

Medina, D. L. (2004). *Teoria Impura Del Derecho.* Bogotá: Editorial Legis.

Mendes, C. H. (2008). La escuela de Derecho de São Paulo de la Fundación Getulio Vargas Caio Farah Rodriguez Joaquim Falcão. *Derecho y Democracia – 15 Cuadernos Unimetanos,* 16-32.

Merryman, J. H. (1977). Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline, and Revival of the Law and Development Movement*. American Journal of Comparative Law, 25,* 484–489.

Merryman, J. H., & Pérez-Perdomo, R. (2007). *The Civil Law Tradition: An Introduction To The Legal Systems Of Europe And Latin America*. Stanford: Stanford University Press.

Mickelson, K. (2000). South, North, International Environmental Law, and International Environmental Lawyers. *Yearbook of International Environmental Law, 11.*

Mickelson, K. (2009). Beyond a Politics of the Possible? South-North Relations and Climate Justice. *Melbourne Journal of International Law*, *10,* 411-423.

Mirow, M. C. (2001). Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the "Code Napoleon" in Drafting the Chilean Civil Code*. Louisiana Law Review, 61*(2), 290-329.

Mirow, M. C. (2004). *Latin American Law: A History Of Private Law And Institutions In Spanish America.* Austin: University of Texas Press.

Mirow, M. C. (2005). The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America. *Denver Journal of International Law and Policy, 33*, 179-194.

Monateri. P. G., & Samuel, G. (2006). *La Invención del Derecho Privado.* Bogotá: Universidad de Los Andes.

Morin, FJ., & Gold, R. (2013). *An Integrated Model of Legal Transplantation: The Diffusion of Intellectual Property Law in Developing Countries*. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2335531

Morris, R. C., & Spivak, G. C. (2010). *Can the Subaltern Speak?: Reflections on the History of an Idea*. New York: Columbia University Press.

Murillo, M. V. (2005). Partisanship Amidst Convergence: The Politics of Labor Reform in Latin America. *Comparative Politics, 37*(4), 44-458.

Mutua, M. W. (2000). What is Twail?. *American Society of International Law, Proceedings of the 94th Annual Meeting*, 31-39.

Nkrumah, K. (1962). Law in Africa. *African Law Journal, 6*.

Nolutshungu, S. C. (1993). Constitutionalism in Africa: Some Conclusions. In D. Greenberg, et al. (Eds.) *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*.

Olea, H. (2013). El Formalismo Jurídico, La Educación Jurídica Y La Práctica Profesional Del Derecho En Latinoamérica. *Derecho Y Pueblo Mapuche, Universidad Diego Portales, Chile.*

Osiatynski, W. (2003). Paradoxes of Constitutional Borrowing. *International Journal of Constitutional Law, 1,* 244-268.

Pargendler, M. (2012). The Rise and Decline of Legal Families. *American Journal of Comparative Law*, *60*(4).

Pérez-Perdomo, R. (2005). Rule of Law and Layers in

Latin America. *Annals Of The American Acamedy Of Political And Social Science, 603*(1).

Pérez-Perdomo, R. (2011). Legal Education in Late Twentieth-Century Latin America. In L. Friedman, R. Pérez-Perdomo, & M. Gómez (Eds.), *Law In Many Societies* (p. 63).

Posner, R. (1973). *Economic Analysis Of Law.* Boston: Little Brown.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.

Rawls, J. (1996). Liberalismo Político. México: Fondo de Cultura Económica.

Ritttich, K. (2006). The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social. In D. Trubek and A. Santos (Eds.) *The New Law and Economic Developmen*t, (pp. 203–352). Cambridge University Press.

Rodriguez, C. F., & Falcão, J. (2008). O projeto da escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV. *Derecho y Democracia – 15 Cuadernos Unimetanos,* 44-50.

Rosenkrantz, C. F. (2003). Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law. *International Journal of Consitutional Law, 1*(2), 269-95.

Rosenthal, D. A. (1982). *Orientalism:* the near east in French painting, 1800-1880. Rochester: Memorial Art Gallery of the University of Rochester.

Roy, A. (2008). Postcolonial Theory and Law: A Critical Introduction. *Adelaide Law Review*, *29*(1/2).

Ruskola, T. (2002). Legal Orientalism, *Michigan Law Review, 101*(1), 179-234.

Santos, B. S. (1995). Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque and the South. *Law & Society Review, 29*, 569-584.

Scheppele, K. L. (2003). Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence through Negative Models. *International Journal of Constitutional Law, 1*, 296-324.

Schmidhauser, J. R. (1989). Power, Legal Imperialism, and Dependency. *Law & Society Review. 23*(5), 857-878.

Schmidhauser, J. R. (1992). Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Post-Colonial Judicial Systems. *International Political Science, 13*(3).

Spamann, H. (2010). Contemporary Legal Transplants - Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law. *Brigham Young University Law Review*, (6), 1813-1877.

Spector, H. (2008). The academic study of law in Argentina. *Derecho y Democracia – 15 Cuadernos Unimetanos,* 6-15.

Steinitz, M. (2009). Internationalized Pro Bono and a New Global Role for Lawyers in the 21st Century: Lessons from Nation Building in Southern Sudan. *Yale Human Rights and Development Law Journal*, *12,* 205-240.

Stevens, M. A. (Ed.) (1984). *The Orientalists: Delacroix to Matisse: European Painters in North Africa and the Near East.* London: Royal Academy of Arts.

Tamanaha, B. Z. (2009). The Primacy of Society and the Failures of Law and Development. *St. John's Univ. Legal Studies Research Paper Series*, *Paper No. 09-0172*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1406999

The Association of the Bar of the City of NY. (2002). *Report on The Buenos Aires Conference on Pro Bono and Access to Justice*, The Committee on Inter-American Affairs.

Toro, B. L. (2003). Las clínicas jurídicas de interés público en Colombia. Retos y posibilidades de una naciente experiencia. In *Clínicas de Interés Público y Enseñanza del Derecho* (pp. 9-47).

Torres, A. (2007). From Inquisitorial to Accusatory: Colombia and Guatemala's Legal Transition 2. *Law and Justice in the Americas Working Paper Series, Paper no. 4.* Disponible en http://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawps/4.

Trubek, D. M. (2006). The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future. In D. M. Trubek & A. Santos (Eds.), *The New Law And Economic Development:* A Critical Appraisal. New York: Cambridge University Press.

Trubek, D. M., & Santos, A. (2006). Introduction: The Third Moment in Law and Develop- ment Theory and the Emergence of a New Critical Practice. In D. M. Trubek, & A. Santos (Eds.), *The New Law And Economic Development:* A Critical Appraisal (pp. 2-3). New York: Cambridge University Press.

Trubek, D., & Galanter, M. (1974). Scholars in Self-Estrangement: Some Reflectionson on the Crisis in Law and Development Studies. *Wisconsin Law Review, 4*, 1062-1095.

Tully, J. (1997). *Strange multiplicity:* Constitucionalism in an Age of Diversity. Cambridge: Cambridge

University Press.
Tushnet, M. (1999). The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *Yale Law Journal, 108*(6), 1225-1239.
Vargas, J. M. (2008). La reforma a la enseñanza del derecho en la Universidad de Los Andes. *Derecho y Democracia – 15 Cuadernos Unimetanos,* 63-90.
Vargas, J. M. (2009). Educación jurídica en Latinoamérica: dificultades curriculares para promover los temas de interés público y justicia social. *El Otro Derecho, 38*, 29-42.
Vargas, J. M. (2010). The Current State Of Legal Education Reform In Latin America: A Critical Appraisal. *Journal of Legal Education, 59.*
White, L. E. (2000). Pro Bono or Partnership: Rethinking Lawyers' Public Service Obligations for a New Millennium. Journal of Legal *Education, 50,* 134-146.
Wiegand, W. (1996). Americanization of Law: Reception or Convergence. In L. M. Friedman, & H. N. Scheiber (Eds), *Legal Culture and the Legal Profession.* Boulder: Westview Press.
Wilson, R. J. (2004). Training for Justice: The Global Reach Of Clinical Legal Education*. Penn State International Law Review, 22*, 421-431.

Data de submissão/Submission date: 12.11.2014
Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 12.12.2014

# **LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA PUNITIVA NO BRASIL:** uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros[1] // *Marta Rodriguez de Assis Machado[2], Natália Neris da Silva Santos[3] e Carolina Cutrupi Ferreira[4]*


## Palavras-chave

legislação antirracismo / movimento social / movimento negro brasileiro / juridificação de demandas sociais / pesquisa empírica em decisões judiciais


## Sumário


**1 Introdução**
1.1 Notas preliminares sobre o crime de racismo
**2 Metodologia**
2.1 Algumas considerações sobre pesquisas empíricas com acórdãos judiciais
2.2 Levantamento de dados e construção do banco
**3 Resultados Quantitativos**
3.1 Dados Processuais
3.2 As decisões nos Tribunais de Justiça
3.2.1 Distribuição por tipos de crime e fundamentação
**4 Considerações finais**
**5 Referências**



## Resumo

O artigo apresenta os principais resultados de pesquisa jurisprudencial composta de decisões envolvendo a aplicação da legislação antirracista punitiva no Brasil por nove Tribunais de Justiça (TJs) brasilei-



1 Este artigo é resultado do projeto de pesquisa "Esfera pública e direito no Brasil: um estudo de caso sobre decisões envolvendo igualdade de raça" desenvolvida no Núcleo e Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) no âmbito do Projeto Temático "Moral, Política e Direito: Autonomia e Teoria Crítica". Participaram do projeto - sob a coordenação de Marta Rodriguez de Assis Machado e José Rodrigo Rodriguez - os/as seguintes pesquisadores/as: Carolina Cutrupi Ferreira, Fabíola Fanti, Marina Zanatta Ganzarolli, Flávio Marques Prol, Renata do Vale Elias, Carla Araújo Voros, Natália Neris da Silva Santos, Gabriela Justino da Silva e Haydée Fiorino Soula. Agradecemos também a todos os interlocutores que estiveram presentes nas diversas oportunidades em que discutimos dados preliminares ou finais desta pesquisa: no Núcleo Direito e Democracia do Cebrap, no Seminário da Casa do Cebrap, no Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no Instituto Latino-Americano da Frei Universität Berlin, no encontro anual da Law and Society Association-2011, no III Seminário de Políticas Sociais e de Cidadania da Universidade Católica de Salvador, no curso de Direito e Processo Penal da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, na Rede Estadual de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa da Bahia, no VII Congresso de Pesquisadores/as Negros/as em Florianópolis, no I Seminário Descarcerização e Sistema Penal na UNB e no Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (EPED) em 2013. Todas as contribuições que surgiram durante essas discussões são tão inestimáveis a esta pesquisa quanto difíceis de serem individualizadas neste momento. Não poderíamos, porém, deixar de agradecer nominalmente pelo diálogo constante e pelas sugestões a Márcia Lima, Sérgio Costa, Maíra Machado e Luísa Ferreira.



2 Professora na Escola de Direito em São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) e coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da mesma instituição. Pesquisadora sênior do Cebrap. E-mail: marta.machado@fgv.br

3 Mestranda em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, pesquisadora assistente no Núcleo de Direito e Democracia do Cebrap, Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV e Grupo de Estudos e Pesquisas das Políticas Públicas para a Inclusão Social da Universidade de São Paulo. E-mail: natalia.neris@gvmail.br

4 Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (2010-2011) e pesquisadora assistente no Núcleo de Direito e Democracia do Cebrap. E-mail: carolinacutrupi@gmail.com

ros entre os anos de 1998 e 2010. Por meio da análise das duzentas decisões disponibilizadas pelos TJs do Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Sul e São Paulo intenta-se compreender o que tem ocorrido nesta instância do Poder Judiciário a fim de contribuir para a produção de diagnósticos sobre a dinâmica do sistema jurídico penal brasileiro frente ao problema social do racismo. Na introdução do trabalho realizamos um breve histórico da legislação antirracista punitiva, discutimos alguns dos estudos sobre o tema e tratamos das especificidades dos dispositivos que regulam a questão. Na seção 2 especificamos nossas escolhas metodológicas e tecemos considerações acerca da interpretação dos dados. Na seção 3 expomos os principais resultados quantitativos da pesquisa. Por fim, discutimos criticamente tais resultados, abordamos alguns temas que nos parecem importantes ao se avaliar a estratégia de juridificação via direito penal e levantamos questões para futuras pesquisas empíricas sobre o tema.

# **ANTIRACISM LEGISLATION IN BRASIL:** approaching the application of the law in the Brazilian courts // *Marta Rodriguez de Assis Machado, Natália Neris da Silva Santos e Carolina Cutrupi Ferreira*

**Keywords**
antiracism legislation / social movements / Brazilian black movement / juridification of social demands / empirical research on judicial rulings

**Abstract**
The paper presents the main results of an empirical research on decisions in cases concerning racism, racial discrimination and racial slander handed down by Brazilian Appeal Courts. We analyzed 200 decisions from 1998 to 2010 that are available on the online databanks of the Appeal Courts of nine Brazilian Federal States (Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Sul e São Paulo). The data presented allows us to discuss the current diagnosis about how the Brazilian Judiciary deals with racism and racial discrimination and to understand the potential and limitations of the existing legal instruments to confront the social problems of racism in Brazil. In the introduction of the paper, we present a brief explanation about the history of Brazilian punitive antiracist statutes, and we discuss the existing research in this field. Afterwards we explain our methodological choices used to construct this research and how we interpreted the data collected. In section three, we present our main quantitative findings. Finally, we discuss it critically and make some considerations about the strategy of the social movements involving the juridification of racism via criminal law. We also raise some questions for a future research agenda.

## 1 Introdução

A população negra brasileira tem a oportunidade de acessar o Poder Judiciário a fim de denunciar conflitos raciais desde a década de 1950, quando o preconceito de raça ou cor passou a ser considerado contravenção penal com a promulgação da Lei nº 1.390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos.

Tal lei foi sancionada após a ocorrência de um caso de discriminação que ganhou repercussão – a recusa de hospedagem a uma bailarina negra americana num hotel de luxo na cidade de São Paulo. Na época, a lei repercutiu de forma ambígua entre os militantes negros: houve quem a considerasse uma conquista – que obrigaria brancos a aceitarem mesmo que coercitivamente os negros em seus estabelecimentos – e outros que a viam como uma medida eleitoreira impossível de ser aplicada contra as classes dominantes, que visava apenas a esmorecer lutas e reivindicações sociais dos negros (Fullin, 1999, p. 35).

Na década de 1980, entretanto, a demanda por um dispositivo que criminalizasse o Racismo[5] surge como consenso entre negros organizados. O diagnóstico desse período era de que se fazia necessária a revogação da Lei Afonso Arinos uma vez que tal dispositivo mostrou-se ineficaz. Lideranças do Movimento Negro[6] entendiam que a lei teria sido mal redigida – limitando-se a descrever casos de discriminação – e que por tratar o Racismo como contravenção penal favorecia a impunidade. Havia ainda uma grande insatisfação com sua aplicação: falava-se da inexistência de condenações. Tal percepção é bastante evidente na justificativa de um projeto de lei proposto por Abdias do Nascimento[7] no ano de 1983:[8]

> *A comunidade afro-brasileira vem clamando, há anos, pela revogação da chamada Lei Afonso Arinos, ou seja, a Lei nº 1.390/51, e a sua substituição por um dispositivo legal que* ***realmente puna****, como determina o art. 153, § 1º, da Constituição*

5 Consideramos Racismo, para os fins deste texto, qualquer forma de hierarquização ou justificação de dominação, privilégios e desigualdades materiais e simbólicas entre seres humanos, baseada na ideia (imaginária) de raça ou na seleção arbitrária de marcas corporais. Essa hierarquização se manifesta do ponto de vista socioeconômico em práticas que sustentam uma estrutura de oportunidades desigual e perpetuam a presença de determinado grupo em posições inferiores nos indicadores sociais, com acesso desigual a emprego, salários, escolaridade, segurança etc. De outro lado, o Racismo tem uma dimensão político-cultural que se expressa na marginalização simbólica e espacial e em formas de comportamento (escolhas matrimoniais, tratamento discriminatório, insultos, humilhações etc.) (Guimarães, 2002; Munanga, 2004). Como veremos, no campo do direito, essas distintas manifestações são objeto de classificação em conceitos mais específicos. Por isso, aparecerá ao longo do texto a categoria jurídica do crime de racismo, que, como se verá, apesar de haver disputa por sua interpretação, tende a ser compreendida pelos juízes de forma mais estreita que a definição acima. Outras manifestações que se apresentam nesse contexto amplo que denominamos Racismo são, por exemplo, classificadas como atos discriminatórios ou injúria racial no campo jurídico. Utilizaremos neste texto Racismo, com maiúscula, para nos referirmos à definição ampla e diferenciá-la do uso jurídico (com minúscula), sem qualquer atribuição de hierarquia entre as definições.

6 O estudo das mobilizações antirracistas evidencia, para além de sua antiguidade – já que a organização dos negros remonta ao período colonial –, a pluralidade de matrizes ideológicas, estratégias de ação e concepções políticas e culturais desses grupos. A partir dos anos 1970, especificamente em 1978, surge o *Movimento* Unificado *Contra a Discriminação Racial* (MUCDR) posteriormente denominado Movimento Negro Unificado (MNU) – uma tentativa de denominação coletiva de diferentes grupos antirracistas (Guimarães, 2002) ou o conjunto de iniciativas e organizações variadas que só se condensam numa plataforma única diante de acontecimentos de especial relevância (por exemplo, a mobilização pré-Constituinte ou a preparação para a Conferência Mundial contra o Racismo em Durban) (Costa, 2006). Apesar da diversidade e heterogeneidade das organizações e ativistas que podem ser agrupados sob essa chave, é no sentido empregado por tais autores que nos utilizaremos do termo "Movimento Negro" ao longo deste trabalho. Além disso, algumas vezes nos referimos a posições do Movimento Negro como se fossem uníssonas e isso não faz justiça à diversidade de posições que compõem esse campo de mobilizações e ao seu debate interno. Quando fazemos isso, em razão do escopo e das limitações deste trabalho, estamos apenas nos referindo a certas posições que despontaram majoritárias ou mais intensamente visíveis, mas que dificilmente são unânimes ou pacíficas. Ou seja, estamos aqui operando em um registro de relativa generalização dos debates internos entre militantes e organizações e chamamos a atenção do leitor para que não perca de vista essa limitação do presente trabalho.

7 Abdias do Nascimento (1914-2011) é considerado um dos maiores ativistas antirracistas do Brasil. Foi poeta, pintor, artista plástico, dramaturgo, ator (fundador do Teatro Experimental do Negro), político (criador da Frente Negra Brasileira, partido político composto de negros na década de 1930; deputado federal, de 1983 a 1987; senador da República, de 1997 a 1999) e acadêmico (conferencista e professor visitante em diferentes universidades nos Estados Unidos, fundador da cadeira de Culturas Africanas no Novo Mundo, no Centro de Estudos da Universidade do Estado de Nova York). Em todas as atividades que exerceu a temática racial foi central (Almada, 2009)

8 Justificativa do Projeto de Lei nº 1.661/83 que "Dispõe sobre crime de lesa-humanidade: discriminar pessoas individual ou coletivamente, em razão de cor, raça ou etnia".

*Brasileira, o preconceito e a discriminação de cor e raça. O presente projeto de lei, definindo essa discriminação como crime contra a humanidade, como anteriormente foram definidos o antijudaísmo nazista e o apartheid da África do Sul, não é apenas de um deputado, mas de toda a comunidade negra brasileira, cujos membros e porta-vozes estão unanimemente de acordo quanto à* ***ineficácia*** *da chamada Lei Afonso Arinos. A primeira razão é de uma simplicidade elementar: a existência da referida lei de nenhuma forma, desde qualquer perspectiva, foi eficaz para diminuir a prática do racismo em nosso país. Diariamente, deparamos com fatos de discriminação e preconceito racial que nunca chegam à Justiça ou cujos processos são arquivados sob um ou outro pretexto ou subterfúgio jurídico. [...] Brandir a "Lei Afonso Arinos", que considera o racismo contravenção (e não crime, como creem muitos), é um expediente que a pequena classe média negra já abandonou – mesmo porque em mais de trinta anos de existência (a lei é de 1951),* ***não se conseguiu condenar um racista sequer****. Na verdade a "Lei Afonso Arinos" não atende à nossa realidade racial por ser absolutamente inadaptada às circunstâncias em que ocorre a discriminação no Brasil. [...] (Grifos nossos.)*

Nesse período, os grupos sociais negros organizados passam a demandar a criminalização de condutas racistas e a impossibilidade de pagamento de fianças e de prescrição de tais crimes, ou seja, o asseveramento do tratamento dos casos pelo Judiciário.

Tendo em vista o contexto sociopolítico – redemocratização, intensa mobilização da sociedade civil nos anos que antecederam a promulgação da Constituição Federal em 1988 –, o Movimento Negro logrou inserir um dispositivo no texto constitucional classificando o Racismo não só como crime, mas também sob regime de imprescritibilidade e insuscetibilidade de fiança (artigo quinto, inciso XLII). No ano seguinte a Lei nº 7.716/1989 – que ficou conhecida como Lei Caó em homenagem ao seu autor, Carlos Alberto de Oliveira – foi aprovada para regulamentá-lo.[9]

A primeira versão da Lei Caó previa como crime basicamente condutas de discriminação de acesso – muitas das quais já eram consideradas contravenção sob a lei Afonso Arinos – sob pena de prisão, na maioria de 2 a 5 anos. A lei sofreu três modificações em seu texto ao longo dos anos 1990: por meio da Lei nº 8.081 foi introduzido o artigo 20, que tipificou como crime a prática, incitação ou indução de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional pelos meios de comunicação ou por publicação; em 1994, a Lei nº 8.882 acrescentou um parágrafo a esse artigo para tratar do crime de fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizassem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo; e, em 1997 por meio da Lei nº 9.459[10] foram alterados os artigos 1º e 20º da lei existente para tipificar além do preconceito de raça e cor também o preconceito de etnia, religião ou procedência nacional, e definiu a manifestação verbal do preconceito em xingamento como injúria racial. Essa modificação se deu por meio da inclusão de um parágrafo ao artigo 140 do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal Brasileiro).[11]

A mobilização de entidades ligadas ao Movimento Negro, entretanto, não cessou após a aprovação dos instrumentos legais específicos para tratar do tema. O diagnóstico de que a lei não era aplicada pelo Judiciário acompanhou toda a história de vigência da lei e de suas modificações. Intelectuais e juristas ligados a tais entidades percebiam a lei sob o signo da ineficácia, assim como o contexto anterior de vigência da Lei Afonso Arinos. Isso motivou que várias entidades passassem a trabalhar para a efetivação de sua implementação através da criação de serviços de atendimento e encaminhamento de denúncias de conflitos raciais – assessoria jurídica – bem como assistência psicológica às vítimas. O SOS Racismo do Geledés – Instituto da Mulher Negra e os trabalhos desenvolvidos pelo Centro de Estudos e Relações

9 Com a aprovação da Lei 7.716/89 a Lei Afonso Arinos foi revogada.

10 Dispositivo conhecido também como Lei Paulo Paim em referência ao seu autor. Importante citar que Paulo Paim tem sido um interlocutor das organizações do Movimento Negro desde seu primeiro mandato como deputado federal (1987-1991). Atualmente exerce a função de senador da República.

11 Discorreremos sobre possibilidades de classificação/tipificação de crimes tendo em vista tais dispositivos no tópico a seguir.

de Trabalho e Desigualdade (CEERT), ambos em São Paulo; o Programa de Justiça e Direitos Humanos do Núcleo de Estudos Negros (NEN), em Santa Catarina; o Instituto de Pesquisas da Cultura Negra (IPCN) e o SOS Racismo – Programa de Justiça e Desigualdades Raciais do Centro de Articulação de Populações Marginalizadas (Ceap), ambos no Rio de Janeiro, representam esforços empreendidos em tal sentido principalmente ao longo da década de 1990 (Santos, 2013).

Os trabalhos desenvolvidos no interior de tais programas e serviços especializados, contudo, não alteraram a avaliação negativa sobre o cenário de aplicação da lei pelo Judiciário brasileiro. Dentre os principais entraves à implementação da legislação são citados principalmente a persistência do ideário da democracia racial,[12] a insensibilidade do Judiciário para a temática e o racismo institucional:

> *[...] no plano da aplicação concreta [da] legislação conquistada pelos movimentos negros, percebe-se que estas conquistas estariam destinadas ao rol das* ***"leis que não pegam"****, ou seja, se durante o processo de mobilização social que envolveu a feitura da Constituição de 1988 não foi possível politicamente barrar as importantes conquistas dos movimentos sociais, a força do racismo e do* ***mito da democracia racial*** *colocariam no plano cotidiano das instituições jurídicas os limites para a punição e visibilidade do problema racial na esfera jurídica. (Carneiro, 2000, pp. 318-9) (Grifos nossos)*

> *[...] Os juízes não veem o crime de racismo porque não aceitam o fato de que há racismo no país. Muitas vezes as agressões são entendidas como brincadeiras.* ***Não existe a menor sensibilidade da Justiça para o quanto isso é doloroso para quem sofre o preconceito.*** *(Santos, 2009a) (Grifos nossos)*

> *As condenações são raras, mas existem. O que não há são pessoas cumprindo pena de prisão. De 3 de julho de 1951 (aprovação da Lei Afonso Arinos, que considera o racismo uma contravenção penal) até o ano passado, nos estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e Bahia, houve nove condenações de crimes raciais.* ***Mas há uma sinistra e ilícita solidariedade entre os operadores do Direito, que lidam com o processo-crime, e os acusados, que, geralmente, são brancos****. Refiro-me aos delegados, promotores, juízes e advogados que fazem refletir no processo suas convicções pessoais. E por que essa solidariedade é sinistra e ilícita? Porque, se é verdade que existe presunção de inocência quando o acusado é branco e a vítima é um negro, em caso contrário, quando o acusado é negro, funciona também a presunção de culpa. É comum que os promotores utilizem a cor do acusado como anúncio de culpa. (Silva Jr., 2010) (Grifos nossos)*

Algumas avaliações ou interpretações acerca da aplicação da legislação antirracista também foram desenvolvidas no âmbito acadêmico, principalmente nos campos da sociologia e do direito. Um dos primeiros estudos sobre o tema data de 1998 e foi elaborado pelo sociólogo Antonio Sergio Guimarães. Em sua obra Preconceito e discriminação, o autor analisa boletins de ocorrência e notícias de jornal envolvendo conflitos raciais e uma das hipóteses que formula ao estudar a tipificação dada pelos delegados de polícia aos casos é a de que a Lei nº 7.716/89 se caracteriza pela definição do Racismo como segregação/exclusão, o que a tornaria inaplicável ao Racismo existente no Brasil

> *que se manifesta sempre numa situação de desigualdade hierárquica marcante – uma diferença de status atribuído entre agressor e vítima – e de informalidade das relações sociais, que transforma a injúria no principal instrumento de reestabelecimento de uma hierarquia racial rompida pelo comportamento da vítima. (Guimarães, 2004, p. 36)*

No campo da sociologia encontramos também os trabalhos de Fullin (1999), que estuda inquéritos policiais instaurados na Delegacia de Crimes Raciais de São Paulo; Monteiro (2003), que aborda o tema a partir da análise da atuação de funcionários públicos

12 Segundo George Andrews (1991), "democracia racial" é ideia fortemente aceita de que diferentes grupos étnicos (negros, mulatos e brancos) vivem em condições de igualdade jurídica, e em grande medida social, que ganha fôlego no país ainda na década de 1930, fazendo sentir-se ainda hoje no ideário de nação brasileiro, apesar da intensa contestação tanto pela academia, a partir dos estudos dos revisionistas como o de Florestan Fernandes (1965, 1972), como pelos movimentos sociais ainda na década de 1940. Sobre origens do termo conferir Guimarães (2006).

atuantes no serviço de "Disque-Racismo" da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro; Salles Jr. (2006), que analisa do fluxo de casos de Racismo na justiça a partir de registros efetuados em Pernambuco; Santos (2009c), que estuda inquéritos policiais registrados em Campinas e sua tipificação pelos delegados; Santos (2011), que possui como objeto de estudo acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo entre os anos de 1988 e 2008, buscando "analisar os valores da sociedade brasileira refletidos nas decisões"; e Santos (2013), que abordou o tema a partir da análise de documentos jurídicos diversos tais como sentenças judiciais, despachos, pareceres, inquéritos.

No campo do direito as contribuições são igualmente diversas. Santos (2001) analisa a aplicação dos instrumentos legais a partir da contabilização de boletins de ocorrência, processos e sentenças proferidas por Tribunais sobre o tema; Costa e Carvano (Paixão et al., 2009 e 2011) colaboram na elaboração do Relatório de Desigualdades Raciais[13] a partir da análise quantitativa de desfechos de decisões nas esferas cível e penal de treze tribunais brasileiros[14] por meio da categorização "perdedores e vencedores" das ações entre os anos 2005-2008; Melo (2010) focaliza a análise na viabilidade da utilização da Lei nº 7.716/89 para crimes de racismo ocorridos na internet; e Cruz (2010) estuda decisões sobre a temática racial (em geral e, portanto, não somente na esfera penal) nos Tribunais Regionais Federais brasileiros.

Cada um desses trabalhos contribui para os seus campos de forma particular e a partir de suas diferentes abordagens mostram distintas etapas e manifestações do fenômeno. Mas de um modo geral indicam entraves à aplicação da legislação e em boa parte compartilham das explicações articuladas pelos intelectuais atuantes no Movimento Negro: a permanência do ideário da democracia racial, o racismo institucional ou o racismo institucionalizado no sistema de Justiça brasileiro.[15]

Nosso trabalho se insere neste contexto de elaboração de diagnósticos sobre a aplicação da lei penal antirracista. No entanto, propomos uma análise que privilegia o estudo da dinâmica interna do sistema jurídico penal brasileiro frente ao problema social do Racismo e da discriminação racial. Sugerimos que esse enfoque permite, de um lado, olhar para as engrenagens da engenharia jurídica em funcionamento, permitindo descobrir os entraves e gargalos à solução dos casos; de outro, possibilita a visualização dos embates travados no âmbito da interpretação jurídica e, portanto, pode sugerir um campo de possibilidades de aplicação e luta pela aplicação da legislação.[16]

Para tanto, realizamos o levantamento e sistematização de decisões acerca da aplicação da legislação antirracista punitiva no Brasil pelos Tribunais de Justiça do Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Sul e São Paulo entre os anos de 1998 e 2010. Antes de passarmos à exposição dos principais resultados quantitativos do estudo, apresentaremos brevemente na próxima seção a discussão jurídica acerca das possibilidades de tipificação de crimes de racismo. Esse é um dos pontos mais sensíveis da discussão dos casos no Judiciário e é, portanto, elementar para a compreensão dos desfechos de muitos dos acórdãos analisados.

### 1.1 Notas preliminares sobre os crimes de racismo, discriminação racial e injúria racial

O tipo penal que descreve o que se chama de "crime de racismo" foi introduzido em uma das reformas da Lei Caó, no seu artigo 20. Tem conteúdo aberto, formulado da seguinte forma: "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".[17]

13 Os pesquisadores desenvolveram um banco de dados próprio denominado "Juris".

14 Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

15 À exceção de Fullin (1999), que para além de tais apontamentos questiona a via punitiva – ou a mobilização do direito penal – pelo Movimento Negro.

16 Sobre a disputa por interpretações no Judiciário como um campo de disputa política e sua importância, ver Machado, Püschel, & Rodriguez (2009).

17 Está em discussão atualmente no Senado a aprovação de Projeto de Lei nº 122/2006 que inclui o preconceito por orientação sexual e identidade de gênero nos artigos 1º e 20º da Lei nº 7.716/89, §

Essa característica da formulação do tipo penal determina que a qualificação penal dada a boa parte dos casos envolvendo conflitos raciais seja também uma das questões mais debatidas no processo de aplicação da legislação antirracismo vigente. Ou seja, a definição das condutas passíveis de serem enquadradas nesse tipo penal permanece em disputa no Judiciário.

Em termos gerais, a nossa legislação possui três tipos de crimes envolvendo elementos racistas: (i) a formulação genérica de racismo que mencionamos acima, prevista no artigo 20 da Lei nº 7.716/89; (ii) tipos de discriminação racial, que, previstos nos demais artigos da lei, descrevem condutas envolvendo tratamento diferenciado, tais como impedir ou obstar acesso, negar ou obstar emprego, negar ascensão funcional, proporcionar tratamento diferenciado no emprego etc., por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; e (iii) o tipo de injúria racial, uma forma qualificada de injúria, agravada justamente pela utilização do elemento racial, previsto no capítulo dos crimes contra a honra do código penal brasileiro, no § 3º do artigo 140.

Toda atividade de adequação de uma conduta a um tipo penal envolve um processo de interpretação de modo que se possa argumentar que os elementos do crime estão presentes na situação concreta. Essa atividade pode ser mais ou menos simples e mais ou menos disputada, a depender da complexidade da situação em si ou da complexidade dos elementos articulados na descrição da lei penal. As condutas específicas de discriminação racial contidas na lei – por exemplo: "Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público" – contém descrições mais precisas de condutas e não suscitam muitos embates no Judiciário. O mesmo não acontece com o tipo do artigo 20, que, como dissemos, é formulado de forma aberta e dá ensejo a um debate importante sobre qual tipo de conduta é por ele abarcada.

De acordo com os acórdãos analisados em nossa pesquisa a maior parte das condutas discutidas nos Tribunais refere-se a xingamentos com elementos racistas.[18] Nesses casos, apresentam-se ao ofendido, à defesa e aos operadores do sistema de justiça duas grandes opções para classificar juridicamente tais conflitos: o crime de "racismo" e o de "injúria racial". Como se vê com mais detalhes no quadro abaixo, essa alternativa dá ensejo a procedimentos completamente diferentes, com requisitos e resultados também distintos. Isso porque, até a última alteração legislativa que data de 2009,[19] o primeiro crime é processado por meio de ação penal de iniciativa pública (ou seja, iniciado e movimentado pela promotoria de justiça) e o segundo por meio de ação penal de iniciativa privada (ou seja, iniciado e movimentado por advogado ou defensor que represente o ofendido). Apenas depois da recente mudança de 2009 é que o regime de processamento da injúria racial passou a ser o da ação penal pública, porém condicionada à representação do ofendido (ou seja, para que o promotor público inicie e movimente a ação ele precisa da autorização expressa do ofendido).

Para facilitar a visualização das diferenças de processamento desses tipos penais no âmbito do sistema

3º do art. 140 do Código Penal e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Tal PL intenta também alterar a redação dos arts. 1º e 20º da Lei nº 7.716/89, a fim de incluir o preconceito por condição de pessoa idosa ou com deficiência uma vez que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2006) alterou somente a redação do artigo 140, § 3º do Código Penal. Essas outras formas de preconceito não serão objeto do presente texto e não compuseram o universo desta pesquisa.

18 Com isso, não afirmamos que esse tipo de manifestação Racista é a mais frequente. Conforme trataremos adiante, esse dado diz respeito apenas ao que chega aos Tribunais, ou seja, alcança a segunda instância. Tampouco diz respeito sobre o que é judicializado, pois há um filtro importante entre o que se encontra em primeira instância e o que é objeto de recurso aos Tribunais. Um estudo interessante seria o de compreender a operação desses filtros, isto é, o que chega a ser objeto de notícia ao sistema (via BOs), o que vira ação penal e o que sobe aos Tribunais. Também o tipo de caso que chega a ser judicializado a partir de outras áreas do direito, como por exemplo do direito civil e o trabalhista. Âmbitos e esferas que estão fora do alcance deste estudo. Além disso, antes dos filtros internos do sistema de justiça, coloca-se também a questão do que leva uma pessoa a procurar as instituições formais do direito, o que também diz respeito à sua percepção como sujeito de direitos.

19 A Lei nº 12.033/2009 acrescentou um parágrafo único ao art. 145 do Código Penal: "Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código".

de justiça criminal, elaboramos o quadro abaixo, com os detalhes de sua regulamentação jurídica.

***Quadro 1.*** *Diferenças entre os tipos penais de crimes de racismo e de injúria racial*

| | *Crime de racismo* | *Injúria racial* | *Injúria racial (após 2009)* |
|---|---|---|---|
| *Tipo penal* | Art. 20 – Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. | Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:<br><br>§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. | Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:<br><br>§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. |
| *Previsão legal* | Art. 20, caput, da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 9.459/97 | Art. 140, § 3o, do CP, com redação dada pelas leis 9.459/97 e 10.741/03 | Art. 140, § 3o, do CP, com redação dada pelas leis 9.459/97 e 10.741/03 |
| *Pena* | Reclusão de um a três anos e multa | Reclusão de um a três anos e multa | Reclusão de um a três anos e multa |
| *Natureza da ação* | Ação penal pública | Ação penal de iniciativa privada | Ação penal pública condicionada à representação do ofendido |
| *Inicial acusatória* | Denúncia | Queixa-crime | Denúncia |
| *Titular da ação* | Ministério Público<br><br>(art. 100, § 1º, CP; art. 24, caput, CPP; art. 129, I, CF) | Ofendido | Ministério Público |

| | | | |
|---|---|---|---|
| *Necessidade de contratação de advogado/ defensor* | Não | Sim[20] | Não |
| *Prazo para iniciar a ação* | Não há[21] (art. 103, CP) | 6 meses, a contar da data do fato (art. 103, CP) | Não há, mas há prazo para o ofendido oferecer representação: 6 meses após o conhecimento do autor do crime (art. 38, CPP, e art. 103, CP) |
| *Custas processuais* | Não há | 50 UFESPs[22], para ação iniciada no estado de São Paulo | Não há |
| *Prescrição em abstrato* | Imprescritível (art. 5º, XLII, CF) | Prescreve em 8 anos (art. 109, IV, CP) | Prescreve em 8 anos (art. 109, IV, CP) |
| *Fiança* | Inafiançável (art. 5º, XLII, CF) | Afiançável (art. 323, I, CPP) | Afiançável (art. 323, I, CPP) |
| *Composição civil ou transação penal (Lei nº 9.099/95)*[23] | Não é possível para crimes cuja pena máxima prevista seja maior que 2 anos (art. 76, Lei nº 9.099/95; art. 2º, Lei nº 10.259/2001) | É possível, com base em interpretação jurisprudencial[24] | Não é possível para crimes cuja pena máxima prevista seja maior do que 2 anos (art. 76, Lei nº 9.099/95; art. 2º, Lei nº 10.259/2001) |
| *Suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95)* | É possível (art. 89, caput, Lei nº 9.099/95) | É possível, com base em interpretação jurisprudencial | É possível (art. 89, caput, Lei nº 9.099/95) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| *Substituição por pena alternativa* | É possível (art. 44, CP) | É possível (art. 44, CP) | É possível (art. 44, CP) |

***Fonte:*** *elaboração própria.*

Note-se que a principal consequência entre as distintas formas de classificar a conduta recai sobre como a ação deve começar e ser impulsionada – por iniciativa do advogado do particular ou do promotor e, após 2009, sobre a necessidade ou não da autorização da vítima para que o Ministério Público possa iniciar a ação. Os acórdãos estudados por esta pesquisa (casos que chegaram aos Tribunais de Justiça até 2010) compreendem o período anterior à mudança que tornou a injúria racial crime de ação penal pública de iniciativa privada. Então, o que estava em jogo na discussão sobre se um xingamento Racista deve ser classificado como racismo ou injúria racial era a forma de processamento – público ou privado – da ação. Dessa forma, quando a disputa se coloca entre esses dois tipos, a qualificação penal dada ao caso concreto é fundamental na definição de como se desenvolverá a intervenção jurisdicional.

O poder de realizar essa qualificação de forma definitiva é do juiz no momento da sentença. Autoridades policiais, no boletim de ocorrência, classificam juridicamente um caso, com repercussões importantes relacionadas à privação de liberdade. Essa qualificação não vincula a qualificação jurídica dada pelo promotor de justiça ou o ofendido querelante ao elaborar a

20 Para os ofendidos que não podem arcar com os custos de um advogado, o acesso à assessoria jurídica gratuita se dá em princípio por meio da Defensoria Pública (de acordo com a Lei Complementar nº 80/94, art. 4º XV, é função institucional desse órgão patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública). No estado de São Paulo, entretanto, verificamos, por meio de contatos com organizações da sociedade civil e defensores, que a Defensoria, nesses casos, durante o período em que a ação penal por injúria racial era de iniciativa privada (até 2009), prestava serviços de orientação jurídica e encaminhava o caso para nomeação de advogado dativo para iniciar a ação penal.

21 A rigor, o Código de Processo Penal estabelece prazos para conclusão de inquérito policial (art. 10), porém tais prazos são renováveis: réu preso: 10 dias, a contar da data de recebimento do Inquérito Policial; réu solto ou afiançado: 15 dias (art. 46, caput, CPP). Também estabelece um prazo para que o Ministério Público (MP) ajuíze a ação penal quando recebe os autos do inquérito policial. Se ele não oferecer a denúncia no prazo legal (art. 100, § 3º, do Código Penal, e art. 29 do Código de Processo Penal), o ofendido pode ajuizar ação penal privada subsidiária da pública e o MP fica na condição de assistente, podendo aditar a queixa ou oferecer denúncia alternativa. Isso depende evidentemente de um acompanhamento muito meticuloso por parte do advogado do ofendido. Na prática, é muito comum que esse prazo transcorra sem consequências para o MP.

22 Atualmente, o valor de cada UFESP é de R$ 19,37.

23 A Lei nº 9.099/95 estabelece a competência dos Juizados Especiais Criminais para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo (definido como aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, artigo 61 da Lei nº 9.099/95). A lei estabelece um procedimento especial e mais célere para processá-los e introduz algumas medidas chamadas de "despenalizadoras": (i) a composição civil entre autor e vítima antes de iniciar a ação penal como causa de extinção da punibilidade; (ii) também antes de iniciar a ação penal, a transação penal entre autor e Ministério Público, em que aquele aceita submeter-se a uma pena restritiva de direitos em troca da não instauração da ação penal; e (iii) caso nenhuma das alternativas se concretize, depois de iniciada a ação, a suspensão condicional do processo, em que pode o juiz suspender o processo por 2 a 4 anos, mediante o cumprimento de uma série de condições impostas ao acusado, que se cumpridas fazem extinguir a punibilidade e encerrar o processo penal. A suspensão do processo é aplicada para outros crimes que não apenas os de menor potencial ofensivo, já que seu espectro de aplicação, conforme estabelecido pela lei, é o de crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 ano.

24 A rigor, de acordo com o dispositivo da lei, nem a transação, nem a suspensão poderiam se dar em ações penais de iniciativa privada. Porém, a jurisprudência já se assentou no sentido de permitir a aplicação desse instituto nesses casos. Cf., por exemplo, decisão da 5ª Turma do STJ que afirma que "A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada" (HC n. 13.337/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. em 15.5.2001). Conforme explica Nogueira (2003), "tratando-se de infrações de ação penal privada, imperam os princípios da discricionariedade e da disponibilidade, entendendo-se, desta forma, que a formulação da transação penal fica na estrita conveniência do ofendido, que, ao se recusar a formulá-las, inviabilizará a transação, uma vez que não se trata, aqui, de direito público subjetivo do autor do fato e do acusado". No entanto, "o STJ vem admitindo a proposta de transação penal por parte do Ministério Público desde que não haja formal oposição do querelante há decisões em sentido diverso". O referido autor menciona nesse sentido o RHC n. 8.123/AP, STJ, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves,1999.

peça inicial da ação penal (denúncia ou queixa-crime). A classificação da peça acusatória é fundamental para definir o objeto do processo e o procedimento a ser seguido. Ou seja, o processo segue com a qualificação da denúncia ou queixa normalmente até o momento da sentença, em que pode haver necessidade de aditamento ou mudança da acusação.[25] Mas a classificação dada pela acusação e recebida pelo juiz pode ainda ser questionada nas instâncias superiores. É o que acontece em muitos dos casos que analisamos. O posicionamento do Tribunal a esse respeito, especificamente quando este vem a alterar a qualificação jurídica já dada em primeira instância, determina uma situação bastante problemática para os casos: toda vez que um caso classificado por racismo tiver sua classificação jurídica alterada para injúria racial após o prazo de 6 meses, que mencionamos na tabela acima, terá já ocorrido a decadência do direito de propor a ação penal privada por este crime. Ou, ainda, se essa decisão for proferida deixando pouco tempo para que o ofendido viabilize a queixa-crime, esse será um fator relevante para aumentar a probabilidade desse mesmo desfecho ou, ao menos, dificultar a preparação da ação a ser proposta. Há possibilidade também de anulação de todo o processo, que correra até então sob procedimento diverso do que seria o cabível sob a nova qualificação jurídica.

Em suma, como veremos adiante, a disputa pela qualificação jurídica dos fatos envolvendo xingamentos com conteúdos raciais está em disputa pela própria textura aberta do tipo penal de racismo. Se, de um lado, uma disputa por interpretação como essa é natural no ambiente jurídico, por outro, nesse caso, e na configuração processual do sistema até 2009, isso trouxe resultados problemáticos. Nos casos analisados, a disputa interpretativa e os movimentos de desclassificações geraram com frequência o encerramento precoce dos casos, conforme poderemos observar por meio dos dados sobre trancamento da ação, extinção de punibilidade, rejeição de denúncia ou queixa-crime e anulação.

25 Cf. arts. 384, 385 (emenda e alteração da acusação) e 569 (aditamento) do CPP. A mudança da qualificação jurídica da acusação pelo juiz no momento do seu recebimento se dá em hipóteses excepcionais. A jurisprudência entende que isso apenas pode acontecer em situações excepcionais, que prejudiquem o réu: "quando a conduta não se subsuma ao tipo nela descrito" ou quando "a permanência da classificação jurídica inicial impedir o reconhecimento da prescrição e acarretar graves consequências para o denunciado", cf. Recurso em Sentido Estrito n. 16.987 GO 0016987-78.2007.4.01.3500 (TRF-1). É mais plausível que os casos de que tratamos aqui de discordância do juiz de primeiro grau com a classificação – a classificação do fato como racismo ou injúria – tenham resultado em rejeição da denúncia ou queixa por ilegitimidade de parte e não em alteração da classificação pelo juiz.

## 2 Metodologia

### 2.1 Algumas considerações sobre pesquisas empíricas com acórdãos judiciais

O estudo quantitativo de decisões judiciais exige algumas ressalvas sobre as fontes utilizadas, a forma parcial de disponibilização dos dados pelos órgãos do sistema de justiça e as inferências possíveis a partir deles.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que tratamos aqui do conjunto de casos que alcançaram a segunda instância do Judiciário. Optamos por esse recorte de pesquisa uma vez que os casos de primeira instância não estão sistematizados em bancos de dados que permitam o acesso por tema ou objeto tratado. O estudo dos casos em primeira instância exigiria outra estratégia, provavelmente pulverizada nas varas, para acesso ao conjunto dos casos que tratassem do tema que nos importa. Isso significa que não se pode, a partir do conjunto estudado, fazer considerações sobre a representatividade desses casos no sistema de justiça criminal como um todo, sobre como os casos se resolvem em primeira instância e muito menos sobre a ocorrência dos conflitos concretos envolvendo questões raciais. Olhamos apenas os casos que chegaram aos Tribunais – e nem sequer todos, como alertaremos abaixo. É preciso considerar a incidência de uma série de filtros que atuam até que o caso chegue às instituições que analisamos: primeiro, considere-se o fato de que dentre os vários conflitos que ocorrem diariamente, por uma série de razões que não cabe aqui explorar, apenas uma pequena parcela deles chega até uma instituição do sistema de justiça; além disso, dos casos iniciados, normalmente em delegacias de polícia, apenas uma parte deles chega a se tornar ações penais. Dessas, por sua vez, nem todas chegarão a ser discutidas pelos Tribunais – quer porque foram encerradas em alguma etapa da primeira instância, quer porque não houve recurso que as fizesse subir para o Tribunal.

Além disso, é importante tecer comentários acer-

ca da utilização dos bancos de dados dos Tribunais como fonte do material empírico.

Todas as decisões judiciais e acórdãos proferidos pelo Poder Judiciário, por respeito ao princípio da publicidade dos atos processuais, são publicados no Diário Oficial, que é a ferramenta central utilizada por advogados para localizarem publicações em ações nas quais atuam. Essas decisões, na maioria dos casos, são também digitalizadas e tornadas públicas nos sites dos respectivos Tribunais e são, via de regra, localizáveis a partir do número do processo ou nome dos advogados ou das partes.

Além disso, praticamente todos os Tribunais brasileiros, de segunda instância e superiores, estaduais ou federais, comuns ou especiais (militar, eleitoral ou trabalhista), têm um banco de jurisprudência para pesquisa online das decisões proferidas por aquele órgão. Contudo, o conjunto das decisões digitalizadas que mencionamos acima – que em alguns casos, como no TJSP, afirma-se ser completo – não coincide com o conteúdo das decisões que compõem o banco de dados para pesquisa de jurisprudência no qual se pode fazer pesquisa a partir de palavras-chave. Ou seja, apenas parte do que é decidido está disponibilizado no site de tais instituições para buscas online a partir do objeto de interesse do pesquisador. Em geral, o setor responsável de cada Tribunal seleciona as decisões que irão para o site da instituição, mas pouco se sabe sobre os critérios dessa seleção. Sabe-se que eles aparentemente variam de Tribunal para Tribunal, assim como a frequência com a qual os bancos de dados são atualizados e o percentual das decisões tornadas públicas por Tribunal em relação ao total dos casos decididos. Por exemplo, ao consultarmos o setor respectivo de alguns dos Tribunais com os quais trabalhamos, notamos distintas orientações para essa seleção: em um Tribunal obtivemos a informação de que estaria havendo um esforço de alimentar o banco com o máximo de decisões possível. Em outro, fomos informadas de que, quando um tipo de decisão é muito recorrente, eles param de alimentar o banco com decisões no mesmo sentido, para buscar mais diversidade. Em outras palavras, a seleção do que vai para o banco não é aleatória, mas tampouco os critérios de seleção são identificáveis, claros ou uniformes.

É com este conjunto de decisões que trabalharemos nesta pesquisa. Isso quer dizer que se deve fazer notar enfaticamente que, a partir deste trabalho, não se pode tecer considerações sobre o conjunto de casos submetidos e efetivamente julgados por Tribunal. De outro lado, este é o único conteúdo tornado público pelos Tribunais para ser pesquisado em seus sítios a partir da busca pelo objeto do caso, e por essa simples razão, embora não representativo, trata-se de um universo relevante. Além disso, as descobertas que esse universo foi capaz de proporcionar foram pertinentes para os fins da nossa pesquisa: estávamos interessados menos em medir a frequência dos fenômenos e mais em compreender a dinâmica da aplicação da lei, a utilização dos conceitos e argumentos jurídicos, os empecilhos e gargalos que operavam para gerar a sensação generalizada de insatisfação com a lei. O banco dos Tribunais – embora incompleto e bastante criticável no que diz respeito a sua utilização para a pesquisa empírica – ainda assim foi capaz de nos colocar diante de alguns padrões de atuação do sistema, de questões em disputa e de pontos em que o funcionamento do sistema nos casos desses crimes se mostrou problemático.

De qualquer modo, é preciso registrar a urgência para que se discuta publicamente a necessidade de aprimoramento dos bancos de dados digitalizados do sistema de Justiça para fins de pesquisa. Até agora, os esforços de digitalização dos processos têm em mira os usuários do sistema e operadores do direito. Incorporar nesse processo a preocupação com o acesso do pesquisador nos parece da maior relevância, na medida em que a pesquisa empírica é um elemento poderoso de controle democrático de uma instituição que tem cada vez mais poder de decisão (vide o intenso debate sobre a crescente frequência de leis abertas e ampliação do poder de interpretação dos juízes; a judicialização das demandas coletivas, da política etc.), mas que ainda não aprimorou os meios de se tornar público e transparente o resultado de suas atividades. É claro que não se pode falar em fechamento total desse poder. Há uma série de iniciativas que caminham para sua abertura – por exemplo, o aprimoramento dos sites e boletins de notícias, a transmissão ao vivo dos julgamentos do STF (algo que ocorre em poucos lugares do mundo), a atuação do próprio CNJ. Mas de

forma geral ainda podemos afirmar que a informação não é de fácil acesso para o pesquisador que simplesmente quer saber como nossos Tribunais julgam determinado tema.[26]

### 2.2 Levantamento de dados e construção do banco

O levantamento jurisprudencial foi realizado em dois momentos. Em agosto de 2008 foi realizada a primeira busca nos acórdãos disponíveis nos sites do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).[27] Em novembro de 2010, a busca foi ampliada para outros dez tribunais, além de São Paulo: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça,[28] Tribunais de Justiça dos estados do Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia e Rio Grande do Sul. Da mesma forma como feito no procedimento anterior, complementamos as buscas com os casos disponíveis no banco de dados da AASP, que contempla casos de outros Tribunais, além dos TJSP (ainda que não se saiba ao certo em que medida a alimentação desse banco é extensiva em relação aos casos de outros estados).

Em ambos os levantamentos, utilizaram-se como termos de busca as expressões "racismo", "injúria qualificada", "injúria racial" e "discriminação racial", resultando, na pesquisa feita no ano de 2008, em 1275 decisões e, na pesquisa feita no ano de 2010, em 786 decisões.

Por meio de filtragens manuais, foram descartados agravos de instrumento, embargos de declaração e conflitos de competência.[29] Em relação ao conteúdo, foram excluídos acórdãos sobre matéria não penal,[30] aqueles que apenas mencionavam o termo "racismo" mas não tratavam diretamente de um caso de racismo e decisões que versavam sobre formas de discriminação estritamente religiosa ou relacionadas a outros grupos, como estrangeiros.[31] A partir dessa filtragem manual chegou-se a um conjunto de 200 acórdãos sobre discriminação racial contra negros, distribuídos nos nove Tribunais de Justiça.

Todos os acórdãos foram copiados e cada decisão foi classificada de acordo com uma série de critérios que permitissem (i) identificação de cada acórdão, (ii) seu histórico factual e processual, (iii) suas decisões e (iv) suas fundamentações. Tais informações foram processadas em uma tabela no Excel®.

## 3 Resultados quantitativos

### 3.1 Dados processuais

Do universo de 200 decisões sistematizadas, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) apresenta o maior número de decisões sobre a aplicação da legislação antirracismo, representando 62,5% do total das decisões. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), em segundo lugar, representa 16%, seguido do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) com 11,5%. Os outros 10% restantes distribuem-se do seguinte modo: 0,5% referentes ao Tribunal de Justiça do Acre (TJAC), 1% do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), 5% do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS),

26 Realizamos essa discussão também em: Machado e Rodriguez (2012).

27 O levantamento dos acórdãos foi precedido de um contato com o Setor de Jurisprudência do TJSP e com o setor responsável na AASP. Ambos informaram que uma pequena parcela das decisões judiciais publicadas no Diário Oficial é disponibilizada nos sites. Conforme informações obtidas, os sistemas de busca de cada site trazem resultados diferentes para uma pesquisa feita com as mesmas palavras-chave. Isso significa que os sites apresentam mecanismos diferentes para levantar os dados presentes nos seus respectivos bancos. Assim, considerando que os bancos não são completos e que uma mesma busca pode levar a universos distintos, optou-se por realizar a intersecção desses universos, de modo a ampliar nosso campo de análise.

28 O escasso número de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça implicou em um estudo qualitativo dessas decisões. Por tal motivo, elas não integram os resultados presentes neste artigo, que objetiva apresentar resultados quantitativos.

29 Tais recursos foram excluídos pois, majoritariamente, versam apenas sobre aspectos processuais específicos daqueles processos, que pouco se relacionavam com o objeto da pesquisa.

30 Assim sendo, ficam excluídas todas as decisões relacionadas à reparação civil. Essas decisões não estavam no foco desta pesquisa, mas são interessantes à discussão do tema sob outra perspectiva pois mostram outra possibilidade de utilização do direito, por via da manipulação de leis gerais – que não se relacionam especificamente ao pacote de leis antidiscriminação, que, como dissemos, foi construído no Brasil a partir do campo penal. Esse é o caso, por exemplo, da demanda de reparação civil por ato discriminatório, que se articula das regras gerais de indenização do Código Civil ou Trabalhista (se o episódio se dá no âmbito das relações de trabalho). Discutimos os casos civis encontrados na primeira fase deste levantamento em: Machado; Püschel e Rodriguez (2009).

31 Nesse sentido, foram excluídas decisões que tratavam de ofensas contra portugueses e alemães.

1% do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), 0,5% do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) e 2,0% do Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO).

***Quadro 2.*** *Distribuição de julgados por Tribunal*

| *Tribunal* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| TJAC | 1 | 0,5% |
| TJBA | 2 | 1,0% |
| TJMS | 10 | 5% |
| TJPB | 2 | 1,0% |
| TJPE | 1 | 0,5% |
| TJRJ | 23 | 11,5% |
| TJRO | 4 | 2,0% |
| TJRS | 32 | 16% |
| TJSP | 125 | 62,5% |
| Total | 200 | 100,0% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

Ao ler o quadro acima, é preciso ter em mente que ele é apenas um referencial do número de recursos julgados por Tribunal ao longo dos anos que estão sob análise, que fala apenas a favor da relevância das decisões emanadas pelo TJSP na leitura dos dados a seguir expostos.[32]

Em relação ao autor do recurso, o querelado (ofensor) interpôs 49% dos recursos, enquanto 37% foram interpostos pelo querelante (ofendido). Em geral, o primeiro tentando obstar o prosseguimento da ação ou reverter uma condenação, e o segundo se voltando contra algum ato do juiz de primeira instância que bloqueou o seguimento do caso, ou se voltando contra a absolvição no mérito. O Ministério Público, por sua vez, foi o autor do recurso em 8% dos casos. Contabiliza-se ainda que o querelante e o querelado interpuseram, simultaneamente, 3,5% dos recursos, ao passo que foram interpostos pelo querelado e Ministério Público 1% dos recursos. Na categoria "outros" há uma exceção de suspeição interposta simultaneamente por querelante, querelado e Ministério Público[33] e um acórdão enviado ao Tribunal pelo juiz ex officio.[34]

Note-se que o dado sobre a variação dos autores do recurso pode ser influenciado por intensidade de atividade litigante, mas fala muito sobre o tipo de decisão recorrida e a quem ela desfavorece – tratamos disso logo abaixo.

***Quadro 3.*** *Distribuição de julgados por autor do recurso*

| *Autor* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Querelado (ofensor) | 98 | 49% |
| Querelante (ofendido) | 74 | 37% |
| Ministério Público | 16 | 8% |
| Querelante (ofendido) e querelado (ofensor) | 7 | 3,5% |
| Ministério Público e querelado (ofensor) | 2 | 1% |
| Querelante, querelado e Ministério Público | 1 | 0,5% |
| Outros | 2 | 1% |
| Total | 200 | 100,0% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

32 A leitura desmembrada por Tribunal é possível a partir do nosso banco, mas não teríamos espaço para esse detalhamento neste texto.

33 Trata-se de uma Exceção de Suspeição – defesa em que se impugna a pessoa de um juiz sob o fundamento de que o mesmo não tem isenção para solucionar a demanda.

34 Trata-se de um recurso de habeas corpus interposto contra ato de autoridade policial, que instaurou inquérito policial para averiguação de eventual delito de injúria por preconceito racial ignorando que crimes contra a honra só podem ser perseguidos criminalmente mediante queixa.

A maioria dos casos, isto é, 58,5% dos recursos julgados pelos Tribunais de Justiça são apelações criminais, ou seja, recurso cabível contra decisão em primeiro grau. Em segundo lugar constam recursos em sentido estrito (uma espécie de agravo em processo penal, recurso que contesta decisões não definitivas quando a ação ainda está em curso), correspondentes a 21,5% do total, todos interpostos contra decisão do juiz de primeiro grau que rejeitou denúncia ou queixa-crime (não instaurando, assim, a ação penal). Em terceiro lugar, verificou-se a presença do habeas corpus, com incidência de 15,5% (nesse caso, trata-se de recurso do autor da ofensa, réu na ação penal, questionando sua instauração ou continuidade). Encontram-se ainda casos de ações que iniciaram diretamente nos Tribunais (ou seja, não chegaram até ele para revisão de decisão anterior do juízo da ação): queixa-crime, 1,5% dos casos, denúncia e representação criminal, cada um correspondendo a 1% dos casos. Esses são casos envolvendo competência originária do Tribunal, ou seja, em que a ação penal se inicia e é processada em segunda instância, e tratam de julgamento de indivíduos detentores de prerrogativa de foro, a saber, prefeito e vereador. Encontramos residualmente um caso de embargos infringentes[35] e uma exceção de suspeição (conf. nota 33) e 1% dos casos classificados como "outros".[36]

Notamos, portanto, que em um número elevado de casos o que se discute é a possibilidade de brecar o fluxo natural da ação penal. Se, de um lado, esse dado nos dá a indicação de que há questões jurídicas controvertidas sendo levantadas ao longo do processo criminal desses casos, não é possível afirmar que isso é uma característica especial dos crimes de racismo. Isso porque é muito comum que parte da defesa feita por advogados no âmbito do processo criminal, para além da discussão do mérito, envolva justamente o levantamento de falhas na propositura da ação penal ou questões que inviabilizem o seu seguimento. O número de casos que chegam aos Tribunais questionando o próprio seguimento da ação mostrou-se elevado em outras pesquisas empíricas em jurisprudência penal, que tratavam de outras matérias.[37] Em outras palavras, é claro que cada tema pode levantar questões distintas, mas a tendência de questionar o seguimento mesmo dos casos não é exclusiva dos casos de racismo.

***Quadro 4.*** *Distribuição de julgados por recurso*

| *Recurso* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Apelação criminal | 117 | 58,5% |
| Recurso em sentido estrito | 43 | 21,5% |
| *Habeas corpus* | 31 | 15,5% |
| Queixa-crime | 3 | 1,5% |
| Denúncia | 2 | 1,0% |
| Embargos infringentes | 1 | 0,5% |
| Exceção de suspeição | 1 | 0,5% |
| Outros | 2 | 1,0% |
| Total | 200 | 100,0% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

35 Recurso previsto no artigo 609 do Código de Processo Penal que somente pode ser impetrado pelo acusado quando decisão de segunda instância não for unânime e desfavorável ao réu.

36 Um dos casos trata de uma representação contra um juiz de Direito que, além de injúria racial, teria incorrido em abuso de autoridade ao usar de suas prerrogativas para ordenar a prisão de cidadão. O caso foi arquivado pelo TJSP, tendo em vista a posição do Procurador de Justiça, titular da ação penal, que pediu o arquivamento do caso. O segundo caso é posterior à alteração da Lei de 2009 que transformou a injúria racial em ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Tratando de crime praticado por prefeito, o órgão perante o qual a representação do ofendido deveria se dar é o Tribunal de Justiça (nos demais casos seria a primeira instância). Nesse caso, o Tribunal rejeitou a representação porque foi feita por um Sindicato, pela Secretaria de Combate ao Racismo da Macro Região de Campinas do Partido dos Trabalhadores e pelo Movimento Negro Unificado. O TJSP entendeu que essas pessoas jurídicas não podem representar o ofendido, que deveria ter dado sua anuência pessoalmente. Diante do decurso do prazo decadencial sem a representação válida decidiu pelo arquivamento do caso.

37 Isso se verificou, por exemplo, em pesquisa realizada sobre crimes financeiros e tributários e nos casos penas envolvendo administradores de pessoas jurídicas. É preciso notar no entanto que nesses chamados "crimes empresariais" uma particularidade importante é a presença de advocacia privada de alta qualidade e com estratégia de litigância muito ativa. Cf. os seguintes estudos: Machado & Machado (2009) e Machado & Prado in Calda & Neves (Eds.) (2013).

A partir do Quadro 5 abaixo pode-se perceber que 67,5% dos recursos analisados são originários de ações privadas, ou seja, aquelas cujo autor da ação é o ofendido ou seu representante legal. Já as ações de iniciativa pública, ou seja, que foram promovidas pelo Ministério Público, representam 30% dos casos. Há ainda 5 casos (2,5% do total) que foram interpostos antes do recebimento da ação penal (Inquérito Policial). Esses dados esclarecem a composição do nosso universo, mas dele podemos tirar poucas conclusões já que não sabemos a proporção dessas ações na primeira instância.

***Quadro 5.*** *Distribuição de julgados por tipo de ação*

| *Ação* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Ação Privada | 135 | 67,5% |
| Ação Pública | 60 | 30% |
| Inquérito Policial | 5 | 2,5% |
| Total | 200 | 100,0% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

## 3.2 As decisões nos Tribunais de Justiça

No quadro geral dos resultados das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, prevalece o maior número de condenações (24,5%) em relação às absolvições (20%). Há um número considerável de decisões de rejeição da denúncia ou queixa (15%) e extinção da punibilidade do ofensor (10,5%). O número de decisões em que o Tribunal decide pelo recebimento da denúncia ou queixa é inferior ao que recusa (8%). Se somarmos o número de casos em que os Tribunais decidem pelo recebimento da acusação às decisões de prosseguimento da ação teremos 33 casos (ou seja, 16,5%). Esse número é inferior aos casos em que o Tribunal decide não iniciar, anular, extinguir ou trancar a ação. Em outras palavras, juntando tais categorias que representam encerramento precoce dos casos, descobrimos que esse é o resultado mais significativo do nosso universo de pesquisa – 59 casos ou 29,5% de todas as decisões do Tribunal. Ainda que diante de todas as ressalvas sobre a falta de representatividade do nosso universo, podemos aqui ter alguma pista sobre a insatisfação acerca do desfecho dos casos.

Na categoria "Outros" constam decisões de arquivamento, indeferimento de liminar, realização de audiência preliminar, não conhecimento de recurso, absolvição imprópria e declinação de competência do Tribunal – decisões residuais que dizem respeito a questões de gestão do processo.

***Quadro 6.*** *Distribuição de julgados por decisão de segundo grau*

| *Decisão de segundo grau* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Condenação | 49 | 24,5% |
| Absolvição | 40 | 20% |
| Rejeição de denúncia/ queixa | 30 | 15% |
| Extinção de punibilidade | 21 | 10,5% |
| Prosseguimento da ação penal | 17 | 8,5% |
| Recebimento da denúncia/queixa | 16 | 8% |
| Anulação | 5 | 2,5% |
| Condenação + Extinção da punibilidade | 5 | 2,5% |
| Trancamento da ação penal | 3 | 1,5% |
| Outros | 14 | 7% |
| Total | 200 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

Após a apresentação desses dados gerais, discorremos agora com maior detalhamento sobre as decisões, apresentando e discutindo seus fundamentos e quantificando ocorrências de acordo com a tipificação de crime escolhida, o que nos pareceu ser uma das questões controversas mais relevantes do tratamento dos casos pelos Tribunais.

### 3.2.1 As decisões nos Tribunais de Justiça: distribuição por tipos de crime de racismo e fundamentações

*Condenações*

No que se refere às condenações observamos que a

maior parte das decisões se refere a crimes contra a honra, sendo que 55,1% dizem respeito a injúria qualificada por utilização de elemento racial, enquanto 28,7% representam outras modalidades de crimes contra a honra (como difamação, injúria simples, em concurso ou não com outros crimes). Em menor proporção registramos condenações por racismo ou discriminação, como se pode observar no quadro abaixo:

***Quadro 7.*** *Distribuição de condenações por tipo de crime*

| *Tipo de crime* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada<br><br>Art. 140, § 3º CP | 27 | 55,1% |
| Crimes contra a honra e outros (concurso de crimes)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III, art. 155, § 4º, I, II e IV | 14 | 8,7% |
| Crime de racismo<br><br>Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89, art. 20, § 2º, Lei nº 7.716/89 | 4 | 8,1% |
| Condutas discriminatórias[38]<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/896 | 3 | 6,1% |
| Outros<br><br>Art. 331, CP | 1 | 2% |
| Total | 49 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

38 Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada; art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público; art. 14º Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.

Dentre as sentenças condenatórias, verifica-se que, majoritariamente, a pena aplicada ao ofensor é de 1 ano de reclusão mais até 10 dias-multa (30,6% dos casos), seguida de 1 a 2 anos e de reclusão mais até 15 dias-multa (22,5% do total). O mínimo legal para o crime de injúria racial – pena de 1 ano de reclusão – foi aplicado em 7 condenações (14,2% dos casos). As demais frequências podem ser observadas no Quadro 8 (abaixo).

***Quadro 8.*** *Distribuição de julgados por quantidade de pena imposta*

| *Pena* | *Frequência* | *Porcentagem* |
|---|---|---|
| 1 ano de reclusão mais até 10 dias-multa | 15 | 30,6% |
| Até 1 ano de reclusão | 7 | 14,2% |
| De 1 a 2 anos de reclusão mais até 15 dias-multa | 11 | 22,5% |
| De 1 a 2 anos de reclusão | 6 | 12,3% |
| De 2 a 3 anos de reclusão | 3 | 6,2% |
| De 2 a 3 anos de reclusão mais multa | 1 | 2% |
| 2 anos de reclusão | 2 | 4% |
| 3 anos de reclusão | 3 | 6,2% |
| Nada consta | 1 | 2% |
| Total | 49 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

Do total de 49 condenações, em ao menos 46 sentenças houve substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos. A substituição é possível, segundo o artigo 44 do Código Penal brasileiro, para todos os casos em que a condenação não supere 4 anos, em hipótese de crime culposo ou que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. O condenado não pode ser rein-

cidente (ou em caso de reincidência inespecífica há hipótese de aplicação excepcional pelo juiz) e deve preencher determinados requisitos subjetivos observáveis pelo juiz (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade etc.).

A pena substitutiva mais aplicada ao ofensor é a prestação pecuniária mais prestação de serviços à comunidade (nos termos do estipulado pelo juiz das execuções) – 14 casos ou 30,4% do total. Em outros casos, cada modalidade de pena restritiva é aplicada de forma isolada – ou só prestação pecuniária (10 condenações ou 21,8% do total) ou prestação de serviços à comunidade (10 condenações ou 21,8% do total). Há doze casos (26% do total) em que não há especificação quanto à pena aplicada (vide Quadro 9). Não conseguimos observar, a partir do acórdão, a que tipo de serviço comunitário o condenado foi encaminhado, nem ter detalhes sobre sua execução.

***Quadro 9.*** *Distribuição de julgados por pena restritiva de direitos*

| *Pena restritiva de direito* | *Frequência* | *Porcentagem* |
|---|---|---|
| Pena pecuniária + Prestação de serviços à comunidade | 14 | 30,4% |
| Pena pecuniária | 10 | 21,8% |
| Prestação de serviços à comunidade | 10 | 21,8% |
| Nada consta/ Sem especificação[39] | 12 | 26% |
| Total | 46 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

*Absolvições*

O Quadro 10 (abaixo) apresenta dados sobre absolvições por tipo de crime. Nota-se que absolvição de injúria qualificada por elemento racial representa 35% dos casos, demais crimes contra a honra, 30%. Vinte e cinco por cento dos casos correspondem à absolvição por racismo, e não encontramos nenhum caso de absolvição por conduta discriminatória prevista na Lei nº 7.716/89.

***Quadro 10.*** *Distribuição de absolvições por tipo de crime*

| *Tipo de crime* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada<br><br>Art. 140, § 3º, CP | 14 | 35% |
| Crimes contra a honra e outros (concurso)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III | 12 | 30% |
| Crime de racismo<br><br>Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89, art. 20, § 1º, § 2º, Lei nº 7.716/89 | 10 | 25% |
| Condutas discriminatórias<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89 | 0 | 0 |
| Crime de racismo e Injúria qualificada (concurso)<br><br>Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP | 2 | 5% |
| Não foi possível identificar tipificação | 2 | 5% |
| Total | 40 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap)*

A absolvição de um acusado pelo juiz ou tribunal pode ter fundamentos distintos. Nos termos do Código de Processo Penal, a absolvição pode se justificar em sete situações: (i) estar provada a inexistência do

39 Não há informações suficientes a respeito ou a pena não é especificada pelo desembargador.

fato (CPP, art. 386, I); (ii) não haver prova suficiente da existência do fato (CPP, art. 386, II); (iii) não constituir o fato infração penal (CPP, art. 386, III); (iv) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (CPP, art. 386, IV); (v) não existir prova suficiente de que o réu concorreu para a infração penal (CPP, art. 386, V); (vi) existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou existir dúvida sobre a existência do crime (CPP, art. 386, VI); ou (vii) não existir prova suficiente para a condenação (CPP, art. 386, VII).

Nas decisões absolutórias dos Tribunais de Justiça, o fundamento mais recorrente foi o da inocorrência da infração penal pela inexistência de dolo (intenção de ofender) por parte do ofensor baseado nos incisos III e VII[40] (numa frequência de 22 do total de absolvições). A questão da falta de respaldo probatório – baseados nos incisos II, V e VII – também fundamentou grande parte das decisões (frequência de 20). Há ainda um número elevado de absolvições com base no inciso VI (numa frequência de 10) e residualmente (2) baseadas no inciso IV, coforme podemos observar abaixo:

***Quadro 11.*** *Distribuição de julgados por fundamento da absolvição em segundo grau*[41]

| *Fundamento da absolvição* | *Frequência* |
|---|---|
| Estar provada a inexistência do fato (CPP, art. 386, I) | 0 |
| Não haver prova suficiente da existência do fato (CPP, art. 386, II) | 7 |
| Não constituir o fato infração penal (CPP, art. 386, III) | 15 |
| Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (CPP, art. 386, IV) | 2 |
| Não existir prova suficiente de que o réu concorreu para a infração penal (CPP, art. 386, V) | 2 |
| Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou existir dúvida sobre a existência do crime (CPP, art. 386, VI) | 10 |
| Não existir prova suficiente para a condenação (CPP, art. 386, VII) | 11 |
| Aplicação de medida de segurança[42] | 1 |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

*Rejeição da denúncia/queixa-crime*

Muitos dos recursos analisados questionavam a decisão do juiz de primeira instância que rejeitou denúncia/queixa-crime e buscavam que o Tribunal, revertendo a recusa, instaurasse a ação penal. Todos eles foram interpostos pelo ofendido ou Ministério Público. Em trinta casos o Tribunal terminou por confirmar a decisão de rejeição da denúncia ou queixa dada em primeira instância, que versava sobre crime de injúria qualificada em 11 deles, racismo em 8, outros crimes contra a honra em 7, e concurso de racismo e injúria qualificada em 2 casos.

***Quadro 12.*** *Distribuição de "Rejeição da denuncia/queixa-crime" por tipo de crime*

| *Tipo de crime* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada<br><br>Art. 140, § 3º, CP | 11 | 36,7% |

40 Dos 11 casos, em 7 o juiz afirma que a prova colhida não é suficiente para a condenação, pois não restou comprovada a motivação/intenção racista (dolo). Por esse motivo os contabilizamos juntamente com absolvições com base no inciso III.

41 Essa tabela não apresenta dados percentuais, pois é possível absolver com fulcro em mais de um inciso do art. 386 do Código do Processo Penal.

42 A imposição de medida de segurança (tratamento ambulatorial ou internação) ocorre em nosso sistema nos casos em que o réu for considerável inimputável. Embora envolva na grande maioria dos casos a privação de liberdade, é classificada "eufemisticamente" pela nossa legislação processual como uma absolvição imprópria. Seguimos aqui a classificação técnica do Código, alocando o caso encontrado junto com as absolvições, mas entendemos ser importante notar que essa forma de nomear a medida de segurança obscurece o seu caráter punitivo e impositivo de sofrimento.

| | | |
|---|---|---|
| Crime de racismo<br><br>Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89 | 8 | 26,7% |
| Crimes contra a honra e outros (concurso)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III | 7 | 23,4% |
| Crime de racismo e Injúria qualificada<br><br>Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP | 2 | 6,6% |
| Condutas discriminatórias<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89 | 0 | 0 |
| Não foi possível identificar | 2 | 6,6% |
| Total | 30 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

***Quadro 13.*** *Fundamento da rejeição da denúncia/ queixa-crime*

| *Fundamento da rejeição da denúncia* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Ausência de justa causa/respaldo probatório ou Atipicidade | 15 | 50% |
| Ilegitimidade do Ministério Público | 8 | 26,6% |
| Decadência do prazo para proposição da ação | 4 | 13,3% |
| Não conhecimento do recurso | 1 | 3,4% |
| Outros | 2 | 6,7% |
| Total | 30 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

Metade das ações havia sido rejeitada com fundamento na ausência de justa causa, respaldo probatório ou atipicidade; 26,6% por ilegitimidade do Ministério Público para proposição da ação (casos em que o MP tentou iniciar ação penal pública por racismo e o juiz entendeu que deveria ser interposta ação penal privada pelo ofendido); e 13,3% por decadência do prazo para sua proposição (casos em que o juiz de primeira instância, ao entender que se tratava de injúria racial e não racismo, notou o decurso de prazo decadencial de 6 meses, tal como explicamos antes). A negativa de instauração da ação penal tanto nos casos de ilegitimidade do MP como de decadência do prazo se deram por conta da desclassificação do tipo de crime – de racismo para injúria racial.

*Extinção da punibilidade*

Vimos um número significativo de casos que foram encerrados pela ocorrência de alguma causa extintiva da punibilidade,[43] em sua maioria casos de decadência e prescrição.

Isso aconteceu mais frequentemente nos casos que envolviam crime de racismo (38%). Dos acórdãos que terminaram em extinção da punibilidade 28,5% eram casos de injúria qualificada por uso de elemento racial, e 14,5% condutas discriminatórias. Concurso de crimes contra a honra e concurso entre racismo e injú-

43 Essas circunstâncias que fazem extinguir a pretensão punitiva do Estado estão previstas no artigo 107 do Código Penal e são: a morte do agente; a anistia, graça ou indulto; a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; a prescrição, decadência ou perempção; a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito, nos crimes de ação privada; a retratação do agente e o perdão judicial, nos casos previstos em lei.

ria qualificada representaram 9,5% cada dos casos de extinção da punibilidade, conforme o quadro abaixo.

***Quadro 14.*** *Distribuição de extinção de punibilidade por tipo de crime*

| *Tipo de crime* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Crime de racismo<br><br>Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89 | 8 | 38% |
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada<br><br>Art. 140, § 3º, CP | 6 | 28,5% |
| Condutas discriminatórias<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89 | 3 | 14,5% |
| Crimes contra a honra e outros (concurso)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III | 2 | 9,5% |
| Crime de racismo e injúria qualificada (concurso)<br><br>Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP | 2 | 9,5% |
| Total | 21 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

As decisões dos Tribunais de Justiça sobre extinção de punibilidade decorrem, em sua maioria, da ocorrência da decadência do prazo de seis meses do conhecimento do autor do ilícito para a propositura da ação penal (47,6% ou 10 casos). Importante destacar que em 8 dos 10 casos de decadência, essa ocorreu porque antes de reconhecê-la os desembargadores desclassificaram o caso, ou seja, entenderam que seriam casos de injúria qualificada (ação penal privada) e não racismo (ação penal pública). A desclassificação gerou a ocorrência da decadência, na medida em que ao desclassificar já teria decorrido o prazo de 6 meses entre a ocorrência do fato e o início da ação penal privada pelo ofendido. A combinação da decisão de reclassificação com o dispositivo que prevê sem ressalvas o decurso do prazo decadencial[44] gera uma situação no mínimo paradoxal: o ofendido/vítima – embora tivesse tido até então seu caso movimentado pelos demais agentes do sistema de justiça criminal (delegado, promotor de justiça, juiz de primeira instância), que o classificavam como um caso de racismo é surpreendido com a decisão do Tribunal de que seu caso será extinto pois, ao se tratar de injúria racial e não racismo, deveria ter tomado a iniciativa de ter proposto ação penal privada em um prazo que já transcorreu. A crítica a esse conjunto de decisões deve ser feita de forma cuidadosa. A disputa pela classificação de casos é uma parte importante do processo de aplicação da lei penal e é bastante comum que essas disputas cheguem aos Tribunais (por exemplo, se um caso configura tráfico ou uso de entorpecentes; crime tributário ou lavagem de dinheiro, e assim por diante). A decisão por compreender os xingamentos Racistas como injúria racial e não racismo é justificável e defensável – há princípios de interpretação da lei penal, como o da especialidade, que falam em favor desse entendimento, embora ambos sejam plausíveis e disputáveis (Machado, 2009). Além disso, não é possível afirmar – pelo menos não sem mais pesquisa, e pesquisa que vá além da análise de acórdãos – que as decisões de reclassificação tinham por fim não declarado justamente a extinção do caso pela decadência. De outro lado, é inegável o aspecto praticamente irracional do desfecho desses casos, e embora a lei processual penal não fizesse nenhuma exceção ao transcurso desse prazo não seria de todo descabido que o Judiciário, diante do silêncio da lei, decidisse de modo a evitar resultado que julgasse injusto. Tampouco seria a primeira vez que isso ocorreria. De qualquer forma, independentemente da crítica à atuação dos desembargadores, é perfeitamente compreensível que esse desfecho seja altamente frustrante para vítimas e organizações do

44 Art. 103 do CPP, cf. Quadro 1 sobre as diferenças nas normas processuais que recaem sobre as distintas qualificações jurídicas.

Movimento Negro e que jogue a favor do sentimento de ineficácia da lei.

Com relação aos demais casos de extinção, temos 33,3% encerrados em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, que é o caso de inércia do Estado e esgotamento do lapso temporal para que o acusado possa ser punido. Em menor frequência (indicadas no quadro a seguir) as ações penais são encerradas por perempção (consequência da ausência de andamento processual pelo autor da ação penal privada), perdão do ofendido e perdão judicial (em um caso de retorsão imediata – troca mútua de ofensas verbais).

***Quadro 15.*** *Distribuição de julgados por fundamento da extinção de punibilidade em segundo grau*

| *Causa da extinção da punibilidade* | *Frequência* | *Porcentagem* |
|---|---|---|
| Decadência | 10 | 47,6% |
| Prescrição[45] | 7 | 33,3% |
| Perempção | 2 | 9,5% |
| Perdão do ofendido | 1 | 4,8% |
| Perdão judicial | 1 | 4,7% |
| Total | 21 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

*Prosseguimento da ação penal*

Os TJs decidiram pelo prosseguimento da ação penal em 17 casos. Dentre estes, 16 foram interpostos pelo ofensor, que pleiteavam o trancamento da ação com fundamentos diversos, dentre os mais frequentes: ausência de dolo, atipicidade da conduta e insuficiência probatória. Há também pedidos de desclassificação. No caso interposto pelo ofendido, este requer o reconhecimento de imprescritibilidade do crime por se tratar de racismo, uma vez que a ação havia sido extinta em primeira instância. Destes casos, 47% referiam-se a crimes de racismo, 35,3% a crimes de injúria qualificada e 17,7% a crimes contra a honra e outros (concurso), como se pode observar no Quadro 16, a seguir.

***Quadro 16.*** *Distribuição de decisões de "prosseguimento da ação penal" por tipo de crime*

| *Tipo de crime* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Crime de racismoArt. 20, caput, Lei nº 7.716/89 | 8 | 47% |
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada Art. 140, § 3º, CP | 6 | 35,3% |
| Crimes contra a honra e outros (concurso)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III | 3 | 17,7% |
| Crime de racismo e Injúria qualificada<br><br>Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP | 0 | 0 |
| Condutas discriminatórias<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89 | 0 | 0 |
| Não foi possível identificar | 0 | 0 |
| Total | 17 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

*Recebimento da denúncia*

Nos 16 casos em que o Tribunal recebeu denúncia/queixa-crime, 15 recursos foram interpostos pelo ofendido – que buscava mudança de decisão de primeiro grau (que havia rejeitado a acusação). Um dos casos se tratou de habeas corpus interposto pelo ofensor alegando constrangimento ilegal em razão do recebimento de queixa-crime na primeira instância.[46] Do total de casos desse tipo, 68,8% referiam-se

45 Esses casos referem-se à prescrição antes do trânsito em julgado. Separamos as 5 decisões em que isso se deu após o trânsito, pois achamos relevante considerar que nesses casos houve decisão de mérito condenatória.

46 Neste caso o ofensor afirma que sua conduta não configura calú-

a crimes de injúria qualificada, 25% a crimes contra a honra e outros (concurso), e em um caso (6,2%) não foi possível identificar tipificação.

***Quadro 17.*** *Distribuição de "Recebimento da denúncia" por tipo de crime*

| *Tipo de crime* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada<br><br>Art. 140, § 3º, CP | 11 | 68,8% |
| Crimes contra a honra e outros (concurso)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III | 4 | 25% |
| Crime de racismo<br><br>Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89 | 0 | 0 |
| Crime de racismo e Injúria qualificada<br><br>Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP | 0 | 0 |
| Condutas discriminatórias<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89 | 0 | 0 |
| Não foi possível identificar | 1 | 6,2% |
| Total | 16 | 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

Nesses casos, o Tribunal decidiu instaurar a ação penal, pois reconheceu sua apresentação no prazo, considerou que a conduta era típica e que a denúncia/queixa-crime atendia aos requisitos previstos no Código do Processo Penal.[47]

*Anulação*

A anulação do processo se deu em cinco casos. Nos dois casos cuja tipificação do crime estava prevista no art. 20 da Lei nº 7.716/89 a anulação se deu devido à desclassificação do crime (o que tornou o Ministério Público ilegítimo na propositura da ação). Nos dois casos de concurso de crimes contra a honra a sentença foi anulada por ter sido reconhecido o cerceamento da defesa e erro de tipificação na primeira instância. Por fim, no caso da injúria qualificada declarou-se nulidade, dado que a matéria alegada por uma das partes não fora apreciada em primeira instância.

***Quadro 18.*** *Distribuição de decisões de "anulação" por tipo de crime*

| *Tipo de crime* | *Frequência* |
|---|---|
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada<br><br>Art. 140, § 3º, CP | 1 |
| Crime de racismo<br><br>Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89 | 2 |
| Crimes contra a honra e outros (concurso)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III | 2 |
| Crime de racismo e Injúria qualificada<br><br>Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP | 0 |
| Condutas discriminatórias<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89 | 0 |
| Não foi possível identificar | 0 |
| Total | 5 |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

nia, difamação ou injúria ao mesmo tempo, mas apenas o crime de injúria, que poderia ser de competência do JECrim. Pleiteia trancamento da ação penal por ausência de justa causa, já que a queixa-crime não teria sido acompanhada de elementos de convicção.

47 São citados os artigos 41 e 44 nos casos em questão.

*Condenação mais extinção da punibilidade*

Em cinco casos analisados ocorreu a condenação e em seguida o reconhecimento da extinção da punibilidade. Isso quer dizer que os desembargadores reconheceram a existência dos crimes e de razões para condenar os respectivos autores, todavia extinguiram a punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva. Aqui, diferentemente dos casos anteriores, a prescrição não se dá no meio do processo – calculada de acordo com a pena máxima em abstrato –, mas sim depois da condenação e da fixação da pena. Aqui, o cálculo do tempo necessário para a ocorrência da prescrição se dá de acordo com essa pena, em geral fixada abaixo da máxima. Assim, nesses casos, embora se chegue a uma decisão que reconheça o ilícito penal praticado e a responsabilidade do autor, expira a possibilidade de aplicação da punição. Como se vê abaixo, isso aconteceu em 4 casos de crime contra a honra (injúria simples e qualificada) e em um caso de discriminação. Em todos eles, havia se dado a desclassificação do tipo de crime.

***Quadro 19.*** *Distribuição de decisões de "condenação + extinção de punibilidade" por tipo de crime*

| *Tipo de crime* | *Frequência* |
|---|---|
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada<br><br>Art. 140, § 3º, CP | 2 |
| Crime de racismo<br><br>Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89 | 0 |
| Crimes contra a honra e outros (concurso)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III | 2 |
| Crime de racismo e Injúria qualificada<br><br>Art. 20, Lei nº 7.716/89, e Art. 140, § 3º, CP | 0 |
| Condutas discriminatórias<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89 | 1 |
| Não foi possível identificar | 0 |
| Total | 5 |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

*Trancamento de ação penal*

Foram três as decisões pelo trancamento da ação penal, proferidas em habeas corpus impetrados pelos ofensores/réus que questionavam a instauração da ação pela primeira instância. Dois casos versavam sobre crimes contra a honra em concurso e um sobre conduta discriminatória prevista na Lei nº 7.716/89. O Tribunal acatou o pedido nesses casos, reconhecendo que a ação penal configurava constrangimento ilegal dando as seguintes razões: ausência de dolo (intenção de ofender), falta de legitimidade do ofensor para propor a ação penal e inexistência de instrução probatória mínima. A distribuição por tipificação pode ser observada no quadro abaixo.

***Quadro 20.*** *Distribuição de decisões de "trancamento de ação penal"*

| *Tipo de crime* | *Frequência* |
|---|---|
| Crimes contra a honra – Injúria qualificada<br><br>Art. 140, § 3º, CP | 0 |
| Crime de racismo<br><br>Art. 20, caput, Lei nº 7.716/89 | 0 |
| Crimes contra a honra e outros (concurso)<br><br>Art. 139, art. 140, caput, art. 141, III | 2 |
| Crime de racismo e Injúria qualificada<br><br>Art. 20, Lei nº 7.716/89, e art. 140, § 3º, CP | 0 |
| Condutas discriminatórias<br><br>Art. 4º, 8º, 14º, Lei nº 7.716/89 | 1 |
| Não foi possível identificar | 0 |
| Total | 3 |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

*Distribuição de julgados por votação*

O julgamento destes recursos foi unânime em 92% das decisões e, por maioria, em 8%. Isso significa que na grande maioria das decisões os juízes que compõem a Câmara/Turma acompanharam o entendimento do relator do caso (Quadro 21).

***Quadro 21.*** *Distribuição de julgados por votação*

| *Votação* | *Frequência* | *Percentual* |
|---|---|---|
| Maioria | 16 | 8,0% |
| Unânime | 184 | 92% |
| Total | 200 | 100,0 |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

Com relação à fundamentação presente nos votos dos desembargadores, nesta parte quantitativa contabilizamos o uso da doutrina e dos precedentes. Verificamos que a menor parte dos acórdãos chegam a mobilizar tais elementos em sua fundamentação: a doutrina está presente em 19% das decisões, e precedentes jurisprudenciais em 36,5%.[48]

***Quadro 22.*** *Distribuição de julgados por citação de doutrina ou jurisprudência*

| *Citação no acórdão* | *Doutrina (frequência/percentual)* | *Jurisprudência (frequência/percentual)* |
|---|---|---|
| Sim | 38 / 19% | 73 / 36,5% |
| Não | 162 / 81% | 127 / 63,5% |
| Total | 200 / 100% | 200 / 100% |

***Fonte:*** *elaborada pela equipe de pesquisa no Núcleo Direito e Democracia (Cebrap).*

## 4 Considerações finais

O Movimento Negro brasileiro tem adotado por muito tempo, como uma das estratégias da luta antirracista, a promulgação e o aperfeiçoamento de leis penais. A primeira lei antirracista, a Lei Afonso Arinos, de 1951, já inserida na lógica punitiva, foi a primeira iniciativa legal a descrever como ilícitas condutas discriminatórias, classificando-as como contravenções penais. Como vimos, já desde esse momento a aplicação da lei pelos juízes era objeto de crítica por parte dos ativistas. Nessas críticas, vemos também a própria lógica da racionalidade penal moderna[49] penetrar no discurso do Movimento Negro, que não somente criticava a falta de aplicação da lei pelos agentes do sistema de justiça, mas traçava um paralelo entre a (pouca) gravidade da pena imposta com a falta de importância dada pela sociedade à violação dos direitos de igualdade dos negros.

Nesse contexto, surge como uma das demandas centrais do Movimento que condutas Racistas e discriminatórias recebessem tratamento mais grave pelo direito penal. A previsão do crime de racismo como inafiançável e imprescritível na Constituição foi considerada uma das vitórias da participação do Movimento Negro no processo constituinte.[50] A Lei Caó, que regulamenta o dispositivo, promulgada um ano depois, torna-se então a principal ferramenta jurídica da luta antirracista no Brasil. A história dessa lei é a história de críticas e insatisfação generalizada com relação a sua aplicação. Sucessivas mudanças legislativas foram motivadas justamente por tentativas de aperfeiçoar esse instrumento e sanar algumas das dificuldades envolvidas na sua aplicação[51] – assim foi a

48 Nossa pesquisa não aprofundou a análise sobre o tipo de uso dessas fontes, o que é um tipo de análise possível – por exemplo, em que medida se entrelaçavam à construção do argumento, ligavam-se à construção de posição não majoritária ou eram utilizadas como simples argumento de autoridade.

49 Segundo Pires (2004) – autor do conceito –, um dos aspectos da lógica da racionalidade penal é "uma linha de pensamento medieval segundo a qual é a pena aflitiva que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito. Dessa forma, a pena aflitiva deve ser sempre imposta e o seu quantum deve se harmonizar com o grau de afeição ao bem, indicando assim o valor da norma de comportamento".

50 Militantes envolvidos diretamente na mobilização pré-Constituinte avaliam como vitória também a inclusão do art. 68 no ato das disposições transitórias – que dispõe sobre o reconhecimento da propriedade definitiva e dever do Estado em emitir os títulos respectivos a remanescentes de comunidades de quilombos. Conferir depoimentos dos ativistas em: Alberti & Pereira (2007).

51 Tendo em vista casos recentes de racismo na mídia (especificamente no futebol), a discussão sobre o aperfeiçoamento da legislação antirracista tem sido tematizada novamente. O PL nº 6.418/2005, de autoria de Paulo Paim – que prevê uma série de alterações nos tipos penais de discriminação e injúria qualificada, principalmente –, teve parecer aprovado em 18/12/2013, e está atualmente sujeito à apreciação do Plenário. Tal alteração mantém a discussão das me-

introdução do crime genérico de racismo e a criação da injúria racial. A injúria qualificada pela utilização do elemento racismo buscou dar conta do embate interpretativo anterior em que os xingamentos Racistas eram classificados ora como crime de racismo, ora como injúria simples (simples ofensa à honra individual, apenado com pena de 1 a 6 meses). A interpretação do insulto Racista como injúria simples era considerada pelo Movimento Negro uma banalização do conflito, que desconsiderava totalmente seu componente racial. O senador Paulo Paim propôs então a criação da injúria qualificada, com pena tão grave quanto a pena do crime de racismo, declaradamente visando "atacar a impunidade".[52] O resultado final da alteração legislativa não deu conta do caminho de processamento desses casos no sistema de justiça criminal: assim como os demais crimes contra a honra, a injúria qualificada continuou sendo processada por meio de ação penal de iniciativa privada (o que só foi alterado em 2009). A diferença de processamento da injúria racial em relação aos demais crimes raciais, além de ter efeitos do ponto de vista do acesso à justiça – já que nesse caso o ofendido é que deve providenciar advogado ou defensor e se ocupar da sua movimentação –, acabou gerando efeitos patológicos no fluxo processual dos casos. Essa foi uma das descobertas mais relevantes da pesquisa.

Embora tenha aparecido no conjunto de decisões analisadas casos de condutas discriminatórias (negativa de acesso, tratamento diferenciado etc.), os casos mais frequentes presentes em nosso universo de pesquisa diziam respeito a xingamentos interpessoais com a utilização de elementos ligados à raça e à cor. Como dissemos, foram exatamente esses casos que suscitaram as maiores divergências interpretativas: vítimas, membros do Movimento e operadores do direito defendem que esses casos sejam considerados racismo e capitulados no art. 20 da lei. Frequentemente, entretanto, casos que eram inicialmente classificados como racismo foram desclassificados para injúria racial. A disputa pela classificação jurídica de fatos submetidos à jurisdição penal é algo relativamente corriqueiro na dinâmica do processo penal. Em muitos casos, brigar pela qualificação jurídica é uma estratégia importante da defesa e pode significar um tratamento mais benéfico ao réu, como é, por exemplo, a disputa pela classificação de um caso por tráfico ou uso de entorpecentes. Na discussão sobre Racismo, embora a reclassificação não tenha consequências relevantes em termos de pena (são as mesmas), ela tem importância simbólica para muitos envolvidos e militantes. Além disso, faz aplicar aos casos a norma constitucional da imprescritibilidade e inafiançabilidade. Para além dessa disputa, a reclassificação passa a ter efeito crucial no desfecho dos casos por conta da diferença de processamento que aciona uma espécie de curto-circuito processual. Graças a isso, vimos muitas acusações rejeitadas e processos extintos.

Em nosso universo observamos um conjunto significativo de casos que foram rejeitados em primeira instância, pois o juiz, ao discordar da classificação de racismo dada pelo Promotor, decidiu que este não era o legitimado para propor a ação. Entendendo se tratar o caso de injúria racial, a ação deveria ser proposta pelo ofendido, por meio de seu advogado. Diante de recursos questionando essa decisão, o Tribunal, em grande número, acatou o entendimento do juiz, confirmando a rejeição do caso. É preciso ressaltar que tivemos acesso apenas aos casos que geraram recurso ao Tribunal e não temos como dimensionar a frequência de episódios como esse na primeira instância. Ou seja, é possível que esse desfecho seja muito mais comum do que pudemos acessar.

Vimos também um número significativo de ações penais que chegaram a ser iniciadas em primeira instância classificadas como crime de racismo e, ao terem sua classificação questionada pelos réus, desclassificadas nos Tribunais. A desclassificação, como mostramos, teve nesses casos a consequência perversa da extinção dos casos por decadência ou anulação.

Sem dúvida, o não recebimento das denúncias ou o

didas legais antirracismo na esfera do direito penal, prevendo inclusive a extensão da inafiançabilidade e imprescritibilidade a outros tipos penais relacionados a condutas Racistas.

52 Na justificativa do PL nº 1.240/95, o autor afirma: "[...] Este projeto, que aumenta os tipos penais com a atenção e acréscimo de artigo a Lei nº 7.716/89, de autoria do ex-deputado Carlos Alberto Caó, visando criminalizar práticas de discriminação ou de preconceito de raça, cor, etnia e procedência nacional, objetiva resgatar valores e atacar a impunidade. Por meio desse projeto as citadas transgressões não serão mais tipificadas como delitos de calúnia, injúria e difamação e sim, crimes de racismo" (grifo nosso).

encerramento precoce dos casos como efeito não esperado da disputa pela interpretação dos fatos é um resultado patológico da interação das regras processuais do sistema jurídico.

Para avançar no entendimento desse fenômeno – se se tratou de um curto-circuito sistêmico, insensibilidade do Judiciário, racismo institucional ou mesmo resistência dos juízes em aplicar a legislação punitiva dada sua dureza, hipóteses por ora todas plausíveis –, é preciso aprofundar a pesquisa e adotar outra estratégia para além da análise de acórdãos. De qualquer modo, esse tipo de resultado do sistema jurídico ajuda a compreender a insatisfação com seu funcionamento. E, se a crítica deve ser mediada pela compreensão dos mecanismos internos do direito e pelo fato de que a interpretação como injúria racial pelos juízes é de fato defensável, é possível de outro lado pensar que também é papel do Judiciário suprir as lacunas da lei para evitar resultados irracionais como os que aconteceram nos casos de decadência. Como dissemos acima, isso não seria uma atuação excepcional dos juízes.

Outra questão relevante para compreender o insucesso dos casos de racismo no sistema jurídico penal é a questão do standard probatório. Vimos que muitos casos tiveram seu início rejeitado ou terminaram em absolvições por fragilidade/falta de provas (30 casos do total de acórdãos e numa frequência de 20 casos do total de 40 absolvições, respectivamente). Esse resultado deve ser compreendido à luz do tipo de caso que se tem em mãos – ou seja, ofensas interpessoais muitas vezes sem testemunhas ou com testemunhos divergentes –, que dificulta a formalização da prova e das exigências probatórias do direito penal. Por ter natureza punitiva e por implicar em privação ou restrições sérias à liberdade, a condenação penal exige um patamar firme de certeza sobre os fatos e sobre a presença dos elementos do ilícito e da autoria. Até para iniciar a ação penal exige-se que se tenha uma base certa de que o fato típico aconteceu e de que há indícios fortes de autoria. O ônus da prova aqui fica totalmente a cargo de quem acusa, sendo que a dúvida favorece a absolvição.

Em princípio, é plausível que os casos que não lograram virar ação penal ou terminaram em absolvição tenham tido uma instrução probatória frágil. Isso poderia ser explicado pela própria natureza dos fatos – de difícil apreensão. Mas também não seria o caso de se descartar a possibilidade de mau funcionamento das instituições encarregadas de produzir provas (delegacia de polícia e juízo de primeira instância). Tal afirmação, entretanto, demandaria novas pesquisas. Uma crítica à forma como os juízes exercem o princípio do livre convencimento do juiz – eventualmente mais exigentes nos casos de Racismo – exigiria também um estudo qualitativo dos autos e comparativo em relação a outras situações semelhantes que não envolvessem o conflito racial.

De qualquer modo, nos parece bastante importante fazer notar que ao decidir tornar o conflito jurídico via direito penal deva-se considerar as características das manifestações Racistas (em muitos casos não explicita ou explicita por meio de ofensas verbais e interpessoais) e as dificuldades de se formar um conjunto probatório. Além disso, a questão do ônus da prova da esfera penal – muitas vezes obscurecida pela demanda de tratamento mais gravoso – merece ser considerada, pois exerce, como vimos, fator decisivo na prestação jurisdicional.

Ao olharmos para os casos que tiveram seu mérito analisado, algumas características do nosso banco são notáveis. Em primeiro lugar, chama atenção o dado de que há um número significativo de condenações (49 casos do total de acórdãos estudados) – contrariando o sentimento geral de que "ninguém é condenado". No entanto, apenas 4 dessas condenações são pelo crime de racismo. Elas são majoritariamente (27 casos do total de condenações) pela injúria racial, o que pode ajudar a explicar o descontentamento por parte do Movimento, que defende a interpretação de que o xingamento Racista é racismo.

Outro dado interessante a ser considerado nesse sentido é a alta frequência de condenações a pena privativa de liberdade substituídas por restritivas de direito (as chamadas "penas alternativas"). Nesses casos, o sistema jurídico penal concluiu todo o procedimento e chegou a uma afirmação de que a conduta é inaceitável, constitui um ilícito penal e o responsável pelo conflito é o autor da ofensa. Embora tal comunicação do sistema jurídico seja relevante,

ela pode passar desapercebida quando o foco está na prisão. Além disso, nesses casos houve sanção, só que não prisional. A possível frustração com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena alternativa é algo que levantamos aqui apenas como hipótese, mas nos parece plausível diante do senso comum punitivista compartilhado pela sociedade brasileira. Sem espaço para explorar isso aqui, mas apenas para mencionar um dado relevante sobre esse tema, lembremos dos dados do Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV) que revelam que para 71% da população com ensino superior incompleto penas alternativas aumentam a impunidade; 63% e 64% daqueles que possuem ginasial incompleto e nível superior completo, respectivamente, deram a mesma resposta (Cunha et al., 2011).

Seguindo na análise das decisões de mérito que encontramos em nosso banco, ainda que não seja nossa intenção neste momento analisar qualitativamente os argumentos articulados pelos Tribunais, nos parece importante chamar atenção para um tipo de juízo que foi recorrentemente utilizado pelos desembargadores para fundamentar a absolvição em uma frequência de 22 casos do total de 40: a ausência ou a falta de prova da presença do dolo (intenção) de proferimento de ofensa Racista. Isso aconteceu em muitos casos em que as ofensas, seu teor contendo elemento racial e sua autoria foram confirmados, mas o Tribunal exigiu que algo mais ficasse explícito para se denotar a intenção de Racismo. Como exemplo do que aconteceu nesses casos, veja-se a argumentação utilizada pelo TJSP em um dos acórdãos analisados: "É bastante claro que a única intenção da ré era desacatar a funcionária pública, que não estava atendendo seu pleito. Daí a considerar que nas palavras proferidas pela denunciada, haveria intenção preconceituosa contra toda uma raça, vai grande distância" (TJSP, AC 990.08.092769-8).

O que os desembargadores do caso estão aqui exigindo para considerar presente um elemento essencial da conduta a ser considerada crime – a intenção – é mais do que a intenção de praticar a conduta objetiva do tipo. Quer dizer, não bastaria a intenção de proferir a ofensa com o elemento racial, mas seria necessária a demonstração não só do intuito de ofender a honra individual da pessoa ofendida, mas também da "intenção preconceituosa contra toda uma raça".

Não bastaria, portanto, o próprio xingamento feito em termos Racistas e a intenção de proferi-lo. Seria preciso a demonstração da "intenção preconceituosa" para além da própria objetividade da ofensa. A exigência de se perquirir o elemento subjetivo consistente na intenção do agente ao realizar o ato considerado crime é de fato enunciada pela parte geral de nosso Código Penal e pela teoria do delito. Segundo o art. 18, inciso I: "diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo". A doutrina penalista entende dolo como a vontade livre e consciente de se praticar uma infração penal. A consciência da ilicitude articulada à intenção significa que a análise do dolo deve ir além da vontade de simples realização do gesto mecânico.

A partir daí o que se entende como dolo e como se depreende tal elemento dos fatos é produto de um esforço interpretativo dos operadores do direito. Diante da impossibilidade de se acessar o elemento subjetivo, ele será sempre inferido a partir de elementos objetivos presentes nas manifestações concretas e elementos da realidade. Ou seja, a conclusão sobre a existência ou não de intenção será sempre uma construção a partir dos elementos visíveis do caso. Pode-se dizer que ela é relativamente arbitrária e por isso deve se sustentar com a plausibilidade argumentativa. Nesse sentido, a interpretação dada pelos Tribunais de que aquele que profere uma ofensa com conteúdo racial não tem dolo de proferir ofensa Racista é altamente disputável. Até aí, isso seria o dia a dia do direito, mas a questão que nos parece problemática é que as decisões proferidas pelos Tribunais nesse ponto seguem o exemplo que transcrevemos acima, ou seja, não se dedicam a uma fundamentação convincente da falta de intenção Racista. Por essa razão, esse conjunto de decisões nos parece bastante criticável, além de evidenciar outro ponto sensível da disputa pela aplicação da lei penal. Mais uma vez, vemos como essa disputa se dá na minúcia dos conceitos e procedimentos jurídicos, por meio da linguagem dogmática.

Esse parece ser um elemento importante a ser con-

siderado pelos movimentos sociais ao decidirem juridificar e judicializar o objeto de suas lutas. Se, por um lado, o campo do direito vem sendo importante para fazer avançar a luta por igualdade e direitos, ele também impõe o ônus de apropriação do vocabulário e das regras em que se dá a discussão jurídica – ou seja, a compreensão da engenharia processual e a apropriação da linguagem dogmática. É claro que isso envolve um esforço por parte das organizações do movimento, que para usar o campo do direito como espaço de luta deve desenvolver – como de fato vem acontecendo – braços técnicos de assessoria jurídica especializada. Mas se há uma especificidade inafastável do funcionamento e da linguagem próprios do sistema do direito, essa especialização, em uma democracia, não pode significar o alheamento dos cidadãos de sua operação.

O caso das leis antirracistas no Brasil é um caso claro de insatisfação crônica com este poder. A sensação generalizada presente no movimento social era a de que este tinha logrado vitórias no Legislativo, que foram todas colocadas a perder por conta da não aplicação do direito pelos juízes.

Parte dessa insatisfação vem da pouca familiaridade com o funcionamento mesmo do sistema jurídico. Outra parte poderia ser minimizada se algumas ideias fixas que envolvem o direito fossem ressignificadas. Por exemplo, as visões formalistas que não entendem a interpretação como disputa; aquelas que não conseguem ver sentido na condenação; ou ainda aquelas que entendem a substituição da pena de prisão por alternativas como impunidade.

De outro lado, em alguns casos, a operação do sistema, travestida de linguagem jurídica e processual, esteve bem menos perto de se parecer com um ferramental a ser compreendido e apropriado e mais pareceu um jogo com resultados irracionais. Isso levanta questões importantes para a legitimidade das decisões. Não é à toa que muitas vezes o Judiciário foi considerado insensível à questão racial ou mesmo Racista.

Há aqui uma questão crucial para pensar o papel do Judiciário nas democracias contemporâneas – quão responsivo e transparente ele deve ser para sustentar sua legitimidade. A nosso ver, o funcionamento das instituições judiciárias, por mais técnico e especializado que seja esse sistema, precisa ser compreendido pelas vítimas (isso tem impactos em termos de acesso a justiça; por exemplo, qual o grau de informação que estas possuíam, principalmente antes da alteração do tipo de ação, sobre a necessidade de constituição de um advogado?) e pelo movimento social (a fim de disputar a interpretação e as regras de aplicação da lei, por exemplo).

A pesquisa empírica em direito tem, portanto, uma função política relevante em uma democracia em que o acesso dos cidadãos ao exercício do poder pelas autoridades do sistema jurídico ainda está em processo de institucionalização.

## 5 Referências


Alberti, V. & PEREIRA, A. A. (2007). H*istórias do Movimento Negro no Brasil*. Rio do Janeiro: Pallas; CPDOC-FGV.

Almada, S. (2009). *Retratos do Brasil Negro – Abdias Nascimento*. São Paulo: Selo Negro.

Andrews, G. (1991). O protesto político negro em São Paulo – 1888-1988. *Estudos Afro-Asiáticos*, (21), 27-48.

Brasil. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. (1983). *Combate ao Racismo: discursos e projetos apresentados por Abdias Nascimento*. Brasília, DF: Autor.

Carneiro, S. (2000). Estratégias legais para promover a justiça social. In: Guimarães, A. S. A., & Huntley, L. (Eds.). *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil* (pp. 311-323). São Paulo: Paz e Terra.

Costa, S. (2006). *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG.

Cunha, L. G., Ramos, L. O., Bueno, R. L. S., & Garcia, J. M. B. V. (2013). *Relatório ICJBrasil – 4º Trimestre/2011*. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/9282.

Cruz, A. A. S. (2010). *A discriminação racial contra afrodescendentes no Brasil e o impacto sobre a democracia: um olhar sobre a atuação da justiça federal de Segunda Instância*. Dissertação (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ.

Ferreira, R. (2009). *Da contravenção à inclusão: Políticas Públicas e o Direito da Antidiscriminação Racial no Brasil*. Dissertação (Dissertação de Mestrado). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ.

Fernandes, F. (1965). *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Cia. Editora Nacional.

Fernandes, F. (1972). *O negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Difel.

Fulin, C. S. (1999). *A criminalização do racismo: dilemas e perspectivas*. Dissertação (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

Guimarães, A. S. A. (1998). *Preconceito e discriminação*. São Paulo: FUSP; Ed. 34.

Guimarães, A. S. A. (1999). *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Ed. 34.

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

Guimarães, A. S. A. (2002). *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Ed. 34.

Machado, M. R., & Machado, M. R. A. (2009). *Política fiscal e política criminal: o direito penal nas estratégias arrecadatórias do Estado Brasileiro (1990-2006)*. (Working Paper) São Paulo: Fundação Getulio Vargas.

Machado, M. R. A., Püschel, F. P., & Rodriguez, J. R. (2009). The Juridification of Social Demands and the Application of Statutes: An Analysis of the Legal Treatment of Anti-Racism Social Demands in Brazil. *Fordham Law Review*, 77, 1535-1558.

Machado, M. R. A. (2009). Legislação anti-racismo no Brasil e sua aplicação: um caso de insensibilidade do Judiciário? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 76, 79-105.

Machado, M. R. A., & Silva, F. G.; Melo, R. S. (2010). A esfera pública e as proteções legais anti-racismo no Brasil. *Cadernos de Filosofia Alemã*, 1, 95-116.

Machado, M. R. A. & Rodriguez, J. R. (2012). Law and Public Sphere: Spaces for Interaction and Flow directions. In: Kron, S., Costa, S., & Braig, M. (Eds.). *Democracia y reconfiguraciones del derecho en América Latina*, 1, 163-189.

Machado, M. R. A., & Prado, V. M. Atuação empresarial no estado democrático de direito. In: Calda, R. C. da S. G. & Neves, R. C. (Eds.). (2013). *Como o STJ e STF entendem a responsabilidade penal e não penal dos administradores das sociedades empresárias?* São Paulo: Clássica. 1, 115-144.

Melo, C. E. S. (2010). *Racismo e violação aos Direitos Humanos pela internet: Estudo da Lei nº 7.716/1989* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

Monteiro, F. D. (2010). *Retratos em preto e branco, retratos sem nenhuma cor: a experiência do disque racismo da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro* (Dissertação de Mestrado) – IFCS, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ.

Munanga, K. (2004). Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. *Cadernos PENESB*, 5, 15-34.

Nobre, M. (2004). Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, 1, 3-19.

Nogueira, M. F. (2003). *Transação penal*. São Paulo: Malheiros.

Pires, A. (2004). A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, 68, 39-60.

Pires, A. (2008). Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: Poupart, J. et al. (Eds.) *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos (p*p. 43-95). Petrópolis: Vozes..

Paixão, M., Rossetto, I., Montovanele, F., & Carvano, L. M. (Eds.). (2009). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil*; 2007-2008. Disponível em: http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/relatorios%20pdf/RDR_2007-2008_pt.pdf.

Paixão, M., Rossetto, I., Montovanele, F., & Carvano, L. M. (Eds.). (2011). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil*; 2009-2010. Disponível em: http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/relatorios%20pdf/Relat%C3%B3rio_2009-2010.pdf.

Sales Júnior, R. L. (2006). *Raça e justiça: mito da democracia racial e racismo institucional no fluxo de justiça* (Tese de Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Santos, C. J. (2001). *Crimes de preconceito e discriminação*. São Paulo: Max Limonad.

Santos, G. A. (2002). *A invenção do 'ser negro': um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros*. São Paulo/Rio de Janeiro: Educ/Fapesp/Pallas.

Santos, E. M. L. (2011). *Racismo e injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (Dissertação de Mestrado). Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos.

Santos, I. (2009a). A. Racismo no Brasil não é criminalizado. *Jornal do Brasil*, Disponível em: http://mariafro.com/2009/09/30/ivair-augusto-dos-santos-racismo-no-brasil-nao-e-criminalizado/.

Santos, I. (2009b). O Racismo minimizado. *Correio Braziliense*, editorial. Disponível em: http://www.unb.br/noticias/print_email/imprimir.php?u=http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=44449.

Santos, I. (2013). *Direitos Humanos e a prática de Racismo*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: http://bd.camara.leg.br.

Santos, M. H. C. L. S. (2009c). *Crime de racismo ou injúria qualificada? Tipificações e representações de ocorrências de práticas racistas entre os delegados de polícia de Campinas* (Dissertação de Mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

Silva Júnior, H. (1998). *Anti-racismo: coletânea de leis brasileiras (federais, estaduais e municipais)*. São Paulo: Oliveira Mendes.

Silva Júnior, H. (2001). Política de inclusão do negro é a penal. *Folha de São Paulo*. Disponível em: http://www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/seconri/a_politica_0907.htm.

Silva Júnior, H. (2010). *Quando a lei não sai do papel. Época*. Disponível em: http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI193501-15518,00.html.

***Legislação***

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

Brasil. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

Brasil. *Código do Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

Brasil. *Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951*. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1390.htm.

Brasil. *Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989.* Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm

Brasil. *Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990.* Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm.

Brasil. *Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.* Altera os arts. 1o e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.

br/ccivil_03/leis/L9459.htm.

Brasil. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm.

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

Brasil. *Projeto de Lei nº 1.240, de 20 de novembro de 1995.* Altera o artigo primeiro e acrescenta artigos a Lei nº 7.716, de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189504

Brasil. *Projeto de Lei nº 6.418, de 14 de dezembro de 2005.* Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310391.

Brasil. *Projeto de Lei nº 122, de 12 de dezembro de 2006.* Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3o do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5o da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1o de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604.

Data de submissão/Submission date: 07.04.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 27.09.2014

# **UM PESQUISADOR NA EMERJ:** negociações de uma postura de pesquisa em um mundo institucionalizado // ***Fernando de Castro Fontainha***[1]

**Palavras-chave**
pesquisa empírica / implicação / interacionismo simbólico

**Sumário**

**1 Introdução**
**2 A delicada negociação do acesso ao campo**
2.1 A construção do "personagem": o pesquisador se apresenta
2.2 O *bypass*: do estatuto ao papel
**3 Condições de um campo "delicado"**
3.1 Uma disciplina "militar" num mundo institucionalizado
3.2 "Faça como se eu não estivesse aqui"
**4 As consequências para a observação**
4.1 Um estrangeiro
4.2 Um *outsider*
**5 Considerações metodológicas**
**6 Conclusões**
**7 Referências**

**Resumo**
Esta pesquisa propõe-se a descrever, em um primeiro momento, a experiência da observação direta de aulas no Curso Preparatório da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, realizada durante o ano de 2009, representando uma oportunidade para reflexão sobre o lugar e o papel de um pesquisador e também sobre a dinâmica social que faz dele um membro do grupo estudado. Num segundo momento, descreverei como a condição de doutorando brasileiro na França foi explorada pelo meu trabalho empírico lá desenvolvido. Uma terceira parte será consagrada à descrição de várias situações nas quais professores e alunos me inseriram na dinâmica das aulas. O objetivo é discutir os limites e possibilidades da observação participante, através da construção social do pesquisador como objeto da sua própria pesquisa.

1 Professor da Escola de Direito da FGV – Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) e Pesquisador Associado do Centre d`Études Politiques de l`Europe Latine (CEPEL).

# **A RESEARCHER AT THE EMERJ:** negotiations of a field research approach at an institutionalized context // *Fernando de Castro Fontainha*

**Keywords**
empirical research / implication / symbolic interactionism

**Abstract**
This article describes the participant observation of classes performed at the Rio de Janeiro's Judiciary School. During the year of 2009, I have performed direct observations of several preparatory courses – for the regional Judicature entrance examination – which was taken as an opportunity to reflect on the place and role of the researcher and about the social dynamics that makes him a member of the studied group. I also describe how my position as a Brazilian PhD candidate in France was mobilized for my empirical research. Finally, several situations revealing how students and professors inserted me in their classes' dynamics are analyzed. The objective of this article is to discuss the limits and possibilities of participant observation, through the social construction of the researcher as a subject of his own research.

## 1 Introdução

De que maneira a postura do pesquisador no encontro com o grupo estudado vai influenciar o resultado do seu trabalho? A forma como o pesquisador é percebido pelo grupo vai repercutir no resultado do seu trabalho? Este artigo será dedicado à análise das condições de observação etnográfica de quarenta horas do curso preparatório para a magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que efetuei em aulas da própria Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.[2] Naquela pesquisa, meus objetivos iniciais eram os de investigar, no seio da dinâmica da sala de aula, a criação e a circulação de referências cognitivas que pudessem ser convertidas em verdadeiras estratégias concorrenciais quando do concurso da magistratura. Meu objeto não era a preparação propriamente, mas o concurso. Entretanto, fui guiado pela hipótese segundo a qual a competição quando de um concurso público não pode ser compreendida sem uma abordagem que abarque também a preparação. Eu tinha, resguardas as diferenças, aproximadamente a mesma hipótese desenvolvida por Merton sobre a socialização dos estudantes de medicina:

> *"É claro que nem tudo o que é ensinado nas escolas de medicina é efetivamente aprendido pelos estudantes, e que nem tudo o que estes últimos aprendem lhes é ensinado, se o termo 'ensinado' se refere a formas didáticas de transmissão. Os estudantes não aprendem somente graças a preceitos, nem mesmo graças a exemplos deliberados, eles aprendem também – e em muitos casos mais duravelmente – por seu engajamento constante no contato com o pessoal médico, com os outros estudantes e com os pacientes que fazem da escola de medicina uma organização social" (Merton, 1957, p. 41-42, apud Champi, 2009, p 48).*[3]

Neste artigo volto meu olhar para a questão das implicações pessoais[4] do pesquisador quando da negociação, da entrada e da realização da sua pesquisa de campo, e suas consequências para o trabalho empírico e suas conclusões. A importância das implicações pessoais não é uma questão nova. Mauss (2002), tratando das dificuldades de uma pesquisa etnográfica, diz: "Dificuldades subjetivas: (…) Não crer que sabemos porque vimos; não efetuar juízo moral. Não se espantar. Não se deixar levar" (p. 21-22).[5] Como na construção civil, na ciência é necessário entregar um produto limpo e acabado. Assim, tiramos os andaimes antes de o abrirmos ao público em geral, para que os meios empregados para obter os resultados não sejam mais visíveis. Aqui a lógica desta metáfora é invertida e os "andaimes" são eles mesmos o objeto do trabalho. A proposta aqui é a da ênfase nas implicações pessoais do pesquisador como uma fonte de dados etnográficos. Ao contrário da abordagem que considera o etnógrafo como elemento externo ao meio estudado, pretendo extrair conclusões acerca deste meio justamente a partir das relações objetivas que desenvolvi com os atores locais no decorrer da pesquisa.

Insisto que não é objetivo deste trabalho contribuir definitivamente para a vasta discussão e produção bibliográfica brasileira sobre metodologia de pesquisa em ciências sociais, em particular sobre a técnica da observação participante. Muitos são os trabalhos em sociologia que se valem desta técnica de pesquisa. Entretanto, meu argumento é o de que (1) na sociologia brasileira poucas são as iniciativas institucionais de desenvolvimento da observação, (2) esta técnica penetra na disciplina através de uma rede construída entre antropólogos brasileiros e so-

2 Doravante designada pela sigla "EMERJ".

3 Tradução livre do autor. Texto original: "Il est clair que tout ce qui est enseigné dans les écoles de médecine n'est pas effectivement appris par les étudiants et que tout ce que ces derniers apprennent n'y est pas enseigné, si le terme 'enseigné' renvoie a des formes didactiques de transmission. Les étudiants n'apprennent pas seulement grâce à des préceptes, ni même grâce à des exemples délibérés; ils apprennent aussi – et dans bien des cas plus durablement – par leur engagement constant au contact du personnel médical, des autres étudiants et des patients qui font de l'école de médecine une organisation sociale".

4 Cumpre mencionar que o conceito de implicação é empregado por pesquisadores franceses ligados à tradição da análise institucional (Bertin, 2004, p. 5; Amado, 2002, p. 365). Por este conceito se designa a relação que o ator mantém com a instituição. No que toca a este trabalho, os autores chamam a atenção para o "Efeito Heisenberg", em referência ao físico quântico que, em oposição à postura de neutralidade newtoniana, demonstrou que características da matéria podem ser alteradas exclusivamente em razão da ação do pesquisador. Aqui falo em implicações pessoais, uma vez que me filio a uma sociologia interacionista, que privilegia uma análise das instituições como espaços onde atores interagem entre si.

5 Tradução do autor. Texto original: "Difficultés subjectives: (…) Ne pas croire qu'on sait parce qu'on a vu; ne porter aucun jugement moral. Ne pas s'étonner. Ne pas s'emporter".

ciólogos americanos ligados a Escola de Chicago e (3) conheceu no Brasil um desenvolvimento tardio, abandonando progressivamente uma abordagem interpretativa em prol da descrição densa.

Assim, vale trazer ao debate as conclusões de Brochier, sociólogo francês que dedicou seu Memorial de Habilitação para a Direção de Pesquisas ao estudo da implementação e do desenvolvimento da pesquisa de campo na sociologia brasileira entre 1930 e 1970 (2009). Brochier relata o difícil caminho da empiria em tal ramo do conhecimento na sociologia brasileira, desde o primeiro metodólogo da área – Florestan Fernandes, na visão dele – que relegava ao estudo das técnicas de pesquisa um papel secundário, até a difícil adaptação de antigos paradigmas a novas formas de coleta de dados. Ou seja, mesmo que a pesquisa de campo – e notadamente a observação participante – tenha sido incorporada nas práticas dos cientistas sociais, a ruptura com velhos paradigmas somente sucedeu mais tarde, particularmente pelas mãos dos etnólogos.

Brochier cita como exemplo a dissertação de mestrado de Duarte, sobre os pescadores de Niterói, intitulada "As redes do suor" (1978). Duarte passa seis meses numa vila de pescadores e, em uma oportunidade, passa oito horas no mar com eles. Brochier aponta que pouco se aprende no trabalho de Duarte acerca da forma como os pescadores realizam seu ofício, mas vê no estudo um profundo interesse sobre o discurso nativo como fonte de representações e visões de mundo (2009, p. 76). Brochier relata ainda que na maioria dos trabalhos que declaravam o uso da observação, o essencial da demonstração repousava sobre dados colhidos em entrevistas. Os trabalhos comportando dados extraídos de observação participante eram realizados sobretudo por jovens pós-graduandos, dentre os quais vale citar a tese de doutorado de Sabino (2004) intitulada "O peso da forma", sobre o uso de drogas pelos fisiculturistas nas salas de musculação. Sabino colhe seus dados de pesquisas nas próprias salas de musculação, onde se matriculara e frequentara, e funda suas conclusões não apenas nas relações que observava cotidianamente entre os fisiculturistas e as drogas, mas nas suas próprias experiências nos ginásios.

Em meados dos anos 80 começa a se institucionalizar no Brasil uma tradição acadêmica fundada na observação participante, quando Gilberto Velho, inspirado sobretudo na Segunda Escola de Chicago, lança uma série de pesquisas sobre a cidade e condutas desviantes. Essa iniciativa contou inclusive com a vinda de Becker para uma temporada de pesquisas no Museu Nacional, no Rio de Janeiro. Dos frutos desta empreitada, duas teses merecem relevo. Primeiro a tese de Vianna (1988), intitulada "O mundo funk carioca", onde o autor acompanha organizadores e frequentadores de bailes funk, e funda sua demonstração nos diários de campo que relatam suas experiências. Em segundo lugar, a tese de Gaspar (1988), intitulada "Garotas de programa", onde a autora se faz passar por uma iniciante desejosa de ingressar na prostituição. Ela se veste como as prostitutas e frequenta os mesmos lugares que elas, buscando conselhos de como se lançar na "vida". O que ocorre no programa de pós-graduação em Antropologia Social do Museu Nacional nos anos 80 é comparável ao que ocorreu nos anos 20 e 30 na Universidade de Chicago, quando, como fruto da parceria existente entre Park e Burgess, foram defendidas algumas teses que se firmariam como clássicos da sociologia americana, como "The Jack Roller" (Shaw, 1930), "The Hobo" (Anderson, 1923) e "The Negro in Chicago" (Johnson, 1922).

Assim, conclui Brochier (2009) que:

> *"Não existe no Brasil corrente de pesquisa repousando exclusivamente sobre a observação, mesmo se certas características do país pudessem incitar os pesquisadores a constituir uma tradição nesse sentido. Os trabalhos que fazem uso dessa abordagem são raros e dão em geral um lugar secundário aos dados obtidos desta maneira. 'Fazer campo' é concebido como um ponto importante numa pesquisa qualitativa, sem que isto signifique descrever fenômenos observados pessoalmente. Uma vaga intimidade com o mundo social observado é comumente vista como suficiente. Encontra-se raramente nas dissertações e teses brasileiras em Sociologia ou Antropologia um trabalho de constituição de categorias de análise sobre a base do recorte e da comparação de coisas observadas. Os fatos diretamente observados servem em geral na melhor das hipóteses para descrever certos elementos do contexto geral das situações sociais. Os autores*

*comumente constroem desta maneira o esquema das situações 'típicas' sem citar notas de campo com clara distinção. Eles se baseiam em seguida sobre os discursos dos atores para explicitar o sentido das ações, mas igualmente para relatar estas mesmas ações" (p. 77).*[6]

Não tenho a intenção de trazer grandes novidades a este debate, mas de usá-lo para compreender minha própria experiência. Este artigo tratará da negociação do acesso e das condições de entrada no campo, bem como do desenrolar da pesquisa. Num primeiro momento descreverei como entrei em contato com responsáveis pela EMERJ e como negociei com eles as condições da minha entrada nas salas de aula. Num segundo momento, mostrarei como as condições de acesso ao campo determinaram profundamente minha condição de pesquisador perante os professores e alunos. Finalmente, mostrarei até que ponto as relações entre observador e observados foram construídas justamente a partir deste contexto específico, e quais conclusões sobre a EMERJ e sobre o próprio mundo dos magistrados podem ser extraídas de dados provenientes das interações pessoais do pesquisador.

## 2 A delicada negociação do acesso ao campo

No contexto da minha pesquisa doutoral (sobre o concurso da magistratura francesa), a bolsa concedida pela CAPES permitiu uma temporada de pesquisas de três meses no Brasil, para a tentativa de elaboração de uma tese comparativa. A comparação ou mesmo o comparatismo não são o objeto deste artigo, mas é necessário dizer algumas palavras sobre isto pois foi a pesquisa na França que me permitiu compreender meu trabalho de campo no Brasil. A "delicadeza" do meio judiciário é sem dúvida atribuída ao grau elevado de institucionalização dos papéis desempenhados pelos seus membros. Meu contato empírico com o meio judiciário francês compreende um mês de pesquisas no interior da ENM – École Nationale de la Magistrature, onde tive contato com dirigentes (magistrados), funcionários administrativos e alunos-juízes, presenciei algumas entrevistas realizadas com juízes da Cour de Cassation, professores de Direito, um Conselheiro de Estado e estudantes que preparavam o concurso, e enfim empreendi a observação de várias horas de provas orais do concurso.

No Brasil e na França o universo judiciário é colonizado por um quadro estrito de condutas. No entanto, não são suas semelhanças, mas suas diferenças que permitem e tornam interessante uma comparação. De um lado, a facilidade com a qual, na França, pude acessar os juízes da Cour de Cassation, e de outro, a dificuldade para fazer o mesmo com os professores de Direito, o acesso fácil aos arquivos e extremamente difícil em sala de aula; tudo isto causa espanto a um brasileiro. Esta experiência me fez refletir sobre o uso diferenciado que os atores de um mesmo universo profissional fazem de categorias que habitam seu meio social. É por isto que decidi entrar nas salas de aula e, por exemplo, não entrevistar altos magistrados no Brasil.

Escolhi a EMERJ pela minha familiaridade com vários ex-alunos, alguns professores e também com o ambiente. Eu conhecia bem seu funcionamento, e sobretudo sabia que sem um contato inicial com os dirigentes, seria impossível o acesso. Meu objetivo era então contatar o Diretor-Geral. O fato de ser eu mesmo um jurista de formação (cinco anos de faculdade de Direito, quatro anos de estágio em escritórios de advocacia) muito me facilitou, de um lado, a estimar o que os magistrados esperam de um pesquisador, e de outro, uma vez também herdeiro do habitus dos juristas, uma melhor performance em relação à

6 Tradução livre. Texto original: "Il n'existe pas au Brésil de courant de recherche reposant exclusivement sur l'observation, même si certaines caractéristiques du pays auraient pu inciter les chercheurs à constituer une tradition en ce sens. Les travaux qui font usage de cette approche sont rares et ils donnent en général une place secondaire aux données obtenues de cette manière. « Faire du terrain » est conçu comme un point important dans une recherche qualitative, sans que cela ne signifie description de phénomènes constatés personnellement. Une vague intimité avec le monde social étudié est souvent regardée comme suffisante. On trouve donc rarement dans les thèses et les mémoires brésiliens de sociologie ou d'anthropologie un travail de constitution de catégories d'analyse sur la base du recoupement et de la comparaison de choses vues. Les faits directement observés servent en général au mieux à décrire certains éléments du contexte général des situations sociales. Les auteurs dressent ainsi souvent le schéma de situations « typiques » sans citer de notes de terrain clairement distinguées. Ils se reposent ensuite sur les discours des acteurs pour expliciter le sens des actes mais également pour rendre compte de ces mêmes actes".

correspondência prática a estas expectativas. Como afirma Lagroye (Gaïti & Sawiki, 1997):

> *"Para habitar uma instituição, para manter seu papel, existem certos conhecimentos sobre ela mesma, e além disso um conhecimento sobre as legitimações últimas dos gestos que realizamos, o que permite a instituição ser apresentada em certas situações como indispensável, necessária, útil ao funcionamento da sociedade" (p. 13).*[7]

Em seguida ele continua sobre o aprendizado destes conhecimentos:

> *"Onde quer que ele nasça, qual tenha sido sua socialização, um indivíduo jogado pela primeira vez num ministério deve aprender, compreender o que convém ser feito em diferentes situações concretas; o que supõe um trabalho de recurso, de reativação de experiências anteriores que podem ser perfeitamente desadaptadas e engendrar um comportamento inoportuno" (Gaïti & Sawiki, 1997, p. 13).*[8]

Assim, não seria oportuna a simples reativação de minhas experiências jurídicas do passado recente, mas um esforço de adaptação permanente e renovado a cada interação.

### 2.1 A construção do "personagem": o pesquisador se apresenta

O meio empregado para contatar o diretor-geral da EMERJ foi o telefonema. Apesar de amigos terem me oferecido um contato mais privilegiado, através de suas conexões profissionais, preferi adotar uma abordagem talvez até ingênua. Por outro lado uma carta poderia constituir uma aproximação mais adequada, mas eu não poderia arriscar uma eventual demora na resposta desta abordagem tão impessoal.

Eu sabia que meu acesso ao campo seria fortemente determinado pela maneira pela qual eu apresentasse a mim mesmo e minhas intenções. Goffman fala da diferença entre a identidade real e da identidade virtual (1986, p. 2) e que na distância que podemos produzir entre as duas para "melhor" interagir encontra-se o controle de impressões (1990, p. 208). Neste tocante, Stéphane Beaud e Florence Weber (2003) aconselham a um pesquisador: "Ser estudante traz numerosos recursos para a realização de uma pesquisa. (…) As pessoas querem lhe fazer favores, lhe ajudar. Você não é socialmente ameaçador" (p. 98-99).[9]

Decidi então fazer uso de um atributo que considerava importante: a condição de doutorando na França. Esta condição me permitia mobilizar alguns símbolos em torno da minha identidade. Inicialmente, seria necessário mencionar o nome do meu orientador, o professor Michel Miaille, conhecido dos juristas brasileiros por sua "Introdução Crítica ao Direito" (1994), publicada em Lisboa  mas enormemente distribuída no Brasil. Em seguida seria necessário mostrar uma carta de recomendação assinada por Phillipe Astruc, então diretor da Formação Inicial e do Recrutamento da École Nationale de la Magistrature (ENM), obtida quando do meu estágio de pesquisa lá. Eu contava com o fato de que a escola profissional da magistratura brasileira se encontra em processo de consolidação, e que entre os dirigentes de tribunais no Brasil a ENM francesa é tida como um "modelo".

Por fim, seria apropriado mencionar que os dados a serem recolhidos serviriam para dar a minha tese uma perspectiva comparada franco-brasileira. No entanto, decidi não mencionar minha formação jurídica, e tampouco minha condição de inscrito nos quadros da OAB. Avaliei que um cientista político seria menos ameaçador que um jurista. E desta maneira construí meu "valor de face", para usar o conceito de Goffman (1967, p. 5). Estas múltiplas "performan-

7 Tradução do autor. Texto original: "Pour habiter une institution, pour tenir son rôle, il y a certaines connaissances à avoir sur l'institution elle même, et pour aller au plus loin une connaissance des légitimations ultimes des gestes que l'on accomplit, celles-là même qui permettent à l'institution d'être présentée dans certaines situations comme indispensable, nécessaire, utile au fonctionnement de la société".

8 Texto original: "Où qu'il soit né, quelle qu'ai été sa socialisation, un individu jeté pour la première fois dans un ministère doit apprendre, comprendre ce qu'il convient de faire dans des différentes situations concrètes; ce qui suppose un travail de recours, de réactivation d'expériences antérieures qui peuvent être parfaitement désadaptées et engager un comportement inopportun".

9 Tradução livre. Texto original: "Être étudiant procure de nombreuses ressources pour mener une enquête. (…) Les gens veulent vous rendre service, vous aider. Vous n'êtes pas pas menaçant socialement".

ces" quando da negociação do trabalho de campo, para as quais posso atribuir a alcunha de estratégia reputacional, são realizadas em torno de expectativas. De um lado, tinha minhas próprias expectativas acerca das pessoas com as quais me preparava para interagir. De outro lado, eles certamente também teriam as delas acerca de alguém que se apresentasse como eu me apresentaria e que pedisse para fazer o que eu queria fazer. A estratégia de construção deste "valor de face" pode ser explicada pela tentativa de antecipação das expectativas do parceiro, a partir da seguinte dialética: o que eu espero que meu parceiro espere de mim. Ou ainda, nas palavras de Lagroye:

> *"Numa situação de interação, a expectativa pode ser assemelhada à antecipação do parceiro quanto ao comportamento que adotaremos. (…) O jogo, se algum jogo há, não reside no aprendizado no sentido do saber ou do savoir-faire, ele reside no esforço de adaptação a estas expectativas herdadas e às expectativas dos que sabem o que a instituição pode lhes trazer: (…) É então uma rede de expectativas, mais ou menos objetivadas, mais ou menos constituídas em saber, mais ou menos maleáveis, variando segundo as situações e variando evidentemente segundo a posição dos parceiros que estão em interação" (Gaïti & Sawiki, 1997, p. 10).*[10]

## 2.2 O *bypass*: do estatuto ao papel

Cheguei cinco minutos adiantado na sala de espera para a reunião, marcada para as quinze horas. Às quinze para as quatro o assessor do diretor-geral veio se apresentar e pedir desculpas pelo atraso. Às quatro horas uma dezena de funcionários da escola entrou na sala do assessor cantando "parabéns pra você", fazendo uma pequena festa por uma meia hora. Durante a espera eu refletia sobre a reunião. Meu objetivo era ser autorizado a entrar nas salas de aula para observar a interação entre professores e alunos, e talvez aproveitar para recrutar alguns estudantes para participar de grupos focais depois de cada aula. Esta negociação seria delicada, nos termos de Cliquennois (2006):

> *"Por outro lado, uma série de autores relata uma diferença fundamental de interesses e de pontos de vista entre pesquisadores e responsáveis e representantes de uma organização (…) pois estes últimos tentam preservar seu funcionamento e seu poder no seio daquelas. A presença do pesquisador pode constituir uma ameaça ao bom funcionamento da organização, à sua imagem e aos poderes dos indivíduos que controlam seu funcionamento (…) na medida em que ele é um elemento relativamente incontrolável" (p. 3).*[11]

Na verdade esta abordagem "de cima para baixo" comporta uma série de dificuldades. No entanto, tentar o acesso a este campo "de baixo para cima" me pareceu muito mais complicado, na medida em que a hierarquia poderia realmente bloquear minha pesquisa.

Enfim às dezesseis horas e trinta minutos fui conduzido a uma sala de reunião. Logo que cheguei me foi anunciado que o diretor-geral não estaria presente; em seu lugar eu trataria com três funcionários da escola (não magistrados): o assessor do diretor-geral, a diretora de finanças e o diretor acadêmico. Rapidamente transformei minha decepção em oportunidade. Seria necessário fazer o bypass do diretor-geral sem ultrapassar sua autoridade, negociar com pessoas que possuem menos autoridade, porém mais familiaridade com o cotidiano da EMERJ. Pela primeira vez pude experimentar, no quadro de uma interação, a diferença entre papel e estatuto, o primeiro definido como em função dos contextos interacionais, e o segundo sendo um elemento normativo atribuído a alguém, mas que não traz necessariamente conse-

10 Tradução livre. Texto original: "Dans une situation d'interaction, l'attente peut être assimilé à l'anticipation du partenaire quant au comportement qu'on va adopter. (…) Le jeu, si jeu il y a, il n'est pas dans l'apprentissage au sens de savoir et de savoir-faire, il réside dans l'effort d'adaptation à ces attentes héritées et aux attendes de ceux que que savent ce que l'institution peut leur apporter: (…) Donc c'est un réseau d'attentes, plus ou moins objectivées, plus ou moins constituées en savoir, plus ou moins malléables, variant selon les situations et variant bien évidement selon la position des partenaires qui sont dans l'interaction".

11 Tradução livre. Texto original: "Par ailleurs, un certain nombre d'auteurs font état d'une différence fondamentale d'intérêts et de points de vue entre chercheurs et responsables et représentants d'une organisation (…) car ces derniers tentent de préserver son fonctionnement et leur pouvoir au sein de celle-ci. La présence du chercheur peut constituer une menace à la bonne marche de l'organisation, à son image et aux pouvoirs des individus qui en contrôlent le fonctionnement (…) dans le sens où il est un élément relativement incontrôlable".

quências institucionais mais ou menos estáveis. O diretor-geral possuía o estatuto de mais alta autoridade da escola. No entanto, pareceu-me que o papel da administração cotidiana do ensino e da gestão da rotina das salas de aula pertencia ao diretor acadêmico. Pelo menos, dentre os dirigentes da escola, foi dele o papel de representá-la diante de um pesquisador, quando da negociação de sua entrada em campo.

Assim, quando pedi para assistir aulas, os dirigentes mostraram um enorme quadro de horários e disciplinas e me convidaram a escolher. Acordamos que eu estaria presente a dez aulas de quatro horas, onde poderia encontrar onze professores e oito turmas diferentes. Durante as tratativas, me lembrei do que se passou quando pedi acesso aos arquivos da ENM francesa ao então diretor da formação inicial e do recrutamento em Bordeaux. Isto me fez refletir sobre as expectativas que os dirigentes de uma instituição podem ter em relação aos pesquisadores. Ele me repetiu várias vezes que sua autorização e a facilitação de minhas pesquisas não eram um favor, que eu devia à ENM em contrapartida a elaboração de um trabalho tendente a ajudar a "melhorar a maneira como os juízes franceses são selecionados". Para ele, um pesquisador que vem de fora para estudar uma instituição tem o papel de criticá-la. Em sentido diverso, minha experiência brasileira deu-me a impressão que, para os dirigentes da EMERJ, um pesquisador na minha condição tem um papel descritivo e de difusão da instituição nos meios que lhe são externos, no meu caso, não apenas o meio acadêmico, mas também o meio francês. Assim, logo que acordamos quais aulas eu iria assistir, o diretor acadêmico e a diretora financeira travaram na minha frente o diálogo seguinte:

*— Então, cê acha que assim tá bom, sem problemas?*

*— Não, eu acho que tá bom, sem problemas, o desembargador concordaria.*

*— E além do mais, ele vai divulgar o nome da EMERJ na França!*

## 3 Condições de um campo "delicado"

Segundo o acordado, 27 de maio de 2009 foi meu primeiro dia em campo. A aula começava às oito horas da manhã. Minha ideia era de entrar na sala, sentar-me e assistir à aula, como um aluno qualquer faria, salvo pelo fato de que eu não interviria. Para chamar ainda menos atenção, eu não utilizaria meu gravador de áudio para registrar os dados, mas tomaria notas no caderno. Sobre a distinção entre observação e observação participante Jackson (1987) escreveu: "Observação é quando você está fora do que está acontecendo e observando outras pessoas, ou quando você está vendo o que outras pessoas fazem. (…) Observação participante significa que você está de alguma forma envolvido nos eventos em andamento, você está dentro deles" (p. 63).[12]

Tal distinção me fez duvidar do que tinha previsto realizar. Neste momento a ideia de que a pesquisa qualitativa – sobretudo a observação – é definida pelo contexto interacional dentro do qual penetra o pesquisador me tomou completamente. Aprendi pouco a pouco que a negociação de uma postura de pesquisa é o maior desafio do cientista, pois ela está sempre presente e pode mudar sensivelmente a cada novo quadro de interação. Em Becker e Geer (1960) encontramos a seguinte definição para observação participante: "O pesquisador pode fazer parte do grupo que ele estuda; ele pode fingir ser um membro do grupo, quando de fato ele não é; ou ele pode se juntar ao grupo no papel daquele que lá está para observar (...)" (p. 268).[13]

Dado o caráter institucionalizado da EMERJ, para estar entre os alunos como membro da escola, deveria de início ser aprovado em um exame de seleção e depois pagar mensalidades caras; ambos me pareciam impossíveis de realizar. Uma autorização especial da direção da escola para assistir aos cursos inteiros não era tampouco um horizonte. Minha entrada possível era estar na sala de aula no papel daquele que lá está para observar, e em seguida mostrarei o peso da "deli-

12 Tradução livre do autor. Texto original: "Observation is when you're outside what's going on and watching other people do it, or you're watching what other people have done. (…) Participant-observation means you're somehow involved in the events going on, you're inside them".

13 Tradução livre. Texto original: "The researcher may be a member of the group he studies; he may pose as a member of the group, thought in fact he is not; or he may join the group in the role of one who is there to observe (...)".

cadeza" do campo sobre minha postura de pesquisa.[14]

### 3.1 Uma disciplina "militar" num mundo institucionalizado

Durante a entrevista que me foi concedida pelo diretor acadêmico da escola – que veio a se tornar meu contato direto e minha referência durante o trabalho de campo – descobri que o magistrado fundador da EMERJ, seu primeiro diretor-geral, teve vários anos de formação na Escola Superior de Guerra (ESG). Segundo o diretor-acadêmico, o regime de organização e disciplina da EMERJ é bastante inspirado no dos militares brasileiros. Após a pesquisa, creio que a EMERJ assegura a disciplina interna de uma maneira não militar, mas verdadeiramente judiciária: a vigilância comportamental permanente (jeito de se postar, de se vestir e de se comportar em sala de aula), e a verificação constante do cumprimento das obrigações escolares (respeito aos horários das aulas, à presença, às datas de entrega de trabalhos e sobretudo repúdio a prática da "cola" nos exames). Lagroye fala sobre o tratamento das transgressões de papel em universos fortemente normatizados: "Guardiões e procedimentos de verificação de condutas fazem parte disto. As transgressões em relação às exigências de cumprimento de papéis são efetivamente sancionadas, por meio de notas, de advertências, de transferências, de exclusões" (Gaïti & Sawiki, 1997, p. 14).[15]

Assim que se chega na recepção do térreo da EMERJ, pode-se ver dois portais de detecção de metais e um segurança. Logo que cheguei, pediram que me identificasse, perguntando onde gostaria de ir e o que queria fazer. Respondi que era um pesquisador que ia assistir a uma aula. Me perguntaram se tinha uma autorização para tanto. Mencionei o nome do diretor-acadêmico como aquele que teria me autorizado. Depois de uma chamada para o quarto andar, o segurança me respondeu: "Claro, doutor [meu primeiro nome], o senhor pode subir, um funcionário está aguardando o senhor no quarto andar".

Assim, o nome do diretor-acadêmico tinha sido adicionado ao meu leque de "etiquetas". Como dizem Beaud e Weber (2003): "Ou você faz parte 'naturalmente' do púbico em questão, ou você deve negociar e justificar sua presença (…) No segundo caso, você está sob a proteção se um membro autorizado, você se beneficia de seu estatuto e de seu ponto de vista. Do contrário, você arrisca se tornar um ator bastante singular no evento em questão" (p. 148).[16] Na verdade utilizei o nome dele várias vezes como uma espécie de "senha". Apenas três ou quatro dias após o início da pesquisa já era conhecido como "o doutorando autorizado pelo diretor-acadêmico".

Vejamos um outro aspecto da abordagem "de cima para baixo": a etiqueta da autorização oficial da instituição cria frequentemente a expectativa segundo a qual o pesquisador sustenta a posição oficial da instituição, o que pode causar problemas de interação com vários membros, sobretudo com aqueles que estão cotidianamente presentes mas não são dirigentes. Era um fator a mais com o qual devia aprender a lidar.

Uma vez mais esta experiência me fez pensar na minha temporada na ENM francesa, que é constantemente descrita pela imprensa e pelos políticos como um lugar de obliteração, de uniformização, de corporativismo, onde a disciplina reina absoluta. Não pretendo aqui desmentir tais afirmações, mas em relação ao espírito de fiscalização não percebi nenhum controle de presença dos alunos, câmeras, pórticos ou catracas, e mesmo meu acesso ao Serviço de Concurso, uma área restrita ao pessoal não autorizado devido ao segredo das provas, foi bastante fácil. Os alunos-magistrados circulavam por lá vestidos de maneira informal, como na faculdade de Direito, e pude mesmo ver, várias vezes, quando havia bom tempo, todos deitados no gramado em torno de um pequeno lago, conversando, comendo ou mesmo fazendo uma siesta. Na cantina,

14 São muitos os pesquisadores que explicitam com dados etnográficos as dificuldades de realizar o trabalho de observação em determinados contextos, particularmente os que trabalham com a justiça criminal (Dray, 1999; Dupret, 2001 e 2006; Lenoir, 1995 e 1996; Travers, 2007; Vanhamme, 2009).

15 Tradução livre do autor. Texto original: "Des gardiens et des procédures de vérification des conduites y sont rattachés. Les transgressions par rapport aux exigences de rôle sont alors effectivement sanctionnées, par des notes, des blâmes, des déplacements, des exclusions".

16 Tradução livre do autor. Texto original: "Ou bien vous faites partie 'naturellement' du public concerné, ou bien vous avez à négocier et à justifier votre présence. (…) Dans le second cas, vous êtes sous la protection d'un membre autorisé, vous bénéficiez à la fois de son statut et de son point de vue. Sinon, vous risquez de devenir un un acteur très singulier de l'événement en question".

comiam juntos alunos-magistrados, funcionários, professores, dirigentes e eu. Me lembro de um episódio, quando dois professores se despediam de suas atividades na escola, para lhes dizer adeus, alguns colegas e funcionários arregaçaram suas calças na altura dos joelhos, tiraram os sapatos e meias, e caminharam dentro do pequeno lago, sob os aplausos dos alunos-magistrados que estavam no gramado.

De volta ao Brasil, meu primeiro dia na EMERJ me reservou algumas descobertas. Toda a sede da escola era coberta por câmeras de segurança. Havia inclusive três câmeras dentro de cada uma das salas de aula, sendo uma capaz de se mover e mudar de foco (zoom). Havia também um microfone instalado no teto de cada sala de aula, para registro do som ambiente. Todo este sistema de controle era gerido e registrado na chamada "Sala de Monitoramento", cujo o acesso me foi autorizado no último dia da minha pesquisa. Me faltava ainda ultrapassar um último obstáculo para poder entrar nas salas de aula: na porta de cada uma, havia uma catraca eletrônica que bloqueava o acesso a quem não possuísse uma carteira de aluno ou de funcionário da EMERJ, assim como registrava data e hora de todos que entravam e saíam. Seria necessário, então, pedir a um funcionário que passasse seu cartão para que eu pudesse entrar, bem como pedir a autorização a cada professor para assistir a aula.

### 3.2 "Faça como se eu não estivesse aqui"

A catraca, os pórticos, as câmeras e os microfones faziam parte de uma vigilância que se fazia presente, e mesmo se pouco a pouco ela era integrada na rotina, seu peso sobre o comportamento dos membros era enorme. Neste ponto é necessário lembrar que não é apenas de pessoas que é constituído um quadro interacional, como afirma Lagroye: "(...) a expectativa é também o que a instituição forjou como elementos de objetivação: uma antessala, duas antessalas que atravessamos em alguns casos, uma secretária ou um burocrata na primeira ante sala, a porta dupla, o gabinete em estilo imperial, quer dizer, um conjunto de objetos que esperam aquele que vai se sentar na poltrona para sobre ele fazer sentir o peso da história e da instituição, mantendo-o no seu papel" (Gaïti & Sawiki, 1997, p. 9).[17]

Os professores e sobretudo os alunos eram compelidos a manter-se no seu papel. Entretanto, qual seria o peso desta vigilância sobre o comportamento de um pesquisador? Todo este contexto me mostrou que a ideia de não mentir sobre meu estatuto e, ao mesmo tempo, passar despercebido, não passava de uma ilusão. Eu poderia dar à minha observação um caráter "clandestino", quer dizer, usar "um método que permite a observação 'encoberta', sem que a organização ou o grupo 'infiltrado' estejam de acordo" (Soulé, 2007, p. 128).[18]

Voltemos ao momento em que cheguei pela primeira vez ao quarto andar. Me perguntaram inicialmente como deveriam me chamar: professor, doutor ou senhor. Me ofereceram depois que esperasse o professor responsável pela aula que ia assistir na sala dos professores, onde havia café e água. Recusei educadamente, dizendo que preferiria ficar de pé e esperar, na intenção de observar o movimento na recepção do quarto andar. Disse para que me chamassem pelo meu primeiro nome, o que alguns dentre eles fizeram. No entanto, na hora de me apresentar a alguém, todos diziam "professor Fernando".

Uma vez que seria obrigado a me identificar para cada professor antes da aula, destruída minha pretensão de anonimato, decidi pedir autorização para usar o microfone antes do intervalo para tentar recrutar alunos para participar de grupos focais depois de cada aula. Nenhum professor se limitou a concordar, quase todos pediram precisões sobre minha pesquisa. Dois dentre eles me contaram de sua intenção de estudar na França. Um deles me deu seu cartão dizendo: "estou à disposição se você quiser me entrevistar". Fiz de tudo para deixar claro que não queria em absoluto perturbar o desenrolar regular da aula, seria como se eu não estivesse lá. Esperança vã. Minha presença foi sempre percebida, interpretei vários

17 Tradução livre do autor. Texto original: "(...) l'attente est aussi ce que l'institution a forgé comme éléments d'objectivation: une antichambre, deux antichambres que l'on traverse dans certains cas, une dactylo ou un huissier dans la première antichambre, la double porte capitonnée, le bureau Empire inévitable, c'est-à-dire un ensemble d'objets qui sont en attente de celui qui va s'asseoir dans le fauteuil et qui pèsent sur lui de tout le poids de l'histoire et de l'institution pour le tenir dans son rôle".

18 Tradução livre do autor. Texto original: "une méthode permettant d'observer 'à couvert', sans que l'organisation ou le groupe 'infiltré' ne soit prévenu et n'ait à donner son accord".

papéis em função de diversas situações: não era invisível e tampouco unívoco.

## 4 As consequências para a observação

Nas ciências sociais, como dizia Burgess (1929, p. 47), não se pode reproduzir a vida em comunidade em condições controladas, devemos estar entre as pessoas onde elas fazem o que elas fazem. Isto implica que o papel do pesquisador seja mais ou menos negociado a cada entrada em campo, mas o mesmo acontece quando se trata do papel do "pesquisado". A ilusão do "façam como se eu não estivesse aqui" é na verdade fruto da ilusão segundo a qual o pesquisador não deve absolutamente perturbar o "estado natural" do seu objeto. Rapidamente percebi que em ciências humanas a "neutralidade" não passa de uma ilusão e que todo o trabalho para conseguir entrar nas salas de aula já fazia parte da minha pesquisa de campo; em cada renegociação da minha presença havia também uma renegociação de papéis a serem desempenhados entre observador e observados, com fortes consequências para a pesquisa, como afirma Lapassade (2001):

> *"a) É necessário 'negociar', por vezes, a permissão formal de pesquisar, - mas esta necessidade concerne essencialmente às pesquisas em instituições e organizações. b) Compreendemos também por negociação de acesso ao campo o trabalho realizado pelo pesquisador para adquirir a confiança das pessoas, para que eles aceitem se abrir realmente ao pesquisador, ou mesmo de colaborar com ele. E esta negociação, já comportando interações intensas com as pessoas, é a ocasião de efetuar as primeiras observações; (…) Para além, nada é adquirido definitivamente, será sempre necessário, e até o fim da pesquisa engajada, renegociar a entrada" (p. 12).*[19]

Uma vez em sala de aula, era pesquisador declarado, doutorando na França, cientista político, mas também objeto das apreciações as mais variadas. Segundo Goffman (1963), quando interagimos, as fontes fundamentais de informações sociais e pessoais que utilizamos para estabelecer nossas expectativas em relação aos outros são os símbolos (p. 73-104). Qualquer coisa pode se tornar um símbolo: um sotaque, uma vestimenta, um gesto, uma palavra dita, um discurso, uma fofoca, a cor da pele. Todo o trabalho de veiculação mútua de símbolos, de formação de expectativas e de atualização destas expectativas no curso das interações se trata de um trabalho de objetivação, de tornar o outro mais inteligível. Nas palavras de Jackson (1987): "O perigo no trabalho de campo ao tornar a vida da pessoa estudada num objeto é evidente; menos óbvio, mas igualmente perigoso, é que a pessoa estudada faça a mesma coisa com o pesquisador" (p. 68).[20] As objetivações relativas ao meu papel em sala de aula mobilizaram professores e alunos nas suas próprias interações. Fui apresentado, solicitado a responder perguntas e mesmo utilizado como exemplo no cumprimento de objetivos pedagógicos e reputacionais. Dois símbolos fundamentais marcaram a formação de expectativas em torno de mim: o fato de fazer um doutorado na França e o fato de fazê-lo em Ciência Política.

### 4.1 Um estrangeiro

O fato de ser alguém que lá estava para observar e reportar esta observação nos meus estudos doutorais feitos na França orientou minha relação com os alunos e os professores em direção à referência de um estrangeiro culto. Vários alunos antes ou logo após o intervalo da aula perguntavam minha opinião sobre os assuntos mais variados: o sistema fiscal francês, o processo penal francês, a organização da magistratura francesa, o concurso da ENM, o caso "Outreau", o salário de um juiz francês. Um aluno pediu para mim meu cartão, e ao ver que ele era escrito em francês, disse: "ah, como eu adoro a França". As três perguntas que ouvi com mais frequência foram: "É verdade que na França não há controle de constitucionalida-

19 Tradução livre do autor. Texto original: "a) Il faut 'négocier', parfois, la permission formelle d'enquêter, - mais cette nécessité concerne essentiellement les recherches menées dans les organisations et les institutions. b) On entend aussi par négociation d'accès au terrain le travail effectué par le chercheur pour acquérir la confiance des gens, pour qu'ils acceptent de s'ouvrir réellement à l'enquêteur, ou même de collaborer avec lui. Et cette négociation, en tant que telle comporte déjà des interactions intenses avec les gens, est l'occasion d'effectuer les premières observations; (...). Rien d'ailleurs est acquis définitivement: il faudra toujours, et jusqu'au bout de la recherche engagée, re-négocier l'entrée".

20 Tradução livre do autor. Texto original: "The danger in fieldwork of the fieldworker turning the person whose life is being studied into an object is obvious; less obvious, bus just as much a danger, is that the person studied will do the same thing".

de preventivo das leis?", "É verdade que na França juízes e membros do Ministério Público fazem parte do mesmo corpo?" e "É verdade que na França existe uma jurisdição especial para julgar o Estado?". Respondia "sim" e eles tinham sempre a mesma reação: "e como é que pode?". Fui tido como uma fonte de Direito Comparado. Esperava-se de mim um conhecimento global do sistema jurídico francês e sobretudo das regras da organização política francesa, não sendo escondida a decepção quando eu não sabia dar alguma resposta.

Os professores por sua vez não perdiam uma oportunidade de me colocar dentro de uma estratégia de apresentação, de "quebra-gelo" ou de pedagogia. Um deles me apresentou aos alunos antes de si mesmo, me utilizando para se apresentar, assim como apresentar seu método de avaliação, onde os preguiçosos ganhariam nota zero: "Temos aqui o Fernando, vindo de Montpellier, entre Biarritz e Marseille... ele não é espião, não, é um pesquisador... eu sou juiz em New Iguaçu, não é New York nem Montpellier... Fernando, como a gente fala zero em francês, é zéro, né?". Logo antes do intervalo da aula, um outro professor me passou o microfone da maneira seguinte: "Então, meus caros amigos, antes do intervalo eu gostaria de apresentar o Fernando, que faz seu doutorado em Montpellier em Ciência Política e está aqui fazendo uma pesquisa sobre a EMERJ. Inclusive eu me sinto muito honrado por ele ter escolhido minha aula para assistir. Ele gostaria de dar uma palavra com vocês". Os professores todos pareciam atentos ao fato de "terem sido escolhidos". Minha presença em sala de aula, uma vez que não poderia estar presente a todas pois havia uma dezena delas a cada manhã ou noite, representava a expressão de um fator ligado à sua reputação. Um outro professor fez o mesmo, me fazendo participar da sua piada:

> *— Bom dia a todos, hoje temos entre nós, vocês já conhecem, o Fernando, fiscal da EMERJ, né? Não, não é isso, ele faz uma pesquisa sobre os piores professores da EMERJ, e como já é minha terceira aula que ele assiste, acho que eu já sou campeão. Não é verdade, Fernando?*
>
> *— Não, não é verdade não...*
>
> *Então, ele queria falar com vocês um minutinho antes do intervalo. Se você quiser dez minutos é melhor ainda, eu vou ganhar do mesmo jeito.*
>
> *— Se você quiser dividir o dinheiro, eu falo até meia hora.*
>
> *— Serinho?*
>
> *— Não, não... tô brincando.*

Este mesmo professor, uma hora mais tarde, diante de uma bagunça causada por um grupo de alunos que cochichava, lançou uma pergunta capciosa em elevado tom de voz, e depois de alguns segundos de silêncio ele disse: "Ei, calma, um de cada vez! Tá vendo, Fernando, eles não me escutam". Senti muitas vezes que em torno de mim repousava também uma expectativa em relação a um eventual papel de controle, dada a etiqueta de pesquisador autorizado pela direção da escola. Várias piadas e comentários foram feitos nesse sentido.

Dentre os juristas brasileiros, os diplomas de pós-graduação agregam a alguém a possibilidade de ensinar em nível superior e pertencer simbolicamente à intelectualidade. A pesquisa, para um jovem jurista brasileiro, se faz nas bibliotecas, e nos repositórios de jurisprudência, hoje todos encontrados facilmente na internet. Para eles, entrevistar faz parte do trabalho de um jornalista, analisar arquivos faz parte do trabalho de um burocrata, e observar faz parte do trabalho... talvez de um fiscal ou de um policial. Na verdade, a curiosidade sobre o que consiste exatamente a atividade de observar esteve sempre presente. A única vez em que me separei do meu caderno de anotações para ir ao banheiro, logo quando voltei, dois alunos o folheavam. Me avistando, eles largaram o caderno, bastante constrangidos. Tentando "quebrar o gelo", puxei conversa com eles:

> *— Então, gostaram do meu caderno?*
>
> *— É... você até fez o mapinha da sala...*
>
> *— Isso, eu anoto tudo.*

Em realidade um pesquisador imerso em meio judiciário não é uma figura habitual, o que aumenta consideravelmente o repertório de expectativas que podem se desenvolver em torno do trabalho de pesquisa, sem, por outro lado, deixar ao pesquisador uma maior margem de manobra para negociar seu acesso e seu papel, ao menos não em contextos interacionais altamente institucionalizados. Todas as vezes em que explicava sobre o que tratava minha tese ou que minhas anotações de campo eram percebidas, as pessoas não compreendiam exatamente qual era o objetivo do meu trabalho. O caderno justamente era um fator de choque, uma vez que anotava tudo o que os alunos não anotavam, e tudo o que eles anotavam, eu não anotava.

### 4.2 Um *outsider*

Um outro aspecto das minhas implicações em sala de aula é a pertença ao grupo. Quando falo de um *outsider*, é no sentido atribuído a esta palavra por Becker (1966): "Eu tenho usado o termo '*outsiders*' para me referir àqueles que são julgados pelos outros como sendo desviantes, estando fora do círculo dos membros 'normais' do grupo" (p. 15).[21] Mas por que eu seria considerado como desviante? Quais elementos ligavam aquelas pessoas, de forma a torná-las um grupo?

De início eles eram todos juristas. O léxico jurídico era o que preenchia a sala de aula de sentido e coerência. A EMERJ é uma escola onde se ensina o Direito, tal como deve ser aprendido para o sucesso nos concursos de acesso às carreiras jurídicas de Estado. A decisão de me identificar como doutorando em Ciência Política, escondendo minha formação jurídica e inscrição na OAB, marcou profundamente a presença em sala de aula. Além disso, há ainda um outro elemento que ligava professores e alunos, pondo ainda mais em evidência minha condição de *outsider*: a aprovação no concurso público. Os alunos pagam caro22 por uma formação complementar voltada para a preparação do concurso da magistratura fluminense. Eles compartilham então o conhecimento jurídico, mas igualmente as esperanças, as inseguranças, o medo do fracasso, as especulações sobre a banca, enfim, todo um contexto e um cotidiano próprios dos candidatos que se preparam para um concurso. Por sua vez, os professores, em sua maioria magistrados, tinham o poder de transmitir sua história de sucesso e de contar do seu cotidiano profissional. Além de ensinar o direito técnico, eles estavam lá para ensinar o sucesso. E eu, qual seria meu papel?

Professores e alunos utilizaram por várias vezes o papel que eles mesmos me atribuíam. Um professor, após haver perguntado aos alunos qual seria a solução mais adequada a um caso hipotético, reagiu da seguinte maneira ao silêncio da classe: "Atenção na resposta, doutor Fernando tá observando vocês! Quem saberia dar essa sentença?". Uma aluna, quando de sua apresentação oral sobre a organização do Estado, começou da seguinte maneira: "Bom dia a todos, desejo também as boas vindas ao nosso amigo Fernando, que tudo dê certo pra ele... Então, Hobbes e Locke disputaram academicamente o conceito de Estado Ideal... mesmo se é um pouco constrangedor falar destes autores na frente de um doutorando em Ciência Política... prometo que serei superficial". Suas expectativas acerca do ofício de um cientista político os faziam utilizar minha presença como delimitadora de fronteiras práticas do Direito. Eu era uma autoridade consultável no campo do não-Direito, que, evidentemente, variava bastante em função do contexto. Um outro professor, diante de uma resposta que lhe dera um aluno e que ele queria qualificar de abstrata, travou comigo o seguinte diálogo durante a aula:

> *— Fernando, cê faz doutorado em quê?*
>
> *— Ciência Política.*
>
> *— Aí, é filosofia, a gente discute isso entre cientistas políticos, não é verdade, Fernando?*
>
> *— Verdade.*
>
> *— Mas aqui, meu caro [se dirigindo ao aluno], a gente tem a lei.*

A despeito do meu desacordo sobre o amálgama entre Ciência Política e Filosofia, o deixei livre para expor seu argumento, aceitando a definição do papel

21 Tradução livre do autor. Texto original: "I have been used the term '*outsiders*' to refer to those people who are judged by others to be deviants and thus to stand outside the circle of 'normal' members of the group".

22 Em torno de 700 Reais.

que ele momentaneamente me atribuiu. Efetivamente, não me pareceu apropriado expor meu ponto de vista sobre a definição de Ciência Política. Esta postura se aproxima da que adotou Latour (2004) quando ele realizava uma etnografia em uma sessão do Conselho de Estado francês, logo que um conselheiro lhe perguntou: "Luchon: (virando-se para o autor): O que diz o filósofo? BL: O filósofo não está suficientemente preparado para opinar" (p. 192).[23] É necessário mencionar também que meu estatuto de jurista esteve por várias vezes ameaçado de ser revelado. Tendo feito minha faculdade de Direito no Rio de Janeiro, tive intensa participação no Centro Acadêmico. Ao menos três alunos me abordaram perguntando: "Eu te conheço da faculdade né? Não era você o presidente do CA?". Uma vez essa descoberta aconteceu na sala de aula:

> *— O conceito de prova ilícita é tão simples que é o Fernando que vai responder essa. E aí, Fernando, que que é uma prova ilícita?*
>
> *— Uma prova produzida em desacordo com as normas jurídicas?*
>
> *— Olha, uma resposta excelente! Você tem formação jurídica?*
>
> *— Tenho.*
>
> *— Tá bom, mas mesmo se eu ligasse pro meu irmão que fez faculdade de Educação Física, ele responderia a mesma coisa.*

Minha única preocupação foi a de não mentir. Ele havia previsto mostrar aos alunos que mesmo um profano poderia responder a pergunta. Assim que ao repetir a célebre fórmula da faculdade sobre o conceito de prova ilícita, quebrei involuntariamente seu jogo, pelo que ele teve de reconstruir o argumento citando seu irmão, o que não afastou inteiramente o resultado constrangedor para ele e para mim. O desafio do pesquisador é frequentemente a rapidez de raciocínio e resposta. Várias vezes, como no exemplo citado acima, fui chamado a interagir em contextos os mais variados, mas sempre cercados de implicações sobre meu papel.

23 Tradução livre do autor. Texto original: "Luchon: (en se tournant vers l'auteur): Que dit le Philosophe? BL: Le philosophe n'est pas assez préparé pour opiner".

## 5 Considerações metodológicas

A já apontada influência de uma rede que articula antropólogos e sociólogos americanos ligados à Escola de Chicago como ponte para a institucionalização da observação participante na sociologia brasileira pode ser percebida na recepção do livro "Sociedade de esquina" (Whyte, 2005). Tratando-se de uma pesquisa doutoral realizada na Universidade de Harvard, seu autor tomou contato com o interacionismo simbólico e com as reflexões metodológicas da Escola de Chicago durante seu trabalho de campo. Sobre o mesmo se produziram duas resenhas no Brasil. Numa delas, chega-se a afirmar que "a teoria adviria da prática de pesquisa empírica" (Tavares, 2006), na outra, são organizados com base no livro os "Dez mandamentos da observação participante" (Valladares, 2007, p. 153-154). Ambas as resenhas ressaltam o fato de que as interações e implicações pessoais do pesquisador constituem uma importante fonte de dados.

Neste artigo tentei mostrar um processo de pesquisa na qual a observação em si não passa de uma parte do trabalho. Desde os contatos, a permanente negociação do acesso e as condições de pesquisa, até as interações e situações efetivamente observadas e vividas, a maneira como o pesquisador acumula etiquetas e papéis vai influenciar o resultado do seu trabalho. Toda atividade reflexiva, que põe em questão as condições de pesquisa, é bem vinda uma vez que o grau de previsibilidade do que acontecerá em campo é bastante reduzido, ainda que o pesquisador possa produzir indícios suficientemente estáveis sobre si mesmo, como afirma Bizeul (1998):

> *"As razões imaginadas para a presença do pesquisador vão em parte orientar a maneira de se conduzir em relação a ele: afastando-lhe ou convidando-lhe; respondendo às suas perguntas ou as ignorando; oferecendo-lhe um discurso de circunstância, ou ao contrário falando com sinceridade, compartilhando informações cruciais, pondo-o em contato com interlocutores úteis. Seu discurso de apresentação não passa de um elemento dentre outros permitindo situá-lo e prever suas intenções, e, não menos*

*frequente, é um elemento de pouca importância em relação às informações obtidas no encontro e nos indícios ligados à sua pessoa" (p. 760).*[24]

Pude experimentar até que ponto podem ser estendidas as implicações pessoais do pesquisador. Meu último ato de pesquisa na EMERJ, uma entrevista com os dirigentes, desembocou em uma proposta de trabalho. Ainda com o gravador ligado, o diretor-acadêmico e eu travamos o seguinte diálogo:

*Fernando, eu não quero ser impertinente, mas nós já 'tamos' aqui num processo de projeto de uma possibilidade que vai nos obrigar a incluir disciplinas de cunho humanístico como a Sociologia do Direito, me parece, onde elas já farão parte do próximo concurso da magistratura... e a gente gostaria, se for possível, de contar com você no nosso corpo docente. (…) Seu currículo e sua chegada aqui foram assim como uma colisão de trens... opa! Nós temos essa questão e Fernando chegando... nós demos uma olhada no seu currículo Lattes, né?*

*— Ah, é? Vocês procuraram meu currículo? Legal!*

*— Então... aí eu falei: 'formou'!*

E efetivamente, após meu retorno ao Brasil em 2011, comecei a lecionar a disciplina "Sociologia Jurídica" como Professor Convidado da EMERJ.

Uma postura de pesquisa, então, não pode ser inteiramente planejada de forma antecipada nem meticulosamente controlada ao curso do trabalho, sobretudo num meio institucionalizado como o meio judiciário. Ainda assim, devemos tentar adaptar e equilibrar nossos interesses de pesquisa e a tentativa de controle das expectativas, que trazem importantes consequências. Todavia, nos enganaremos, cometeremos erros, gafes, faremos bobagens, podemos ser mal interpretados, mal tratados ou mesmo agredidos. Enfim, os pesquisadores em ação são bem diferentes da imagem lúdica do cientista que domina perfeitamente seu ambiente de trabalho, com luzes que piscam, tubos de ensaio, e complexos gráficos pendurados nas paredes de seu laboratório. Assim, as implicações do observador me parecem a fonte analítica adequada para realizar a objetivação das relações subjetivas finas de uma pesquisa qualitativa. Ou nas palavras de Bourdieu (1978): "A sociologia da sociologia não é um ramo dentre outros da sociologia: a objetivação da relação subjetiva com o objeto faz parte das condições de objetividade; a primeira das condições de cientificidade de toda ciência social é que ela se arme da ciência de suas próprias condições sociais de possibilidade" (p. 67-68).[25]

Para além do que pode parecer óbvio, este artigo visa explicitar a perda em que incorre o pesquisador que, em nome da neutralidade ou até mesmo da objetividade, desconsidera suas implicações e interações no seio do grupo pesquisado. Isso porque é num processo permanente de objetivação que se constrói a ordem social que se pretende ver afirmada através de atos de pesquisa. O ponto aqui é: não apenas nas pesquisas etnográficas, mas em qualquer estudo empírico, as interações do pesquisador são uma potencial fonte de dados extremamente ricos, uma vez que ele mesmo é objeto permanente de categorizações e interpretações nativas. Tentarei demonstrar a seguir os frutos da minha própria experiência como reveladores da organização social da EMERJ e, num espectro mais amplo, da própria cultura judiciária.

## 6 Conclusões

Este artigo é dedicado fundamentalmente à análise de um aspecto particular do trabalho de observação etnográfica: as implicações pessoais e interações do pesquisador. Desta forma, o foco não foi o de des-

24 Tradução livre do autor. Texto original: "Les raisons imaginées à la présence du chercheur vont en partie orienter la façon de se conduire envers lui: le tenant à l'écart ou l'invitant; répondant à ses questions ou les ignorant; lui offrant un discours de circonstance, ou bien au contraire lui parlant avec sincérité, lui faisant part des informations cruciales, le mettant en contact avec des interlocuteurs utiles. Son discours de présentation n'est qu'un élément parmi d'autres permettant de le situer et d'envisager ses intentions, et, le plus souvent, c'est un élément de peu de poids par rapport aux informations tirées de la rencontre et des indices attachés à sa personne".

25 Tradução livre do autor. Texto original: "La sociologie de la sociologie n'est pas une branche parmi d'autres de la sociologie: l'objectivation du rapport subjectif à l'objet fait partie des conditions de l'objectivité; la première des conditions de la scientificité de toute science sociale est qu'elle s'arme de la science de ses propres conditions sociales de possibilité".

crever densamente as relações entre professores e alunos, ou o cotidiano da EMERJ. A abordagem adotada excluiu quase totalmente as muitas situações observadas passivamente, ou ainda, de forma "não participante". No entanto, muito se pode depreender do objeto a partir do que pode ser objetivado no chamamento do pesquisador à condição de membro do grupo estudado. É possível compor as categorias nativas e os sistemas de interpretação de um grupo social a partir da forma como recebem, identificam, tratam, aproximam, afastam e atribuem papéis a um ator tão singular e incomum no seio do seu convívio? O que se tentará aqui é afirmar a reflexividade existente entre cientista e colaboradores como um elemento forte da produção de dados de pesquisa.

Certas características dos juristas brasileiros tornam-se menos naturais quando comparamos seu universo com outros contextos jurídicos. Já tive a oportunidade de demonstrar empiricamente a primazia dos professores de Direito sobre os juízes – para tratar da divisão do trabalho fundamental no campo jurídico (Bourdieu, 1986) – em situações de interação direta: nas bancas das provas escritas (Fontainha, 2009, p. 55-67) e orais (Fontainha, 2011, p. 193-205) do concurso da magistratura francesa. A partir do exame detalhado das práticas e dos discursos em torno dos processos de correção de provas e exame dos candidatos, pude demonstrar como, naquele país, o poder de criar e anunciar o Direito é exercido nas faculdades, e não nos tribunais. O contrário do que ocorre por aqui.

Uma comparação superficial entre a ENM francesa e a EMERJ carioca ressalta uma consequência dessa diferença de estruturação entre os universos judiciais: por lá, o repertório de ação dos magistrados se restringe à medida que a carreira avança, por aqui ocorre o oposto. A escalada hierárquica e o acúmulo de poder dentro do contexto institucional, por lá, fazem o membro ser mais enquadrado pelo peso da ordem social, e por aqui, fazem com que ele consiga melhor transitar na instituição. O aparato de controle ao qual estão submetidos os alunos da EMERJ, e a ausência de um aparato homólogo para os alunos da ENM francesa assim o demonstram.

Da mesma forma, a maneira como os magistrados organizam o trabalho interno nos tribunais revela seu papel eminentemente político – de representação do órgão – na gestão e organização dos trabalhos. Na França, meu interlocutor autorizado era um magistrado (diretor do Recrutamento e da Formação Inicial da ENM), no Brasil, um analista judiciário (diretor acadêmico da EMERJ). O que eles tinham em comum: ambos eram os gestores diretos do cotidiano de suas escolas. Independentemente da autoridade – ou do poder – de me garantir o acesso ao campo, eram eles que conheciam a rotina das suas instituições a ponto de poder estimar o impacto prático da minha presença continuada no seio das mesmas. Assim, quando na França temos uma divisão do trabalho entre o corpo de magistrados e o greffe (técnicos e analistas), no Brasil temos uma verdadeira hierarquia. Não é por acaso que por lá se esperava do meu trabalho uma contraprestação crítica, quase um diagnóstico institucional, e por aqui, que o nome da EMERJ fosse divulgado no exterior. Não está em questão aqui qual das representações acerca do potencial contributivo de uma tese acadêmica a uma instituição é a mais "correta", mas qual delas tem o mundo acadêmico em mais alta conta.

Desta maneira, foi perceptível como nas práticas de ensino jurídico – e não nos discursos, frise-se – o principal elemento distintivo do Direito enquanto área do conhecimento é seu não pertencimento ao mundo acadêmico. Fruto da prática, nos tribunais e escritórios de advocacia, alguém que se apresenta para juristas como doutorando em Ciência Política é rapidamente categorizado como *outsider*, e transformado naquele que (1) traz referências externas ao debate, (2) é capaz de intervir sobre as questões mais fáceis e (3) é capaz de atuar como um sensor nas questões externas ao Direito, como no debate entre Hobbes e Locke.

Ainda, a apreensão pedagógico-reputacional do fato do meu doutorado ter sido feito na França é bastante reveladora da relação transcendental que os juristas atribuem ao intercâmbio internacional. Um país como a França contribui tanto para enaltecer quem pode colá-lo na biografia, quanto para reforçar a dimensão institucionalizada da sala de aula. Não é à toa que nas minhas interações com os alunos, ficou claro que se esperava de mim realizar comparações franco-brasileiras a partir de um sistema de interpretação tipicamente jurídico: um conjunto de poucos

preceitos normativos tendentes a explicar a realidade holisticamente considerada.

Por fim, quem compara a disciplina judiciária à disciplina militar nunca deve ter pisado num quartel ou numa caserna. Minha experiência na EMERJ mostrou algumas das formas que essa disciplina pode tomar a partir de objetivações como a catraca eletrônica, o detector de metais, as câmeras e microfones nas salas de aula e os assistentes de turma, monitores contratados pela EMERJ que estão todo o tempo dentro da sala de aula. É necessário falar também dos processos administrativos produzidos por um tal aparato, material ao qual também tive acesso mas que não explorei aqui. Eles eram de dois tipos: processos disciplinares contra alunos que "mataram aula" e contra alunos que "colaram" em alguma avaliação. Em todos eles os meios de prova contra os alunos eram registros das câmeras e das catracas eletrônicas, e as defesas destes jamais eram argumentos jurídicos, mas escusas morais, quiçá sentimentais. A punição para todos: uma reunião com um dos magistrados do Conselho.

Muito mais que o medo de uma punição efetiva, o sucesso do quadro disciplinar proposto pela EMERJ era o risco da mácula reputacional, que poderia ter sérias repercussões na futura agregação do candidato à instituição quando do concurso. Sem expulsões, multas, penas ou outras medidas mais graves, o equivalente à mácula funcional enquanto resquício objetivo – escrito – da incorreção moral era o único fator que impulsionava os alunos a se ajustarem à ordem institucional. Assim, a instituição conseguia submeter cada um ao seu papel. Esse controle impedia igualmente os professores de se atrasarem, faltarem, liberarem as turmas mais cedo ou serem menos rigorosos no controle da "cola" ou do plágio nos exames. Quanto a mim, que também fui compelido a cumprir meu papel – por mais transitório, cambiante e inusitado que este possa ter sido – cumpre apenas dizer que no seio da instituição judiciária são a reputação e a gestão de impressões que garantiram outrora minha permanência como doutorando em Ciência Política e que garantem hoje minha permanência como professor de Sociologia Jurídica.

## 7 Referências


Amado, G. (2002). Implication. In J. Barus-Michel; E. Enriquez; A. Lévy (orgs.) *Vocabulaire de psychosociologie, références et positions*. Paris: Érès.

Anderson, N. (1923). *The Hobo: the Sociology of the Homeless Man*. Chicago: University of Chicago Press.

Beaud, S. & Weber, F. (2003). *Guide de l'Enquête de Terrain*. Paris: La Découverte.

Becker, H. (1966). *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*. New York: Free Press.

Becker, H. & Geer, B. (1960). Participant observation: the analysis of qualitative field data. In R. Adams & J. Preiss (orgs). *Human Organization Research: Field Relations and Techniques*. Belmont: Dorsey Press.

Bertin, G. (2004). *Regards sur l'intervention sociale*. Esprit Critique, 6 (4).

Bizeul, D. (1998). *Le récit des conditions d'enquête: exploiter l'information en connaissance de cause*. Revue Française de Sociologie, 39 (4).

Bourdieu, P. (1978). Sur l'objectivation participante. Réponse à quelques objections. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 23 (1).

Bourdieu, P. (1986). La Force du Droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la Recherche en Sciences Sociale*s, 64 (1).

Brochier, C. (2009). Pratiquer l'enquête de terrain au Brésil: expériences personnelles et histoire des recherches empiriques (1930-1970). *Humanities and Social Sciences*. Université Lumière - Lyon II.

Burgess, E. (1929). "Basic Social Data". In T. Smith & L. White (orgs). *Chicago: an Experiment in Social Science Research*. Chicago: University of Chicago Press.

Clicquennois, G. (2006). "Problèmes méthodologiques inhérents à une recherche sociologique qualitative menée sur les politiques carcérales belges et françaises". *Socio-logos*, 1. Disponível em: http://socio-logos.revues.org/document28.html.

Champy, F. (2009). La sociologie des professions. Paris: PUF.

Dray, D. (1999). *Une nouvelle figure de la pénalité: La décision correctionnelle en temps réel*. Paris: Détours.

Duarte, L. F. D. (1978). *As redes do suor* (Dissertação de Mestrado) Museu Nacional, Antropologia Social, Brasil.

Dupret, B. (2001). "L'intention en acte. Approche pragmatique de la qualificationpénale dans un contexte égyptien". *Droit et société*, 48, 439-465.

Dupret, B. (2006). *Le jugement en action. Ethnométhodologie du droit. De la morale et de la justice en Égypte*. Genève/Le Caire: Librairie Droz/Cedej.

Fontainha, F. de C. (2009). Work Division, Domination, and Solidarity in French Law Field: Scholars, Judges, and the National Judicial School's Public Contest Oral Exam. In S. Hunt et al. (orgs). *Sociology and Law: the 150th Anniversary of Emile Durkheim*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing.

Fontainha, F. de C. (2011). *Les (en)jeux du concours: une analyse interactionniste du recrutement à l'École Nationale de la Magistrature*. Sarrebruck: Éditions Universitaires Européennes.

Gaïti, B. & Sawiki, F. (1997). *On ne subit pas son rôle. Entretien avec Jacques Lagroye*. Politix, 10 (38), 7-17.

Gaspar, M. D. (1988). *Garotas de programa: prostituição em Copacabana e identidade social*. Rio de Janeiro: Zahar.

Goffman, E. (1986). *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*. New York: Simon & Chuster.

Goffman, E. (1967). Interaction Ritual. *Essays on Face-to-Face Behavior*. New York: Pantheon.

Goffman, E. (1959). *The Presentation of Self in Everyday Life*. New York: Anchor Books.

Jackson, B. (1987). *Fieldwork.* Chicago: University of Illinois Press.

Johnson, C. S. (1922). *The Negro in Chicago*. Chicago: University of Chicago Press.

Lapassade, G. (2001). L'observation participante. *Revue Européenne d'Ethnographie de l'Éducation*, 1 (1).

Latour, B. (2004). *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*. Paris: La Découverte.

Lenoir, R. (1995). Processus pénal et mise en détention provisoire. *Droit et société*, 30-31, 357-365.

Lenoir, R. (1996). Le sociologue et les magistrats: Entretiens sur la mise en détention provisoire. *Genèses*, 22, 130-145.

Mauss, M. (2002). *Manuel d'ethnographie*. Paris: Éditions Payot.

Merton, R. (1957). Some Preliminaries to a Sociology of Medical Education. In R. Merton et al (orgs). *The Student Physician. Introductory Studies in the Sociology of Medical Education*. Cambridge: Harvard University Press.

Miaille, M. (1994). *Introdução Crítica ao Direito*. Lis-

boa: Estampa.
Sabino, C. (2004). *O Peso da Forma: quotidiano e uso de drogas entre fisiculturistas* (Tese de Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro – Sociologia e Antropologia, Brasil.
Shaw, C. R. (1930). *The Jack-Roller: a Delinquent Boy's Own Story*. Chicago: The University of Chicago Press.
Soulé, B. (2007). Observation participante ou participation observante? Usages et justifications de la notion de participation observante en sciences sociales. *Recherches Qualitatives*, 27 (1).
Tavares, B. (2006). Gangsterismo jovem: observação participante e a Escola de Chicago. *Sociologia do Estado*, 21 (3).
Travers, M. (2007). *Sentencing in the Children's Court: an Ethnographic Perspective*. Youth justice, 7 (1), 21-35.
Valladares, L. (2007). Os dez mandamentos da observação participante. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 22 (63).
Vanhamme, F. (2009). *La rationalité de la peine. Enquête au tribunal correctionnel*. Coll. De l'école des sciences criminologiques. Bruxelles: Bruylant.
Vianna, H. (1988). *O mundo funk carioca*. Rio de Janeiro, Zahar.
Whyte, W. F. (2005). *Sociedade de esquina: a estrutura social de uma área pobre e degradada*. Rio de Janeiro, Zahar.

Data de submissão/Submission date: 18.03.2014
Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 27.09.2014

# **A LEI SOBRE O CORPO E O CORPO SOBRE A LEI:** o ideário dos juristas sobre o crime de ato obsceno no Brasil na perspectiva da Sociologia do Corpo // *Ana Paula Antunes Martins*[1]

**Palavras-chave**
sociologia do corpo / feminismo / sociologia do direito / corporeidades

**Sumário**

1 O olhar sociológico sobre o corpo
2 A produção dos discursos jurídicos
3 O ideário de penalistas brasileiros sobre o corpo
4 O potencial subversivo do corpo
5 Considerações finais
6 Referências

**Resumo**
O presente artigo realiza uma análise sociológica das interpretações sobre o crime de ato obsceno, previsto no Código Penal brasileiro. Por meio da análise do discurso, pretende-se compreender o ideário dos juristas sobre corpo e obscenidade, bem como a forma como os autores dos manuais de Direito Penal exemplificam as condutas consideradas criminosas e justificam determinadas proibições. Com base nas teorias feministas e nos conceitos da Sociologia do Corpo, o texto se propõe a compreender as relações entre corpo e poder, bem como identificar o potencial necessariamente dinâmico – e subversivo – das relações sociais mediadas pelo corpo.

1 Doutoranda em Sociologia na Universidade de Brasília sob orientação da Profª Dra. Lourdes Bandeira. Possui graduação em Direito (FURG) e mestrado em Sociologia (UFRGS). Atuou como Consultora da ONU Mulheres e da Secretaria de Políticas para as Mulheres do Governo Federal, como pesquisadora no Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea) e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). É colaboradora do NEPeM/UnB (Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Mulher) e do Grupo de Pesquisa Multitudes: gênero, sexualidades e corporeidade/UnB. Tem experiência na área de Sociologia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: gênero, sexualidades, violência contra as mulheres e metodologia da pesquisa.

# **THE LAW ON THE BODY AND THE BODY BEYOND THE LAW:** the conception of Brazilian legal scholars on the crime of obscene act in the sociology of the body perspective // ***Ana Paula Antunes Martins***

**Keyword**
sociology of the body / feminism / sociology of law / corporealities

**Abstract**
This article presents a sociological analysis of the crime of "obscene act" under the Brazilian Criminal Code. Through the Discourse Analysis, it intends to understand the jurists' ideas of the body and obscenity, as well as how the authors of legal handbooks exemplify the behaviors considered as crime and how they justify certain prohibitions. Based on Feminist Theories and concepts of Sociology of the Body, the text aims to understand the relationships between body and power, in addition to identifying the necessarily dynamic - and subversive - potential of the social relations mediated by the body.

## 1 O olhar sociológico sobre o corpo

Nos últimos trinta anos, diversos estudos vêm contribuindo para relocalizar o corpo no pensamento social.[2] Esta relocalização – teórica e metodológica – atribui ao corpo uma dimensão incomum nos estudos modernos: a agência. O corpo, antes compreendido como produto do contexto sócio-histórico, configura-se, na teoria social contemporânea, como produtor da realidade, uma vez que é por meio dele que se estabelecem as relações do indivíduo com o mundo. Se, como propõe Le Breton, "antes de qualquer coisa, a existência é corporal" (2011a, p. 7), no corpo não apenas se inscrevem os significados e as representações sociais, mas é por meio dele que agimos. Nessa perspectiva, o corpo é "o eixo da relação com o mundo" (2011a, p. 7).

De mero receptor, o corpo transita para um lugar central na elaboração e emissão de sentidos. Esse modo de compreender o corpo representa uma ruptura com o pensamento binário que opôs categorias clássicas como idealismo e materialismo. De acordo com essas categorias, por um lado, toda existência é atribuída ao pensamento e, de outro, a estrutura fundante da realidade é a matéria. A revisão dos antagonismos conceituais nas Ciências Sociais – problematizada por Corcuff (2001) – representa a possibilidade de questionar os determinismos na explicação dos fenômenos sociais. No presente estudo, a relocalização do corpo no pensamento social pode ser compreendida justamente como um processo de superação dos binarismos modernos, uma vez que situa a corporeidade em um lugar de tradução entre sistemas simbólicos individuais e coletivos.

Considerando que, pela corporeidade, as pessoas "fazem do mundo a extensão da sua experiência, transformando-a em tramas familiares e coerentes, disponíveis à ação e permeáveis à compreensão" (Le Breton, 2011a, p. 8), a Sociologia do Corpo se inscreve dentre as perspectivas que compõem ação e estrutura em uma relação mútua de causalidade. Em outras palavras, o corpo, contextualizado e condicionado social e historicamente, também é capaz de produzir novos contornos e significados para a vida social.

Daí poder-se afirmar, por um lado, a importância da educação e dos mecanismos de reprodução da ordem social para a conformação do corpo e, por outro, o efeito das transformações sociais complexas na forma como ressignificamos nossas relações físicas e emocionais com os outros. Logo, os aprendizados que formam os significados corporais são um processo que, embora seja mais intenso na infância e na adolescência, perdura durante toda a existência.

> *O corpo existe na totalidade dos elementos que o compõem graças ao efeito conjugado da educação recebida e das identificações que levaram o ator a assimilar os comportamentos de seu círculo social. Mas, a aprendizagem das modalidades corporais, da relação do indivíduo com o mundo, não está limitada à infância e continua por toda a vida conforme as modificações sociais e culturais que se impõem ao estilo de vida, aos diferentes papeis que convém assumir ao longo da vida (Le Breton, 2011a, p. 9).*

Nesse sentido, os estudos sobre as relações sociais mediadas pelo corpo requerem investigações sobre os sistemas simbólicos que atuam em nosso aprendizado. Se, na infância, o ambiente familiar é o principal espaço de aprendizado sobre as potencialidades e os limites do comportamento corporal; na idade adulta, outros mecanismos como os saberes médicos, o mundo do trabalho e o Direito articulam-se e exercem influência na modulação da dinâmica corporal. Este último, por meio das leis e instituições estatais, estabelece as diretrizes normativas das práticas sociais e condutas individuais.

Na medida em que a Sociologia do Corpo contribui para estabelecer as lógicas sociais e culturais que se propagam nos corpos (Le Breton, 2011a), o intento do presente trabalho é compreender as relações entre lei e corpo, ou melhor, a forma como corpo e Direito se engendram na produção e reprodução das estruturas sociais. Por isso, interessa, para esse propósito, analisar a lei penal que disciplina as formas de expressão do corpo, assim como o ideário de juris-

2 "A partir do início do século XX até os anos 1960, um esboço de sociologia faz abundantes descobertas relacionadas ao corpo. Sem sombra de dúvidas, é somente nos últimos trinta anos que a sociologia aplicada ao corpo torna-se uma tarefa sistemática e que alguns autores consagraram-lhe parte significativa de sua atenção." (Le Breton, 2011a, p. 12)

tas contemporâneos sobre o tema. O crime escolhido para análise foi o de "ato obsceno", previsto no Código Penal brasileiro, o que se justifica pelas dimensões corporais que esse delito necessariamente envolve. Como se detalhará mais adiante, a caracterização de determinada conduta como criminosa depende, sobremaneira, do convencimento do juiz e de suas visões de mundo. A descrição da conduta considerada ilícita é vaga e sujeita a diversas interpretações. Por isso, a metodologia deste trabalho não se restringe ao exame da "letra da lei", mas envolve a análise do discurso[3] de cinco dos mais importantes[4] Manuais de Direito Penal, todos amplamente utilizados na formação dos estudantes de Direito e no embasamento de decisões e petições judiciais.

Espera-se, com isso, compreender o sentido atribuído pelos juristas ao crime de ato obsceno. Então, poder-se-á compreender o significado de "corpo" presente no ideário dos juristas, o que, em última instância, define o que é permitido e o que é proibido no que diz respeito à expressão corporal no Brasil. Da análise deste ideário, pretende-se inferir as relações entre nudez e sexo, o conceito de pudor público e o modo de aferi-lo.

## 2 A produção dos discursos jurídicos

Considerando que o presente texto tem o objetivo de compreender o modo como os penalistas conferem significado à obscenidade, e que isso se dá por meio de uma determinada interpretação da legislação, a descrição do campo jurídico realizada por Pierre Bourdieu permite a análise das relações sociais que estão necessariamente engendradas nesse processo. O Direito, na concepção de Bourdieu (1998), é um universo relativamente autônomo em relação às pressões externas, dentro do qual a autoridade jurídica se exerce. Esse poder representa uma das expressões da violência simbólica legítima do Estado que, em alguns casos, é combinada com a força física. Considerando a autonomia relativa – e não absoluta – do Direito, a compreensão do campo jurídico requer a análise das lutas concorrenciais que definem a distribuição – ou o monopólio – do capital de dizer o que é o direito. A estrutura desse sistema simbólico se define pela forma específica do discurso jurídico. Bourdieu afirma que há uma lógica interna às obras jurídicas que "delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, desse modo, o universo das soluções propriamente jurídicas" (1998, p. 211).

Dessa forma, é no discurso dos juristas que está o *locus* das definições jurídicas, especialmente quando se trata de tipos penais abertos (como o ato obsceno), em que há ampla e reconhecida margem de interpretação. São tipos em que uma suposta vontade do legislador não se depreende facilmente e que dependem da contextualização do ato no momento em que é praticado. Nesse sentido, o crime de ato obsceno é um caso exemplar de tipo penal aberto. Portanto, como dito anteriormente, mais do que estudar a lei, interessa analisar a forma como os juristas a interpretam, como operacionalizam os conceitos presentes nesse artigo do Código Penal e a forma como justificam a necessidade da manutenção das proibições dele resultantes.

As obras jurídicas são feitas, especialmente, de manuais. A eles recorrem juristas desde a formação inicial nos cursos de Direito até os profissionais do sistema de justiça a quem cabe a aplicação das leis. Expressam, nesse sentido, as disputas de interpretação – expressão da luta concorrencial de dizer o que é o Direito, analisada por Bourdieu (1998).

Escritos por juristas localizados em posições nucleares do campo jurídico, como destacados advogados, procuradores de Justiça e juízes, os manuais de Direito têm íntima relação com o universo decisório. Dentro do campo de forças do Direito, a posição ocupada pelos atores que aplicam as leis e que as interpretam marca uma característica peculiar a esse campo: a significativa indiferenciação entre instituições jurídicas e científicas. Isso significa que no interior do campo jurídico brasileiro, autores de manuais de Direito e atores dos órgãos do sistema de Justiça atuam segundo lógicas muito semelhantes, o que possui uma série de possíveis explicações, passíveis de mais

3 A análise do discurso realizada neste trabalho orienta-se pelas diretrizes do texto de Rosalind Gill (2002).

4 Foram considerados os autores mais populares no campo do Direito Penal. Os livros analisados estão presentes nas listas de "mais vendidos" das principais livrarias e são algumas das obras mais acessadas de Direito Penal na Biblioteca Central dos Estudantes da Universidade de Brasília.

aprofundados estudos. De todo modo, como se verá mais adiante na análise dos discursos dos juristas presentes nos manuais de Direito Penal, os debates e argumentos sobre o crime de ato obsceno raramente ultrapassam exemplos de casos e decisões proferidas pelos Tribunais. Assim, posições críticas sobre a caracterização do ato obsceno estão praticamente ausentes do discurso dos teóricos do Direito.

Aos doutrinadores – designação própria ao senso comum jurídico, é conferida a competência de interpretar legitimamente um *corpus* de textos. Dessa capacidade resulta, segundo Bourdieu (1998) a consagração de uma visão pretensamente justa do mundo social. A racionalização própria dessa atividade garante a ilusão de que o Direito é absolutamente independente das pressões externas. É assim que se confundem, no interior do campo jurídico "a lógica positiva da ciência e a lógica normativa da moral" (Bourdieu, 1998, p. 213).

O caráter necessariamente conflitivo presente na teoria dos campos de Pierre Bourdieu assume um aspecto peculiar no campo jurídico. Neste, a força do *habitus* – estrutura estruturada e estruturante que orienta as disposições dos agentes para agir desta ou daquela maneira – faz com que o campo tenha um caráter mais conservador do que transformador das práticas dominantes. Segundo o autor,

> *por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações (Bourdieu, 1998, p. 214).*

As relações de poder internas ao campo jurídico representam, sem dúvida, uma das chaves explicativas para a tomada de posição dos teóricos do Direito sobre o crime de ato obsceno. A formulação de teses jurídicas, que almejam o entendimento dominante sobre determinado assunto (e, nesse sentido, garantem maiores chances de sucesso nas disputas judiciais), reduz, em tese, a manutenção de paradigmas divergentes no interior do campo. Enquanto no campo científico a proliferação de teses diversas, e mesmo conflitantes, é estimulada pela lógica própria do campo (como propõe Thomas Kuhn em "A estrutura das revoluções científicas"), no campo jurídico, elas tendem à convergência, em virtude da concentração de poder existente naquele espaço. É assim que, como veremos adiante, se formam mais consensos do que dissensos a respeito da interpretação da obscenidade do corpo na lei penal.

## 3 O ideário de penalistas brasileiros sobre o corpo

O crime de ato obsceno, previsto no artigo 233 do Código Penal, tem o seguinte texto: "Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público". Inserido no Capítulo VI do Código Penal, chamado "Do ultraje público ao pudor", acompanha apenas mais um crime nesta mesma seção: o crime de "escrito ou objeto obsceno".[5] Apesar de igualmente tratar da obscenidade, este último crime não será objeto do presente estudo, pois enseja reflexões mais aprofundadas sobre representação, arte e liberdade de expressão.

A seguir analisar-se-ão os discursos de cinco dentre os mais destacados doutrinadores penalistas brasileiros sobre o crime de ato obsceno. Vale destacar que, segundo Pêcheux (1975), a análise do discurso não deve ser entendida como mera metodologia de pesquisa, mas como parte da construção teórica do objeto que será estudado, pois estabelece relações entre a linguística, a história e a ideologia do discurso. Há, portanto, uma dimensão política no discurso, assim como propõem Pêcheux (1975) e Bourdieu (1998), de modo que dos discursos emanam efeitos de sentido entre locutores e interlocutores. É verdade que o presente estudo não poderá verificar qual o efeito das interpretações sobre obscenidade realiza-

5 Previsto no art. 234 do Código Penal brasileiro, consiste em "fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, figura, estampa ou qualquer outro objeto obsceno. Parágrafo único - incorre na mesma pena quem: I – vende, distribui ou expõe a venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II – realiza em lugar público ou acessível ao público representação teatral, ou exposição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo que tenha o mesmo caráter; III – realiza em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno".

das nos manuais de Direito, mas poderá identificar, ao menos, as condições de produção do discurso da obscenidade no universo criminal brasileiro. Visa, ainda, vislumbrar a dimensão construtiva, construída e criadora dos discursos, tendo em conta que "embora os discursos estejam situados em circunstâncias específicas e historicamente determinadas, eles comportam uma dimensão estratégica de ajustamento ao contexto interpretativo em que os mesmos são realizados" (Martins, 2007, p. 62). Assim, interessa não apenas entender como teóricos do Direito Penal interpretam a lei, mas também a forma como seus manuais são recepcionados na contemporaneidade.

Para iniciar a compreensão sobre a forma como os doutrinadores interpretam a lei penal, foram construídas três categorias de análise: 1. o conceito de ato obsceno, o que permite identificar as palavras associadas à ideia de obscenidade; 2. a motivação do ato, em que os autores tratam da subjetividade do indivíduo que praticou a ação; e 3. o bem tutelado, ou seja, o que os teóricos entendem que deve ser protegido ou reparado após a ação considerada criminosa. A construção dessas categorias foi útil para organizar os textos em chaves temáticas, o que permitiu visualizar os conceitos analíticos centrais para esse estudo: corpo, nudez, obscenidade e pudor.

***Tabela 1.*** *Conceito de ato obsceno segundo o ideário dos penalistas*

| | *1. Conceito de ato obsceno* |
|---|---|
| Fernando Capez | "Ato de cunho sexual capaz de ofender o pudor médio da sociedade", (2010, p. 168) praticado em lugar público ou aberto ou exposto ao público. |
| Julio Fabrini Mirabete | "são atos obscenos aqueles que, embora não se referindo à atividade sexual, envolvem órgãos a ela referentes" (2009, p. 442).<br><br>"É ato impudico, que tenha qualquer característica sexual em sentido amplo, real ou simulado, atritando com o sentimento médio de pudor" (2009, p. 442). |
| Rogério Greco | Comportamentos com conotação sexual que causam constrangimentos e indignação às pessoas (2013, p. 635). "Atos ligados à expressão corporal do agente" (2013, p. 635). Não se destina, necessariamente, a satisfazer a libido do agente. O ato em si que deverá ter conotação sexual (2013, p. 637). Ato que suscita o sentimento comum de vergonha (2013, p. 635). |
| Damásio de Jesus | "Manifestação corpórea de cunho sexual que ofende o pudor público" (2010, p. 824).<br><br>Não é necessário que o ato ofenda o pudor de quem assistiu o ato (2010, p. 824). |
| Celso Delmanto | Ato obsceno "é aquele que ofende o pudor público, vinculado à sexualidade, de acordo com o meio ou às circunstâncias em que é praticado" (2010, p. 724). |

***Fonte:*** *elaboração da autora.*

Conforme se observa, o crime de ato obsceno configura um tipo penal aberto, isto é, sua aplicação depende sobremaneira do intérprete da lei, uma vez que a descrição da conduta é significativamente inexata. É justamente por esse motivo que esse crime enseja uma série de discussões sobre hierarquia no interior do campo jurídico e sobre legitimidade no processo de interpretação das leis e dos conceitos nelas envolvidos.

Tendo em vista a pena atribuída – de três meses a um ano de detenção, ou multa – o ato obsceno é considerado um crime de menor potencial ofensivo, sujeito às disposições da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Assim sendo, poderá ser concedida a suspensão condicional do processo ao réu que atenda aos requisitos de não reincidência, bons antecedentes, dentre outros.

O texto da lei penal é taxativo quanto ao local do cometimento do ato. Assim, de acordo com a racionalidade jurídica, há ofensa ao pudor da sociedade quando a ação ocorre em local público (aquele a que todas as pessoas têm acesso, como praças e ruas);

aberto ao público (cujo acesso é livre ou condicionado, como centros de compras, veículos de transporte público, museus, teatros e cinemas) e expostos ao público (locais privados visíveis, como interiores de residências, jardins, pátios e automóveis).

O crime de ato obsceno caracteriza-se por ser vago, o que significa, de acordo com a racionalidade jurídica, que o ato não constitui um atentado contra uma pessoa específica, mas contra a coletividade – nesse caso, atingida em seu pudor. Atos obscenos são considerados, ainda, "crimes de perigo", pois se consuma com a mera possibilidade de ofensa ao chamado pudor público. Desse modo, não se exige a produção de provas de que a ofensa realmente ocorreu, bastando a prática do ato para que o mesmo seja caracterizado como crime. Isso significa que, segundo o entendimento dos textos doutrinários em estudo, o crime se consuma mesmo que, no momento da prática do ato, não haja pessoas presentes ou que alguém realmente se ofenda com o que presenciou.[6] A publicidade exigida para a identificação do ato como criminoso refere-se ao local em que foi praticado, e não à presença de pessoas nele.

De acordo com a lógica da ofensa à coletividade, a instauração do processo penal não depende da representação do ofendido, já que este não está materializado em um sujeito individualizado. Por isso, o ato obsceno é considerado crime de ação penal pública incondicionada à representação. Nestes casos, a coletividade é representada no processo pelo Ministério Público após o oferecimento da denúncia.

A adoção dos termos "pudor público" e "pudor médio" revela o efeito de apriorização presente no discurso dos juristas. Os extratos dos textos dos manuais denotam, como propõe Bourdieu (1998), a utilização da estratégia retórica de combinar elementos da linguagem comum com elementos a ela estranhos para garantir a "neutralidade" do Direito. Assim, no trecho que caracteriza o ato obsceno como "causar escândalo, dolosamente, por meio de ofensa ao pudor público", palavras de uso comum como "pudor" e "ofensa" estão na mesma sentença que "dolosamente", expressão do domínio técnico-jurídico.

Assim se produz a noção de que conceitos em princípio controversos e heterodoxos são, ao contrário, universais. Impõe-se, então, uma representação da normalidade que se opõe ao desvio, à anormalidade, à patologia e à anomia.

> *Compreende-se que, numa sociedade diferenciada, o efeito de universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se se prefere, a imposição da legitimidade de uma ordem social. A norma jurídica, quando consagra em forma de um conjunto formalmente coerente regras oficiais, e, por definição, sociais, 'universais', os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante tendem a informar realmente as práticas do conjunto dos agentes, para além das diferenças de condição e de estilo de vida: o efeito de universalização, a que se poderia também chamar efeito de normalização, vem aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legitima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica. (Bourdieu, 1998, p. 246)*

A formalização e a universalização estão relacionadas com a construção de uma ordem racional e sistemática produtora da ilusão de que o Direito é independente de pressões externas. Mesmo nos casos de tipos penais abertos como o ato obsceno, a naturalização de conceitos controversos como pudor e obscenidade (presente, por exemplo, na expressão "pudor médio da coletividade") leva a pensar que a sociedade tem um padrão de moralidade – consensual e indubitável.

Nos trechos dos manuais transcritos acima (tabela 1), observa-se a menção às palavras "expressão corporal", "manifestação corpórea", "órgãos [sexuais]" e "sexualidade", relacionando-o diretamente com a obscenidade. Assim, o corpo se constrói, discursivamente, como o *locus* do comportamento delituoso e obsceno. Conforme propõe Breton (2011a), o corpo se constitui como eixo central da nossa relação com o mundo, e nesse caso, com a lei e suas interpretações .

6 Vale salientar que, segundo a maior parte dos penalistas estudados, não há crime de tentativa de ato obsceno, como ocorre com outros crimes como o homicídio.

***Tabela 2.*** *Bem tutelado pelo Direito Penal segundo o ideário dos penalistas*

| | *Bem tutelado* |
|---|---|
| Fernando Capez | "Pudor público" (2010, p. 167) |
| Julio Fabrini Mirabete | "Pudor público" (2009, p. 442)<br><br>"Pudor médio da coletividade" (2009, p. 442) |
| Rogério Greco | "Pudor público" (2013, p. 639) |
| Damásio de Jesus | "Moralidade pública" (2010, p. 824) |
| Celso Delmanto | "Pudor público" (2010, p. 724) |

***Fonte:*** *elaboração da autora*

A análise do ideário dos juristas sobre o ato obsceno suscita a reconstrução das relações históricas entre o corpo e a modernidade. Rago (1997), ao buscar o lugar da sexualidade e da identidade na historiografia brasileira, questiona qual a importância que o discurso da sexualidade assume na leitura que fazemos das nossas origens históricas. A sexualidade, portanto, não está apenas presente na percepção que cada indivíduo faz de sua existência, mas na auto-interpretação de toda sociedade (Parker *apud* Rago, 1997). Assim, se o discurso historiográfico sobre a sexualidade é considerado uma chave de leitura para compreender a forma como nos interpretamos como sujeitos e como nação, os discursos sobre a sexualidade presente nas leis e nos textos jurídicos também o são.

Ao perscrutar os textos clássicos que explicam a identidade brasileira, Rago (1997) encontrou em Caio Prado a caracterização de um povo brasileiro marcado pela tristeza, consequência da chamada "hiperestesia sexual". "De tantos excessos sexuais e vícios da multiplicação das 'uniões de pura animalidade', desde os inícios da colonização no Brasil, tornamo-nos um povo triste, cansado, prostrado" (Rago, 1997, p. 187). Prado diagnostica, assim, na história do Brasil, o exercício de um erotismo exagerado, pretensamente causado pelo clima, a terra e a mulher (indígena e africana). A este erotismo exagerado atribuiu as causas da não realização da modernidade brasileira. Conforme a lógica desse discurso,

> *ao contrário dos povos de origem puritana, como os norte-americanos, nos quais o lado racional e administrador é mais forte do que o instintivo, o Brasil não consegue romper com o passado arcaico, pesado, conservador e autoritário, que entrava sua marcha rumo ao progresso (Rago, 1997, p. 187).*

A construção da Modernidade dependeria, assim, da produção de uma nação civilizada, em que os instintos estivessem subjugados à racionalidade do Estado – e no caso em estudo, do Direito.

As concepções sobre o corpo e a sexualidade no pensamento moderno são tributárias dos preconceitos culturais da Europa renascentista expressos nos relatos dos colonizadores, que enxergavam nas práticas sexuais dos indígenas a antítese da moral cristã. O encontro resultante da colonização desvela a existência de múltiplos significados do corpo. Nas sociedades tradicionais, holísticas e comunitárias, corpo e indivíduo não estão cindidos. As pessoas estão misturadas ao cosmos, à natureza e à comunidade (Le Breton, 2011b). O indivíduo não se distingue do grupo por meio de seu corpo. Ao contrário, "o corpo da modernidade, aquele que resulta do recuo das tradições populares e do advento do individualismo ocidental, marca a fronteira entre um indivíduo e outro, o encerramento do sujeito em si mesmo" (Le Breton, 2011b, p. 33).

Ademais, a emergência do individualismo e da separação entre o público e o privado operadas pelo projeto Iluminista resultam na diferenciação dos papeis de gênero atribuídos a homens e mulheres, o que define os espaços do possível para o exercício da sexualidade (Grossi, s/d).

É justamente o corpo da modernidade o objeto sobre o qual pesa a força do Direito Penal. O corpo individualizado e definido como fronteira entre as pessoas é, segundo o ideário dos penalistas, o *locus* da responsabilidade, da autonomia de decidir entre a racionalidade, ou seja, a obediência aos pactos sociais, e a ruptura com a moral vigente. Se a modernidade, por um lado, permite a distinção e a autonomia do indi-

víduo em relação ao grupo, também fez emergir, por outro lado, uma racionalidade dominante que nega o "corpo grotesco". Este corpo "é formado de relevos, de protuberância, ele transborda de vitalidade, está mesclado à multidão, indiscernível, aberto, em contato com o cosmo, insatisfeito com os limites que ele não cansa de transgredir" (Le Breton, 2011, p. 47). O corpo grotesco comporta e supõe todos os órgãos que representam a vergonha na cultura burguesa. Assim, segundo o ideário dos penalistas analisados, cabe ao Direito restringi-lo: "são atos obscenos aqueles que, embora não se referindo à atividade sexual, envolvem órgãos a ela referentes" (tabela 1).

***Tabela 3.*** *Motivação do ato pretensamente obsceno segundo o ideário dos penalistas*

| | *Motivação do ato* |
|---|---|
| Fernando Capez | "Satisfazer a lascívia" (2010, p. 168)<br><br>Outras motivações, como "chocar a sociedade" (2010, p. 168) |
| Julio Fabrini Mirabete | Não exige finalidade erótica, "de desafogo da libido". O crime pode ser cometido por "gracejo, vingança, etc." (2009, p. 443) |
| Rogério Greco | Causar escândalo, dolosamente, por meio de ofensa ao pudor público (2013, p. 637) |
| Damásio de Jesus | Ofender, dolosamente, o pudor público (2010, p. 826) |
| Celso Delmanto | Livre vontade de praticar ato de conotação sexual, consciente da publicidade do local e de estar ofendendo o pudor (2010, p. 724) |

***Fonte:*** *elaboração da autora*

A palavra "escândalo" (tabela 3), assim como os termos "constrangimentos" e "indignação" (tabela 1), expressam bem a ojeriza moderna ao corpo transgressor. Tanto o é que o crime se consuma com a mera "potencialidade do escândalo", uma vez que a caracterização do ato obsceno não requer que alguém presencie a cena pretensamente "impudica".[7]

O escândalo causado por um comportamento imoral é a repulsa ao corpo dos excessos de que tratava Caio Prado. O corpo obsceno e criminoso que os doutrinadores descrevem e cujas condutas exemplificam é "um corpo sem cessar escancarado, que não pode estar senão na abundância, [é o corpo] do excesso que ele invoca sem se enfastiar" (Le Breton, 2011b, p. 48). Cabe, então, ao Direito, de acordo com seu projeto modernizador e civilizatório, tornar o corpo um objeto de pudor por meio de sua privatização.

As práticas sexuais foram, crescentemente, objeto do discurso científico a partir do século XIX. As prostitutas, em particular, receberam por parte dos "cientistas sociais" da época classificações moralistas que, em certa medida, se perpetuam por meio do ideário dos juristas. Ao refletir sobre o uso do conceito de obscenidade pelo Direito, Delmanto afirma:

> *Obscenidade e pornografia são vocábulos afins. Pornografia vem do grego pornographos, que significa, literalmente, 'escrever sobre as rameiras'. Ou seja, a descrição da vida das prostitutas. E a obscenidade, a sexualidade impudica, é justamente o métier dessas mulheres. A obscenidade é, portanto, o gênero, e a pornografia, uma de suas espécies (Delmanto, 2010, p. 724).*

Percebe-se, por meio desse trecho, uma associação livre entre obscenidade e pornografia, que revela as representações dos juristas e seu intento de domesticar pulsões e práticas sexuais não autorizadas pela moral cristã. Em consulta ao dicionário etimológico, a palavra obscenidade não remete, como induz o autor acima, à palavra pornografia ou prostituição. O termo "obsceno" seria advindo da ideia de algo ameaçador, repulsivo, abominável, indecente, desonesto.[8] Assim, obsceno é um adjetivo (ou qualificador) não ligado a um sujeito determinado, como nudez ou sexo, conforme os penalistas o entenderam. A per-

7 Teoricamente, segundo o entendimento dos juristas analisados, o crime se consuma ainda que ninguém presencie o comportamento. Puni-lo, sim, dependeria de prova testemunhal ou prisão em flagrante.

8 Foram consultados os dicionários etimológicos de Antonio Geraldo da Cunha e o disponível em http://en.m.wiktionary.org/wiki/obscenus. Acesso em: 12/05/2014. Agradeço ao Prof. Dr. João Bosco Bonfim pela valiosa contribuição com as pesquisas e reflexões sobre a etimologia da palavras realizada neste texto.

gunta que a eles se poderia fazer é: "o que é obsceno para você?" e, de acordo com a etimologia da palavra "obsceno", a resposta poderia ser: "corrupção", "violação de cadáver" ou qualquer outro crime previsto no Código Penal. No entanto, obscenas, segundo o ideário dos penalistas, são as práticas exemplificadas nos manuais de Direito – todas ligadas ao corpo e à sexualidade, conforme se verifica na tabela a seguir.

***Tabela 4.*** *Condutas consideradas obscenas pelos doutrinadores analisados*

| | Fernando Capez | Mirabete; Fabbrini | Rogério Greco | Damásio de Jesus | Celso Delmanto |
|---|---|---|---|---|---|
| Publicação/ano | Curso de Direito Penal – parte especial, 2010. | Manual de Direito Penal, 2009. | Curso de Direito Penal – Parte Especial, 2013. | Código Penal Anotado, 2010. | Código Penal Comentado, 2010. |
| Andar nu | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Mostrar os seios | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Mostrar as nádegas | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Mostrar o pênis | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Urinar na rua, mostrando o pênis | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Fazer sexo na rua | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Gesto obsceno | × | × | × | × | × |
| Palavra obscena | × | × | × | × | × |
| Passear na rua (travestis) | ✓ | ✓ | Não menciona | ✓ | ✓ |
| Beijo lascivo | × | ✓ | × | ✓ | Não menciona |
| Masturbar-se em público | Não menciona | Não menciona | ✓ | ✓ | Não menciona |
| Tocar o corpo de outra pessoa sem consentimento com conotação sexual | Não menciona | ✓ | Não menciona | ✓ | Não menciona |

***Fonte:*** *elaboração da autora*

Pelo quadro acima, verifica-se que a relação entre a obscenidade e o corpo está clara no ideário dos juristas analisados. Todos eles, amparados em jurisprudência, citam a prática de andar ou correr nu – vinculada nos textos a um termo em inglês chamado "streaking" ou "chispada", como obscena. Com isso, criminalizam o corpo nu, independentemente de sua exposição ter conotação sexual. Mirabete (2009), inclusive, afirma que o ato obsceno não exige finalidade erótica, de "desafogo da libido", pois o crime pode ser cometido por "gracejo, vingança, etc.". Em decorrência desse exemplo, mostrar as nádegas, os seios e

o pênis são incluídos dentre as condutas ilícitas. Sobre os seios, Greco (2013) menciona a possibilidade de não se configurar ato obsceno quando uma mulher, acidentalmente, mostrasse um dos seios após um mergulho no mar.[9]

A respeito do pênis, há algumas peculiaridades no discurso dos penalistas. Denominado, por vezes, "membro viril" (Capez, 2010), é alvo de debate quando a prática consiste em urinar na rua. Alguns dos doutrinadores entendem que o crime não pode ser configurado quando o sujeito urina sem deixar entrever o pênis.

Dos cinco doutrinadores analisados, apenas um deles – Delmanto (2010), faz uma distinção entre nudez em contextos de sexualidade e aquilo a que chama "nudez pura e simples", assim como a "nudez artística" e a "nudez motivada por questões políticas". Este autor, ainda que mencione o "*streaking*" como ato obsceno, entende que aqueles tipos de nudez não são considerados obscenos. Delmanto afirma:

> *Em face dos nossos costumes atuais, entendemos que o topless praticado em qualquer praia, ou o nudismo em praias predeterminadas ou afastadas, sem qualquer conotação sexual, não configura ato obsceno, inclusive por inexistência de dolo, com consciência de ofender o pudor. Aliás, a mudança de costumes nas capitais brasileiras tem sido tão grande que, além das pessoas nos desfiles de carnaval ficarem completamente nuas, a nudez tem sido parte integrante de outras manifestações artísticas, (...). A nudez, sem conotação sexual, igualmente faz-se presente, por vezes, em manifestações políticas(...). De fato, nos tempos atuais, a nosso ver, não há qualquer fundamento constitucional que autorize a punição da nudez pela simples nudez, isto é, pelo fato da pessoa mostrar-se como ela é, como veio ao mundo, ainda mais em manifestações artísticas, que lidam com a liberdade de expressão (Delmanto, 2010, p. 724).*

9 Segundo Delmanto (2010), não haveria modalidade culposa (sem intenção do agente). É preciso que se configure o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o ato obsceno em lugar público, aberto ao público ou exposto ao público.

No trecho acima, o autor chama atenção para um fenômeno contemporâneo consistente na expressão corporal como instrumento político. Eventos de reivindicação de direitos como o *SlutWalk*, denominado Marcha das Vadias no Brasil, e a Parada Gay, inspirada nas *Gay Pride Parade*, têm ocorrido com frequência em quase todos os estados brasileiros. Ambos são espaços de afirmação de identidades que buscam o empoderamento das mulheres e a superação das discriminações contra gays, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros. Nessas manifestações, onde ocorrem alguns dos comportamentos compreendidos como obscenos pelos doutrinadores analisados neste trabalho, o corpo ocupa um lugar central de afirmação e exposição, o que coloca em xeque o disciplinamento legal sobre o corpo e sua agência.

Há, nos discursos analisados, um exemplo recorrentemente atribuído como obsceno. Trata-se do "*trottoir* dos travestis". Somente um dos autores não se utiliza dessa expressão para criminalizar a conduta dos travestis que, ao caminharem na rua, mostram partes de seu corpo e, com isso, pretensamente ferem o sentimento de pudor da coletividade. Por meio de construções discursivas como "pratica o homossexual que, fazendo *trottoir*, deixa entrever seu corpo seminu, vestido com peças íntimas femininas" (Delmanto, 2010) ou "andar o travesti com o corpo seminu ou apenas com roupas íntimas de mulher" (Mirabete, 2009), os autores revelam sua postura discriminatória em relação aos travestis, uma vez que usar roupas íntimas em público não é considerado ato obsceno quando se trata de homens ou mulheres pretensamente heterossexuais. Além disso, a referência ao termo "trottoir", que significa "passeio" em francês, induz o leitor à associação entre travestismo e prostituição,[10] criminalizando duplamente corpos e atores entendidos pelos juristas como desviantes.[11] "Ora, sabe-se, desde Foucault, o

10 Os textos analisados entendem como exemplos de ato obsceno "o trottoir dos travestis" (Capez, 2010, p. 168) ou "passeio ou andar dos travestis com roupas íntimas femininas" (Delmanto, 2010, p. 825), ou "andar o travesti com o corpo seminu" (Mirabete, 2009, p. 442).

11 A análise dos discursos sobre ato obsceno tem o potencial de explicar, em parte, a violência policial contra travestis no Brasil. A criminalização de condutas não consideradas crimes nem pelo Código Penal de 1940, como a prostituição e livre forma de vestir (independente de sexo e gênero) constituem graves violações dos direitos humanos, crescentemente denunciadas pela comunidade LGBTT no Brasil.

quanto este discurso, instituidor de referências modernas sobre a sexualidade, é severo, moralista e sexista" (Rago, 1997, p. 190).

Os discursos sobre os travestis revelam, ainda, o lugar ocupado no ideário dos juristas pelos sujeitos que não se identificam nem como homem nem como mulher. A experiência dos que vivenciam o "gênero nas margens" (Maluf, 143), são reveladoras e transgressoras de mecanismos de poder naturalizados nas ideologias e modos de vida dominantes nas sociedades urbanas ocidentais contemporâneas. Por esse motivo, causam escândalo e profundo estranhamento àqueles que partilham da visão binária de gênero. A despeito disso, o corpo constitui-se como espaço de reterritorializaçao dos sujeitos nas margens, uma vez que transcende a ideia de substância definidora da identidade. Enquanto espaço de incerteza e de transformação, os corpos não atrelados à identidade de gênero são lugares de experiência, onde se realizam desejos autênticos. O desejo, assim, inscreve-se no corpo e transfigura-se em corporalidade, desafiando a cultura dualista e a concepção hegemônica – binária – de gênero (Maluf, 2002).

Por último, vale destacar o último item de condutas consideradas obscenas (tabela 4), referente a tocar o corpo de outra pessoa sem consentimento com conotação sexual. Dois dos autores (Mirabete, 2009; Damásio, 2010), prolixos na produção de exemplos, citam condutas que, de acordo com um entendimento feminista, poderiam ser classificadas como violência contra a mulher. Seriam eles: "esfregar o membro na vítima em local público" (Damásio, 2010) e "levantar a saia da vítima" (Damásio, 2010), assim como "apalpar as nádegas ou os seios de alguém" e "levantar as saias de uma mulher". Os termos "vítima", "uma mulher" e "alguém", esclarecem ou dão a entender que não há consentimento da mulher. Se assim for, a conduta representa uma violação à dignidade e à liberdade sexual da mulher e não um ultraje público ao pudor. Do contrário, a caracterização deste ato como obsceno transfere a autonomia da mulher para a coletividade, situando seu corpo dentro do domínio soberano do Estado e seu poder de definir quando ocorre ou não a violência. Há, nessas representações, "uma conjunção regressiva entre pós-modernidade e feudalismo, em que o corpo feminino volta a ser anexado ao domínio territorial" (Segato, 2005, p. 265).

## 4 O potencial subversivo do corpo

Apesar das inúmeras tentativas modernas de medir, esquadrinhar e limitar os usos e a ação dos corpos,[12] há, de forma concomitante, a produção de outros conhecimentos que situam o corpo na trama social de sentidos, desnaturalizando-o e reconhecendo seu caráter ambíguo e efêmero. "O corpo é uma linha de pesquisa e não uma realidade em si" (Le Breton, 2011a, p. 33) e na medida em que é fruto de uma construção simbólica, é muito mais do que uma determinação ou um produto social.

Logo, um dos objetivos deste trabalho foi o de tornar perceptíveis imaginários do corpo presentes no campo do saber jurídico, ali mesmo onde o corpo sofre uma de suas mais importantes limitações. Se "o corpo é o tempo e o lugar onde o mundo se torna homem"[13] (Le Breton, 2011a, p. 34), é nele e a partir dele – o corpo – que se vai encontrar os caminhos para entender, conforme questionamento de Butler (2002), as formas como opera a hegemonia heterossexual para modelar questões políticas e sexuais. "Quais são as forças que fazem com que os corpos se materializem como 'sexuados', e como devemos entender a 'matéria' do sexo e, de maneira mais geral, a dos corpos, como a circunscrição repetida e violenta da inteligibilidade cultural? Que corpos chegam a importar? E por quê?" (Butler, 2002, p. 14).

A reflexão sobre as instituições e práticas que insistem com modelos modernos – e, portanto, desatualizados – de concepção sobre o corpo passa, necessariamente, pela desestabilização das epistemologias que consideram a unicidade do sujeito e a superioridade do pensamento sobre a matéria. "Nesta perspectiva, o apelo ético é o do reconhecimento

12 "Obcecados com a sexualidade, voyeuristas disfarçados, os homens da ciência não paravam de falar da sexualidade desde o século XIX, como apontou Foucault, principalmente para condená-la. Todas as práticas sexuais foram postas sob o signo do discurso científico, classificadas, contidas e condenadas. Dir-se-ia que a ciência domou o sexo, com medo de ser dominada" (Rago, 1997, p. 190).

13 Le Breton, apesar da contribuição com os estudos sobre Sociologia e Antropologia do Corpo, utiliza, inadvertidamente, a palavra "homem" para designar o gênero humano.

das diferenças: diferenças sexuadas que haverá que reconhecer, situando-as em plano de igualdade ou, dito de outra forma, reconhecimento da igualdade de estatuto entre todas as diferenças" (Magalhães, 2010, p. 115).

Não há que se duvidar de que as instabilidades do corpo e do gênero – que geram nosso estranhamento em relação a estruturas jurídicas como o crime de ato obsceno e os discursos a ele referentes – advenham de processos cada vez mais intensificados de globalização. Com isso, as categorias tradicionais da modernidade já não conseguem dar conta de transformações identitárias, espaciais, econômicas, políticas e culturais da contemporaneidade. Assim como propõe Costa (2014), a transculturação e a diasporização criam disjunturas entre tempo e espaço, fazendo emergir novos feminismos que utilizam a tradução como prática de abertura para outras formas de conhecimento e humanidade.

Há patentes fraturas no mundo globalizado e em suas estruturas – e instituições – que requerem novos eixos interpretativos dos fenômenos sociais. Por isso, Costa apresenta a tradução como perspectiva de "negociação dialógica, articuladora de uma inteligibilidade mútua e não hierárquica do mundo" (2014, p. 280), em que há um processo de abertura ao outro, propício para o encontro entre identidade e alteridade. O ato tradutório, nessa perspectiva, é útil para o processo de interpretação de leis como o Código Penal, uma vez que propiciaria o deslocamento de lugares tradicionais em que estão acomodadas a lógica binária dos sexos e de gênero e a heteronormatividade. A tradução, em sua perspectiva dialógica, é útil, ainda, em contextos de redefinição de leis em contextos culturais de profunda transformação.

Está em curso no Senado Federal brasileiro, neste momento, a discussão sobre o Projeto de Reforma do Código Penal. Nele, há propostas de alteração dos crimes de "ultraje público ao pudor". Até a aprovação, há um longo período de debates e formulação de argumentos para a definição de um texto que reflita as pluralidades das experiências corpóreas e das subjetividades no contexto de emergência de uma ética pós-moderna no que diz respeito ao corpo e à sexualidade.

## 5 Considerações finais

O presente texto teve o objetivo de compreender o modo como o corpo é representado no Direito. Neste artigo, especificamente, buscou-se analisar, por meio dos discursos de cinco dos mais conhecidos autores brasileiros de manuais de Direito Penal, a construção do conceito de "obscenidade" no Direito Penal. Partindo de um tipo penal aberto como o "ato obsceno", os juristas analisados discorrem sobre uma série de termos e exemplos que não estão presentes no texto legal e, com isso, expressam seu ideário, compreendido, neste texto, como visão de mundo partilhada e compartilhada. Os discursos presentes nos manuais de Direito, longe de significarem manifestações de pensamento individual, têm potencial formador dos novos atores e exercem função destacada no processo de interpretação das leis. Se é verdade que a jurisprudência forma, em grande medida, as tomadas de posição dos autores de livros e manuais jurídicos, a recíproca também é verdadeira. Retroalimentam-se, pois, representações sobre o corpo sob uma perspectiva heterossexual, racionalista, hierárquica e deslegitimadora das diferenças e identidades sexuais.

Com este trabalho, pretendeu-se formular algumas reflexões sobre as relações entre Direito e corpo. Objetiva-se, com isso, marcar a relevância das conexões teóricas e metodológicas do Direito com os estudos de gênero e sexualidades. Se o presente texto não é capaz de – e tampouco o pretende – formular saídas para o modo como o Direito deve tratar a nudez ou a prática de atos sexuais em público, teve ao menos a intenção de materializar o corpo e as relações sociais por ele mediadas nos estudos de Sociologia do Direito, atribuindo-lhe, como propõe Butler (2002), uma dimensão plural, dinâmica, instável e inevitavelmente desconcertante para o universo das certezas jurídicas.

## 6 Referências


Bourdieu, P. (1998). *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan*: *sobre los limites materiales y discursivos del 'sexo'*. Buenos Aires: Paidós.

Corcuff, P. (2001). *As novas sociologias*: *construções da realidade social*. Bauru: EDUSC.

Costa, C. J. de L. (2014). Equivocação, tradução e interseccionalidade performativa: observações sobre ética e prática feministas descoloniais. In: Bidaseca, K., De Oto, A., Obarrio, J., & Sierra, M. (Eds.). *Legados, genealogias y memorias poscoloniales*. Colección Crítica. Buenos Aires: Ediciones Godot Argentina.

Cunha, A. G. da (1986). *Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.

Gill, R. (2002). Análise de discurso. In: Bauer, M., & Gaskell, G (Eds.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som*: um manual prático. Petrópolis: Vozes.

Grossi, M. P. (s/d) *Identidade de gênero e sexualidade*. Disponível em: http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade_genero_revisado.pdf. Acesso em: 12.mai.2014.

Le Breton, D. (2011a). *A sociologia do corpo*. Petrópolis: Vozes.

Le Breton, D. (2011b). *Antropologia do corpo e modernidade*. Petrópolis: Vozes.

Magalhães, I. A. de (2010). A instância corpórea do humano: sexualidades e subjetividades, mulheres e ética. *Revista Crítica de Ciências Sociais. Estudos feministas e cidadania plena*, *89*, 111-125.

Maluf, S. W. (2002). Corporalidade e desejo: Tudo sobre minha mãe e o gênero na margem. *Revista Estudos Feministas*, *143*(1), 143-153.

Martins, A. P. A. (2007). As posições políticas e ideológicas da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul no contexto das reformas do Estado (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: < https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13391/000646332.pdf?sequence=1>.

Pêcheux, M., & Fuchs, C. (1975). A propósito da análise automática do discurso: atualizações e perspectivas. In: Gated, F, & Hank, T. (Eds.). *Por uma análise automática do discurso: uma introdução à obra de Michel Pêcheux*. Campinas: UNICAMP.

Rago, M. (1997). Sexualidade e identidade na historiografia brasileira. *Anais do XIX Simpósio Nacional de História – ANPUH*. Belo Horizonte.

Segato, R. L. (2005). Território, soberania e crimes segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres na Ciudad Juarez. *Estudos Feministas*, *13*(2), 265-285.


***Fontes documentais***


Capez, F. (2010). *Curso de Direito Penal*: parte especial. São Paulo: Editora Saraiva.

Delmanto, C. (2010). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Saraiva.

Greco, R. (2013). *Curso de Direito Penal*: Parte Especial. Niterói, RJ: Editora Ímpetus.

Jesus, D. de (2010). *Código Penal Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva.

Mirabete, J. F., & Fabbrini, R. (2009). *Manual de Direito Penal*: parte especial. São Paulo: Editora Atlas.



Data de submissão/Submission date: 30.09.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 17.12.2014

# DIFICULDADES E DESCOBERTAS DE UMA PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: estudo de casos a partir de documentos de arquivos judiciários // *Vanessa Dorneles Schinke*[1]

**Palavras-chave**
pesquisa empírica / direito / estudo de caso / paradigma indiciário / relato

**Sumário:**

1 Introdução
2 Plano de vôo I: primeiro contato com expressões e estratégias de pesquisa empírica
3 Plano de vôo II: a necessidade de adoção da empírica e o aprofundamento sobre estratégias metodológicas
4 A exploração: a indissociabilidade do amadurecimento da reflexão teórica com a pesquisa de campo
5 Fazendo uma limonada: dando sentido aos desafios da pesquisa empírica
6 A escolha metodológica: otimizando fontes e conjugando estratégias
7 Considerações finais
8 Referências

**Resumo**
Este texto relata o percurso de uma pesquisa empírica em direito realizada durante o curso de doutorado da autora. Narrado em primeira pessoa, descreve as dificuldades práticas e as descobertas teóricas construídas ao longo do desenvolvimento de uma pesquisa que culminou com a opção pela estratégia metodológica do estudo de caso. Paralelamente, insere considerações teóricas sobre as escolhas metodológicas que se apresentaram durante o processo, especialmente Robert Yin e Carlo Ginzburg. Explica de que forma tal bibliografia possibilitou a combinação de várias estratégias na pesquisa, paralelas ao estudo de caso. De forma minuciosa, relata a fase de exploração, o contato com outros espaços de pesquisa e com profissionais de outras áreas. O texto não apresenta os resultados da pesquisa relatada, pois ela ainda não está concluída. Pretende contribuir para a solidificação do debate sobre a forma de produção do conhecimento jurídico.

1 Pesquisadora visitante no *Brazil Institute*, na *King's College London*. Doutoranda em Ciências Criminais, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora na linha de Violência, Controle Social e Segurança Pública. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Contato: vanessa.schinke@gmail.com

# DIFFICULTIES AND FINDINGS OF AN EMPIRICAL LEGAL RESEARCH: case studies built on judicial documents // *Vanessa Dorneles Schinke*

**Keywords**
empirical research / law / case study / indication paradigm / report

**Abstract**
This paper describes the journey of an empirical researcher during her doctoral studies. Narrated in first person, it describes the practical difficulties and theoretical discoveries built throughout the development of the research that culminated in the methodological choice of using the strategy of case study. Similarly, it inserts theoretical considerations about the methodological choices that presented themselves during the process, especially Robert Yin and Carlo Ginzburg. It explains how these works enabled the combination of several research strategies, along with case study. It describes in detail and reports the exploratory phase, the contact with other areas of research and with professionals in other fields. The text presents the results of research reported because it is not yet completed. It aims to contribute to the solidification of the debate about production of legal knowledge.

## 1 Introdução

Este texto relata o percurso de uma pesquisa empírica iniciada durante um curso de doutorado em direito. A fim de amenizar eventuais frustrações, adverte-se, desde já, que este texto não apresenta resultados da pesquisa relatada, pois ela ainda está em curso. Naturalmente, apesar de apresentar bases teóricas sobre o objeto da investigação, a fim de contextualizar o leitor e de apresentar elementos que, consciente ou inconscientemente, revestir-se-iam de maior importância durante o transcurso da pesquisa e interferiram diretamente na estratégia metodológica adotada, o propósito maior é compartilhar os tortuosos caminhos que o pesquisador que se propõe a realizar uma *pesquisa empírica em direito* pode percorrer.[2]

Ainda que teça considerações sobre o período acadêmico que antecedeu ao doutorado, o relato tem como objetivo principal apresentar algumas dificuldades e circunstâncias inesperadas que surgiram no transcurso do processo de campo e que contribuíram para a melhor compreensão do fenômeno de pesquisa e, consequentemente, para o amadurecimento do projeto. Para tanto, convém situar o leitor, inclusive temporalmente, sobre a escolha do objeto e do problema de pesquisa.

Iniciado em março de 2012, o projeto de pesquisa de doutorado já se situava claramente na área de justiça de transição. Esse conceito é utilizado para designar uma ampla concepção de justiça, associada a mudanças políticas, destinada a enfrentar danos após um regime político repressor (Teitel, 2003, p. 72). Van Zyl (2009, p. 34) enuncia que a justiça de transição implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, conceder reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. Jon Elster (2006, p. 17) e Ruti Teitel (2003, p. 74) concordam que o moderno conceito de justiça de transição surge após a Segunda Guerra Mundial, quando Alemanha, Itália e Japão empregaram diversas medidas para promover algum grau de justiça em relação aos fatos da Segunda Guerra. Relevante registrar que essa concepção de justiça volta-se tanto para o passado – como no caso da elucidação de graves violações de direitos humanos e na identificação dos responsáveis –, quanto para o futuro, a fim de oferecer instrumentos que, por exemplo, permitam e indiquem a necessidade de reformas institucionais que impeçam que tais violações aconteçam novamente. O liame entre essa dupla projeção (passado-futuro) é construído através do desenvolvimento de políticas de memória, que constantemente ressignificam as violações ocorridas para as presentes e futuras gerações, mantendo latente a necessidade de rever os fundamentos do Estado Constitucional.

Dentro desse contexto, a pesquisa teve como problema indagar de que forma Poder Judiciário brasileiro atuou durante os anos de 1964 e 1985. Foi realizado um recorte no judiciário brasileiro, por razões operacionais, de forma que o trabalho centrou-se na atuação da justiça comum (estadual e federal) do Estado do Rio Grande do Sul. Com o desenvolvimento da pesquisa, foram elaboradas algumas variáveis teóricas aptas a comprovar que as decisões judiciais foram omissas ou apresentavam fundamentos que colaboravam com construções ideológicas do regime militar.

Importante ressaltar que a definição do problema de pesquisa ocorreu um ano após a criação da Comissão Nacional da Verdade, cujo relatório final dos seus trabalhos foi entregue à sociedade em dezembro de 2014.[3] Dentre outras variáveis, isso significa que quase a totalidade do período da pesquisa foi marcado pelo desconhecimento do tema por parte das instituições contatadas durante o trabalho de campo. Essa ausência de trabalhos sobre o fenômeno contribuiu significativamente para o surgimento de diversas dificuldades ao longo da pesquisa, como a não-sistematização dos processos judiciais do período da ditadura e a ausência de instrumentos informatizados para a busca nos arquivos.

2 Neste texto, as expressões *pesquisa empírica em direito* e/ou *pesquisa empírica no campo jurídico* serão utilizadas no intuito de demarcar que as reflexões teóricas do direito e, de forma geral, a produção do conhecimento jurídico podem ser ressignificadas, melhor elucidadas e/ou compreendidas quando somadas a estratégias empíricas de pesquisa.

3 A Comissão Nacional da Verdade foi criada pela Lei nº 12.528/2011, instituída em 16 de maio de 2012, tendo por finalidade apurar graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

Apesar das intempéries do processo de pesquisa empírica, relatadas a seguir, atualmente é inegável que a divulgação dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade – que possuiu um grupo de trabalho voltado a analisar criticamente o sistema de justiça durante a ditadura –, contribuiu para que o enfoque sobre o papel desempenhado pelo judiciário durante a ditadura ganhasse maior destaque no meio acadêmico. Consequentemente, as dificuldades expostas neste texto devem ser conjugadas com o estágio de reflexão dos espaços de produção do conhecimento jurídico sobre o próprio direito e sobre os agentes do direito e espaços de justiça. Nesse sentido, merece destaque um trecho da conclusão da Comissão Nacional da Verdade sobre as funções desempenhadas pelo judiciário brasileiro durante a ditadura civil-militar:

> *Destarte, sublinha-se que, em conjunto, as decisões do Poder Judiciário, quando do período ditatorial, refletem, muitas vezes, seu tempo e seus senhores; são expressões da ditadura e de seu contexto de repressão e violência. Os magistrados que ali estiveram – ou melhor, que ali permaneceram – frequentemente eram parte dessa conjuntura, inclusive porque, por meio da ditadura militar, foi-lhes garantido um assento naqueles tribunais. Quem quer que tenha sido nomeado para o STF, por exemplo, durante a ditadura, tinha clareza das circunstancias a que estavam jungidos e quais votos eram esperados da sua lavra; sabiam da ausência de garantias dos magistrados; conheciam as reformas promovidas na composição e atribuições do tribunal; e, sobretudo, eram cônscios acerca de quem deveriam servir. Nesse contexto, conclui-se que a omissão e a legitimação institucionais do Poder Judiciário em relação às graves violações de direitos humanos, então denunciadas, faziam parte de um sistema hermético mais amplo, cautelosamente urdido para criar obstáculos a toda e qualquer resistência ao regime ditatorial, que tinha como ponto de partida a burocracia autoritária do Poder Executivo, passava por um Legislativo leniente e findava em um Judiciário majoritariamente comprometido em interpretar e aplicar o ordenamento em inequívoca consonância com os ditames da ditadura (Brasil, 2014, p. 957).*

Isso posto, retornando à natureza deste texto, trata-se de um relato que faz uma análise de caso sobre o processo de amadurecimento de uma proposta de pesquisa e sobre sua própria execução. Dessa forma, excepcionalmente, é estabelecida uma metarrelação para observar o transcorrido com quem se propôs a observar fatos que conseguissem problematizar minimamente as reflexões teóricas da pós-graduação e tentar produzir conhecimento jurídico por trilhas que não compartilhassem da pretensão totalizadora dos conceitos da dogmática do direito.

No andar da carruagem, como se verá, descobriu-se que as maiores dificuldades da pesquisa empírica ocorreram em circunstâncias que não estavam previstas nos livros de metodologia do direito, ou que, embora previstas por outros autores das ciências sociais (Stake, 2009; Habermas, 2009), pareciam demasiado longínquas para um pesquisador que tem sua formação em direito atrelada a uma ideia de pesquisa que tende a replicar conceitos, no sentido de que tal reprodução (geral, abstrata e impessoal) seria a própria produção de conhecimento jurídico.

Embora não houvesse essa consciência ao tempo dos primeiros fatos aqui relatos, este relato trata, além do relacionamento entre teoria e empiria, da tensão produtiva – da qual o pesquisador pode se valer –, a fim de construir planos de ação que busquem refletir sobre o direito sem a pretensão de adotar um comportamento cartesiano, cuja concepção de que um organizado encadeamento de regras e princípios possibilitaria a apreensão do pensamento e, por que não, do universo (Baumer, 1990a, p. 56).

Ademais, a narrativa é feita em primeira pessoa, no intuito de marcar a voz ativa do pesquisador que, não casualmente, é o narrador. Essa escolha foi realizada para não esconder a riqueza da experiência decorrente de um processo de pesquisa empírica em direito em um discurso impessoal e passivo. Ao contrário, o relato tenta registrar que diversas decisões tomadas no curso da pesquisa surgiram em um contexto complexo, que uniu o meu histórico de pesquisa, a proposta de pesquisa e as situações concretas com as quais me confrontei na tentativa de produção de conhecimento. Muitas das escolhas realizadas nesse processo, então, foram ponderadas a partir de uma boa dose de sensibilidade, que não se confunde

com ausência de critérios ou com falta de rigor metodológico. Ao contrário, esse relato reconhece que o pesquisador só consegue sustentar teoricamente determinadas decisões se conseguir estabelecer uma delicada articulação entre seu histórico de experiência e seu horizonte de expectativa (Koselleck, 2006). Essa fórmula que une razão e sensibilidade ainda não está disponível em drágeas, de forma que os livros podem alertar os pesquisadores de que, possivelmente, em algum momento, soluções metodológicas criativas poderão (ou deverão) ser adotadas, mas as doses e os momentos para isso variam caso a caso.[4]

## 2 Plano de vôo I: primeiro contato com expressões e estratégias de pesquisa empírica

Fiz o mestrado em uma universidade pública que tem um trabalho tradicionalmente voltado para o debate constitucional e que desenvolveu em papel fundamental na história do ensino superior brasileiro, especialmente na época da ditadura civil-militar. Além disso, a linha de pesquisa na qual ingressei era bastante receptiva a contribuições provenientes de outras áreas, afirmação que poderia ser redundante, mas que, na área do direito, merece ser registrada.

Fui apresentada à expressão *estudo de caso* no início do mestrado, casualmente em uma das primeiras aulas de quem viria a ser meu orientador. Passado algum tempo do início do curso, em boa parte dedicado à ambientação e à escolha, recíproca, da dupla orientador-orientanda, havíamos definido que a dissertação utilizaria um estudo de caso para verticalizar as considerações teóricas. A ideia era desenvolver o conceito de soberania, com base nas teorias da Constituição, a partir de um fato ocorrido em 2000. Na ocasião, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso acionou o Exército para proteger sua fazenda, localizada em Minas Gerais, de uma eventual invasão pelos integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Naquele momento, a ideia parecia-me excelente, pois meu desconhecimento metodológico sobre aquela estratégia de pesquisa inseria-me em um nível confortável de despreocupação. Além disso, o fato concreto (mobilização do exército para proteção da fazenda do Presidente da República), por si só, era bastante interessante. Instintivamente, parecia-me razoável (e suficiente) a presunção de que um caso concreto interessante resultaria em um bom *estudo de caso*.

Na época, minha base epistemológica sobre *estudo de caso* resumia-se à expressão cunhada pelo meu orientador nas suas aulas: "O estudo de caso é um guarda-chuva: ele abre, mas também impõe limites". Desconsiderando minha vivência em pesquisa (em boa parte não empírica) que vinha desde o início da graduação em direito, minhas estratégias metodológicas resumiam-se a refletir sobre essa frase – o que muitas vezes me fez pensar: "Isso entra no guarda-chuva, isso sai". Em virtude de diversos fatores, principalmente por ter contato com outros enfoques, outras vivências e novos problemas, meu objeto da pesquisa foi alterado, motivo que afastou, temporariamente, a estratégia do estudo de caso da minha pesquisa.

A partir do segundo ano do mestrado percebi que minha dissertação seria um exercício de criatividade. Mesmo sem ter plena consciência metodológica do que estava fazendo, realizei um estudo de caso (que desde sempre se apresentou como único, pois eu não cogitava a existência de estudo de casos múltiplos) sobre um processo legislativo, escolhido pelo critério de ser único e decisivo (Yin, 2005, p. 62). Concretamente, minha pesquisa buscava analisar as discussões parlamentares, e os sentidos subjacentes, que envolveram o processo legislativo que culminou na Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia). O problema de pesquisa era identificar o que denominei de *discurso de esquecimento* que estava amalgamado ao processo de anistia política no Brasil.

De forma despretensiosa, quase que ainda em uma fase exploratória, entrei em contato com a Secretaria de Assuntos Legislativos, do Ministério da Justiça, explicando cuidadosamente que as fontes seriam

4 Ainda sobre avisos preliminares ao leitor, convém registrar que, em boa parte, este texto tem como inspiração um relato de Kant de Lima (1997), posteriormente transformado em livro, em que ele descreve seus percalços durante seu período de estudante nos Estados Unidos. Embora o referido livro tenha claramente outro propósito, qual seja, o de apresentar reflexões antropológicas sobre as vivências acadêmicas norte-americana e brasileira, a naturalidade dos relatos e a escrita em primeira pessoa são, inegavelmente, elementos trazidos para este artigo.

utilizadas uma pesquisa de mestrado, e perguntei se havia registros sobre os debates parlamentares que antecederam a promulgação da Lei nº 6.683/79. Fui informada, via e-mail, que meu pedido seria verificado. Surpreendentemente, duas semanas após a realização do meu pedido, recebi um telefonema, por volta de meio-dia, indagando sobre onde me encontrava, pois o material que eu havia solicitado seria entregue pessoalmente. Duas horas depois, recebi duas caixas de transcrições dos debates parlamentares transcorridos entre 1978 e 1979, que tratavam sobre a Lei de Anistia. Nessa parte, indispensável registrar que o Secretário de Assuntos Legislativos da época era Pedro Abramovay, que cursava seu doutorado na mesma universidade que eu e que fazia questão de estreitar os laços entre os debates acadêmicos e as práticas políticas. Não parece ser acaso que naquele momento davam-se os primeiros passos do *Projeto Pensando o Direito*.

Ato contínuo, analisei as fontes, redigi meu primeiro capítulo – o único reservado à pesquisa empírica. Intuitivamente, talvez por verificar que, de fato, a pesquisa não faria sentido se transcorresse de outro modo, acabei realizando um projeto de pesquisa que, quanto à parte empírica, previa os cinco passos indicados por Yin (2005, p. 42): questões de estudo, proposições, unidades de análise, lógica que une os dados às preposições e critérios para interpretar as constatações. Surpreendentemente, o capítulo que tratava sobre o estudo de caso foi a parte mais rica e instigante de todo o processo de pesquisa e de escrita da dissertação, que até hoje pode ser novamente debatida e problematizada, o que me faz pensar que qualquer outro pesquisador que vier a estudar o mesmo caso, a partir do mesmo questionamento, chegará a constatações semelhantes. Ainda que considerado meu contexto de desconhecimento metodológico, o trabalho realizado parecia-me confiável (Yin, 2005, p. 60).

## 3 Plano de vôo II: a necessidade de adoção da pesquisa empírica e o aprofundamento sobre estratégias metodológicas

Ingressei no doutorado em outra instituição, privada, com um histórico bem distinto daquela em que fiz o mestrado. Embora com outro nome, minha linha de pesquisa foi mantida e o viés transdisciplinar também. No mestrado, havia me debruçado sobre alguns elementos afetos aos Poderes Legislativo e Executivo, o que me levou a ter especial interesse sobre algo que dificilmente aparecia nos debates acadêmicos do meu campo de estudo: o Poder Judiciário. Cabe, aqui, uma breve retomada da contextualização sobre o objeto da pesquisa, pois muitos dos percalços metodológicos são devidos à sua natureza e, *a priori*, não parece compreensível porque logo o Poder Judiciário não era pautado em uma pesquisa jurídica de campo.

Sinteticamente, a tese se debruçou sobre a atuação e a participação do judiciário brasileiro durante a ditadura civil-militar (1964-1985). O problema era identificar de que forma o judiciário atuou durante os anos de 1964 e 1985, a fim de identificar relações de oposição e solidariedade estabelecidas com o regime militar. A hipótese central era a de que o judiciário assimilou elementos ideológicos do regime militar e naturalizou estruturas e formas de atuação autoritárias. Dentre as variáveis construídas para verificar a hipótese estavam, por exemplo, a utilização da terminologia da Doutrina da Segurança Nacional nas decisões judiciais, a aplicação da legalidade autoritária, a ausência de referência ao contexto sócio-político da época, a estrutura técnico-burocrática da instituição, dentre outros.

Esse estudo utilizaria fontes provenientes da própria instituição, tais como publicações oficiais, transcrições de discursos de posse, atas dos tribunais e fundamentos de decisões judiciais. Como minhas pesquisas há algum tempo se dedicavam ao tema da justiça de transição (transdisciplinar, por excelência), a base teórica para justificar a escolha do objeto e a hipótese de pesquisa não era, de fato, a minha maior preocupação, pois eu já tivera contato com diversos trabalhos que, através de pesquisas empíricas, apresentavam resultados no sentido de que as instituições desempenharam importantes funções na estrutura dos poderes militares na América Latina (Piovesan, 2014). Nesse sentido, os trabalhos de dois pesquisadores estrangeiros, que se valeram de fontes primárias e de estudos comparados para refletir sobre a atuação das instituições durante os regimes autoritários latino-americanos, receberam minha especial atenção: Anthony Pereira e Paloma Aguilar.

Anthony Pereira (2010) debruçou-se sobre o papel central que determinadas instituições podem assumir em contextos de graves e sistemáticas violações dos direitos humanos. Para ele, as nuanças da relação entre as Forças Armadas e o Judiciário nos regimes militares podem denunciar um tênue vínculo entre a violência passada e presente. A partir de tal constatação, Pereira defendeu em seu trabalho que a relação do Judiciário com as Forças Armadas não é irrelevante, já que os diferentes graus de cooperação e de oposição entre as forças militares e o sistema judicial trazem concretas consequências em relação à efetivação dos direitos humanos. Ademais, para o autor, as decisões proferidas pelos tribunais criam registros históricos, influenciam a sociedade, conferem aparência de legitimidade à legalidade autoritária e moderam a repressão política.

Mencionando o Brasil, Pereira (2010, p. 27) afirma que as instituições legais do regime militar brasileiro deixaram inúmeras consequências, citando que, após 1985, foram fragilizadas as medidas que buscavam instaurar uma justiça de transição, a exemplo da aceitação da autoanistia concedida pela Lei nº 6.683/79 e do difícil acesso à documentação em poder dos órgãos de segurança do regime militar.

Já Paloma Aguilar (2013), interessada nas consequências da aliança entre o Judiciário e as Forças Armadas sobre a efetividade de medidas transicionais, fez um estudo comparado entre Chile, Argentina e Espanha. A autora constatou que enquanto o Chile e a Argentina criaram comissões da verdade e revogaram (no caso da Argentina) ou realizaram amplo debate sobre suas leis de autoanistia (no caso do Chile), a Espanha não criou comissões da verdade, não teve nenhum caso de responsabilização judicial, não estabeleceu debate público sobre sua lei de anistia e as decisões judiciais proferidas no regime franquista não foram anuladas.

Analisando os registros sobre a organização judiciária e as decisões proferidas durante os respectivos períodos autoritários, Aguilar (2013, p. 10) constatou que o Judiciário espanhol colaborou com o regime franquista, realizando um controle social e valendo-se da ideologia do regime nas sentenças. Nessa abordagem sobre o relacionamento entre os Poderes Executivo e Judiciário, Aguilar verificou que havia reserva de vagas de ingresso na carreira para juízes partidários do franquismo; ampla utilização de sanções disciplinares, recrutamentos, promoções e transferências a fim de limitar a independência dos membros do Judiciário, bem como inúmeros juízes e promotores que integraram tribunais de exceção durante a repressão franquista passaram a ocupar cargos nos alto escalão do Ministério da Justiça e em outros órgãos do Executivo.

Na linha do trabalho de Pereira (2010), Aguilar (2013) formulou a tese de que quanto mais direto o envolvimento do Judiciário na repressão autoritária, menos provável é o estabelecimento de responsabilização judicial ou medidas de verdade durante o período de democratização. Ademais, considerou que quando a responsabilidade pela repressão pode recair sobre membros do Judiciário (não se restringindo apenas às forças militares e policiais), juízes e promotores tendem a relutar em aprovar medidas punitivas contra os repressores. Igualmente, os membros do Judiciário também reagiriam de forma mais incisiva contra a publicização do passado, através de comissões da verdade, pois o escrutínio público no tocante aos atos judiciais poderia denunciar procedimentos realizados sem garantias judiciais mínimas, questionando a lisura e a independência dos órgãos judiciais.

Minha proposta de pesquisa de doutorado sofreu importantes aperfeiçoamentos, a partir de contribuições de professores de outras áreas, principalmente de cientistas políticos e sociólogos. Inspirada nesses aportes e nas pesquisas anteriormente mencionadas, que também possuíam trabalhos com fontes primárias e resultados relevantes e inéditos, defini o plano de trabalho da pesquisa. O próximo enfrentamento seria encontrar fontes primárias para a pesquisa nos limites dos deslocamentos possíveis dentro da departamentalização epistemológica de produção do saber jurídico (Machado, 2013, p. 183).

## 4 A exploração: a indissociabilidade do amadurecimento da reflexão teórica com a pesquisa de campo

O problema de pesquisa envolvia dois elementos centrais (ditadura civil-militar brasileira e Poder Judiciário) que deveriam ser concatenados através de conceitos desenvolvidos teoricamente, os quais atuariam como pontes aptas a testar a hipótese de que

o Judiciário teria atuado de forma solidária com a estrutura autoritária da época.[5] O primeiro movimento foi no sentido de identificar as questões relevantes do meu problema de pesquisa, a fim de visualizar quais evidências poderiam responder às suas questões iniciais (Yin, 2005, p. 40). Tratei de revisar a literatura disponível, a fim de desenvolver questões mais objetivas e perspicazes sobre o mesmo tópico. Os resultados dos trabalhos encontrados seriam o ponto de partida da minha pesquisa.

Antes de começar a trabalhar efetivamente com as variáveis teóricas e com a pesquisa de campo, senti a necessidade de tomar algumas decisões metodológicas para delimitar e fundamentar melhor a pesquisa. Quanto ao aspecto territorial, tratei logo de afastar estudos comparados, centrando meu trabalho apenas no Judiciário brasileiro. Ainda assim, para uma só pesquisadora, seria inviável trabalhar com fontes primárias sobre o Judiciário sob um prisma nacional. Trabalharia com um Estado da federação ou mais? Com a justiça comum, especial ou ambas?

Também foi nesse momento, por exemplo, que surgiu o questionamento sobre o que eu entenderia pelo período da *ditadura civil-militar*: seriam os anos de 1964 até 1985? De 1964 até 1988? Ou de 1946 até 1988, tal como prevê o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias? Ou era razoável construir outro limite temporal? Todas essas possibilidades confrontaram-me com o mais constante desafio da pesquisa empírica: a necessidade de justificar exaustivamente cada elemento utilizado. O pesquisador que se propõe a fazer uma pesquisa empírica é constantemente confrontado com sua capacidade de tomar decisões.

Logo após definir o que minha pesquisa interpretaria como *período da ditadura civil-militar*, deparei-me com outro desafio: o de encontrar fontes primárias a partir desse limite. Ocorre que, ao tempo desses acontecimentos, não havia certeza sobre a existência e a conservação das fontes primárias que me propunha a utilizar (processos, revistas da época, transcrição de discursos, publicações oficiais em jornais, etc.). Além disso, eu me questionava se, caso elas existissem e estivessem em boas condições de conservação, eu verificaria um processo judicial para cada ano do período ditatorial? Ou seria melhor conjugar a análise de processos com publicações de revistas oficiais? E se um processo durasse oito anos, ele valeria por oito processos? Ou seria melhor considerar o período da ditadura como um macro-limite, sem a preocupação de reiterar a hipótese a cada novo ano? Não haveria risco de concentrar a análise em alguns poucos anos, incorrendo em uma falácia de generalização?

Paralelamente e apesar desses desafios iniciais, em razão da peculiaridade do objeto da pesquisa e do conhecimento sobre o contexto que o envolvia – muito em razão de já pesquisar na área há alguns anos –, percebi que eu deveria manejar meu conhecimento prévio sobre o tema na contramão do que a bibliografia sobre estudo de caso preceitua. Assim, embora já houvesse um razoável desenvolvimento teórico, com a feitura do projeto de pesquisa, antecipei consideravelmente minha fase exploratória, fazendo com que ela se desenvolvesse quase que concomitantemente com o restante da reflexão teórica – contrariando, em alguma medida e justificavelmente, recomendações metodológicas a respeito da delimitação clara de uma teoria antes de iniciar um estudo de caso:

> *O projeto completo de pesquisa incorpora uma "teoria" do que está sendo estudado. Não se deve, de forma alguma, pensar a respeito dessa teoria como formalidade das grandes teorias em ciências sociais, nem se está pedindo que você seja um teórico magistral. Em vez disso, o objetivo elementar é possuir um esquema suficiente para seu estudo, e isso exige proposições teóricas. Assim, o projeto completo de pesquisa fornecerá uma direção surpreendentemente forte ao determinar quais dados devem ser coletados e as estratégias de análise desses dados. Por essa razão, é essencial que se desenvolva uma*

5 Convém destacar que tal hipótese foi cuidadosamente construída, sem desconhecimento das inúmeras supressões de garantias dos membros do Judiciário durante a ditadura e de diversos posicionamentos de juízes que publicamente opunham-se ao regime autoritário, os quais, não raras vezes, sofreram represálias pelo poder militar. Ainda assim, feitas essas ressalvas, é possível identificar discursos e comportamentos generalizados dentro da instituição, que fazem com que tais posicionamentos de resistência sejam louváveis exceções diante de um contexto de omissão frente a uma política sistemática e generalizada de graves violações dos direitos humanos.

*teoria antes que se faça a coleta de dados para qualquer estudo de caso (Yin, 2005, p. 50).*

Provavelmente, em um cenário ideal haveria uma clara delimitação entre a estruturação do projeto, o desenvolvimento da reflexão, a escolha da estratégia metodológica, a coleta dos dados e as conclusões que, no caso, consubstanciaram a tese de doutorado. Entretanto, acolhi a afirmação de Yin (2005, p. 44) sobre a flexibilidade do trabalho, ingressando em uma constante revisitação das unidades de análise. No meu caso, parecia-me que a escolha contrária (que não antecipasse a fase exploratória) poderia prejudicar todo o doutorado.

A preocupação que circundava a proposta de pesquisa empírica era justamente o enigma sobre a existência das fontes primárias e, se existentes, em que medida elas forneciam diagnósticos plausíveis para meus questionamentos. Além disso, na época, não havia nenhuma publicação acadêmica que problematizasse o tema. Era um campo desconhecido. Como dito, o passo seguinte foi investir em uma busca amplamente exploratória, para verificar se tais fontes existiam, quais seus estados de conservação e o que informavam.

Após algumas semanas pesquisando em bibliotecas, para me assegurar sobre o que havia sido publicado sobre o tema, aventurei-me para outros espaços. Obtive, então, o primeiro contato com um terreno razoavelmente desconhecido: os arquivos judiciais. A boa notícia: eles existiam. A má: eram mais de cinco, cada um com diferentes espécies de fontes e, consequentemente, com níveis de informação distintos.

Minha primeira ida, de fato, a um desses lugares poderia integrar um seriado norte-americano de investigação policial: luvas, registros sem flashes, salas à meia luz e, ao invés de cadáveres, páginas amarelas. Ocorrera também um claro confronto com a hermeticidade do direito, pois, desde a primeira visita a esses locais, fui recebida e auxiliada por historiadores, arquivistas, bibliotecários e antropólogos. Não havia nenhum pesquisador do direito e nenhuma pessoa com formação jurídica por perto, à exceção dos diretores dessas instituições que – embora se trate apenas de um palpite –, talvez nunca tivessem manejado aqueles materiais para alguma finalidade (academicamente) produtiva.

Ato contínuo, minha preocupação inicial confirmou-se, em parte. Não existiam mecanismos eficientes de busca dos processos históricos, nem dos outros materiais da época (revistas, panfletos, publicações oficiais, etc.). Verifiquei que, enquanto alguns materiais que haviam tido grande repercussão nos meios de comunicação durante o período da ditadura civil-militar eram cuidadosamente restaurados e arquivados, o restante dos milhões de documentos estava espalhado pelos inúmeros arquivos do Estado e, pior, armazenado das mais variadas maneiras. Começava, então, minha peregrinação por esses locais, os quais me apresentaram as mais variadas formas de guarda de documentos. Algumas, inclusive, com raciocínios e métodos bastante curiosos, relatados a seguir.

Simultaneamente, fui tomada por certo grau de complacência, pois me parecia evidente que, se ninguém fizera as perguntas que constavam no meu projeto de pesquisa, como as respostas poderiam existir? Talvez as dificuldades e os meios heterodoxos de armazenamento das fontes não se restringissem a esse recinto, mas a dificuldade de acesso certamente era potencializada na medida em que as unidades de análise requeriam o cruzamento de informações mais complexas e, sobretudo, inéditas. Constatei que a tecnologia da informação não havia chegado aos meus campos de busca e talvez nem houvesse interesse para tanto. A mim, cabia manejar com engenhosidade o conhecimento sobre as especificidades do meu problema de pesquisa para conseguir acessar algum material que me permitisse visualizá-lo de forma diferente e, sobretudo, responder aos questionamentos de pesquisa.

## 5 Fazendo uma limonada: dando sentido aos desafios da pesquisa empírica

Em razão de desconhecer os espaços e os métodos de armazenamento e de seleção dos arquivos, recorria diuturnamente aos profissionais daquelas instituições para melhor compreender a probabilidade de encontrar as fontes adequadas. Em regra, era auxiliada pelos servidores públicos que coordenavam os respectivos arquivos. Durante esse relacionamento,

mantido concomitantemente com instituições distintas, surgiram alguns percalços, alguns dos quais relato a seguir.

Conforme orientação recebida em um desses casos, eu precisaria ir a três locais diferentes para levantar informações que viabilizassem a busca dos arquivos que procurava. Só então, de posse de cada um desses arquivos, é que verificaria se seus conteúdos serviriam para a pesquisa. Tratava-se, na realidade, de uma caminhada no escuro. Esse percurso triangular deveu-se, em boa parte, pela ausência de digitalização dos processos mais antigos, de forma que os mecanismos naturais de busca utilizados pelos tribunais nos sistemas atuais de pesquisa em jurisprudência não se aplicam aos processos objeto da minha pesquisa. Assim, a busca deveria iniciar em um arquivo de alguma vara judicial, no qual fosse possível encontrar números de processos de determinado período histórico para, só então, tentar encontrar esses processos físicos no Arquivo Judicial Centralizado.

Em outra situação, também acompanhada pelo diretor de um dos arquivos, tive a oportunidade de acessar um programa interno de busca, que me apresentou centenas de fontes aparentemente relevantes para a pesquisa. No dia e no horário agendados para eu ter contato com o material selecionado, descobri que as fontes estavam armazenadas em diferentes caixas. Fui colocada em uma sala com centenas delas, sendo que cada uma das caixas guardava dezenas de outros materiais que não possuíam nenhuma relação com a pesquisa. Minha tarefa, então, era abrir cada caixa e procurar o papel que, em tese, possuísse alguma informação relevante. Após uma semana nesse processo, concluí que essa estratégia de pesquisa não forneceria elementos suficientes para uma pesquisa quantitativa nem fatos relevantes para uma abordagem qualitativa.

Outros fatores curiosos surgiram em meio a essa jornada. Descobri, por exemplo, que coordenadores de instituições distintas *não mantinham estreitos laços de amizade*, de forma que alguns caminhos de pesquisa que me foram indicados materializavam, na verdade, desavenças pessoais e poderiam ter sido abreviados. Em outras situações, fiz valer a força da argumentação para convencer os profissionais responsáveis pelas fontes que aquelas informações eram relevantes, mesmo que ninguém as tivesse buscado anteriormente. É pertinente destacar, também, que sempre me foi concedido acesso aos arquivos, embora condicionado, em alguns casos, a breves preenchimentos de formulários sobre a Lei de Acesso à Informação.

Gradativamente, passei a interpretar as dificuldades como tensões produtivas que, no mínimo (ou seja, se tudo desse errado), seriam brevemente relatadas em algum lugar da tese para justificar a não realização (ou a frustração) de uma pesquisa empírica. Em meio aos novos espaços e atores, comecei a identificar elementos que, longe de apartarem-se do meu fenômeno de interesse, justificavam, de forma relevante, a dificuldade de encontrar as fontes que poderiam me levar aos resultados esperados.[6]

Descobri, por exemplo, que havia grande quantidade de entrevistas com juízes armazenadas por aqueles arquivos judiciais, o que alguns denominaram de *História Oral do Judiciário*. Entretanto, também constatei que o objetivo daquele registro oral circunscrevia-se ao relato de vida dos magistrados, de forma que pouco retratava o contexto sócio-histórico do período em que atuavam ou questões polêmicas sobre aplicação do direito ou sobre a atuação do Judiciário enquanto instituição. Esse paradoxo serviu para reiterar alguns indícios obtidos na fase preparatória da pesquisa, ainda restrita às publicações oficiais, sobre meu objeto de pesquisa: a história do Judiciário é institucionalmente confundida (ou fundida) com a trajetória pessoal dos juízes, de forma que há mais informação sobre o número de filhos, a faculdade em que cada qual cursou a graduação em direito e sobre a transferência dos magistrados de comarcas do que acerca do papel que a instituição, Poder Judiciário, exerceu durante 1964 e 1985.

6 Essas dificuldades iniciais contribuíram fortemente para a confecção do artigo "Enquanto isso, na sala da Justiça", vencedor do Concurso de ensaios sobre o tema "Juízes/Judiciário e Ditadura(s) no Brasil", promovido pela Associação Juízes para a Democracia - AJD e pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, cuja premiação foi realizada em novembro de 2013, na Assembleia Ordinária do XXII CONPEDI, em São Paulo. O mesmo artigo foi publicado, em versão reduzida, no jornal nº 61 da Associação Juízes para a Democracia (Schinke, 2013).

Ilustrativamente, pode-se citar um livro comemorativo dos 45 anos da Justiça Federal do Estado do Rio Grande do Sul, que abrange o período de 1967-2012, em que não há nenhuma menção ao regime autoritário brasileiro (Rio Grande do Sul, 2012). O mesmo ocorre com diversas outras publicações institucionais da justiça comum estadual, tais como o livro "Tribunal de Justiça do RS – Mais de um Século de História" (Georgiadis, Silveira & Félix, 2012), que se debruça sobre o período de 1874 a 1999, sem registrar a ditadura militar.

Também detectei que informações objetivas (que notadamente enovelavam a ideia de acesso à justiça com acesso ao Judiciário) eram privilegiadas nas publicações oficiais, de forma que o que me fora apresentado como *história oficial do Judiciário* possuía duas grandes vertentes: ou relatava a vida dos juízes ou descrevia a criação de varas e comarcas, a transferência de sedes e a criação de justiças especializadas. Meses depois, apurei que aquilo que, inicialmente, se apresentara como um vácuo informativo, caracterizava uma informação nuclear que, possivelmente, justificava fortemente a escolha do objeto e, consequentemente, a relevância da pesquisa. Era, por assim dizer, um silêncio significante.

No início da fase exploratória da pesquisa, tive também contato com um processo em que se buscava a responsabilização de policiais pela prática de tortura e pela morte de um preso político. Essa ação judicial transcorreu por quase todo o período do regime militar brasileiro e foi exaustivamente acompanhada pelos meios de comunicação locais. A instrução desse processo demorou tanto tempo que a autora, viúva do torturado, faleceu antes do trânsito em julgado. A relevância e a riqueza desse processo podem ser apreendidas pelo fato de ter sido tombado, em 2011, e pelo Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade tê-lo mencionado como sendo um dos primeiros casos de judicialização das violações ocorridas durante a ditadura civil-militar.

Passados meses de pesquisa em diferentes locais e em contato com diversas fontes, deparei-me, de forma mais contundente, com a necessidade de decidir qual seria a principal estratégia metodológica utilizada na tese e se seria possível, ou conveniente, conjugá-la com outros métodos. Apesar de difíceis, o fato era que havia conseguido fontes relevantes para a pesquisa e que o material me forçava a escolher entre estratégias de pesquisa distintas. Basicamente, parecia-me mais razoável optar entre estudo de caso, incluindo a possibilidade de trabalhar com casos múltiplos, análise de arquivos ou pesquisa histórica.

Em virtude da escassez numérica de fontes da mesma espécie, fortemente ocasionada pelos meios arcaicos de busca nos locais de armazenamento, possibilidades de levantamentos quantitativos foram descartadas. Todavia, além de possuir informações significativas, o material coletado abrangia as mais diversas espécies de fontes, dando conta de diferentes graus e níveis de circulação e de impacto, o que, no fim, também caracterizava um elemento relevante para a pesquisa.

## 6 A escolha metodológica: otimizando fontes e conjugando estratégias

Pode-se dizer que o processo de pesquisa realizado até então, analisado globalmente, considerou todas as técnicas de maneira inclusiva e pluralística (Yin, 2005, p. 36), pois as fontes encontradas tinham as mais diversas origens e forneciam diferentes informações, ou seja, havia grande possibilidade de conjugar mais de uma estratégia metodológica para responder minhas hipóteses.

A estratégia preponderante, ao menos sob o aspecto temporal, em razão da incógnita sobre as fontes, foi o indiciário (Ginzburg, 2007, p. 177), que possibilita a identificação de rastros que integram uma mesma narrativa. Esse método indiciário permite a apreensão de sentidos quando o próprio ato de narrar torna-se falho e omisso. As fontes que demonstram a narrativa institucional do Judiciário sobre si mesmo e a aplicação da legislação autoritária, por exemplo, fornecem elementos aptos para serem trabalhados sob essa perspectiva indiciária.

Recorri a esse paradigma indiciário, pois me pareceu a estratégia mais propícia para compreender formas de controle sociais sutis e minuciosas, a partir de rastros colhidos em diversos materiais, com graus distintos de significação, mas que, ao fim, apontavam

para uma narrativa relevante dentro do meu problema de pesquisa. De fato, todo o material apreendido trazia indícios de um mesmo comportamento, como se fossem impressões digitais que poderiam me levar a determinada pessoa ou como fragmentos de recortes que viabilizariam formar uma imagem maior.

> *Se as pretensões de conhecimento sistemático mostram-se cada vez mais como veleidades, nem por isso a ideia de totalidade deve ser abandonada. Pelo contrário: a existência de uma profunda conexão que explica os fenômenos superficiais é reforçada no próprio momento em que se afirma que um conhecimento direto de tal conexão não é possível. Se a realidade é opaca, existem zonas privilegiadas – sinais, indícios – que permitem decifrá-la (Ginzburg, 2007, p. 177).*

Paralelamente, houve uma clara possibilidade de unir distintas estratégias metodológicas, a fim de relacionar as fontes com as questões do projeto de pesquisa e de melhor respondê-las. Confeccionei uma árvore metodológica que, embora trabalhosa, unia diferentes estratégias, para melhor atender distintas questões. Registre-se que essa construção só foi viabilizada após o contato com questões teóricas sobre pesquisa empírica, pois, do contrário, eu retornaria ao marco teórico do *guarda-chuva*. De forma geral, então, a pesquisa somou diferentes estratégias: para problemas inéditos, estratégias criativas.

Considerando que havia um caso (único) que testava minha reflexão teórica, era representativo, revelador e longitudinal (Yin, 2005, p. 63) e que, além de tudo, trava-se de um fenômeno dentro do contexto da vida real, em que os limites entre o fenômeno e o contexto não estavam claramente definidos (Yin, 2005, p. 32), uma das estratégias escolhidas foi o estudo de caso incorporado:

> *Uma etapa fundamental ao projetar e conduzir um caso único é definir a unidade de análise (ou o próprio caso). É necessária uma definição operacional e devem-se tomar algumas medidas precauções – antes que se assuma um compromisso total com o estudo de caso como um todo – para garantir que o caso, na verdade, seja relevante ao tema e às questões de interesse. Ainda podem ser acrescentadas subunidades de análises em um caso único, de forma que se possa desenvolver um projeto mais complexo – ou incorporado. As subunidades podem frequentemente acrescentar oportunidades significativas a uma análise extensiva, realçando o valor das impressões em um caso único. No entanto, se for dada atenção demasiada a essas unidades, e se os aspectos holísticos mais amplos do caso começarem a ser ignorados, o próprio estudo de caso terá sua orientação alterada e sua natureza modificada. (Yin, 2005, p. 67)*

Concomitantemente, a consciência de que um caso nunca será completo, por si mesmo, forneceu a flexibilidade necessária para combinar essa estratégia com outras abordagens que enriquecessem a reflexão. As fontes colhidas, assim, seriam consideradas na pesquisa para fornecer o contexto para o estudo de caso, para construir uma narrativa indiciária que, ao fim, culminaria no próprio estudo de caso.

Em razão da pesquisa não estar concluída, resta destacar que optou-se por uma estratégia analítica geral com base nas proposições teóricas desenvolvidas ao longo da pesquisa. Tal opção considerou, dentre outros fatores, a extensão temporal do caso, o que tornaria enfadonha uma análise através de estruturas e que, provavelmente, não conduziria claramente às indagações da pesquisa. A análise sobre explanações concorrentes não incidiu na pesquisa. A opção pela análise a partir das proposições teóricas tem se mostrado satisfatória, até então, na medida em que ignora informações irrelevantes para o problema de pesquisa, ao passo que ilumina elementos determinantes. Outro fator positivo é que essa estratégia de análise tem ajudado a organizar todo o estudo de caso (Yin, 2005, p. 168).

A estratégia analítica específica, por sua vez, está baseada na construção da explanação, em razão do forte cunho exploratório da pesquisa (Yin, 2005, p. 149). O constante movimento entre as proposições teóricas iniciais, o caso estudado e a revisitação das proposições teóricas parece ser um pressuposto da própria escolha do problema de pesquisa. Finalmente, o relatório adota o formato clássico de narrativa, concatenando os aspectos estudados no caso com as proposições teóricas. Nesse aspecto, na medida

do possível, tentei conformar as proposições teóricas com a temporalidade real do caso para facilitar a compreensão do fato, em si, e a relação com o desenvolvimento da reflexão teórica.

## 7 Considerações finais

Este texto afastou-se, consideravelmente, dos formatos tradicionais das narrativas acadêmicas do direito. Com a finalidade de relatar o trajeto de uma pesquisa empírica em direito, ainda em curso, optou deliberadamente por adotar uma forma mais próxima com o leitor, a fim de compartilhar vivências. Não há, todavia, nenhuma pretensão de que os caminhos aqui expostos sejam seguidos por outros pesquisadores. Trata-se, apenas, de contribuir para o debate acerca da construção de novas estratégias metodológicas para produzir conhecimento jurídico. Aparentemente, algumas dificuldades aqui apresentadas podem contribuir para colocar outros pesquisadores do direito de sobreaviso e, no melhor dos casos, confortá-los. Em razão de se tratar de uma narrativa com base em fatos reais, a base teórica apresentada limitou-se a indicar a bibliografia que sustenta a pesquisa, sem tecer considerações sobre leituras anteriores afetas à metodologia jurídica. Como o próprio texto refere, foram realizadas algumas escolhas, inclusive no momento de escrever este texto, no sentido de retratar os elementos que pareciam se diferenciar, mais claramente, de uma pesquisa que se restrinja a considerações dogmáticas.

Nesse ínterim, talvez alguns elementos práticos tenham sido supervalorizados, a exemplo do relacionamento com os diretores dos arquivos. De qualquer forma, o intuito foi transcrever os principais acontecimentos que uma pesquisa empírica que tenta ultrapassar os limites (inclusive físicos) das faculdades de direito pode propiciar. Parece razoável indicar que quaisquer pesquisadores do direito que se proponham a ressignificar a forma pela qual o conhecimento jurídico é produzido, irão ingressar em novos espaços e, necessariamente, dialogar com novos atores e com outros saberes. No mínimo, presume-se que a capacidade de relacionamento interpessoal desses futuros pesquisadores poderá ser aperfeiçoada.

A partir desse relato, constato que a formação acadêmica jurídica que privilegia exageradamente métodos estritamente doutrinários, em detrimento de uma amarração com outras técnicas de produção do conhecimento jurídico – mais voltadas à empiria –, contribui diretamente para que fenômenos jurídicos não sejam enfocados sob distintos prismas, fazendo com que partes relevantes de um fenômeno do direito possam permanecer encobertos. Consequentemente, a riqueza que novas técnicas podem acrescentar ao conhecimento do direito é represada. Essa dificuldade de trabalhar com diferentes estratégias de pesquisa pôde ser constatada, nesse texto, pela dificuldade de escolha das estratégias metodológicas e pelos constantes desafios advindos de cada recorte feito na pesquisa. Este relato elucida que algumas dificuldades, aqui relatadas, poderiam ser evitadas se a prática acadêmica colocasse o estudante do direito em contato com as mais variadas metodologias, no intuito de fornecer instrumentos para que, diante de um problema de pesquisa, ele possa realizar escolhas, de forma consciente e segura, sobre a melhor estratégia a ser adotada.

Como alertado inicialmente, a pesquisa relatada está em curso, o que acarreta que esta narrativa tenha certa propensão à frustração dos seus leitores. De uma forma otimista, prefiro admitir que quem se tenha o trabalho de ler um texto que trate sobre pesquisa empírica em direito abandonou, há muito tempo, qualquer pretensão de completude e de univocidade. Talvez, daqui alguns anos, a pesquisa relatada seja novamente apresentada com os resultados obtidos. Por ora, a única afirmação que pode ser feita, além da que o estudo de caso ainda não está concluído, é a de que o primeiro capítulo da tese é dedicado à estratégia metodológica adotada, vez que os percalços dessa pesquisa empírica podem ser os melhores argumentos para justificar a necessidade de reflexão sobre meu problema de pesquisa.

## 8 Referências


Aguilar, P. (2013). Judiciary Involvement in Authoritarian Repression and Transitional Justice: The Spanish Case in Comparative Perspective. *International Journal of Transitional Justice*, 7 (2), 245-266.

Baumer, F. L. (1990a). *O Pensamento Europeu Moderno* (v. I). Vila Nova de Gaia. Edições 70.

Baumer, F. L. (1990b). *O Pensamento Europeu Moderno* (v. II). Vila Nova de Gaia. Edições 70.

Bourdieu, P. (2002). *O poder simbólico* (5. ed). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

Brasil (2014). O Judiciário na ditadura. In Comissão Nacional da Verdade, *Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade* (vol I, parte IV, pp. 934-958). Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Parte_4.pdf

Cooper, H. M. (1984). *The integrative research review*. Beverly Hills: Sage.

Elster, J. (2006). *Rendición de Cuentas - La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Buenos Aires: Katz.

Georgiadis, C.; Silveira, D. O.; Félix, L. O. (2012). *Tribunal de Justiça do RS - Mais de um Século de História*. Memorial do Judiciário do RS. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJ.

Ginzburg, C. (1987). *O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela Inquisição* (3. ed). São Paulo: Companhia das Letras.

Ginzburg, C. (2007a). *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história* (2. ed). São Paulo: Companhia das Letras.

Ginzburg, C. (2007b). *O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício* (2. ed). São Paulo: Companhia das Letras.

Habermas, J. (2009). *A Lógica das Ciências Sociais*. Petrópolis: Vozes.

Koselleck, R. (2006). *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos.* Rio de Janeiro: Contraponto.

Lima, R. K. (1997) *A antropologia da academia: quando os índios somos nós* (2. ed). Niterói: EDUFF.

Mate, R. (2005). *Memórias de Auschwitz – atualidade e política*. São Leopoldo: Nova Harmonia.

Mate, R. (2008a). *La herencia del olvido*. Madrid: Errata naturae editores.

Mate, R. (2008b). *La razón de los vencidos*. Barcelona: Anthropos Editorial.

Martins, G. A. (2008). *Estudo de Caso: uma estratégia de pesquisa* (2. ed). São Paulo, Atlas.

Pereira, A. (2010). *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina* (Trad. P. de Q. C. Zimbres). São Paulo: Paz e Terra.

Piovesan, F. (2014). Justiça de transição, reformas institucionais e consolidação do Estado Democrático de Direito: o caso brasileiro. In E. P. Meyer & A. C. Oliveira. *Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988* (2. ed). Belo Horizonte: Initia Via.

Ricoeur, P. (2007). *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Editora da Unicamp.

Rio Grande do Sul (2012). 1967-2012: JFRS 45 anos em movimento. *Primeira Instância,* 227.

Santos, R. L. (2010). *Crimes da ditadura militar – responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos Direitos Humanos.* Porto Alegre: Nuria Fabris.

Schinke, V. D. (2013). Enquanto isso, na sala da Justiça. *Juízes para a Democracia*, 14 (61), 10.

Seligmann-Silva, M. & Nestrovski, A. (2000). *Catástrofe e Representação*. São Paulo: Escuta.

Seligmann-Silva, M. (2008). Narrar o trauma: a questão dos testemunhos de catástrofes históricas. In R. K. Umbach (Org.) *Memórias da repressão*. Santa Maria: UFSM, PPGL.

Stake, R. E. (2009). *A arte da investigação com estudos de caso* (2. ed). Lisboa: Calouste Gulbenkian.

Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 70-94.

Todorov, T. (2000). *Los abusos de la memoria*. Barcelona: Paidós.

Wolcott, H. F. (1990). *Writing up qualitative research*. Newbury Park: Sage.

Yin, R. (1997). Case study evaluations: a decade of progress? *New Directions for Evaluation*, 76, 69-78.

Yin, R. (2005). *Estudo de caso*: planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman.

Zyl, P. V. (2009). Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição,* 1 (jan./jun.), 32-55.



Data de submissão/Submission date: 30.09.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 21.12.2014

# A INTERAÇÃO ARGUMENTATIVA ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OUTRAS CORTES[1] // *Aline Oliveira de Santana[2], Luciana de Oliveira Ramos[3] e Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros[4]*


## Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal / argumentação jurídica / precedentes judiciais / tribunais constitucionais / interação argumentativa


## Sumário


**1 Introdução**
**2 Precedente, integridade e interação argumentativa entre cortes no Brasil**
2.1 Precedente não é jurisprudência (e vice-versa)
2.2 A falta de integridade da jurisprudência e a interação argumentativa entre cortes brasileiras
**3 Esquema avaliativo da interação argumentativa**
**4 Interações argumentativas entre o STF e outras cortes**
**5 Casos de interação argumentativa**
5.1 O caso do crédito-prêmio de IPI
5.2 Conflito de competência entre as justiças comum e do trabalho
5.3 O caso das execuções das contribuições previdenciárias nas condenações trabalhistas
5.4 O caso da ampla defesa em processo administrativo disciplinar
**6 Considerações finais**
**7 Referências**



## Resumo

O propósito deste artigo é examinar as interações argumentativas entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e outros tribunais com o objetivo de verificar como decisões de outras cortes têm sido utilizadas pelo STF. Utilizando algumas categorias de análise, os autores se propõem a identificar se os ministros do STF se preocupam em construir fundamentações a partir de posicionamentos firmados por outras cortes, inclusive as estrangeiras e transnacionais. A análise qualitativa de alguns acórdãos proferidos em sede de recursos extraordinários revelou fracas interações entre o STF e as outras cortes, porque na maioria dos casos os ministros do STF apenas fizeram menção a decisões anteriores proferidas por outras cortes, sem necessariamente incorporar os argumentos nelas contidos na fundamentação do seu voto. Dos onze casos analisados, em apenas quatro, verificou-se a influência das decisões mencionadas na definição do problema jurídico e da resposta judicial.



1 Esse artigo é fruto dos estudos e pesquisas realizadas pelo Núcleo de Justiça e Constituição da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), do qual os autores fazem parte. Agradecemos a todos os pesquisadores desse Núcleo pelas profícuas discussões semanais que contribuíram enormemente para as reflexões contidas neste trabalho e pelo apoio da FGV DIREITO SP, em especial à coordenadora do Núcleo, a Professora Luciana Gross Cunha. Agradecemos também os comentários feitos no "II Seminário Internacional de Teoria Institucional, cortes Institucionais e Realidade Política", realizado em 2013 na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), onde uma versão preliminar deste trabalho foi apresentada. Por fim, agradecemos a Susan Hirsch pelas críticas feitas a uma versão mais atualizada do artigo apresentada na Conferência da Law and Society Association, em maio de 2014, em Minneapolis.



2 Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) e pesquisadora do Núcleo de Justiça e Constituição da FGV DIREITO SP. E-mail: aline.santana2014@gvmail.br

3 Doutoranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (FFLCH/USP). Professora do GVLaw e pesquisadora do Núcleo de Justiça e Constituição da FGV DIREITO SP. E-mail: luciana.ramos@fgv.br

4 Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) e pesquisador do Núcleo de Justiça e Constituição da FGV DIREITO SP. E-mail: marcoloschiavo@gmail.com

# ARGUMENTATIVE INTERACTIONS BETWEEN BRAZILIAN SUPREME COURT AND OTHER COURTS // *Aline Oliveira de Santana, Luciana de Oliveira Ramos e Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros*

**Keywords**
Brazilian Supreme Court / legal reasoning / precedents / constitutional courts / argumentative interaction

**Abstract**
This paper examines the argumentative interactions between the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal - STF) and other courts in order to clarify how the STF uses other court's rulings. Using an analytical framework, the authors sought to identify whether the STF's Justices build their reasoning based on arguments mentioned by other courts' rulings, including foreign and transnational ones. Qualitative analysis revealed weak interactions between the STF and other courts since in most cases Brazilian Supreme Court's Justices merely mention prior rulings, without necessarily discussing the reasoning of other courts' decisions in order to use them as part of its own reasoning. Among the eleven cases analyzed, only in four cases we found some influence of the rulings mentioned in the definition of the legal issue and in the judicial response.

## 1 Introdução

No Brasil, um dos elementos que normalmente compõem a fundamentação de uma decisão judicial é a menção a casos decididos anteriormente. A citação de decisões passadas é um importante elemento para a avaliação e para a tomada de decisão judicial em situações idênticas à anterior. Assim, recorrer a decisões passadas é justificável na medida em que casos similares são decididos da mesma maneira.

Vale destacar que a citação de decisões anteriores por magistrados não acontece apenas em relação às decisões já proferidas por eles mesmos ou pelo tribunal do qual são membros. Para além dessas citações, algumas cortes têm mencionado também casos julgados por outros tribunais, sejam eles nacionais, estrangeiros ou até supranacionais.

Além de buscar atender à máxima de que casos similares devem ser decididos de maneira similar, as citações de decisões outras cortes se justificam também em razão do respeito à hierarquia existente na estrutura judiciária brasileira. Vale dizer, os juízes e tribunais ordinários devem observar e respeitar as decisões proferidas por colegiados superiores, cujas função e competência determinam a uniformização da interpretação da lei e conferem maior coerência à ordem jurídica.[5]

Basta verificar que a Constituição brasileira optou, no artigo 92, por distinguir os tribunais superiores dos demais. O Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) exercem, dentre outras funções, a competência recursal que os caracteriza como órgãos julgadores de sobreposição na estrutura judiciária. Na jurisdição brasileira, são esses os tribunais encarregados de uniformizar a aplicação do direito em todo território, nos termos do artigo 92, §2º da Constituição Federal.

Questão tormentosa que o presente estudo se propõe a analisar é: o que acontece quando os próprios tribunais superiores estão sendo citados entre si? Essa indagação está relacionada à qualidade da interação argumentativa[6] estabelecida entre esses tribunais.

Para entender de que modo as decisões de outras cortes superiores estão sendo citadas pelo Supremo Tribunal Federal, o presente artigo visa a examinar as interações argumentativas estabelecidas entre o STF e outros tribunais superiores – nacionais e supranacionais – a partir da citação de julgados. Com isso, pretende-se verificar: (i) qual é o contexto da citação, (ii) quais as repercussões da decisão citada no voto para a argumentação ali desenvolvida e (iii) se existe interação argumentativa entre as cortes.

Cabe esclarecer que a noção de interação argumentativa abordada neste estudo se refere à reflexão e à incorporação dos argumentos abordados na decisão citada seja para confirmá-los, refutá-los ou modificá-los na nova decisão. É dizer, a menção de decisões passadas exige do intérprete o reconhecimento e o aproveitamento do argumento já suscitado para uma nova fundamentação – e não um mero reforço argumentativo.[7]

5 Ressalte-se que se trata de uma definição estabelecida em razão da competência conferida aos tribunais. Não se questionam aqui a autonomia e a independência judicial. O que se destaca é a existência de uma lógica do sistema estruturado a partir de tribunais superiores e pelo duplo grau de jurisdição.

6 A noção de interação argumentativa para o presente estudo foi inspirada no texto de Virgílio Afonso da Silva, denominado "Integração e diálogo constitucional na América do Sul". Nesse texto, o autor trabalha com o conceito de integração jurídica e sustenta que ela possui duas formas: a integração jurídica discursiva e a integração institucional-legal. A primeira está relacionada à noção de empréstimo e migração de ideias constitucionais, enquanto a segunda requer instituições e poderes comuns, além de uma jurisdição comum para se concretizar (Silva, 2010). A ideia central apresentada é a possibilidade da integração por meio do diálogo, trata-se de uma integração por meio das ideais constitucionais que ocorre no nível da argumentação horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional. Diz o autor: "(...) mesmo que não haja muita legislação comum ou instituições comuns, os tribunais (e os ordenamentos jurídicos como um todo) aproximam-se por meio de uma aproximação no discurso jurídico. A mim me parece ser possível afirmar que isso é integração, uma integração por meio daquilo que alguns autores chamam de discurso entre tribunais, ou seja, de uma conversação ou um diálogo entre tribunais" (Silva, 2010, p. 10). Além disso, como será apontado, no plano teórico, o fundamento para a busca de interações argumentativas decorre da noção dworkiniana de integridade.

7 Na hipótese de citar decisões passadas como mero reforço argumentativo, a citação de precedentes seria igual ao exercício de exemplificação, apenas esclarecendo e não interagindo de maneira argumentativa. Veja o comentário de Luiz Guilherme Marinoni: "Se o precedente não se presta a permitir a compreensão do presente, mas apenas a indicar como uma situação já foi tratada,

A interação ocorre a partir das relações entre os tribunais – sejam eles nacionais ou supranacionais – e depende da integração entre eles por meio da argumentação. Como afirma Virgílio Afonso da Silva: "(...) simplesmente conhecer os outros, conhecer suas ideias, discutir e transformar juntos essas ideias podem ser também poderosas formas de integração" (2010, p. 21).

O ponto de partida é o fato que a interação entre as cortes é necessária tendo em vista a contextualização para a argumentação. É por meio da troca de ideias e das experiências que os intérpretes estarão melhor amparados para compreender e enfrentar os problemas da tomada de decisão. E, partindo-se do pressupondo de que efetivamente exista uma comunidade de princípios no sentido dworkinano – que requer que os julgamentos sejam coerentes com tais princípios –, é possível admitir uma integração da jurisprudência atenta a decisões passadas.

O presente artigo parte do diagnóstico da falta de integridade da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro[8] e da confusão entre precedente e jurisprudência. Em que pesem os recentes debates acerca dos institutos de uniformização de jurisprudência,[9] são poucos os estudos que se preocupam em verificar como ocorre na prática a citação de decisões judiciais e em entender como isso se reflete na dogmática produzida no país. O propósito deste estudo é contribuir para uma melhor compreensão desses fenômenos.

A identificação do modo como ocorrem as citações será realizada por meio do estudo qualitativo das menções feitas ao argumento de outras cortes em acórdãos do STF. Este estudo é, em certo sentido, um desdobramento da pesquisa "Fundamentação e previsibilidade no Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico de recursos extraordinários",[10] realizada em 2012 e 2013 pelo Núcleo de Justiça e Constituição da FGV DIREITO SP com o objetivo de analisar a atuação do STF enquanto corte recursal, função exercida especialmente por meio do julgamento de recursos extraordinários (RE). A hipótese adotada e confirmada pela pesquisa foi a de que as decisões do STF em RE não atendiam a padrões argumentativos suficientes, o que restringia sua previsibilidade. Por sua vez, o termo "previsibilidade" foi entendido como decorrente de uma argumentação capaz de justificar que cada decisão não era tomada casuisticamente. Em outras palavras, tratava-se de verificar se as decisões passadas constrangiam a atuação da corte. A amostra de 53 acórdãos foi determinada a partir dos seguintes critérios: a) recorte temporal entre 05/09/2007 e 01/09/2009, período no qual a composição do STF permaneceu inalterada; b) decisões do plenário, de mérito e efetivamente proferidas em RE.

As indagações deste artigo surgiram da constatação da necessidade de um exame mais profundo das citações de decisões de outros tribunais, incluindo a leitura das decisões citadas, o que escapou ao escopo daquela pesquisa. Para este artigo, portanto, optamos por analisar os 11 recursos extraordinários[11] pertencentes à amostra supramencionada, nos quais foram identificadas menções a julgados das mais variadas cortes, quais sejam: o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Constitucional Alemão, o Tribunal Constitucional da Espanha e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH).

A análise qualitativa desses casos exemplificativos visa, primeiramente, a identificar as finalidades das citações dos julgados de outras cortes pelos ministros do STF e, em segundo lugar, avaliar se prevalece ou não uma preocupação dos ministros em harmonizar entendimentos ou refletir sobre os posicionamentos firmados por outras cortes.

seria possível argumentar a sua assimilação como exemplo" (2010, p. 105).

8 Alguns autores (Streck & Abboud, 2013; Ramires, 2010) apresentam esse diagnóstico como a fragmentação do sistema jurídico brasileiro. Vale destacar que a falta de integridade da jurisprudência também pode ser identificada aqui como a falta de sistematização das decisões no direito brasileiro (Rodriguez, 2012).

9 Exemplos desses mecanismos de uniformização de jurisprudência são: o julgamento de recursos repetitivos a partir dos artigos 543-B e 543-C do vigente Código de Processo Civil, a introdução da súmula vinculante com a Emenda Constitucional 45/2004 e o debate sobre o projeto de lei do Novo Código de Processo Civil, em especial a atribuição de efeito vinculante para as decisões dos tribunais superiores.

10 Os resultados da pesquisa foram publicados em livro digital denominado "O Supremo Tribunal Federal para além das Ações Diretas de Inconstitucionalidade" (Cunha, Dimoulis & Ramos, 2014).

11 Trata-se dos RREE 482.090, 559.943, 556.664, 577.348, 466.343, 568.596, 434.059, 511.961, 597.994 e 596.956.

A análise do segundo objetivo conduz à reflexão acerca da importância da interação argumentativa entre as cortes. O objetivo é verificar se existe uma relação entre fortalecimento do ordenamento jurídico, enriquecimento do debate dogmático e a preocupação com a interação das cortes.

Para concretizar essa proposta, o artigo está dividido em seis seções: a primeira corresponde a esta introdução; a segunda contempla o diagnóstico do caso brasileiro que justifica a pergunta central do artigo; na seção 3, é apresentada a metodologia de análise dos casos selecionados; já na seção 4 são explicitados os resultados da análise qualitativa das decisões do STF, examinando-se se há interação entre essa corte e os tribunais federais, os tribunais especiais (TSE e TST) e as cortes estrangeiras e supranacionais. Na sequência, são detalhados os casos em que se verificou interação argumentativa entre as cortes. Por fim, a sexta seção conclui o texto, visando responder à pergunta: por que se preocupar com a interação argumentativa entre as cortes?

## 2 Precedente, integridade e interação argumentativa entre cortes no Brasil

Uma das dificuldades encontradas nas discussões acerca da aplicação de precedentes no Brasil é o descompasso entre o propósito desse instituto, de um lado, e a realidade jurisdicional e o ordenamento jurídico pátrio, de outro.

O precedente é um termo semanticamente vago e ambíguo para o direito brasileiro.[12] É recorrente verificar na prática que os tribunais acabam, por vezes, aplicando certos institutos (e.g., jurisprudência, precedente, leading case) sem estabelecer critérios capazes de diferenciar esses termos. Aliás, nesse sentido, uma das conclusões da pesquisa "Fundamentação e previsibilidade no Supremo Tribunal Federal: um estudo de recursos extraordinários" foi a constatação da falta de rigor na predicação dos termos pelo STF.

> *(...) os ministros não tratam o uso da expressão "precedente" de forma rigorosa, apenas seguindo um padrão lexical adotado por outros ministros, já que parece pouco provável que um determinado julgado que esteja na posição especial de precedente seja ignorado pelos demais ministros na decisão de um mesmo caso concreto* (Cunha et al., 2014, p. 51-52).

Para o presente estudo, a utilização aleatória (ou sem critérios) desses institutos legais é identificada como sintoma da falta de interação argumentativa entre os tribunais. Isso porque (i) há uma confusão entre precedente e jurisprudência na realidade judicial brasileira e (ii) prevalece uma falta de integridade da jurisprudência produzida no país. A reunião dessas condições gera um paradoxo: as decisões dos tribunais superiores são citadas como autoritativas, mas essa autoridade tem apenas força retórica, pois na prática essas decisões não vinculam as demais instâncias.

### 2.1 Precedente não é jurisprudência (e vice-versa)

Este artigo parte da premissa de que precedente tem um significado distinto de jurisprudência. Isso porque recorrer à força do precedente significa admitir um critério normativo para decisão, em razão de identidade material (fática), a partir de uma dada solução pretérita (e não um conjunto de decisões).

A recíproca é verdadeira, pois a jurisprudência não pode ser identificada como precedente vez que aquela corresponde a uma série reiterada de decisões, baseada na mesma questão jurídica (pouco importando a analogia com a questão fática), cuja função principal é apontar orientações ou, por vezes, sumular os posicionamentos dos tribunais superiores com pretensões de abarcar os casos futuros. O termo jurisprudência seria, então, mais adequado no contexto de países cujo sistema jurídico é romano-germânico. É possível afirmar, a respeito desse sistema, que as decisões judiciais têm caráter indicativo ou auxiliar. Em outras palavras, a jurisprudência não tem força vinculante, não é fonte primária de direito (Medina, 2006, p. 117).

Esse caráter auxiliar da jurisprudência deriva, entre outras razões, do fato de a legislação ser a principal

12 É por isso, por exemplo, que expressões como "*esta corte já analisou* (...)", "*a jurisprudência do tribunal firmou-se no sentido* (...)" e "*orientação firmada por esta corte*" podem ser identificadas com facilidade em petições e decisões judiciais, ou mesmo é fácil verificar os grandes blocos de citações de julgados nos acórdãos.

referência do intérprete do direito no sistema romano-germânico. As regras legisladas, que apresentam uma formulação canônica em termos gerais e abstratos, são desvinculadas dos argumentos favoráveis a elas. Sendo a decisão judicial interpretação e aplicação de uma regra legislada, o recurso a decisões do passado serve, normalmente, para esclarecer o sentido ou a extensão da regra aplicável (Medina, 2006, p. 195-197).

O precedente, por sua vez, é importante instrumento no common law para a compreensão de casos particulares (contextualizados), bem como para afirmar a viabilidade de uma determinada interpretação para uma dada situação particular pretérita. Afinal, "os precedentes são decisões judiciais anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras"[13] (MacCormick e Summers, 1997, p. 1). Dessa maneira, as regras que decorrem dos precedentes dependem da argumentação que fundamenta a decisão e são extraídas do processo de interpretação, não apresentando formulação canônica.

É por isso que existe a cláusula do stare decisis, a qual impõe ao intérprete verificar a aplicabilidade do precedente ao caso que está sendo decidido. Como o precedente é uma decisão concreta, vinculada ao caso particular, é imprescindível o exame das circunstâncias particulares capazes de justificar ou não a sua aplicação aos casos considerados análogos.

A distinção entre precedente e jurisprudência encontra uma série de divergências na teoria do direito (Dworkin, 2003; Schauer, 2009; MacCormick, 2008), as quais não serão abordadas neste artigo. Contudo, vale ressaltar que o nosso ordenamento jurídico não disciplina o precedente do common law. Em outras palavras, no caso brasileiro, o precedente não é produto da evolução histórica ou resultado da autonomização do sistema, o que impossibilita igualar a experiência brasileira à experiência do common law.[14] Trata-se antes de uma apropriação que repercutiu outros efeitos.

> *(...) a invocação de precedentes, no Brasil, tem seguindo uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de case law que se conheça, e em especial ao inglês e ao norte-americano. Sequer os rudimentos da teoria de precedentes, destilada durante séculos nos países que têm essa tradição, são conhecidos por aqui. O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre elas* (Ramires, 2010, p. 31).

É possível, no entanto, constatar a aplicação dos precedentes no Brasil. Não se nega aqui o fato de que o sistema jurídico brasileiro é permeável à utilização de precedentes judiciais na fundamentação das decisões. Todavia, é necessário definir e entender em que medida o debate dos precedentes ocorre nos nossos tribunais, verificando o propósito e a viabilidade da aplicação desse instituto como fundamento nas decisões judiciais. Um dos esforços dessa pesquisa é contribuir com esse debate a fim de melhor compreender como decisões pretéritas são utilizadas pelo Judiciário.

É importante destacar que há uma forte tradição de elaborar e prestigiar as ementas com pretensões universalizáveis no Brasil – uma "jurisprudência dos conceitos à brasileira" (Ramires, 2010), que desconsidera o simples fato de a tomada de decisão jurisdicional ser a solução de um problema jurídico particular. Essa é a nossa realidade, "[o]s códigos comentados e os livros de doutrina estão cheios de verbetes jurisprudenciais em tons conceituais, com pretensão de validade universal e, pior, são tomados por universalmente válidos pela comunidade jurídica" (Ramires, 2010, p. 50).

Esta tradição também se faz presente em outros sistemas jurídicos latino-americanos. Medina (2006) observa, em relação ao caso colombiano, uma prática de reduzir as decisões judiciais a pronunciamentos

13 Tradução do original: "Precedents are prior decisions that function as models for later decisions".

14 A passagem a seguir esclarece esse ponto: "*(...) no common law, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao 'precedente sumular' por intermédio de emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romana-germânica. Por outro lado, lembremos, com Harold Berman, que a regra do stare decisis do common law é fruto de evolução histórica, tal como outros institutos desse sistema jurídico são oriundos de um modelo de procedimento informal, não escrito e livre. Esses institutos e modelos de procedimento existem na mente dos cidadãos e na consciência da comunidade*" (Streck, 2013, p. 62).

quase legislativos por meio de

> *leituras parciais das decisões, nas quais se decide de maneira mais ou menos arbitrária que partes do texto jurisprudencial podem ser omitidas. Nessa leitura, são eliminados os elementos meramente particulares da decisão (fatos e decisão concreta) na ideia de que se está buscando uma regra canônica de natureza quase-legislativa ou conceitual. Despojados de fatos e decisão, são separados do texto os parágrafos mais gerais e abstratos que pareçam definir o ponto jurídico em questão. A sentença, assim, vale como autoridade de suporte de definições conceituais e não de solução de padrões de fato mais ou menos especificados* (Medina, 2006, p. 198).[15]

A consequência dessa situação, no Brasil, é a posição privilegiada dos tribunais superiores como porta-vozes da produção jurisprudencial, em detrimento daquilo que foi produzido pelos outros tribunais, sobretudo em relação ao debate da questão material, muitas vezes desconsiderada em prol de uma preocupação mais conceitual.[16] Talvez essa compreensão ajude a justificar a frágil interação argumentativa entre cortes brasileiras, já que, como será visto adiante, a grande maioria das citações servem como mero reforço do argumento.

Ao deixar de lado os argumentos apresentados e construídos nas outras instâncias, nota-se um esvaziamento da interação argumentativa entre as cortes. Assim a generalização, por exemplo, das súmulas ou do filtro da repercussão geral podem obstaculizar o processo de interpretação do juiz, impedindo-se, assim, o exame da singularidade do caso jurídico.

Ainda cabe destacar que a posição privilegiada dos tribunais superiores como porta vozes da produção jurisprudencial pode, por vezes, resultar em fator descontrolado de poder, que acaba concentrando a capacidade de decisão em poucos tribunais.

Certamente, uma estrutura organizacional hierarquizada mal compreendida pelos próprios operadores[17] pode impossibilitar a interação argumentativa apresentada neste trabalho e corroborar com o uso descontextualizado dos julgados, o sincretismo improvisado e as dificuldades decorrentes do mero transplante dos precedentes do common law para a experiência brasileira.

### 2.2 A falta de integridade da jurisprudência e a interação argumentativa entre cortes brasileiras

A ausência de interação entre cortes revela também a falta de integridade da jurisprudência produzida pelos tribunais – já que exclui a tradição das análises e, por vezes, dificulta a uniformização de interpreta-

15 Tradução do original: "Esta reducción de las sentencias es principalmente alcanzada mediante lecturas parciales de las decisiones, donde se decide de manera más o menos arbitraria que partes del texto jurisprudencial pueden ser obviadas. Por tanto, se eliminan del análisis los elementos meramente particulares de la decisión (hechos y decisión concreta) en la idea de que se está buscando una regla canónica de naturaleza cuasi legislativa o conceptual. Despojados de hechos y decisión, se buscan entre las consideraciones del fallador los párrafos más generales y abstractos que parezcan definir el punto jurídico en cuestión. La sentencia, así, vale como autoridad de soporte de definiciones conceptuales y no de solución de patrones fácticos más o menos especificados". Medina (2006, p. 115-116) chama a atenção para o uso frequente, no direito colombiano, de julgados com base em conexões conceituais: uma sentença é comumente fundamentada com julgados escolhidos não pela semelhança entre os fatos, mas a partir de referências conceituais comuns. A este cenário o autor contrapõe a experiência da Corte Constitucional, que trata suas decisões como precedentes vinculantes e chama as demais Altas Cortes (Conselho de Estado e Corte Suprema de Justiça) a fazer o mesmo (p.109).

16 Isso pode ser justificado a partir da própria legislação – e não somente em razão da própria conduta do magistrado. Para ilustrar o caso, basta examinar a cláusula de repercussão geral, que funciona como filtro das matérias que chegam ao STF nos recursos extraordinários. Além da transformação da redução da quantidade de processos julgados, a cláusula também implica o distanciamento entre o STF e as instâncias inferiores uma vez que, com base nos artigos 543-A, §5°, e 543-B do Código de Processo Civil, obstaculiza-se a interposição de recursos para a mesma corte em matérias semelhantes. O mesmo efeito de distanciamento pode ser identificado no procedimento de elaboração das súmulas vinculantes, visto que, no longo prazo, elas podem promover o enrijecimento do sistema, pois "ignora[m] que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através da subsunção de fatos a previsões normativas, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante silogismo" (Streck, 2013, p. 51)

17 No Brasil há 27 tribunais estaduais, além de 61 tribunais federais, que englobam inclusive justiças especiais, e tribunais superiores. Nesse sentido, é possível questionar qual seria a finalidade substancial – para além da distribuição de jurisdição – dessa grande ramificação de tribunais no país, sendo que, na prática, as interações argumentativas não acontecem entre as cortes.

ções já estabelecidas pelos tribunais superiores.

Explicamos: cada juiz está imerso em uma tradição que inclui uma série de histórias e memórias – o que confere ao julgador a necessidade de dialogar com essas decisões, estruturas, convenções e práticas de modo a não cair em arbitrariedades. Aliás, é isso que caracteriza a atividade de interpretar, pois a atribuição de sentidos não ocorre de maneira aleatória e descontextualizada, mas a partir de critérios e contextos previamente conhecidos pelo juiz.

Há uma história que não pode ser negada e, portanto, a pretensão à integridade do direito só pode ser reconhecida a partir da tradição e da memória. Isso exige a abertura para a interação interpretativa. Essa abertura, no entanto, não deve ser caracterizada por uma cega obediência, mas deve estar voltada para uma construção próxima e apropriada do caso analisado.

No plano teórico, a ideia de integridade jurisprudencial baseia-se, em grande medida, nas contribuições de Ronald Dworkin. Segundo esse teórico do direito, a interpretação jurídica exige a observação da integridade dos princípios compartilhados por uma comunidade. A integridade é um ideal político que determina a observação por todos dessa base coesa de princípios compartilhados. Nesse sentido há uma obrigatoriedade, no caso do direito, de observar a integridade no julgamento, solicitando dos julgadores a necessidade de fazê-lo de forma coerente com tais princípios.

> *[o] direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios* (Dworkin, 2003, p. 291).

A ideia de interação argumentativa entre os tribunais traduz uma noção de cooperação judicial (própria de uma comunidade), com a intensificação do debate dogmático, fortalecendo a unidade e a interação das diversas cortes que integram o ordenamento jurídico. E, ao mesmo tempo, tal interação favorece a integridade no julgamento ao longo da história, um verdadeiro *continuum* – "o direito como integridade pede [aos juízes] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso" (Dworkin, 2003, p. 273).

As relações entre as cortes devem ser consideradas, do ponto de vista da integridade, como uma relação de rede, própria de um processo de argumentação envolvendo muitos atores, fundada no aprendizado recíproco em detrimento de uma forma hierárquica monolítica de decidir e atenta ao modelo de comunidade.

Nesse modelo, deve-se verificar uma preocupação das cortes de se colocarem umas nos lugares das outras, para compreender os posicionamentos alheios, não como instâncias estáticas, mas interpretadas no contexto de continuação de uma obra produzida conjuntamente. Aqui não se parte de uma suposta jurisprudência mais autorizada ou principal, mas do debate construído a partir das questões levadas ao Judiciário.

Importa, assim, verificar se na interação argumentativa entre as cortes, por exemplo, os julgados são invocados nos votos não só como obiter dicta,[18] mas como elementos construtores da ratio decidendi.[19] É nesse sentido que o precedente judicial adquire papel decisivo na tarefa da continuidade da tradição e da integridade do direito. Sua influência será tão mais forte quanto maior for o debate do enunciado jurídico que decidiu o caso, tanto internamente entre os ministros, como externamente entre as cortes.[20]

Todavia, esse não é o caso da jurisdição brasileira. Sundfeld e Motta Pinto (2012), por exemplo, observam que não há uma síntese orgânica da própria jurisprudência do STF, de modo que não há conheci-

18 *Obiter dicta* corresponde aos componentes marginais que circundam o argumento central. São os argumentos que não transcendem o caso concreto, tampouco alcançam casos futuros.

19 *Ratio decidendi*, para os fins deste artigo, corresponde aos fundamentos definitivos para decidir e refere-se à prescrição que pode ser aplicada a casos futuros.

20 Aliás, a *ratio decidendi* não pode ser considerada isoladamente, pois a regra jurídica utilizada pela Corte somente pode ser analisada em correspondência com a questão material que ela solucionou.

mento suficiente sobre o quê e o quanto foi decidido e fundamentado pela corte. Segundo os autores, dessa situação decorre um efeito pernicioso: a jurisprudência[21] "não é fator influente na determinação do resultado e das razões respectivas do novo julgamento" (Sundfeld & Motta Pinto, 2012, p. 29). Isso está relacionado à tendência verificada entre os ministros de confirmar os julgados que citam, seja do próprio STF seja de outras cortes,[22] que pode ser explicada pelo fato de que:

> *o conjunto da jurisprudência não [é] tomado como dado a ser necessariamente considerado independentemente do resultado que o voto venha a defender, inclusive para eventualmente superá-lo, mas como um dos vários elementos que podem ser utilizados para a defesa de um resultado, a depender de sua conveniência* (Sundfeld & Motta Pinto, 2012, p. 31).

É a partir desse diagnóstico que o presente artigo busca compreender como a jurisprudência de outras cortes é incorporada às decisões do STF.

## 3 Esquema avaliativo da interação argumentativa

Para alcançar os objetivos propostos neste artigo, foram analisados casos exemplificativos que contemplam citações de julgados de outras cortes superiores pelo STF.

Numa primeira etapa, procurou-se averiguar o papel da citação no argumento desenvolvido no acórdão do STF e fazer uma comparação entre o acórdão do STF e o inteiro teor da decisão citada. Verificamos se havia semelhanças entre o problema jurídico (aqui entendido como caso concreto ou norma cuja constitucionalidade está sendo questionada) enfrentado pelas duas cortes. Formulamos, então, as seguintes categorias:

A. se o ministro do STF argumenta pelo acerto do julgado citado e ambas as decisões versam sobre o mesmo problema jurídico, *o julgado é confirmado*;
B. se o ministro do STF argumenta que o julgado citado está equivocado e ambas as decisões versam sobre o mesmo problema jurídico, *o julgado é superado*;
C. se o ministro do STF argumenta que as decisões versam sobre problemas jurídicos distintos e então descarta o uso do julgado, *o julgado é afastado*;[23]
D. se o ministro do STF argumenta pelo acerto do julgado citado sem descartar seu uso, mesmo que as decisões não versem sobre o mesmo problema jurídico, o julgado é confirmado por conexão conceitual.[24]

Esta última categoria surge da constatação de alguns ministros podem utilizar argumentos de um julgado cujo caso concreto seja diferente do caso por julgar. Em tais casos, Medina (2006, p. 117) alerta para a possibilidade de gerar decisões ilegítimas, pois a corte pode deixar de utilizar julgados sobre casos semelhantes para decidir somente com base em julgados de referência conceitual comum.

Em seguida, procuramos qualificar esses usos de julgado como inseridos num contexto de interação ou não entre as cortes, acrescentando à análise da primeira etapa considerações sobre como o ministro justifica a citação.

Denominamos *casos de interação* as situações em que o ministro do STF desenvolve uma justificativa cuidadosa do uso da decisão passada, explicando por que a decisão é relevante e de que modo ela é útil seja para

21 Os autores entendem por jurisprudência o conjunto integral das decisões de determinado tribunal.

22 Pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP (Sundfeld & Souza, 2012, p. 89) constatou, a partir de uma amostra de 267 acórdãos de ações de controle concentrado, que 94% das citações tinham por objetivo confirmar o posicionamento atribuído ao julgado citado. A pesquisa encontrou um percentual baixo de citações de outras cortes: apenas 2.62% de todos os precedentes citados (p. 30).

23 Cf. classificação adotada na pesquisa "O Supremo Tribunal Federal para além das Ações Diretas de Inconstitucionalidade" (Cunha, Dimoulis & Ramos, 2014) e no artigo "Accountability e jurisprudência do STF: Estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões" (Sundfeld & Souza, 2012).

24 Nos casos examinados neste artigo, não foram encontradas situações em que o ministro argumentasse que um julgado estivesse equivocado e este versasse sobre um problema jurídico diferente do enfrentado pelo STF.

definir o próprio problema jurídico que o STF deve resolver, seja para incorporar seus argumentos à argumentação desenvolvida pelo próprio ministro para declarar procedente ou improcedente a ação.

Finalmente, denominamos *casos de ausência de interação [ou interações frágeis]* as situações nas quais a decisão anterior é mencionada em meio a uma diversidade de elementos, como doutrina ou outros julgados. Cada um dos elementos não é decisivo para a argumentação desenvolvida pelo ministro: sua força decorre da quantidade de elementos que convirjam para o resultado desejado pelo ministro. Outra situação de ausência de interação é aquela na qual a decisão anterior é mencionada enquanto entendimento de uma corte hierarquicamente inferior, a qual tem o dever de mudar de posicionamento e se harmonizar com a posição adotada pelo STF.

## 4 Interações argumentativas entre o STF e outras cortes

Explicitadas as categorias de análise, convém apresentar os resultados da análise qualitativa, reunidos na tabela a seguir:

***Tabela 1.*** *Resultados sobre a existência ou não de interação argumentativa entre cortes*

| *RE* | *Resumo do julgamento* | *Julgado(s) citado(s)* | *Ministro* | *Corte de origem do julgado* | *Finalidade* | *Há interação?* |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 482.090 | Violação da reserva de plenário no STJ. A Turma do STJ afastou a aplicação do art. 4º, segunda parte da LC 118/2005, fundamentando-se no argumento da segurança jurídica. | EREsp 327.043 | Joaquim Barbosa | STJ | Superar | Não |
| 579.648 | Conflito de competência jurisdicional entre Justiça do Trabalho e Justiça Comum em ações possessórias (interdito proibitório) envolvendo movimento grevista (acesso de funcionários e clientes à agência bancária). O caso foi resolvido em favor da Justiça do Trabalho, por ser o piquete realizado na agência bancária exercício de direito de greve. | AgRg no CC 34.050, CC 46.577, CC 89.300 (3) | Menezes Direito | STJ | Confirmar | Sim |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 559.943 | Prazos de prescrição e decadência das contribuições sociais. Declarou-se a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/91 (prazos de prescrição e decadência maiores que os previstos no CTN para as contribuições sociais) e do § único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/77 (hipótese de suspensão do prazo prescricional) por violarem a reserva de lei complementar. Os prazos compõem o núcleo normativo dos institutos da prescrição e da decadência, de modo que devem ser regulados por lei complementar nos termos do artigo 146 da CF. | AI no REsp 616.348 | Gilmar Mendes e Celso de Mello | STJ | Confirmar | Não |
| 556.664 | Prazos de prescrição e decadência das contribuições sociais. Declarou-se a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/91 (prazos de prescrição e decadência maiores que os previstos no CTN para as contribuições sociais) e do § único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/77 (hipótese de suspensão do prazo prescricional) por violarem a reserva de lei complementar. Os prazos compõem o núcleo normativo dos institutos da prescrição e da decadência, de modo que devem ser regulados por lei complementar nos termos do artigo 146 da CF. | AI no REsp 616.348 | Gilmar Mendes e Celso de Mello | STJ | Confirmar | Não |
| 577.348 | Vigência do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo Decreto-Lei 491/1969. O STF determinou a perda da sua vigência, por se tratar de um incentivo setorial nos termos do art. 41, § 1º do ADCT, aplicável ao setor de exportações. | AgRg no REsp 329.354 | Ricardo Lewandowski | STJ | Superar | Sim |
| | | REsp 541.239, REsp 652.379, REsp 765.134, REsp 739.689, AgRg nos EREsp 771.219 (5) | Ricardo Lewandowski | STJ | Confirmar | Sim |
| | | REsp 591.708 | Ellen Gracie | STJ | Confirmar | Não |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 466.343 | Prisão civil do depositário infiel. O STF, com base na tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, declarou a inconstitucionalidade desse tipo de prisão pautada na aplicação do Pacto de São José da Costa Rica. | REsp 7.943, REsp 2.320, REsp 14.938, RMS 995, Resp 39.546, HC 2.155, RHC 4.329, RHC 3998, HC 2.771, HC 3.206, RHC 4.288, RHC 4.319, HC 3.294, HC 3.545, RHC 4.210, RHC 8.494 (16) | Gilmar Mendes | STJ | Confirmar | Não |
| | | Caso Maastricht na Espanha | Gilmar Mendes | Tribunal Constitucional da Espanha | Confirmar | Não |
| | | Caso Maastricht na Alemanha (BVerfGE 89, 155, 175) | Gilmar Mendes | Tribunal Constitucional Alemão | Confirmar | Não |
| | | BVerfGE, 39: 210(230-1), BVerfGE 28, 243 (26), BVerfGE 25, 112 (117), BVerfGE 31, 229 (240), BVerfGE 37, 132 (140), BVerfGE 50, 290 (340), BVerfGE 42, 263 (294), BVerfGE 31, 229 (240), BVerfGE 37, 132 (140), BVerfGE 50, 290 (339), BVerfGE 52, 1(26),BVerfGE 71, 230 (247) (12) | Gilmar Mendes | Tribunal Constitucional Alemão | Confirmar conceitualmente | Não |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 568.596 | Critérios de elegibilidade para as eleições municipais. O STF determinou não ser elegível para o cargo de vereadora a ex-cônjuge de prefeito reeleito, dele separada após o início do segundo mandato. Para efeitos de elegibilidade, o vínculo entre os dois permanece até o fim do segundo mandato. | Res. 21.775 | Ricardo Lewandowski | TSE | Confirmar conceitualmente | Não |
| | | AgR no AI 7.194, REspE 21.727, REspE 22.900 | Ricardo Lewandowski | TSE | Confirmar | Não |
| | | Res. 22.729 | Ricardo Lewandowski | TSE | Afastar | Não |
| | | REspE 29.267 | Carlos Britto | TSE | Confirmar conceitualmente | Não |
| 434.059 | Garantias processuais em processo administrativo disciplinar. O STF julgou que a ausência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar, por si só, não ofende a garantia da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), a qual é composta pelos seguintes elementos: direito de informação, direito à manifestação e direito de ver seus argumentos considerados. | BVerfGE 70, BVerfGE 11 | Gilmar Mendes | Tribunal Constitucional Alemão | Confirmar conceitualmente | Sim |
| 511.961 | Exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista. Tal exigência foi declarada inconstitucional pelo STF, pois considerou que a reserva legal que limita a liberdade de profissão deve dizer respeito a habilidades técnicas. Considerou ainda não haver conhecimento técnico próprio para o exercício do jornalismo. Não há danos à coletividade a serem evitados com a proibição, mas sim uma restrição indevida à liberdade de expressão | Opinião Consultiva OC-5/85 | Gilmar Mendes | Corte Interamericana de Direitos Humanos | Confirmar | Não |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 597.994 | Elegibilidade dos membros do Ministério Público. O artigo 128, § 5º, II, "e", na redação dada pela EC 45/04 deve ser interpretado de modo a garantir o direito político de elegibilidade dos membros do Ministério Público, consagrado pelo artigo 14, § 5º, da Constituição. | RESpE 33.174 | Eros Grau | TSE | Confirmar | Não |
| | | RESpE 33.175 | Carlos Britto e Joaquim Barbosa | TSE | Confirmar | Não |
| 569.956 | Competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação. A sentença é título executivo, de modo que as execuções fora da condenação não constam do título e, portanto, não podem ser executadas no âmbito do mesmo processo. | OJ 141 (transformada na súmula 368, I, do TST) | Menezes Direito | TST | Confirmar conceitualmente | Sim |

***Fonte:*** *elaboração própria.*

A partir das informações constantes da tabela, destaca-se que dos 11 casos analisados, em apenas quatro (RREE 577.348, 579.348, 569.956 e 434.059) identificou-se a existência de interação entre as cortes envolvidas – esses casos serão detalhados no item 5 deste artigo. No conjunto de casos analisados, foram feitas 56 menções a julgados anteriores. Desse total, apenas 12 citações revelaram algum tipo de interação argumentativa entre os tribunais envolvidos, enquanto a maior parte das citações (44) não expressou qualquer interação entre as cortes.

Além disso, como já mencionado, no conjunto de casos examinados estão relacionadas apenas decisões de cortes superiores (STF, STJ, TST e TSE), cortes estrangeiras (Tribunal Constitucional Alemão e Tribunal Constitucional da Espanha) e cortes internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos).

No conjunto de casos, a relação entre o STJ e o STF foi a que mais apareceu – foram seis casos no total. Nessa relação verificaram-se dois posicionamentos divergentes entre essas cortes. Nos RREE 482.090 e 579.648, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal diverge da decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça. Em contrapartida, o STF e o STJ seguiram o mesmo posicionamento nos RREE 559.943 e 556.664 ao definir uma questão semelhante – se a disciplina dos prazos de prescrição e decadência das contribuições sociais é matéria de lei complementar. Nos demais casos de relação entre o STF e o STJ (577.348 e 579.648), detalhados no próximo item, houve interação entre as duas cortes.

A relação entre o STF e o TSE foi verificada em dois casos (RREE 597.994 e 568.596). Em ambos não se constatou a interação entre cortes, uma vez que as citações nos dois casos serviram apenas como elementos de concordância com o argumento desenvolvido.[25]

25 A Justiça Eleitoral, criada em 1932, é um ramo especializado do Judiciário e o seu Tribunal Superior é composto por alguns integrantes dos outros ramos do Judiciário. Integram o TSE três ministros do STF, dois do STJ e dois representantes da classe de juristas. Talvez o que justifique esses resultados obtidos nos RREE 597.994 e 568.596 seja em razão da composição do TSE, pois não é raro que um mesmo magistrado atue sucessivamente na mesma causa, primeiramente ao prolatar uma decisão no TSE e, depois, revendo-a na condição de ministro do STF, ao qual originariamente pertencia. Essa hipótese adveio do fato de que a maioria dos argumentos observados nesses acórdãos baseia-se em decisões do TSE proferidas pelos próprios ministros do STF. No RE 597.994, por exemplo, os ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa julgaram a mesma ação duas vezes, como membros de cortes distintas, isto é, como ministro do TSE e outra como ministro do STF. O

A relação entre o STF e TST, por sua vez, foi identificada em um único acórdão (RE 569.956). Ao analisar este julgado, foi identificada a interação entre a decisão do STF e a decisão do TST. Esse caso será analisado de forma mais detalhada no próximo tópico do artigo, por se tratar de um caso em que houve interação argumentativa.

Por fim, na relação entre o STF e cortes estrangeiras, destaca-se que nos casos analisados neste artigo, alguns ministros do STF citaram julgados do Tribunal Constitucional espanhol e da Corte Constitucional alemã. O exame da interação argumentativa nesse contexto revelou que os julgados de ambas as Cortes são utilizados pelos ministros do STF como elementos confirmadores de seu argumento. Tal fato foi confirmado no RE 434.059, o caso das garantias processuais em processo administrativo disciplinar.

No caso em que se discutiu a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343), o ministro Gilmar Mendes citou mais de dez decisões do Tribunal Constitucional alemão para reforçar os seus dois argumentos centrais: o primeiro relativo à hierarquia dos tratados internacionais; e o segundo referente ao exame da proporcionalidade da prisão civil do depositário infiel. Tais citações serviram para confirmar o posicionamento do ministro em seu voto.

Em apenas um dos casos analisados, foi feita menção a uma decisão de corte internacional: o RE 511.961, no qual se discutiu a constitucionalidade da exigência de diploma para exercício da profissão de jornalista. O ministro Gilmar Mendes, nesse acórdão, utilizou-se amplamente dos argumentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH) explicitados na Opinião Consultiva OC-5/85.[26]

A despeito da extensa transcrição de trechos da CrIDH no voto do Min. Gilmar Mendes, não é possível afirmar que houve uma efetiva comunicação entre as cortes, uma vez que os argumentos foram meramente incorporados ao discurso do ministro, sem que houvesse qualquer reflexão a respeito da pertinência ou não dos argumentos perante a ordem constitucional brasileira. Além disso, não se pode considerar que houve efetiva comunicação entre o STF e a CrIDH, uma vez que nenhum outro ministro fez, em seu voto, qualquer consideração a respeito da violação à Convenção Americana ou aos entendimentos da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema.

## 5 Casos de interação argumentativa

No presente item, são examinados de maneira mais aprofundada quatro casos em que se verificou algum tipo de interação entre as cortes envolvidas. Os dois primeiros dizem respeito à interação entre o STF e o STJ; o terceiro concerne à interação entre STF e TST, e, por fim, o quarto refere-se à interação estabelecida entre o STF e o Tribunal Constitucional alemão.

### 5.1 O caso do crédito-prêmio de IPI

A questão jurídica do RE 577.348 foi definida pelo então ministro do STJ Teori Zavascki como "daquelas situadas em domínios não muito bem demarcados entre a matéria constitucional (de competência do STF) e infraconstitucional (atribuída ao STJ)".[27]

Para julgar o recurso, o STF foi instado a identificar o termo final de vigência do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo artigo 1º do Decreto-Lei 491/1969. A

curioso é que ao longo do julgamento esses ministros utilizaram – de maneira repetida – as mesmas razões para fundamentar as suas posições. Veja, por exemplo, que o ministro Eros Grau poupou palavras no seu voto e agregou todo o seu voto vencido no TSE: *"Por isso peço vênia à Ministra Ellen Gracie, Ministra-Relatora, para agregar a essa minha manifestação agora – eu não vou lê-la por uma questão de brevidade – as razões do voto que dei no TSE e votar no sentido de dar provimento ao recurso".* Para defender posicionamento contrário, o ministro Joaquim Barbosa também se valeu dos seus argumentos citados no TSE, também incorporado no voto do recurso extraordinário. Considerando essa sistemática, é possível indagar se realmente existe no caso um diálogo entre essas corte, uma vez que os ministros recorreram aos seus próprios votos passados, na qualidade de ministros do TSE, para novamente reiterar o entendimento pessoal acerca do assunto. Certamente, é possível confirmar que existe uma preocupação de se atentar a uma coerência individual, em relação aos seus próprios posicionamentos. Porém, o que dizer sobre a relação entre as cortes?

26 Foi solicitada à Corte Interamericana uma consulta sobre a interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (liberdade de expressão) em relação à obrigatoriedade de inscrição em ordem ou conselho profissional de jornalistas (*Colegio de Periodistas*), mediante a apresentação de título universitário, para o exercício da profissão jornalística.

27 REsp 541.239, p. 101.

complexidade do assunto se deve à superveniência de uma série de diplomas normativos, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e de decisões do próprio STF declarando a inconstitucionalidade de parte desses diplomas.

O relator, min. Ricardo Lewandowski, verifica que a questão já foi enfrentada pelo STJ e cita uma série de julgados com o fim de demonstrar a existência de três posições naquele tribunal. A primeira entendia que o crédito-prêmio jamais tinha perdido a vigência.[28] A partir de 2006, o STJ passou a decidir ora afirmando que o crédito-prêmio havia sido revogado em 30/03/1983 pelo Decreto-Lei 1.658/79,[29] ora afirmando que o crédito-prêmio teria sido extinto em 05/10/1990, nos termos do artigo 41 do ADCT, em especial diante de seu caráter setorial.[30] Finalmente, quando eram demandados créditos referentes a períodos posteriores a 05/10/1990, o STJ negava-lhes provimento, invocando tanto o Decreto-Lei 1.658/79[31] quanto o artigo 41 do ADCT.[32]

A confluência de normas constitucionais e infraconstitucionais gerou um problema adicional ao STF: o que era de sua competência decidir acerca da questão? Os ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Eros Grau, Ellen Gracie e Carlos Britto, em debates, discutiram o que poderia ser decidido pelo STF e o que cabia ao STJ resolver. O min. Cezar Peluso propôs a seguinte solução:

Se for tal o entendimento da Corte, esta fixa o seguinte: se não foi extinto antes, terá sido extinto, pelo menos, em 1990, com incidência da norma constitucional; mas bem pode ter sido extinto antes, segundo o entendimento das cortes competentes para decidir essa matéria infraconstitucional (RE 577.348, p. 60).

Logo depois, o min. Ricardo Lewandowski chama a atenção para outro aspecto do problema, que é a existência de decisões do STF declarando a inconstitucionalidade de parte da legislação infraconstitucional concernente ao caso. Nos RREE 186.623, 186.359, 180.828 e 208.260, o STF declarou inconstitucional a competência do Ministro de Estado da Fazenda para reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir o crédito-prêmio. Manteve, no entanto, a competência do Ministro da Fazenda para aumentar o incentivo.[33] Ainda, no RE 180.828, o STF declarou inconstitucional a competência do Ministro da Fazenda para reduzir, suspender ou extinguir prazos, formas e condições para fruição dos incentivos fiscais à exportação, mantendo a competência para majorar os incentivos.[34]

Segundo o ministro Lewandowski, é da competência do Supremo interpretar tais decisões, delas extraindo todas as consequências e determinando o seu alcance. A intervenção do min. Lewandowski pode ter sido motivada pela constatação de que, ao examinarem a vigência do crédito-prêmio de IPI antes do STF, os ministros do STJ acabaram interpretando e definindo o alcance das decisões do Supremo.

O primeiro posicionamento do STJ em relação às decisões do STF encontra-se no AgR no REsp 329.254, citado pelo ministro Lewandowski. O relator desse julgado, min. José Delgado, afirma (p. 4) que a declaração de inconstitucionalidade do DL nº 1.724/79 tornou sem eficácia a totalidade dos Decretos-Leis nº 1.722/79 e 1.658/79 (incluindo, portanto, a extinção do crédito em 1983), pois o primeiro fazia referência a estes últimos.

O ministro Teori Zavascki, ainda membro do STJ, ex-

28 AgR no REsp 329.254, citado pelo min. Lewandowski na página 22 (versão eletrônica).
29 REsp 541.239, citado pelo min. Lewandowski na página 22 (versão eletrônica).
30 Ver REsp 652.379.
31 Art. 1º. O estímulo fiscal de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969, será reduzido gradualmente, até sua definitiva extinção. (...) §2º A partir de 1980, o estímulo será reduzido em 5% a 31 de março, a 30 de junho, a 30 de setembro e a 31 de dezembro, a cada exercício financeiro, até sua total extinção a 30 de junho de 1983.
32 Ver REsp 765.134.
33 O STF julgou a constitucionalidade do artigo 1º do Decreto 1724/79: O Ministro de Estado da Fazenda fica autorizado a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir, os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969.
34 Aqui o dispositivo questionado é o art. 3º, I do Decreto 1894/81: O Ministro da Fazenda fica autorizado, com referência aos incentivos fiscais à exportação, a: I – estabelecer prazo, formas e condições, para sua fruição, bem como reduzi-los, majorá-los, suspendê-los ou extingui-los, em caráter geral ou setorial.

plica como mudou de posição, passando a entender que as declarações de inconstitucionalidade não produziram qualquer efeito sobre a norma que previu a revogação do incentivo fiscal em 30/03/1983:

> *Todavia, ao estudar o presente caso, verifiquei que a invocada jurisprudência do STF dizia respeito apenas à inconstitucionalidade das normas de delegação constantes nos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81, e não à questão ora em foco, que é a alegada vigência, por prazo indeterminado, do crédito-prêmio instituído pelo DL 491/69. Daí a razão porque, agora, estou votando em sentido diferente, lamentando o equívoco em que incorri quando acompanhei o relator na posição anterior* (REsp 541.239, p. 107).

Apresentada a controvérsia instaurada, vale destacar a postura do STF em manter-se dentro de sua competência, o que significa atuar de modo coordenado com o STJ. Essa postura é evidenciada pelos debates entre os ministros.

Nesta decisão, o diálogo ocorre em dois níveis: no uso de julgados do STJ pelo ministro Lewandowski e no uso de julgados do STF pelos ministros do STJ. No primeiro nível, os julgados servem para que o Relator estabeleça qual é o problema jurídico e para que os ministros discutam o que cabe ao STF decidir, em comparação ao que é da competência do STJ. No segundo nível, divergências entre ministros na interpretação de julgados do STF são o motivo de uma relevante mudança na jurisprudência do STJ.

### 5.2 Conflito de competência entre as justiças comum e do trabalho

No RE 579.648, o problema central consistia em saber quem era competente para julgar ações possessórias contra atos de paralisação de agências bancárias causados por grevistas: a justiça comum ou a justiça do trabalho. Trata-se de questão que tanto pode chegar ao STJ, pela via do Conflito de Competência (CC), quanto ao STF, pela aplicação do artigo 114 da Constituição Federal, o qual define a competência da justiça do trabalho.[35]

Ao analisar as decisões proferidas por cada tribunal, constata-se que eles seguem caminhos argumentativos próprios, que os conduzem a decisões opostas. O relator do caso no STF, ministro Menezes Direito, procurou confirmar o posicionamento do STJ – último tribunal pelo qual passou antes de chegar ao STF. O ministro citou três julgados do STJ em que se decidiu pela competência da justiça comum.

Em dois dos julgados citados, a questão era decidir se a turbação de posse, pelos empregados, de imóveis dos empregadores – os piquetes realizados em agências bancárias – eram exercício de direito de greve e, portanto, competência da justiça do trabalho. O STJ decidiu que não se tratava de um caso de direito de greve, cabendo à justiça comum julgar a referida ação possessória. No CC 46.577, o STJ baseou-se no argumento de que "a Justiça Comum analisa, exclusivamente, a hipótese de lesão ao direito de posse do banco autor, não adentrando a questão do direito de posse em si" (p. 4). Já o voto do relator do CC 89.300, vencedor por unanimidade, orientou-se pela ideia de que atos regulados por direitos materiais que não o trabalhista não seriam exercício de direito de greve: "a causa e o pedido são relativos à posse de bens imóveis e sua manutenção, matéria eminentemente de cunho civil" (p. 3).

35 Até a Emenda Constitucional 45/2004, o artigo apresentava a seguinte redação: Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.
Atualmente, após a Emenda, a redação é a seguinte: Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Finalmente, no AgRg no CC 34.050, relatado pelo próprio ministro Menezes Direito, o argumento decisivo é de que o pedido e a causa de pedir não envolvem matéria trabalhista. Este último julgamento é anterior à Emenda Constitucional 45/2004, que dispôs de maneira expressa que as ações relacionadas ao exercício do direito de greve deveriam ser julgadas pela Justiça do Trabalho.

Votando no RE 579.648, o ministro Menezes Direito advertiu que antes mesmo da EC 45, no entanto, o STF já adotava uma posição oposta à do STJ, interpretando o artigo 114 da Constituição de modo a declarar competente a justiça do trabalho sempre que os conflitos tivessem origem na relação de trabalho, fosse a matéria trabalhista ou outra.[36] Em seguida, o ministro argumentou que a turbação do direito de posse não necessariamente decorreria da relação de emprego, pois "em tese, o movimento poderia ser capitaneado por funcionários de outras instituições financeiras, sem nenhuma participação dos empregados do recorrido" (RE 579.648, p. 1544). Por fim, o ministro argumentou que a questão dos autos não envolvia o exercício do direito de greve: "Ainda que se entenda que uma ação que envolve o exercício do direito de greve é toda ação em que se desafiam os limites desse direito, o interdito proibitório não se enquadraria nessa definição, porque o atuar contrário à lei representado pela turbação da posse não faz parte de seu conteúdo" (RE 579.648, p. 1545).

Os demais ministros discordaram, decidindo pela competência da Justiça do Trabalho. Em seus votos, a ministra Carmen Lúcia e o ministro Ricardo Lewandowski argumentaram que o piquete era um ato relativo à greve. O ministro Carlos Britto considerou que eventuais atos ilícitos, ou abusos de direito de greve, deveriam ser julgados pela justiça do trabalho. O ministro Cezar Peluso reforçou essa argumentação afirmando que não é possível estabelecer uma noção de abuso de direito que seja independente da própria noção de direito.

Em suma, no julgamento do RE 579.648, o ministro Menezes Direito procurou incorporar à sua argumentação a jurisprudência do STJ, pois fundamentou seu voto levando em conta a existência de posicionamentos opostos no STF e no STJ e utilizando os argumentos subjacentes a cada um deles. O ministro acabou decidindo que o posicionamento do STJ era o mais adequado, determinando, assim, a competência da justiça comum. Nesse contexto, pode-se dizer que houve uma interação entre os tribunais em questão.

### 5.3 O caso das execuções das contribuições previdenciárias nas condenações trabalhistas

A análise do único acórdão do STF em que se verificou uma menção a um julgado do TST revelou uma interação entre essas cortes. O julgamento do RE 569.056 resultou numa preocupação em preservar a autonomia da jurisdição especial da justiça do trabalho, reforçando a jurisprudência já produzida pela corte trabalhista.

A fundamentação do voto do relator, ministro Menezes Direito, no RE 569.056 utiliza a jurisprudência do TST para melhor definir o problema jurídico em questão. O voto do relator contém uma construção histórica de como o TST lidou com a abrangência da interpretação do artigo 114, VIII, da Constituição Federal ao longo dos anos. O relator chega a afirmar que "para a solução da questão posta nos autos, na minha compreensão, é importante compreender o funcionamento da Justiça do Trabalho, especialmente após as reformas que ampliaram sua competência, e a natureza de suas decisões" (RE 569.056, p. 855). O problema central do caso em análise era saber se a justiça do trabalho era competente para executar somente as contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação, ou a contribuições referentes também ao período contratual fora da condenação.

O principal fundamento apresentado foi o de que a execução de uma contribuição social que não foi objeto de decisão não poderia ser executada pela justiça do trabalho, pois além do valor não ser objeto da sentença, não haveria um título executivo. Esse argumento foi determinante para desprover o recurso do INSS, por unanimidade.

O ministro construiu esse argumento a partir de um mapeamento histórico das decisões da justiça do

36 O ministro cita alguns julgados representativos desta posição do STF: AI 611.670, AI 598.457, CJ nº 6959 e RE 238.737.

trabalho, mostrando como essa corte julgou a execução de contribuições previdenciárias ao longo dos anos. O marco inicial identificado pelo ministro foi a Resolução nº 125 de 05/04/2005, que aprovou a Súmula nº 368 do TST. Nesse momento, o TST entendia que sua competência abrangia também a execução de contribuições sociais fora do período contratual objeto da sentença trabalhista. Em 10/11/2005, foi aprovada a Resolução nº 138, que modificou o inciso I da mesma súmula e estabeleceu a atual orientação. Segundo o ministro Menezes Direito, o modo como o INSS procedia em relação às contribuições motivou a mudança na jurisprudência. A justiça do trabalho executava e o INSS recebia, mas não depositava as contribuições no nome do trabalhador e ao mesmo tempo continuava exigindo dele a prova do tempo de serviço para fins previdenciários. Ou seja, a condenação trabalhista não era suficiente para assegurar ao reclamante a fruição do benefício.

A solução do problema decorreu de entendimento já pacificado anteriormente na justiça do trabalho, inicialmente com a antiga Orientação Jurisprudencial no 141 transformada na Súmula 368 – I do TST. Tal súmula reconhece que a justiça do trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observando-se o limite de valores estabelecido em sentença condenatória.

Nota-se, portanto, que o STF apenas chancelou o entendimento já sumulado pelo TST. Contudo, é preciso reconhecer um esforço no voto do relator em compreender a jurisprudência da outra corte para melhor definir o problema jurídico a ser julgado pelo tribunal a que pertence.

### 5.4 O caso da ampla defesa em processo administrativo disciplinar

No que concerne ao RE 434.059, a menção à decisão de uma corte estrangeira – no caso, o Tribunal Constitucional alemão – também serviu de base para um dos fundamentos centrais apresentados pelo STF. O caso em questão discute se a ausência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar ofende a garantia da ampla defesa prevista constitucionalmente (art. 5º, LV, CF).

O STF determinou que, por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo habilitado não implica a nulidade de processo administrativo disciplinar. Segundo o tribunal, apenas haveria ofensa à ampla defesa caso não tivessem sido garantidos os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados pelo servidor que está sendo processado, o que, segundo os ministros, não ocorreu no caso em análise.

Para sustentar esse posicionamento, o ministro Gilmar Mendes utiliza o argumento de que a Constituição, ao assegurar a ampla defesa em processos judiciais e administrativos disciplinares, pretende garantir uma pretensão à tutela jurídica. Depois de citar doutrinadores brasileiros que reforçam esse argumento, o ministro afirma:

> *Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado 'Anspruch auf rechtliches Gehör' (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; ...)* (RE 434.059, p. 741).

Em seguida, o ministro destaca que a "pretensão à tutela jurídica", conforme denominado no direito alemão, é composta pelos seguintes elementos: direito de informação, direito à manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados. Apresentados esses elementos, examina o sentido de cada um deles com base na doutrina alemã e também menciona uma decisão do Tribunal Constitucional daquele país a fim de explicitar o que se entende por direito de manifestação. Nessa oportunidade, o ministro Gilmar Mendes afirma:

> *Direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (Cf. Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218) ...)* (RE 434.059, p. 742).

No momento em que o ministro aborda o tema da

pretensão à tutela jurídica, afirma que essa pretensão "corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV da Constituição" (p. 742). Ao comparar a "pretensão à tutela jurídica" ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição, o ministro parece fazer um esforço no sentido de estabelecer relações entre as regras jurídicas alemãs e brasileiras.

O argumento acerca da explicação da ampla defesa constitui fundamento central na decisão. O ministro ressalta que caso tenham sido assegurados os direitos de informação, manifestação e de consideração dos argumentos manifestados, mesmo diante da ausência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar, a ampla defesa foi exercida de forma plena. Desse modo, não teria havido violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Ao examinarmos as menções feitas no voto do ministro Gilmar Mendes às decisões do Tribunal Constitucional alemão, verifica-se uma interação argumentativa, porque o ministro buscou em decisões estrangeiras um conceito de ampla defesa para justificar o seu argumento. Na conceituação de Medina (2006), a segunda citação foi feita com o objetivo de utilizar um conceito comum.

## 6 Considerações finais

Este artigo se propôs a examinar como se dá a interação argumentativa entre o STF e outras cortes, a partir da citação de decisões. Com isso, pretendia-se identificar como o STF usa as decisões de tribunais nacionais, estrangeiros ou até supranacionais e avaliar também em que medida isso importa para a dogmática produzida no país.

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que a interação entre as cortes pertence ao processo de interpretação[37] do direito, pois o direito não se encontra apartado da realidade social, tampouco da própria tradição jurídica a que pertence. Nesse sentido, a referência às decisões passadas é necessária tendo em vista o princípio da igualdade, o respeito à hierarquia dos ordenamentos e, sobretudo, como apresentado no estudo, à interação argumentativa.

A interação entre as cortes é importante para contextualizar o caso a ser julgado e para estabelecer relações com outras formas de tomada de decisão, sendo imprescindível na busca pela melhor decisão judicial.

Em segundo lugar, um elemento a ser destacado neste debate é o fato de que a própria interpretação do direito provoca suas dúvidas e hesitações, pois não se trata de um mero raciocínio matemático, mas de um processo de tomada de decisão, envolvendo inúmeras variáveis legais, a comunicação e o intérprete. A referência a decisões pretéritas contribui, em certa medida, para estabelecer certos padrões e auxiliar nos processos de tomada de decisão. Todavia, esses padrões requerem o estabelecimento de critérios pelo julgador.

É por isso que a possibilidade de uma interação a partir de um franco diálogo contribui para a redução de incertezas, pois, afinal, o objetivo almejado por qualquer órgão decisório deveria ser produzir sempre a melhor interpretação possível daquilo que o último julgador entendeu ser a melhor interpretação para o caso.

Considerados esses elementos, o estudo qualitativo dos casos selecionados demonstra que, embora o STF venha citando precedentes de outras cortes – tanto nacionais quanto estrangeiras ou supranacionais – verifica-se a existência de frágeis interações com outras cortes.

Dentre as 56 menções a julgados anteriores, apenas 12 revelaram certo nível de interação argumentativa entre o STF e outra corte. Estas menções foram identificadas em 4, dos 11 casos examinados no presente estudo. Trata-se de citações em que o argumento da outra corte, mencionado por um ministro do STF, foi

37 Vale destacar que o próprio processo de interpretação não ocorre no vazio ou, em outros termos, sem algum suporte ontológico-linguístico para o intérprete. A interação é inerente à interpretação. O que a virada linguística, no século XX, destacou foi o simples fato de que o intérprete já está inserido num mundo estabelecido de significado e, portanto, é a linguagem que constitui o mundo e a condição de possibilidade de interpretação decorre da atribuição de todo e qualquer sentido dado pelo intérprete a partir de suas interações. A atenção deve ocorrer com os preconceitos do intérprete.

relacionado com argumentos anteriores ou com os que vieram adiante. O objetivo dessas menções não era meramente reforçar o argumento proferido pelo ministro, mas, de fato, tentar incorporar o argumento na construção de uma resposta ao caso.

Porém, de modo geral, nota-se uma parca comunicação entre as cortes examinadas, porque, na maior parte dos casos, os ministros do STF apenas fazem menção a decisões anteriores proferidas por outras cortes, sem necessariamente incorporar os argumentos nelas contidos na fundamentação do seu voto.

As conclusões deste artigo suscitam novas perguntas relevantes para a melhor compreensão acerca do papel das cortes no Estado democrático de Direito e a interpretação do direito. Por que o STF raramente faz menção a decisões de outros tribunais? Quais são as consequências, para a teoria do direito, de uma fraca comunicação entre cortes? Como explicar essa tradição de frágeis interações argumentativas entre as decisões de tribunais nacionais, internacionais e supranacionais? Seria possível estabelecer uma diferenciação entre precedentes internos a uma ordem jurídica e precedentes ditos globais?

Todas essas indagações merecem atenção da literatura nacional no sentido de se compreender tanto os motivos que levam os tribunais a citar julgados anteriores quanto as razões das fracas relações entre cortes. Assim, mais importante do que os resultados analíticos apresentados, é apontar para as novas perguntas suscitadas por este diagnóstico. Tais perguntas configuram propostas de pesquisas a serem exploradas no sentido de se avaliar a dinâmica das interações argumentativas entre as cortes e de que forma tais interações contribuem para o alcance da melhor prestação da tutela jurisdicional.

## 7 Referências


Cunha, L. G.; Dimoulis, D. & Ramos, L. (2014). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade.* São Paulo: Acadêmica livre.

Dworkin, R. (2003). *O império do direito* (trad. J. L. Camargo). São. Paulo: Martins Fontes.

Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério* (trad. N. Boeira). São Paulo: Martins Fontes.

Klafke, G. F. (2010). *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. (monografia). Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em:http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf

Maccormick, N. (2008). *Retórica e o Estado de Direito* (trad. C. H. Mendes). Rio de Janeiro: Elsevier.

Maccormick, N. (2006). *Argumentação jurídica e teoria do direito* (trad. W. Barcelos). São Paulo: Martins Fontes.

Maccormick, N. & Summers, R. S. (1997). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Dartmouth.

Marinoni, L. G. (2010). *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT.

Medina, D. E. L. (2006). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, analisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.

Ramires, M. (2010). *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Rodriguez, J. R. (2012). Por um Novo Conceito de Segurança Jurídica: Racionalidade Jurisdicional e Estratégias Legislativas. *Analisi e Diritto*, 129-152.

Schauer, F. (2009). *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London, Harvard University Press.

Schauer, F. (2008). *Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy*. KSG Working Paper N. RWP07-036. University of Virginia School of Law. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001.

Silva, V. A. da (2010). Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In A. von Bogdandy; F. Piovesan & M. M. Antoniazzi (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Sundfeld, C. A. & Pinto, H. M. (2012). Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira. In P. Gorzoni; H. M. Pinto; R. P. de Souza & A. Vojvodic. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros.

Sundfeld, C. A. & Souza, R. P. de (2012). Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In P. Gorzoni; H. M. Pinto; R. P. de Souza & A. Vojvodic. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros.

Streck, L. L. & Abboud, G. (2013). *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria dos Advogados.



Data de submissão/Submission date: 19.02.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 29.11.2014

# MOVIMIENTO LGBT Y CONTRA MOVIMIENTO RELIGIOSO EN COLOMBIA // *Lina Malagón Penen*[1]


## Palabras clave

Derechos humanos / movimientos sociales / movilización legal / género y sexualidad


## Sumario:


**1 Introducción**

**2 Impacto sobre el contra movimiento**

2.1 Creación de las condiciones necesarias para el fortalecimiento del contra movimiento

2.2 Influencia del movimiento original sobre el contra movimiento

**3 Aportes de la PGN al contra movimiento**

3.1 Recursos jurídicos a disposición del contra movimiento

3.2 Monopolio sobre algunos recursos

**4 Conclusión**

**5 Referencias**



## Resumen

Desde el 2005, varias organizaciones colombianas pertenecientes al movimiento social LG'hBT han implementando una actividad de litigio constitucional estratégico con el objetivo de obtener la igualdad legal entre las parejas homosexuales y heterosexuales. El objetivo de este artículo es mostrar cómo la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha creado para responder a esa demanda social, ha generado efectos contradictorios en términos democráticos. No cabe duda de que ha enriquecido la participación ciudadana en el debate sobre los derechos de las parejas del mismo sexo gracias al fortalecimiento de un contra movimiento religioso dispuesto a hacer presión sobre las autoridades con base en un lenguaje de derechos fundamentales. Sin embargo, también ha generado un déficit democrático debido a que la Procuraduría General de la Nación, una de las autoridades más importantes del Estado colombiano, ha sido capturada por católicos intransigentes e integristas. Debido a esta situación, los recursos de esta poderosa institución han sido utilizados para evitar el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas homosexuales a contraer matrimonio y a adoptar menores de edad, a pesar de que las principales funciones de esta autoridad pública son defender los derechos humanos de los ciudadanos y castigar las faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos.



1 Docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y candidata a doctora en Derecho por la Universidad Panthéon-Assas, París II, en cotutela con la Universidad Externado de Colombia. Este paper, que fue presentado en el encuentro anual la Law and Society Association en el 2014, hace parte de un proyecto de tesis doctoral relativo al uso que le han dado al derecho constitucional los grupos de presión que se han movilizado en Francia y en Colombia para defender sus intereses frente al matrimonio y a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, bajo la dirección de Juan Carlos Henao y Nicolas Molfessis.

# LGBT MOVEMENT'S LEGAL STRATEGIES AND THE CHRISTIAN SOCIAL MOVEMENT REACTION IN COLOMBIA // *Lina Malagón Penen*

**Keywords**
human rights / social movements / legal mobilization / gender and sexuality

**Abstract**
Since 2005 several organizations of the Colombian LGBT movement have been implementing a constitutional impact litigation strategy in order to obtain legal equality. The objective of this paper is to show how the case law from the Constitutional Court, in response to this activity, has on the one hand invigorated public participation in the debate about homosexual couples' rights but, on the other hand, produced a democratic deficit. In particular, the paper discusses the strengthening of a religious countermovement willing to use human rights law to defend the status quo. The road to democratization was clouded by intransigent and fundamentalist Catholicism taking over one of the most important authorities of the State, the Office of the Inspector General of Colombia (Procuraduría General de la Nación). This situation has resulted in a powerful public authority committing its resources to the goal of avoiding recognition and protection of homosexual couples rights, despite the fact that its mandate is to defend people's fundamental rights and to punish offenses committed by public officers.

## 1 Introducción

En Colombia, tradicionalmente los movimientos sociales han recurrido a la justicia constitucional para reivindicar causas y modificar prácticas sociales. Desde el punto de vista institucional, esta tradición se explica por el amplio grado de apertura del sistema constitucional.

Así, por un lado, desde 1910, existe una acción pública de inconstitucionalidad en virtud de la cual cualquier ciudadano puede pedirle a la Corte Constitucional (en adelante CC), sin tener que estar representado por un abogado, que estudie la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley. Adicionalmente, en el marco del control de constitucionalidad, se reconoce el derecho fundamental que tiene cualquier ciudadano de intervenir para defender o atacar la norma analizada.[2]

En este mismo sentido, según el artículo 86 superior, cualquier persona puede, sin necesidad de estar representada por un abogado, instaurar una acción de tutela ante cualquier juez cuando considere que sus derechos fundamentales han sido violados o amenazados por una autoridad pública o un particular.[3] Una vez la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada, el juez debe enviar el expediente de tutela a la Corte Constitucional que cuenta con la facultad discrecional para seleccionarlo y para invitar a cualquier persona natural o jurídica a rendir un concepto técnico sobre el caso concreto seleccionado para revisión (J. C. Henao, 2012).[4]

2 Según el 1º numeral del artículo 242 de la Constitución de 1991, "cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública". Es decir que los ciudadanos no sólo pueden instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad sino que también pueden intervenir para defender o criticar la ley en todos aquellos procesos en los cuales la CC analiza la conformidad de una norma a la Constitución. Para entender a qué me refiero, hay que tener en cuenta que en Colombia existen tres mecanismos que permiten a la Corte ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley. Por un lado, repito que el tribunal constitucional puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma legal en virtud de una demanda ciudadana. Por otro lado, el control también puede activarse automáticamente, pues la Constitución estipula que la Corte analice la constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias, de los decretos legislativos, de los tratados internacionales y de las leyes que convocan a un referendo o a una asamblea nacional constituyente. Y, finalmente, la Corte puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley a petición del Presidente de la República (Henao, 2012; Julio, 2003). Todas las sentencias que la Corte profiere en ejercicio de sus funciones de control de constitucionalidad de la ley se identifican con la letra C- seguida del número de la decisión y del año en el que fue proferida. Este tipo de fallos tienen efectos erga-omnes y provienen de la Sala Plena, es decir, son tomadas por los nueve magistrados que componen el tribunal constitucional.

3 La mayoría de sentencias que la Corte pronuncia en el marco de la acción de tutela se identifican con la letra T-, seguida del número de la decisión y del año en la que fue proferida. Son tomadas por alguna de las nueve Salas de Revisión de Tutela, integradas por tres magistrados. Excepcionalmente, por la importancia del asunto sometido a su conocimiento, para unificar la jurisprudencia o para modificarla, la Sala Plena profiere sentencias de unificación de tutela, identificadas con las letras SU-, seguidas del número de la decisión y del año en la que fueron proferidas. Por regla general, los efectos de las sentencias T- y SU- son inter pares, es decir que sólo vinculan al demandante y al demandado del caso concreto. Sin embargo, excepcionalmente, la Corte puede modular los efectos de sus decisiones: puede proferir sentencias con efectos inter comunis, inter partes o puede declarar el estado de cosas inconstitucional para que sus órdenes protejan a personas que no fueron parte del proceso (T-843 de 2009; JC. Henao, 2012). A parte de las sentencias, tanto en el marco de la acción de tutela como en el del control de constitucionalidad, la Corte constitucional profiere autos que se identifican con la letra A-, seguida del número de la providencia y del año en la que fue proferida. Mediante ese tipo de providencias, la CC impulsa el proceso (admisión de la demanda, solicitud de pruebas etc.) o decide incidentes como las solicitudes de nulidad o de aclaración de una sentencia.

4 El amplio grado de apertura del sistema se puede apreciar analizando el número de sentencias proferidas por la CC. Entre 1992 y 2014, ha proferido 22.191 sentencias, 16.406 de tutela y 5.785 de constitucionalidad (Corte Constitucional, 2014b). No cuento con estadísticas muy recientes pero, según un estudio realizado en el 2001, de las 479 acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas en ese año, la Corte admitió 268, es decir, el 55,9%. Y, de los 124.373 expedientes de tutela que se fallaron en todo el país, sólo seleccionó el 0,78%. Si bien ese porcentaje es muy pequeño, debido a la cantidad enorme de tutelas presentadas, la Corte profirió 976 sentencias en ese año, es decir un poco más de 81 decisiones al mes (Urueña, 2002). Esta cifra resulta bastante elevada en comparación con la producción anual de otros tribunales en países en los que existen recursos parecidos a la acción de tutela. Así, por ejemplo, en ese mismo año, el Tribunal Constitucional español admitió más o menos el 3,5% de los recursos de amparo y, sin embargo, pronunció únicamente 240 sentencias, es decir, 18,5 sentencias al mes, en la medida en que sólo se presentaron 6.786 recursos de amparo (Tribunal Constitucional de España, 2014). Actualmente, el uso masivo de la acción de tutela en Colombia está amenazando el funcionamiento de la CC que no cuenta con los recursos necesarios para poder revisar los cerca de 1.500 expedientes de tutela que diariamente le son remitidos para su revisión y cuyo peso está amenazando la estructura el edificio dónde funciona el tribunal que no fue diseñado para soportar tantos expedientes (Semana, 2014).

Aprovechando que la justicia constitucional es de fácil acceso, en el año 2005 y de manera aislada, dos movimientos sociales se embarcaron en un litigio estratégico para modificar leyes que prohibían el aborto y que excluían a las parejas formadas por personas homosexuales (Albarracín, 2011b; Bonilla, 2008; Jaramillo & Alfonso, 2008; Lemaitre, 2009a; Uprimny & García, 2004)[5]. En ambos casos, las organizaciones no gubernamentales (en adelante ONG) que lideraron estos procesos tuvieron éxito: la CC despenalizó el aborto en algunas circunstancias y reconoció nuevos derechos a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

Y, aunque el cambio en el *status quo* generó descontento social y movilización colectiva, los autores se han limitado a estudiar las sentencias de la Corte y las estrategias de litigio a partir de los grupos de presión que las han diseñado (Albarracín, 2011b; Bonilla, 2008; Jaramillo & Alfonso, 2008; Lemaitre, 2009a; Uprimny & García, 2004). En decir que no se ha investigado sobre las consecuencias que ese uso específico de la justicia ha tenido sobre el contra movimiento que se opone a esas demandas sociales.

Por este motivo, el propósito de este artículo es explorar cómo la estrategia de litigio adoptada por el movimiento social LGBT y la jurisprudencia que la Corte ha creado para responder a esas reivindicaciones, ha transformado el contra movimiento cristiano que se opone al reconocimiento de nuevos derechos a las parejas homosexuales.

Desde un punto de vista metodológico, este artículo está basado en dos fuentes principales de información. Por un lado, debido a que la investigación se centró en las estrategias, la cultura y la organización de los movimientos sociales, entre abril y julio del año 2013, realicé quince entrevistas semiestructuradas a activistas y a funcionarios públicos que jugaron un papel importante en el desarrollo de este debate y que, por lo tanto, fueron informantes clave (Blee & Taylor, 2002).

Entrevisté a siete altos dirigentes de los principales grupos de presión que se movilizaron públicamente ante el Congreso y/o ante la CC para atacar o defender la apertura del matrimonio y de la adopción a las parejas compuestas por personas del mismo sexo. A través de esas entrevistas pude recopilar datos sobre: i) la participación del actor dentro del grupo de presión, ii) los repertorios de acción privilegiados por la organización; ii) el papel jugado por el derecho constitucional dentro de las estrategias de acción diseñadas, iii) las razones que explican la escogencia de los repertorios de acción y, finalmente; iv) las relaciones que unen al grupo de presión con las autoridades públicas (Congreso, CC y Procuraduría General de la Nación).[6]

También entrevisté a cinco congresistas – y a cuatro de sus asesores – que jugaron un papel importante en el trámite y discusión de los ocho proyectos de ley presentados en el Congreso entre los años 2011 y 2012, debido a que fueron sus autores, sus ponentes o sus fervientes opositores. Los principales temas tratados en esas entrevistas fueron: i) las relaciones entre los grupos de presión y los congresistas y entre los

5 Sin querer abarcar el concepto, en el marco de este artículo, cuando hablo de litigio estratégico o impact litigation, me refiero al uso del sistema judicial para obtener el reconocimiento o la protección de derechos ya reconocidos a poblaciones discriminadas o en situación de vulnerabilidad, o para avanzar en la formulación de políticas públicas favorables a estas poblaciones (Uprimny, 2012).

6 Según el artículo 117 de la Constitución, la Procuraduría General de la Nación es uno de los órganos de control del Estado colombiano que está encargado de proteger y promover el respeto de los derechos humanos, de proteger el interés público y de vigilar la conducta de las personas que ejercen funciones públicas, de manera que se trata de una de las instituciones más poderosas de Colombia. La cabeza de esta autoridad es el Procurador General de la Nación que, según el artículo 276 superior, es elegido por el Senado de la República de una terna integrada por tres candidatos: uno elegido por el Presidente de la República, otro por la Corte Suprema de Justicia y otro por el Consejo de Estado, por un periodo de cuatro años con posibilidad de reelección. Para cumplir con sus funciones, la Constitución le asignó a esta autoridad un conjunto de facultades muy variadas que van desde la presentación de proyectos de ley ante el Congreso, hasta la posibilidad de insistir a la Corte Constitucional la selección de un expediente de tutela para su revisión, potestad que comparte con los demás magistrados de la Corte y con el Defensor del Pueblo únicamente (artículo 277 de la Constitución y numeral 7 del Decreto 262 de 2000). En este artículo, nos concentramos especialmente en las competencias contempladas en los artículos 277 y 278 de la Constitución. Según estas normas, esta autoridad está encargada de investigar y de sancionar a los congresistas por las faltas disciplinarias que cometan, de rendir un concepto no vinculante en todos los procesos de control de constitucionalidad que se surten ante la Corte Constitucional para defender o atacar la constitucionalidad de las normas sometidas a control y, finalmente, de intervenir en cualquier proceso judicial o administrativo para defender el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales.

congresistas y la Procuraduría General de la Nación (en adelante PGN); ii) el proceso de puesta en agenda de los proyectos de ley relativos a los derechos de las parejas homosexuales y, específicamente, el rol jugado por las sentencias de la CC en dicho proceso.

Finalmente, entrevisté a uno de los primeros jueces de la República que tuvo que fallar una acción de tutela instaurada relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta ocasión, traté de indagar sobre: i) las circunstancias concretas del caso judicial, ii) la intervención de grupos de presión durante el proceso y iii) la presión ejercida por la PGN para oponerse a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, la investigación supuso un trabajo documental centrado en el análisis de fuentes primarias y secundarias, pues, para recopilar información, se analizaron expedientes judiciales, actas parlamentarias, circulares de la PGN, documentos producidos por los grupos de presión y revistas de prensa de diversos medios de comunicación escritos como La Silla Vacía, KienyKe, Semana, El Tiempo, El Espectador y El País, entre los años 2007 y 2013.

Una vez explicada la metodología de recolección de datos, para cumplir el objetivo de este artículo, en una primera parte, me encargaré de analizar el impacto que el movimiento original y las sentencias de la Corte han tenido sobre el contra movimiento. Luego, en una segunda parte, intentaré mostrar que, a partir de la elección de Alejandro Ordoñez Maldonado, la PGN se ha convertido en un grupo de presión católico que le ha permitido al contra movimiento religioso acceder a nuevos recursos para la movilización colectiva.

## 2 Impacto sobre el contra movimiento

Desde que *Colombia Diversa* – el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes y Dejusticia – empezó a usar la justicia constitucional para luchar en contra la discriminación legal de los gay y de las lesbianas, el contra movimiento religioso que defiende la familia heterosexual y monogámica se ha fortalecido (2.1) y muchas de las organizaciones que lo integran se han sentido obligadas a modificar el lenguaje y las estrategias utilizadas para obstaculizar o revertir los avances jurisprudenciales obtenidos (2.2).

### 2.1 Creación de las condiciones necesarias para el fortalecimiento del contra movimiento

Según Meyer y Staggenborg (1996), la actividad de un movimiento social puede generar oportunidades políticas para la creación de un contra movimiento. En este mismo sentido, Tarrow (1996) sostiene que la acción colectiva tiene la capacidad de generar más acción colectiva al crear oportunidades políticas para que los opositores de un movimiento social se movilicen.

Sin embargo, no en todos los casos un movimiento social genera este tipo de oportunidades. Es más probable que esto suceda si el movimiento original tiene algún éxito y si sus reivindicaciones son tenidas en cuenta social y políticamente. Pero, si logra que su causa triunfe definitivamente, no es factible que nazca un contra movimiento o que se fortalezca (Meyer & Staggenborg, 1996).

Si creemos en las afirmaciones de estos autores, debemos concluir que la actividad de litigio estratégico liderada por Colombia Diversa y la jurisprudencia de la CC han permitido el fortalecimiento del contra movimiento religioso que se opone al reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo. En efecto, gracias a ellas, se ha avanzado hacia la igualdad jurídica entre las parejas homosexuales y las heterosexuales.

Para entender este planteamiento, es necesario tener en cuenta que, pese a la presión del movimiento social LGBT, el Congreso de la República nunca ha legislado sobre los derechos de las parejas homosexuales. Por este motivo, desde el año 2005, Colombia Diversa y compañía decidieron aprovechar su experticia constitucional para obtener el fin de la discriminación de este tipo de parejas por vía jurisprudencial (Bonilla, 2008; Lemaitre, 2009a, 2009b; Uprimny, 2012).

Para alcanzar ese objetivo, trataron de avanzar poco a poco, sin meterse con la reivindicación de los derechos al matrimonio y a la adopción, pues, desde un punto de vista jurídico, tuvieron que enfrentarse a una línea jurisprudencial que fue muy progresista en la protección de la orientación sexual de los ho-

mosexuales individualmente considerados pero muy conservadora en la protección de las parejas formadas por personas del mismo sexo (Bonilla, 2008; Lemaitre, 2009a, 2009b; Uprimny, 2012).

Así, antes del año 2007, basándose en una interpretación restrictiva del concepto de familia como la unión entre un hombre y una mujer, el juez constitucional señaló que las parejas homosexuales no podían ser asimiladas a las parejas heterosexuales porque no constituían una familia constitucionalmente protegida. En consecuencia, toda disposición que estableciera un tratamiento diferente entre ellas, era considerado conforme a la Constitución y no debía ser sometido al test estricto de proporcionalidad (C-098 de 1996; C-814 de 2001; T-999 de 2000; SU-623 de 2001). De manera que, en esa primera etapa jurisprudencial, la Corte no reconoció la existencia jurídica de las parejas formadas por personas del mismo sexo (Albarracín, 2011a, 2011b; Lemaitre, 2009a, 2009b; Uprimny & García, 2004).

En ese contexto adverso, el grupo de presión liderado por Colombia Diversa inició su estrategia de litigio con la presentación una acción pública de inconstitucionalidad en contra de la definición de la unión marital de hecho para cobijar a las parejas homosexuales. Como en los demás casos, acompañaron la demanda con la puesta en práctica de una estrategia de comunicación para informar a la opinión pública sobre los objetivos perseguidos y sobre las consecuencias que se derivarían de una posible decisión favorable o desfavorable de la Corte, pues, para estas organizaciones "sin que haya una discusión pública del problema y sin que se difundan los resultados obtenidos en los tribunales se disminuyen notablemente las posibilidades de que los fines buscados se alcancen o que los logros conseguidos tengan el impacto deseado" (Bonilla, 2008, pp. 33–34). Adicionalmente, solicitaron a otras personas naturales y jurídicas, que compartían los objetivos de la estrategia ideada, presentar intervenciones ciudadanas para exponer nuevos argumentos o para fortalecer aquellos expuestos en la demanda.[7]

Al final, la estrategia tuvo éxito pues, mediante la sentencia C-075 de 2007, la Corte reconoció por primera vez la existencia jurídica de las parejas homosexuales, aunque no cambió su posición frente al concepto de familia.

Siguiendo la pauta de avanzar poco a poco, estas organizaciones decidieron continuar con la reivindicación del derecho a la seguridad social – regímenes de salud y pensiones – para luego demandar todo el resto de leyes que establecían tratamientos discriminatorios en contra de esta minoría, salvo en los campos del matrimonio y de la adopción (Uprimny, 2012).

Así fue como la Corte, mediante cinco sentencias, igualó ambos tipos de parejas en el campo de la unión marital de hecho. En todos esos casos, la CC concluyó que las normas demandadas no superaban el test estricto de proporcionalidad de manera que declaró su exequibilidad condicionada a la inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de los supuestos regulados por las normas acusadas (C-811 de 2007; C-336 de 2008; C-798 de 2008; C-029 de 2009; C-283 de 2011).[8]

Hasta ese momento, como Colombia Diversa y Dejusticia pensaron que el reconocimiento de esos

7 A mi modo de ver, el gran número de intervenciones ciudadanas (a favor y en contra) que acompañaron cada decisión de la Corte Constitucional relativa a los derechos de las parejas de homosexuales y de lesbianas, así como la mediatización de los casos, fortalecieron una forma de democracia deliberativa, entendida como aquella que "promueve la toma de decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración", gracias a la existencia de un proceso de reflexión colectiva anterior a la creación de la regla jurídica (Gargarella, 2012, p. 177). En efecto, gracias a las demandas presentadas y a la participación de distintos sectores en el trámite del proceso constitucional, se creo una discusión pública en torno de los derechos de las personas homosexuales y lesbianas en la sociedad colombiana. Sólo por dar un ejemplo, en el caso de la sentencia C-577 de 2011, relativa al matrimonio homosexual, hubo 1.476 intervenciones de ciudadanos que estaban en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo y 314 que estaban a favor, cifras que superan, de lejos, las 12 personas que fueron oídas en el Congreso de la República cuando se discutió el proyecto de matrimonio entre personas del mismo sexo. En este mismo sentido, hubo múltiples programas de televisión y de radio, de artículos de revistas y de periódicos, de conversatorios y conferencias etc. dedicados a discutir la conveniencia o inconveniencia de abrir esta institución a los gay y a las lesbianas.

8 Así, en todos esos casos, la Corte moduló el contenido de las normas demandadas mediante la promulgación de sentencias aditivas o integradoras debido a que su inconstitucionalidad era una consecuencia de la exclusión de las parejas del mismo sexo, es decir, de una omisión legislativa relativa (Martínez Caballero, 2000).

nuevos derechos no había despertado muchas críticas en la sociedad colombiana pero, como algunas autoridades y algunos particulares no cumplían con lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional, quisieron frenar sus reivindicaciones y dedicarse a tratar de aumentar la eficacia de esas sentencias.[9] Estaban felices con los éxitos obtenidos y no querían poner en riesgo esos avances reivindicando la apertura del matrimonio y de la adopción que no le interesaba tanto a la comunidad homosexual y, en cambio, despertaba muchas reticencias entre la ciudadanía y entre los jueces (Uprimny, 2012).[10]

Pero, si bien la idea de estas organizaciones era esperar indefinidamente antes de luchar por estos derechos, se vieron en la obligación de acelerar su reivindicación en la medida en que unos ciudadanos instauraron acciones de tutela y demandas de inconstitucionalidad solicitando la apertura del matrimonio y de la adopción a las parejas homosexuales (Uprimny, 2012). Por varios motivos, esta situación fue la que, creo yo, precipitó el fortalecimiento del contra movimiento religioso que se opone al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo.

En primer lugar, en estos campos, la Corte ha frenado su activismo progresista, pues ha proferido sentencias en las que no ha reconocido claramente nuevos derechos a las parejas compuestas por personas homosexuales o en las que no ha adoptado medidas idóneas para asegurar la protección efectiva de los derechos reconocidos (SU-617 de 2014; C-802 de 2009; C-577 de 2011).[11] El juez constitucional ha proferido sentencias ambiguas o esquivas lo que ha generado oportunidades políticas para el fortalecimiento del contra movimiento cristiano en la medida en que no se ha cerrado el debate jurídico sobre el matrimonio y la adopción. Por el contrario, esa polémica se ha trasladado a otras arenas. Y, según Meyer y Staggenborg (1996), cuando el Estado es incapaz de resolver definitivamente una controversia política, existen más posibilidades de que se creen movimientos y contra movimientos.

En el caso de la adopción por consentimiento, luego de más de cinco años de espera, el 28 de agosto de 2014, la Corte publicó un comunicado de prensa en el que anunció que, mediante la sentencia SU-617 de 2014, decidió amparar los derechos fundamentales a la autonomía familiar y a tener una familia de las mamás lesbianas de Medellín y de su hija mayor.[12] Sin embargo, la CC se negó a proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las peticionarias y, como la decisión aún no ha sido publicada, no es posible determinar cuál es el alcance de este precedente. Además, la PGN ya anunció que presentará una solicitud de nulidad en contra de la sentencia (Corte Constitucional, 2014a; El Tiempo, 2014).[13]

9 Sólo por dar un ejemplo, según una investigación sobre el cumplimiento de la sentencia C-075 de 2007, el 30% de las 77 notarias que funcionaban en el año 2009 en la ciudad de Bogotá D.C. negaban a las parejas homosexuales la posibilidad de declarar una unión marital de hecho (Sarmiento E., 2009). En este mismo sentido, algunos autores han detectado cuáles son los principales obstáculos jurídicos que han creado los fondos de pensiones privados y públicos, así como los jueces de tutela, para negarse al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en contravía de lo dispuesto en la sentencia C-336 de 2008 (Rodríguez & Albarracín, 2011).

10 Por ejemplo, según el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP), en el año 2010 únicamente el 34,4% de la población colombiana aprobaba el matrimonio entre personas del mismo sexo (Lodola, 2010).

11 El concepto de activismo judicial no es unívoco y muchas personas lo utilizan de manera peyorativa para criticar la actividad de los jueces (Kmiec, 2004). Sin embargo, en el marco de este artículo, este concepto no tiene una carga negativa.
Para definir el concepto de activismo progresista, retomo la definición propuesta por Uprimny y García (2004). Según estos autores, con base en la diferencia entre activismo judicial y activismo remedial propuesta por el juez federal William footWayne (2013), existen dos tipos de activismo judicial progresista: uno ideológico y uno remedial. Cuando un juez reconoce un derecho cuya existencia es controvertida por las fuerzas políticas que consideran que ese valor no se deriva claramente del ordenamiento jurídico, ejerce un activismo judicial progresista ideológico. Por el contrario, puede ser que, aunque la existencia del derecho no esté en entredicho, las medidas tomadas para enfrentar su vulneración sean criticadas por personas que consideran que el juez se extralimitó en el ejercicio de sus funciones y que, por lo tanto, invadió competencias de otros órganos del Estado. En este caso, el juez ejerce un activismo progresista remedial.

12 En este caso, muy famoso y mediático en Colombia, la compañera permanente de una señora lesbiana que tuvo un hijo demandó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) por negarse a iniciar el trámite administrativo de adopción de ese menor argumentando que a ley colombiana excluye a las parejas del mismo sexo de la adopción conjunta.

13 Según la jurisprudencia reiterada de la CC, la facultad de la PGN de intervenir en cualquier proceso judicial o administrativo para defender el orden público, el patrimonio público y los derechos fundamentales, reconocida en el artículo 277 de la Constitución,

En este mismo sentido, hasta la fecha no se sabe a ciencia cierta si las parejas del mismo sexo que conforman una unión marital de hecho pueden adoptar conjuntamente en Colombia o si esa posibilidad les esta vedada, pues el tribunal constitucional ha evadido la resolución de ese problema jurídico declarándose inhibido para pronunciarse de fondo (C-802 de 2009). Por esta actitud esquiva, no existe claridad sobre el alcance de la sentencia C-075 de 2007 que, para algunos como Dejusticia y Colombia Diversa, reconoció la calidad de compañeros permanentes a las parejas homosexuales en todos los regímenes jurídicos que le otorgan beneficios a las parejas no casadas, incluyendo en el de la adopción.[14] Además, como lo veremos a continuación, todavía no se sabe si dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio y así acceder a esa institución.

En el caso del matrimonio, la Corte se negó a dictar una sentencia de constitucionalidad condicionada de la norma para incluir a las parejas homosexuales dentro de la definición legal de ese contrato y, en ese sentido, frenó su activismo remedial progresista. Así, por medio de la sentencia C-577 de 2011, declaró exequible el artículo 113 del Código Civil según el cual el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer que se unen, entre otras, para reproducirse. Sin embargo, no cerró las puertas a la apertura de esta institución a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

En efecto, la Corte reconoció el derecho de las parejas homosexuales a formalizar su relación de pareja por medio de un contrato que debía ser creado por el Congreso antes del 20 de junio de 2013. El juez constitucional le dejó al legislador un gran margen de libertad en el diseño de esa nueva institución y fue claro al señalar que podía bautizarla con cualquier nombre – incluido "matrimonio". Por este motivo, el Congreso podría abrir el matrimonio civil a las parejas del mismo sexo.

comprende la interposición de incidentes de nulidad contra cualquier sentencia dictada por el tribunal constitucional en el marco de la acción de tutela, así esta entidad no haya sido parte del proceso ni tenga la calidad de tercero afectado por las órdenes de la Corte. (A-282 de 2010; A-283 de 2010; A-038 de 2012).

14 Según el artículo 68 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, pueden adoptar conjuntamente los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años.

Adicionalmente, en caso de inactividad legislativa, la Corte ordenó a los jueces y a los notarios, una vez expirado el término establecido en la sentencia, formalizar y solemnizar la relación amorosa de los homosexuales mediante un vínculo contractual, pero nuevamente no estableció si para hacerlo debían aplicar analógicamente las disposiciones que regulan el matrimonio civil.[15]

En segundo lugar, según Meyer y Staggenborg (1996), para que se produzca el nacimiento o se fortalezca un contra movimiento, es necesario que los intereses de un sector de la población se vean afectados por los objetivos perseguidos por el movimiento original. Desde este punto de vista la demanda que dio origen a la sentencia C-577 de 2011 y la decisión misma de la Corte Constitucional, amenazaron los intereses de un grupo de cristianos que consideran que la familia compuesta por un hombre y una mujer es la institución básica de la sociedad.

Recordemos que el artículo 42 de la Constitución establece que la familia "*se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*". Basándose en una interpretación histórica y literal de esa disposición, la Corte había señalado reiteradamente que la familia constitucionalmente protegida era la heterosexual y la monogámica que se formaba por el matrimonio (vínculo jurídico) o por la unión marital de hecho (vínculo natural) entre un hombre y una mujer. Como sólo las parejas heterosexuales constituían familia, existía una diferencia entre ambos tipos de parejas que justificaba el trato legal diferente (C-098 de 1996; T-999 de 2000; SU-623 de 2001; C-814 de 2001).

15 Esa falta de claridad de la sentencia C-577 de 2011 explica que, en la actualidad, la mayoría de notarios estén formalizando la unión amorosa de las parejas homosexuales mediante un "contrato de unión solemne", creado por la Superintendencia de Notariado y Registro con ayuda del Ministerio de Justicia (elpais.com, 2013a). Por su lado, algunos jueces han casado parejas homosexuales mientras que otros han celebrado uniones civiles (elespectador.com, 2013; elpais.com, 2013b). Para ponerle fin a la controversia sobre el contenido de la sentencia C-577 de 2011, habrá que esperar a que la Corte resuelva dos acciones de tutela que seleccionó hace poco y que se refieren a la posibilidad de que los notarios y los jueces celebren matrimonios homosexuales en Colombia (eltiempo.com, 2012; eluniversal.com, 2014).

Debido a esta línea jurisprudencial, uno de los problemas jurídicos que debían enfrentar Dejusticia y Colombia Diversa para que se abriera el matrimonio a las parejas del mismo sexo era precisamente el concepto de familia constitucionalmente protegido.

De manera similar, en el curso del proceso de las mamás lesbianas de Medellín, que empezó antes de que fuera expedida la sentencia sobre matrimonio, también se solicitó a la Corte que cambiara el concepto de familia constitucionalmente protegida, pues recordemos que en la sentencia C-814 de 2001, esa corporación afirmó que la adopción conjunta por parte de parejas homosexuales era contraria a la Constitución debido a que el interés superior del menor suponía ser adoptado por una familia constitucionalmente protegida, es decir, por una monogámica y heterosexual.

Al final, fue por medio de la sentencia C-577 de 2011 que la Corte Constitucional amplió el concepto de familia constitucionalmente protegida para incluir a las parejas homosexuales al señalar que, al contrario de lo establecido en la jurisprudencia anterior, el artículo 42 no define la familia, simplemente señala algunas de las formas para conformarla, pero no las únicas.

Las entrevistas realizadas demuestran que el cambio en el concepto de familia impulsó la movilización colectiva para oponerse a la apertura del matrimonio y de la adopción. Así, por ejemplo, según su vicepresidente, el Foro Nacional de la Familia "se fundó porque nos dimos cuenta de que hoy en día, en los estados democráticos (…) se quiere (…) redefinir el concepto de familia [y esa] redefinición (…) dinamita el núcleo de la sociedad" (L. C. Henao, 2013). En este mismo sentido, la Fundación Marido y Mujer, se creó en junio de 2013 para "reconocer que la familia [es] la que se integra entre el varón y la mujer y de la cual brotan los hijos" (Suárez, 2013a). Por este motivo, su objeto social es "promover la institución de la familia, configurada por el padre, la madre y los hijos" (Suárez, 2013a).

Una vez estudiado como la jurisprudencia de la Corte Constitucional creada principalmente para dar respuesta a la actividad de litigio estratégico liderada por Colombia Diversa ha generado nuevas oportunidades políticas para el fortalecimiento del contra movimiento religioso que se opone al reconocimiento de nuevos derechos a las parejas del mismo sexo, es oportuno referirse a cómo ha sido influenciado por las estrategias adoptadas por el movimiento original.

### 2.2 Influencia del movimiento original sobre el contra movimiento

En primer lugar, las actividades de litigio estratégico y de *lobbying* legislativo realizado luego de la promulgación de la sentencia C-577 de 2011, han generado una mayor politización del movimiento religioso.

Siguiendo la tipología de las organizaciones ligadas a los movimientos sociales propuesta por Kriesi (1996), estas actividades han generado la creación de asociaciones cuyo objetivo es obtener de las autoridades públicas decisiones conforme a sus intereses en los campos del matrimonio, de la familia y de la adopción (Neveu, 2011). Así, se han creado al menos tres nuevos grupos de presión de corte religioso que han luchado ante la Corte, ante el Congreso, ante los jueces y ante los notarios para defender el matrimonio entre un hombre y una mujer: el *Foro Nacional de la Familia*, la *Fundación Marido y Mujer* y *1H+1M*. Estas tres organizaciones fueron fundadas precisamente con el objetivo de influenciar a las autoridades públicas y tratar de frenar los avances obtenidos por vía jurisprudencial (Henao, 2013; Parra, 2013; Suárez, 2013a).

En segundo lugar, la estrategia de presión liderada por Colombia Diversa ha influenciado la manera cómo algunas de las organizaciones cristianas han empezado a enmarcar sus reivindicaciones.

Por un lado, para tratar de frenar los avances obtenidos en materia de derechos de los homosexuales, varias organizaciones religiosas se han sentido obligadas a usar el lenguaje jurídico para defender sus posiciones, incluso cuando la polémica se ha producido por fuera de los procesos judiciales porque la construcción del problema público se ha hecho en el lenguaje de los derechos fundamentales. En efecto, con base en el cuadro de análisis propuesto por Felstiner, Abel y Sarat (1991), se puede concluir que, en Colombia, su situación se volvió un problema objeto de atención por parte de las autoridades públicas gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

A partir de la mitad de la década de los años noventa, el juez constitucional hizo un cambio jurisprudencial para proteger los derechos a la libertad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de algunos ciudadanos homosexuales que tradujeron sus sufrimientos en términos de violación de derechos fundamentales (Lemaitre, 2009a; Restrepo Amariles, 2010). Esto le permitió a la Corte construir un discurso jurídico en favor de la homosexualidad y en contra de la discriminación por orientación sexual en muchos espacios sociales (Lemaitre, 2009a, 2009b).

Con base en esas decisiones, el grupo de presión liderado por *Colombia Diversa* pudo darle un nuevo significado a la orientación sexual que pasó de ser "*una cuestión de cultura y de estilo de vida a ser un problema de derechos*" (Lemaitre 2009a, p. 247). En el caso de las parejas del mismo sexo, esas organizaciones lograron transformar la experiencia ofensiva de no contar con ninguna protección legal, en una queja jurídica susceptible de ser remediada por la CC mediante sentencias de constitucionalidad condicionada. De manera que *Colombia Diversa* y sus aliados pudieron usar la justicia constitucional para señalar que el legislador había violado los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad al legislar sobre la unión marital de hecho, el matrimonio y la adopción sin tener en cuenta a las parejas homosexuales. Este modo de problematización condujo a una juridicización de los debates relativos al matrimonio y a la adopción en todas las arenas.

Por otro lado, la puesta en agenda legislativa de los proyectos de ley relacionados con los derechos de las parejas homosexuales fue una consecuencia directa de la sentencia C-577 de 2011 que exhortó al Congreso a crear una figura contractual para eliminar el déficit de protección que las afectaba (¿o afecta?) en la medida en que no se podían (¿o no se pueden?) casar. Así, de acuerdo con las entrevistas realizadas, en un primer momento ningún grupo de presión favorable a los derechos de los homosexuales se acercó a los legisladores para obtener la aprobación de una ley conforme a sus intereses. Todos los proyectos de ley fueron presentados por congresistas que, como consecuencia del exhorto de la Corte, querían o abrir el matrimonio y/o la adopción a las parejas homosexuales, o excluirlas de esas instituciones por sus convicciones personales y políticas (Araque, 2013; Benedetti, 2012; Gaitán, 2013; Gómez, 2012; Pinilla, 2013). Entonces, desde el principio, gran parte del debate en el Congreso giró entorno del contenido de la Constitución y de la sentencia C-577 de 2011.

Por ejemplo, para presionar al legislador, 1H+1M organizó un festival en la plaza de Bolívar, frente al edificio del Congreso, "*para declarar que como lo dice la Constitución Política de Colombia: el matrimonio es entre un hombre y una mujer*". Durante esas manifestaciones, los organizadores repartieron *flyers* y banderas y mostraron pancartas con mensajes como "*La Corte Constitucional nunca exhortó al Congreso a dar estatus de matrimonio a uniones homosexuales*" o como "*La Corte lo dijo y nosotros también: el matrimonio es entre un hombre y una mujer*" (1H+1M, n.d.). Por lo tanto, aún cuando se trató de una actividad de *grassroot lobbying*,[16] esta organización se dirigió a la ciudadanía y a los medios de comunicación con argumentos de derecho constitucional.

Al plantearse el debate en términos jurídicos, algunos grupos de presión han sentido que los argumentos religiosos ya no son aptos para obtener de las autoridades públicas decisiones conforme a sus intereses y por eso han modificado su discurso.

Por ejemplo, el *Foro Nacional de la Familia* fue creado para defender y promover "*la familia* ***según lo establecido en la Constitución Política y las normas, tratados y convenciones internacionales***" (negrillas fuera de texto) porque sus miembros sienten que los vetan si utilizan argumentos teológicos o religiosos ante el Congreso de la República (Henao, 2013). De manera similar, muchos de los activistas afirman que no usaron argumentos estrictamente religiosos para oponerse al matrimonio homosexual en el Congreso de la República. Los miembros de *1H+1M* decidieron no basarse en la Biblia porque creen que para ser escuchados en el marco de la democracia, deben usar

16 Este tipo de *lobbying,* también llamado *lobbying* externo, es aquel que tiene por objeto movilizar los ciudadanos para que éstos ejerzan una presión sobre los actores que toman las decisiones públicas. En este sentido, se diferencia del *lobbying* interno, en virtud del cual los grupos de presión se dirigen directamente a los actores de la comunidad política (Grossman & Saurugger, 2012).

"*argumentos jurídicos, técnicos, académicos*" y porque consideran que su papel es "*defender lo que está en la Constitución*" (Parra, 2013). Por su parte, según el vocero de la *Fundación Marido y Mujer*, "*el debate debe darse fuera del contexto religioso, debe darse en el contexto jurídico y en el ámbito del Congreso de la República*" (Suárez, 2013b). Además, según el senador Espíndola (2012), en el trámite del proyecto de ley de matrimonio igualitario, nunca argumentó "*desde el punto de vista religioso o espiritual (…). Argument[ó] desde el punto de vista constitucional*" y el debate en el Congreso fue "*100% de derecho constitucional*".

Seguramente por esta razón, las nuevas organizaciones creadas como *1H+1M*, el *Foro Nacional de la Familia* y la *Fundación Marido y Mujer* se presentan ante la sociedad como aconfesionales (Henao, 2013; Parra, 2013; Suárez, 2013a). Y, la mayoría de miembros de organizaciones más antiguas como el *Consejo Nacional de Laicos de Colombia*, *Laicos por Colombia* y la *Fundación Cultura de la Vida Humana*, que son abiertamente católicas, intervienen ante las autoridades públicas sin identificarse como miembros de dichos grupos.[17] Por lo tanto, como en el caso del aborto, parece que la Iglesia católica quisiera intervenir ante el Estado para defender sus ideas sobre la sexualidad pero de una manera solapada (Jaramillo, 2009). La jerarquía de la Iglesia católica en Colombia se ha pronunciado pocas veces sobre la inconveniencia del matrimonio y de la adopción por parte de parejas homosexuales y lo ha hecho, normalmente, con comunicados de prensa generales. Esto no quiere decir, sin embargo, que esa organización no se haya movilizado: la presión sobre las autoridades públicas ha sido ejercida por grupos de laicos que hacen parte de la Iglesia (Restrepo, 2013) pero que no siempre intervienen a su nombre.

Por otra parte, algunos de los grupos de presión religiosos que defienden el *status quo* han intentado traducir sus argumentos religiosos en términos jurídicos debido a que gran parte del debate se ha dado en procesos judiciales. Recordemos que gracias al litigio estratégico liderado por *Colombia Diversa*, la reivindicación de los derechos al matrimonio y a la adopción se hizo en un principio ante el juez constitucional. En el caso del matrimonio, como el Congreso de la República no aceptó la invitación de la Corte a legislar, el debate regresó nuevamente a la arena judicial.

Sin embargo, la juridicización de los argumentos usados por los grupos de presión religiosos que se oponen al reconocimiento de nuevos derechos a las parejas homosexuales es sólo una tendencia. En este sentido, persisten organizaciones que continúan usando argumentos abiertamente religiosos para pedirle a las autoridades públicas, incluyendo a los jueces, que no reconozcan ni protejan los derechos de este tipo de parejas[18].

En este campo, el grupo de presión que ha sido más activo ha sido la *Fundación Marido y Mujer* que se creó precisamente para defender la no aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo mediante el uso de los mecanismos judiciales disponibles (Cámara de Comercio de Bogotá, 2014a). Según

17 El *Consejo Nacional de Laicos de Colombia* es una persona jurídica privada reconocida por el derecho canónico y vinculada a la Conferencia Episcopal de Colombia. De acuerdo con lo dispuesto en los artículo 298 y 301 del Código de Derecho Canónico, se trata de una asociación de fieles cuya misión es "*ser puente de legitimación, apoyo y acompañamiento del laicado colombiano a la luz del evangelio sirviendo como fermento de fe y compromiso para la construcción del Reino de Dios y su Justicia*" (Consejo Nacional de Laicos de Colombia, n.d.). Por su parte, *Laicos por Colombia*, que hasta el 2002 fue un partido político, es un movimiento de laicos creado para evangelizar la política colombiana que se fundó en reacción a la Constitución de 1991 (Corsi, 2013). Para esta organización, la Iglesia católica tiene el deber y el derecho de estar presente en el campo político porque "*el cristianismo debe evangelizar la totalidad de la existencia humana, incluida la dimensión política. Critica por esto, a quienes tienden a reducir el espacio de la fe a la vida personal o familiar. En efecto, la necesidad de la presencia de la Iglesia en lo político, proviene de lo más íntimo de la fe cristiana: del señorío de Cristo que se extiende a toda la vida*" (Martínez, 2002, p. 12). Finalmente, la *Fundación Cultura de la Vida Humana* es un grupo de presión cuyo objetivo es "*cultivar, promover y defender la vida humana (…) de acuerdo con la ley natural y la ley de Dios*" (Cámara de Comercio de Bogotá, 2014b). Es aliada de *Human Life International*, fundada en 1981 "*para dar gloria a Dios promoviendo la Vida, la Fe y la Familia*". Se trata de la mayor organización internacional católica próvida (Vida Humana Internacional, n.d.).

18 Así, por ejemplo, en el marco de la acción pública de inconstitucionalidad que dio origen a la sentencia C-577 de 2011, la *Iglesia Evangélica de Colombia* allegó una petición firmada por casi 300 personas para demostrarle a los magistrados de la Corte Constitucional porqué "*el matrimonio homosexual es una amenaza a los principios bíblicos establecidos por Dios para el sano desarrollo de a humanidad*". En este mismo sentido, más de 270 cristianos firmaron una petición para pedirles a los jueces que no reconocieran el matrimonio homosexual en la medida en que, según la Biblia, el homosexualismo es una desviación.

su representante legal, la Fundación ha privilegiado el escenario judicial "*porque es en el que los homosexuales han querido actuar".*

Finalmente, las derrotas jurisprudenciales que han tenido que afrontar los grupos de presión estudiados, han generado cambios en sus *targets* y en sus estrategias (Meyer & Staggenborg, 1996). Como en el caso del aborto, a partir del momento en el que la Corte Constitucional abrió las puertas a la adopción y al matrimonio a las personas del mismo sexo, muchas de las organizaciones religiosas activas políticamente han acusado a este tribunal de haber usurpado el poder legislativo y han amenazado con promover un referendo por iniciativa popular para que se prohíba a los homosexuales casarse, conformar una familia y adoptar.

En efecto, los activistas del contra movimiento se han basado en la doctrina de la reserva judicial (*self-restraint*) para criticar el activismo progresista de la CC. Según esta doctrina, para que el ejercicio del control de constitucionalidad no implique una usurpación ilegítima del poder legislativo, el juez debe hacer una interpretación literal e histórica de la Constitución y debe ser deferente ante la rama legislativa del poder público. De lo contrario, se viola el principio de separación de poderes y no se respeta la democracia (Pech, 2001).

En primer lugar, todas las organizaciones del contra movimiento hacen una interpretación interpretativista del artículo 42 de la Constitución basándose en su tenor literal y en la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente, según la cual la familia constitucionalmente protegida es la conformada por un hombre y una mujer. A partir de esa lectura, señalan que, en realidad, lo que hizo la Corte en la sentencia C-577 de 2011, fue actuar como constituyente derivado porque cambió el contenido de la Constitución al señalar que los homosexuales también pueden conformar familia. En este mismo sentido, afirman que, al alejarse del contenido literal de la Constitución, la Corte ha creado nuevos derechos fundamentales que no existen como el aborto o el derecho a formalizar la relación de pareja entre personas del mismo sexo mediante un contrato. Por estos motivos, acusan a la Corte de violar el principio de separación de poderes y la voluntad popular.

En segundo lugar, estas organizaciones defienden una idea de la democracia representativa y mayoritaria que no tiene en cuenta la protección de los derechos fundamentales de las minorías y que, por lo tanto, resulta incompatible con el activismo progresista de la Corte en virtud del cual se han reconocido nuevos derechos a las parejas de personas del mismo sexo. Así, por ejemplo, para estas organizaciones, el tribunal constitucional no debe resolver las cuestiones políticas (*political questions)* como el aborto, la eutanasia o el matrimonio homosexual porque los valores escogidos por el pueblo y por sus representantes no pueden ser reemplazados por las creencias personales de nueve magistrados que no son elegidos popularmente y que no tienen una responsabilidad política.

Al considerar que existen ciertas cuestiones que no deben estar sometidas al control de constitucionalidad, los miembros del contra movimiento asumen una posición democrática denominada por Gargarella (2012, p. 104) como radical populista, pues consideran que "*las decisiones (…) más correctas se definen, directamente, a partir de la opinión de las mayorías"* que es indiscutiblemente correcta.

Esta visión formal de la democracia explica que, como en el caso del aborto, las organizaciones del contra movimiento han amenazado con promover un referendo popular para dejar sin efectos las sentencias de la Corte Constitucional que han reconocido nuevos derechos que son controvertidos por la mayoría de los colombianos. Recordemos que, para oponerse a la actividad de litigio estratégico liderada por la ONG *Women´s Link Wordlwide* y a la sentencia C-355 de 2006 que despenalizó el aborto en Colombia en tres circunstancias, una de las estrategias que ha implementado la organización de corte religioso *Unidos por la Vida* (que hace parte del *Foro Nacional de la Familia*) ha sido la promoción del "Referendo por la vida" cuyo objetivo es modificar el artículo 11 de la Constitución para prohibir el aborto en todas las circunstancias.

En conclusión, para criticar a la Corte Constitucional, los miembros del contra movimiento religioso usan un concepto de democracia formal o procedimental en la que lo que importa es que se respete el método de formación de las decisiones colectivas provenientes de la voluntad popular. En este sentido, se oponen a una idea de democracia sustancial carac-

terizada por la invalidez de las normas que vulneran los derechos y los valores constitucionales, aunque sean proferidas siguiendo el procedimiento previsto (Ferrajoli, 2001).

Hasta ahora me he enfocado únicamente en estudiar al contra movimiento religioso a través de los grupos de presión privados que se han movilizado para hacerle frente al litigio estratégico liderado por *Colombia Diversa* y para oponerse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha reconocido y protegido nuevos derechos de las parejas homosexuales. Sin embargo, aún no me he pronunciado sobre la PGN, que es una de las entidades que ha hecho noticia en los últimos tiempos por su defensa a ultranza de la familia heterosexual y monogámica. La segunda parte de este ensayo tiene por objeto demostrar que, en este campo, esa autoridad estatal ha actuado como un grupo de presión público que le ha permitido al contra movimiento religioso acceder a recursos adicionales a los movilizados por las asociaciones privadas.

## 3 Aportes de la PGN al contra movimiento

Si se parte del rol que el actor colectivo desempeña y no de su posición (Grossman & Saurugger, 2012), es evidente que, aunque se trate de una autoridad estatal, la PGN ha actuado como un grupo de presión en la medida en que ha utilizado sus poderes constitucionales y legales para defender, ante las autoridades públicas, la visión del mundo del catolicismo intransigente e integrista.[19] Por este motivo, se puede afirmar que esa entidad hace parte del contra movimiento religioso que lucha para que las personas homosexuales no se puedan casar ni adoptar menores de edad en Colombia.

Para entender esta tesis, es necesario tener en cuenta que las convicciones religiosas del señor Procurador Alejandro Ordoñez suponen necesariamente la defensa de los principios católicos en el ámbito profesional. Como buen católico integrista, su rol ha consistido en instaurar, en la sociedad de los derechos humanos, un catolicismo integral, competente y presente en todos los campos (Frölich, 2002, p. 16).

En efecto, por un lado, el mismo ha afirmado que esa es su misión en varias ocasiones (Ordoñez, 2003), y por otro lado, es un devoto lefebvrista y esta condición tiene efectos políticos. Así, el catolicismo integrista, antes de expresarse en el plano doctrinal, se expresa en el ámbito político: en contra de la democracia, defiende la instauración de un Estado confesional (Michel, 2009).[20] No es extraño, entonces, que haga parte de varias organizaciones de extrema derecha que se oponen a la separación entre el Estado y la Iglesia (Dalén, 2011; El Espectador, 2014; KienyKe, 2012; Montañez, 2011) y que se niegue a dejar sus convicciones religiosas en el ámbito privado (KienyKe, 2012; Semana.com, 2011).

A partir de este punto de vista, en esta parte me encargaré de mostrar que la PGN ha puesto a disposición del contra movimiento recursos jurídicos muy importantes para oponerse a la protección y al re-

19 El catolicismo intransigente es una corriente de pensamiento que nació en el siglo XIX para oponerse a las ideas del Renacimiento, de la Reforma y de la Revolución Francesa. A lo largo de ese siglo y durante una buena parte del XX, la Iglesia católica percibió que el individualismo, la racionalidad y la secularización del Estado y de la ciencia, característicos de las sociedades modernas, eran contrarios a su modelo de cristiandad. Para defenderse de esos ataques, la Iglesia incitó a sus fieles a mantener con firmeza los principios del catolicismo, es decir, de manera intransigente, sin hacer ninguna clase de compromiso con las ideas de la modernidad liberal (Mayeur, 1972; Theobald, 2009). Por otra parte, si bien algunas personas utilizan peyorativamente la palabra integrista como sinónimo de fundamentalismo religioso, en este ensayo, cuando hablo de católicos integristas, me refiero a los lefebvristas aunque ellos prefieren que uno se refiera a ellos como católicos tradicionalistas (Frölich, 2002). En efecto, si bien en un principio la Fraternidad Sacerdotal San Pío X hizo parte del catolicismo tradicionalista, en 1988 fue separada de la Santa Sede y, desde entonces, no cuenta con posición canónica en la Iglesia Católica (Benoit XVI, 2009; Frölich, 2002).

20 En 1976 la Fraternidad Sacerdotal San Pío X fue suprimida por el Obispo de Lausana, Génova y Friburgo y en 1988 Monseñor Lefebvre fue excomulgado debido a que se opuso públicamente a la postura teológica y a la interpretación no tradicionalista del concilio Vaticano II (Frölich, 2002). En el campo de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, Monseñor Lefebvre se opuso a ese concilio porque aceptó el ecumenismo, es decir, la equivalencia entre todas las confesiones cristianas (Airiau, 2009) y al equipararlas, negó el deber del Estado de imponer la religión católica como la única verdadera (Lefebvre, 1976). En este sentido, el lefebvrismo defiende la instauración del "*reino social de Cristo*" en el que "*los derechos de Dios (…) son el fundamento de la constitución. El decálogo es, por lo tanto, el inspirador de toda la legislación. [En consecuencia] la voluntad general es nula si va en contra de los derechos de Dios [y la] democracia no es laica sino abiertamente cristiana y católica* " (Lefebvre, 1976).

conocimiento de nuevos derechos a las parejas del mismos sexo. Así mismo, mostraré cómo el contra movimiento religioso, a través de la PGN, ha podido movilizar recursos a los que no puede tener acceso ningún particular para deslegitimar a la Corte Constitucional y crear dudas sobre el contenido de su jurisprudencia.

### 3.1 Recursos jurídicos a disposición del contra movimiento

En primer lugar, en mi opinión, la PGN ha logrado colmar las deficiencias jurídicas de los grupos de presión privados que integran el contra movimiento. En efecto, desde un punto de vista jurídico, los recursos humanos que ha logrado movilizar *Colombia Diversa* son incomparables con aquellos que han logrado movilizar las organizaciones privadas que se han opuesto públicamente al matrimonio y a la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

Desde su creación, esa ONG acogió a muchos antiguos militantes de la causa LGBT que son constitucionalistas como Germán Humberto Rincón Perfetti. Poco a poco, el capital jurídico de la organización se afianzó con la creación de un comité legal, compuesto por juristas remunerados, gracias al cual fue posible conformar alianzas con otras entidades académicas expertas en litigio constitucional estratégico como el *Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes* y *Dejusticia* (Albarracín, 2011a; Carlos Motta, 2010). De manera que *Colombia Diversa* también pudo utilizar gratuitamente la experticia jurídica de algunos de los profesores de derecho constitucional más famosos de Colombia como Rodrigo Uprimny.[21] En consecuencia, para la defensa de los derechos de las personas homosexuales, en Colombia se ha formado una comunidad epistémica de constitucionalistas (Hassenteufel, 2011).

Por oposición, según los activistas entrevistados, la mayoría de grupos de presión privados que han luchado públicamente en contra de la apertura del matrimonio y de la adopción son organizaciones no profesionalizadas que funcionan gracias a voluntarios que donan su tiempo y su dinero y, por regla general, los abogados voluntarios que las asesoran no son expertos en derecho constitucional (Henao, 2013; Parra, 2013; Suárez, 2013b). Esto explica seguramente que, por ejemplo, ante la Corte Constitucional, no en todos los casos hayan intervenido grupos del contra movimiento, así como la falta de calidad técnica (relativa o absoluta) de la mayoría de las intervenciones ciudadanas presentadas y de las solicitudes de nulidad interpuestas.

Esas deficiencias jurídicas han sido superadas gracias a que la PGN cuenta con una planta inmensa de abogados contratados expertos en diversas ramas del derecho, incluyendo el derecho constitucional. Así, la PGN es una de las entidades más grandes del Estado colombiano con un presupuesto anual de casi 500 mil millones de pesos que cumple con funciones íntimamente relacionadas con el derecho (Procuraduría General de la Nación, 2014).

Además, para re-cristianizar la sociedad colombiana, el señor Procurador ha nombrado a algunos juristas de alto perfil que comparten su intransigencia católica como Ilva Myriam Hoyos. Todo apunta a que esta abogada ha sido clave en el diseño e implementación de las tácticas jurídicas para luchar en contra de la jurisprudencia activista y progresista de la Corte en materia de los derechos de las parejas del mismo sexo. En efecto, no sólo es una abogada reconocida en el ámbito académico experta en derecho constitucional y en derecho natural. Es también una activista católica con experiencia en movilización colectiva,

21 *Dejusticia* es un centro de investigaciones aplicadas creado en el 2003 por un conjunto de profesores de Derecho expertos en actividades de investigación, de litigio estratégico, de formación y de difusión muy conocidos como Rodrigo Uprimny, Diego López y Juan Fernando Jaramillo Actualmente, cuenta con veintiséis investigadores de planta, veintitrés de los cuales son abogados. Por otra parte, muchos de sus miembros fundadores y de sus empleados son expertos en derecho constitucional y trabajaron en la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, Rodrigo Uprimny y Juan Jaramillo fueron magistrados auxiliares por muchos años (El Espectador, 2008). Por su parte, el *Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes* es una clínica jurídica experta en la presentación de acciones de tutela, acciones populares y acciones públicas de inconstitucionalidad para contribuir a la solución de problemas sociales estructurales que afectan a grupos marginados o/y vulnerables (Universidad de los Andes, n.d.). Esta entidad redactó la acción pública de inconstitucionalidad que dio origen a la sentencia C-075 de 2007 con la ayuda de veinte alumnos de derecho y el director del Grupo (Bonilla, 2008), sin embargo, después de su presentación, esta organización no volvió a trabajar con *Colombia Diversa* o con *Dejusticia* (Uprimny, 2012).

pues, antes de ser nombrada procuradora delegada para la infancia, la adolescencia y la familia, presidió la *Red Futuro Colombia.*[22] Junto con Aurelio Ignacio Cadavid López, quién fuera miembro del *Consejo Nacional de Laicos de Colombia*, de *Laicos por Colombia* y de la *Fundación Cultura de la Vida Humana* (C-075 de 2007; Elcolombiano.com, 2014), lideró la estrategia jurídica para oponerse al litigio estratégico para despenalizar el aborto: mientras que el señor Cadavid se encargó de presentar a nombre propio las solicitudes de nulidad y las recusaciones en contra de los magistrados, la señora Hoyos se encargó de conseguir las firmas y las más de 57 intervenciones ciudadanas en contra de la despenalización del aborto (Dalén, 2011; Jaramillo, 2009).

En segundo lugar, el contra movimiento religioso ha logrado colmar sus deficiencias jurídicas gracias a que la PGN ejerce las funciones de intervención judicial y de prevención para velar por el respeto de los derechos humanos y por la protección del interés público (artículos 117 y ss. de la CP).

En efecto, en el campo de la justicia constitucional, la PGN interviene obligatoriamente dentro de los procesos de control de constitucionalidad para defender o atacar la constitucionalidad de las normas demandadas (artículo 278 de la CP) y, si bien su concepto no es vinculante, es muy importante dentro del proceso de constitucionalidad. En el campo de la acción de tutela, también tiene varias facultades pues puede interponerlas (numerales 10 del artículo 26, 1º del artículo 38, 14 del artículo 75 y 11 del artículo 76 del Decreto 262 de 2000) e intervenir en el trámite de cualquier tutela para defender los derechos fundamentales (numeral 7º del artículo 277 de la CP; Parágrafo del artículo 28 del Decreto 262 de 2000). Por otro lado, puede insistir ante la Corte Constitucional en la selección de expedientes para su revisión (artículo 51 del Acuerdo 05 de 1992), facultad que muy pocas autoridades comparten y que resulta de vital importancia si se tiene en cuenta que, cada mes, el juez constitucional selecciona más o menos 60 expedientes de 40.000 (Henao, n.d.). Y, finalmente, de manera general, tiene legitimación en la causa para intervenir en cualquier proceso judicial cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales.

En el caso sujeto a estudio, el Procurador ha aprovechado todas esas facultades para defender el *status quo.* Al parecer, solicitó a la Corte seleccionar expedientes de tutela relacionados con los derechos de las parejas del mismo sexo; intervino en todas las demandas de inconstitucionalidad presentadas luego de su elección para solicitar la declaración de exequibilidad de las normas demandadas y/o la inhibición de la Corte para pronunciarse de fondo y presentó solicitudes de nulidad en contra de las sentencias C-577 de 2011, T-716 de 2011 y T-276 de 2012.

Además, en virtud de lo dispuesto en la circular Nº 031 de 2013, los recursos económicos de la PGN han sido utilizados para intervenir en todos los procesos judiciales relacionados con la sentencia C-577 de 2011 con el objetivo de interponer las acciones y los recursos judiciales disponibles para evitar la celebración de matrimonios homosexuales (Procurador General de la Nación, 2013).

En tercer lugar, como se verá a continuación, el contra movimiento religioso ha tenido el monopolio de algunos recursos que no están al alcance de organizaciones privadas como *Colombia Diversa* y *Dejusticia*, a las que la Constitución no les ha dado la competencia ni para sancionar disciplinariamente a los funcionarios públicos ni para crear normas jurídicas.

### 3.2 Monopolio sobre algunos recursos

Si bien no existe ningún indicio que demuestre que el Procurador usó los 2.200 cargos de libre nombramiento y remoción de la PGN para hacer *lobbying* en el Congreso de la República (Artunduaga, 2012), lo cierto es que los congresistas sintieron una presión indirecta en la medida en que, según el artículo 277 de la Constitución, esa entidad debe adelantar las investigaciones disciplinarias y sancionar las faltas cometidas por las personas que ejercen funciones

22 Según el certificado de existencia y representación legal, esta entidad sin ánimo de lucro se constituyó en septiembre de 2009 para "*fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia entendida según lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Política [y para] diseñar o apoyar políticas que la protejan, mecanismos que la defiendan y estrategias que la promuevan, además de ser una instancia civil de vigilancia y seguimiento a las políticas públicas de Familia*" (Cámara de Comercio de Bogotá, 2014c).

públicas, incluyendo los funcionarios elegidos popularmente. Por eso, muchos de ellos vieron con malos ojos que, durante el trámite del proyecto de ley, la señora Ilva Myriam Hoyos, mano derecha del Procurador, haya estado en el Congreso "*haciendo lobby*", como ella misma lo reconoció (ElEspectador.com, 2013; León, 2013; Torres, 2013).

En este sentido, uno de los congresistas entrevistados manifestó que

> *"se recibió una presión muy fuerte, no directa, por parte de la PGN (….). Máxime cuando el Procurador hoy le puede quitar la credencial a un congresista". Otro señaló que no me iba a "decir nada del Procurador porque [él] me investiga. Cualquier cosa que él lea en tu tesis me puede costar carísimo. Tú misma podrás decir si eso es o no una presión". Y, según otro de los congresistas entrevistados, "en muchos de los debates que se dan en Colombia es evidente que los políticos están restringidos (…) en su libertad. A ver, ¿quién es el gallito que se pone a contradecir (…) al Procurador? ¡Muéstremelo! Cuando a uno lo investiga (…) la PGN… [por eso es que ]esta es una democracia de fachada".*

El poder disciplinario también ha sido utilizado por la PGN para amenazar a los jueces y a los notarios para que no celebren matrimonios homosexuales. Y, aunque en el caso de los jueces esto no tiene ningún fundamento jurídico en la medida en que, en el ámbito disciplinario, son investigados y sancionados por el Consejo Superior de la Judicatura (numeral 3º del artículo 256 de la Constitución Política), según uno de los jueces entrevistados, una amenaza de un alto funcionario del Estado genera angustia. En todo caso, en la circular nº 13 de 2013, el Procurador emitió una serie de "*recomendaciones*" dirigidas a los jueces y a los notarios para que celebren contratos innominados, dejando implícitamente la sensación de que, en caso de que celebren matrimonios, podrán ser sancionados por la PGN (Procurador General de la Nación, 2013).

Finalmente, al contrario de lo que sucede con los grupos de presión privados que tienen que atraer la atención de los medios de comunicación, las actuaciones de la PGN en este campo han hecho noticia debido a que se trata de una autoridad pública (McAdam, McCarthy, & Zald, 1996). En este sentido, el pobre poder mediático de las organizaciones privadas que componen el contra movimiento ha podido ser aumentado gracias a la transformación de la PGN en grupo de presión público. En el campo del derecho, ese poder mediático ha sido combinado con su poder de producir normas jurídicas para crear o amplificar dudas jurídicas sobre el contenido de la sentencia C-577 de 2011 y sobre la objeción de conciencia, así como para contrarrestar el poder y la legitimidad de la CC colombiana con el objetivo de evitar que las parejas homosexuales puedan adoptar y casarse.

Por medio de la circular nº 13 de 2013 y de varias declaraciones públicas, el Procurador General de la Nación ha recomendado a los notarios y a los jueces usar la objeción de conciencia para no formalizar las relaciones de pareja homosexuales aunque la jurisprudencia constante de la Corte ha señalado que esta figura no puede ser utilizada por ninguna autoridad pública (Procuraduría General de la Nación, 2011; Rueda, 2012, 2013; Semana.com, 2013).[23]

En lo que respecta a la sentencia C-577 de 2011, el Procurador General de la Nación señaló que los notarios y los jueces no pueden casar parejas homosexuales porque la Corte declaró exequible el artículo 113 del CC y, según el artículo 48 de la Ley Estatutaria sobre Administración de Justicia, únicamente la parte resolutiva de las sentencias de constitucionalidad son de obligatorio cumplimiento de manera que el resto constituye un criterio auxiliar de interpretación. Por oposición, según la jurisprudencia de la CC, sus interpretaciones de la ley y de la Constitución tienen fuerza obligatoria para todas las autoridades públi-

23 Cuando la Corte despenalizó el aborto en tres circunstancias, señaló que únicamente las personas naturales que hacen parte del equipo médico que debe realizar un aborto pueden objetar en conciencia (C-355 de 2006). Luego, en la sentencia T-388 de 2009, la Corte se pronunció nuevamente sobre este tema gracias a una acción de tutela instaurada en contra de una EPS se negó a practicarle un aborto a una señora aunque estaba amparada por una de las causales de despenalización. En esa ocasión, la Corte señaló que ninguna autoridad pública y, específicamente, ningún juez, puede objetar en conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto bajo su consideración en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución relativo a los fines del Estado y en el artículo 6 según el cual los funcionarios públicos son responsable ante las autoridades por violación del ordenamiento jurídico y por omisión en el ejercicio de sus funciones.

cas y la *ratio decidendi* de sus decisiones, incluyendo las de las sentencias de tutela, es de obligatorio cumplimiento en la medida en que en el sistema jurídico colombiano existe la institución del precedente (C-539 de 2011; C-634 de 2011; T-186 de 2009, T-1092 de 2007).

También afirmó que, para cumplir la sentencia C-577 de 2011, los notarios y los jueces deben afrontar un obstáculo casi infranqueable porque sus funciones están sometidas a la ley y, según el artículo 230 de la Constitución, una sentencia no tiene ese carácter (Procuraduría General de la Nación, 2011). En contravía de esta afirmación, a partir de la sentencia C-836 de 2001,[24] la Corte ha señalado que el concepto de ley consagrado en el artículo 230 superior hace referencia a todo el ordenamiento jurídico y no únicamente a las normas expedidas por el legislador (Bernal, 2008).[25]

Por otro lado, otra de las tácticas de la PGN para oponerse al reconocimiento de la adopción y del matrimonio entre personas del mismo sexo, ha consistido en criticar a la CC.

Por ejemplo, durante unas jornadas de derecho notarial en julio de 2013, Alejandro Ordoñez acusó a la Corte se haber invadido "*las funciones del legislador*" y de haberse convertido en "*reformadora de la Constitución y legisladora extraordinaria*" (Vox Populi, 2013) debido a que, aunque el constituyente originario "*rechazó la ponencia (…) según la cual la familia estaría compuesta simplemente por 'personas unidas entre sí'*" (Procuraduría General de la Nación, 2011), la Corte afirmó que los homosexuales constituían familia. Por este motivo, exhortó públicamente a que se convoque a un referendo para que sea el constituyente originario el que tenga la última palabra (Procurador General de la Nación, 2013). En ese mismo evento, señaló que la sentencia C-577 de 2011 es "*confusa, contradictoria y farragosa*" y que, como cinco magistrados aclararon el voto y uno lo salvó parcialmente, "*para un lector juicioso no resulta fácil saber en qué hubo acuerdo y en qué desacuerdo*" (Vox Populi, 2013).

Es difícil saber en qué medida la legitimidad de la Corte ante la opinión pública se ha visto afectada por las críticas de la PGN. Lo cierto es que, hasta hace pocos años, la Corte era una de las instituciones más estimadas por la sociedad colombiana como lo demuestra el hecho de que, en año 2008, es decir, justo antes de la elección de Alejandro Ordoñez como jefe de la PGN, más de 64% de los colombianos encuestados tenía una opinión favorable de esa institución. En cambio, en abril de 2012, ese porcentaje bajó al 38% (Franco, 2014; Gallup Colombia LTDA., 2009).

A partir de esas estadísticas, no es un absurdo pensar que, en el futuro, la Corte decida auto limitarse en la medida en que, en el campo de los derechos de los homosexuales, la mayoría de colombianos está a favor de la posición del Procurador Ordoñez.[26] En efecto, si bien la tendencia natural de todo órgano es aumentar al máximo su influencia, la autolimitación del juez constitucional está relacionada con la cultura jurídica y popular en la que profiere sus decisiones de tal manera que, si esa cultura evoluciona en sentido que le sea desfavorable, el juez constitucional disminuye sus propios poderes (Mercozut, 1993; Rousseau, 2010). En un país como Colombia en el que han existido múltiples proyectos para limitar el poder del juez constitucional a través de reformas legislativas (Uprimny & García, 2004), no es absurdo pensar que los miembros de la Corte decidan modificar su jurisprudencia para contar con el apoyo de la opinión pública.

## 4 Conclusión

Los autores que han analizado la jurisprudencia de la CC relativa a los derechos de los homosexuales, desde una perspectiva socio-jurídica, han llegado a la con-

24 En esta sentencia la Corte declaró que el artículo 4 de la Ley 169 de 1986, según el cual tres decisiones uniformes de la Corte Suprema sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, es constitucional siempre que se entienda que, para apartarse del precedente, los jueces ordinarios están en la obligación de justificar bien su decisión.

25 Según el artículo 230 de la Constitución "*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*".

26 Según una encuesta realizada por la firma Cifras y Conceptos para Caracol Radio en el 2013, el 78% de los colombianos no apoya el matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras que sólo el 22% está a favor. En este mismo sentido, el 88% está en desacuerdo con la adopción mientras que únicamente el 11% la apoya (Caracol, 2013).

clusión de que se trata de uno de los casos de judicialización de asuntos políticos que ha fortalecido el camino hacia la democratización del Estado colombiano.

Así, por un lado, no cabe duda de que, gracias a la jurisprudencia activista y progresista de la Corte, se ha fortalecido la democracia sustantiva, pues se han reconocido y protegido algunos de los derechos de los homosexuales y de las lesbianas que conforman una minoría históricamente discriminada que nunca ha estado representada en el Congreso de la República (Uprimny & Sánchez, 2013).

Por otro lado, también se ha fortalecido la democracia formal o procedimental en la medida en que una de las consecuencias de las sentencias de la Corte ha sido el fortalecimiento de la participación ciudadana en el proceso de creación de las normas jurídicas relativas a los derechos de los homosexuales. En este sentido, una de las consecuencias de la jurisprudencia de la Corte en esta materia ha sido el desarrollo de una forma de democracia deliberativa concretada en la reflexión colectiva que se ha generado en torno de esta cuestión.

En efecto, no solamente el lenguaje de los derechos fundamentales y los remedios antidiscriminación adoptados por el juez constitucional han generado organización y activismo legal por parte movimiento social LGBT (Albarracín, 2011a, 2011b; Lemaitre, 2009a, 2009b; E. Restrepo, 2002; Uprimny & García, 2004), sino que, tal y como se demostró en este ensayo, también ha producido el fortalecimiento de un contra movimiento religioso, situación que, en muchos sentidos, a vigorizado la discusión colectiva sobre la conveniencia o inconveniencia de reconocer nuevos derechos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

En este mismo sentido, la invitación que la Corte hizo al legislador para proteger el derecho de las personas homosexuales y lesbianas de formalizar su relación de pareja mediante un contrato, permitió que las reivindicaciones de ambos movimientos sociales se ventilaran en el órgano democrático por excelencia: el Congreso de la República.

Sin embargo, si se analiza este mismo fenómeno desde una perspectiva más amplia y no simplemente concentrándose en las estrategias lideradas por *Colombia Diversa*, se puede concluir que las actuaciones de la PGN han afectado la democracia deliberativa en la medida en que han generado un desequilibrio en el procedimiento de creación de las normas jurídicas relativas a los derechos de las parejas del mismo sexo. Así, debido a que ha sido capturada por católicos tradicionalistas e integristas, la PGN ha usado de forma indebida sus poderes legales y constitucionales, que no están al alcance del movimientos LGBT, para presionar a las otras autoridades públicas a tomar decisiones contrarias a la Constitución y a la jurisprudencia de la CC.

De manera más general, el hecho de que la PGN haya sido capturada por activistas que defienden un Estado confesional, atenta contra el régimen democrático en la medida en que desdibuja el modelo de frenos y contrapesos adoptado en la Constitución de 1991 para asegurar el principio de separación de poderes. De acuerdo con este modelo, la PGN, en su calidad de órgano de control, tiene el deber de vigilar que las ramas del poder público respeten la Constitución y las leyes, labor que no ha sido cumplida por esa entidad desde que en el año 2008 se eligió a Alejandro Ordoñez en el cargo de Procurador General de la Nación.

## 5 Referencias


Airiau, P. (2009). Des théologiens contre Vatican II. 1965-2005. In D. Avon & M. Fourcade (orgs). *Un nouvel âge de la théologie? 1965-1980.* Colloque de Montpellier. Paris: Khartala.

Albarracín, M. (2011a). Corte Constitucional y movimientos sociales: el reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, *8* (14).

Albarracín, M. (2011b). *Movilización legal para el reconocimiento de la igualdad de las parejas del mismo sexo* (Tesis Maestría en Derecho). Universidad de los Andes, Colombia.

Martínez, A. (2002). *La evangelización de la política. Los laicos. Destinatarios y protagonistas de la Política* (2 ed.). Tunja: Imprenta Muisca LTDA.

Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (21). Disponible en http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derest&page=article&op=view&path%5B%5D=493

Blee, K. M., & Taylor, V. (2002). Semi-Structured Interviewing in Social Movement Research. In B. Klandermans & S. Staggenborg (orgs). *Methods of Social Movement Research*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Bonilla, D. (2008). *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad. Sentencia C-075/07*. Bogota: Colombia Diversa.

Dalén, A. (2011). *El aborto en Colombia: cambios legales y transformaciones sociales* (Tesis Maestría en Derecho). Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Disponible en http://www.bdigital.unal.edu.co/4876/

Frölich, L. (2002). *Les catholiques intransigeants en France*. Paris: L'Harmattan.

Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y de Difusión del Derecho – CEDEC.

Grossman, E. & Saurugger, S. (2012). *Les groupes d´intérêt. Action collective et stratégies de représentation* (2 ed.). Paris: Armand Colin.

Hassenteufel, P. (2011). *Sociologie politique: l´action publique* (2 ed.). Paris: Armand Colin.

Henao, J. C. (2012). La Cour constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes. *Nouveaux Cahiers du Consel constitutionnel*, *34*. Disponible en http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-34/la-cour-constitutionnelle-colombienne-son-systeme-de-controle-de-constitutionnalite-et-les-evolutions-jurisprudentielles-recentes.104699.html

Jaramillo, I. C. (2009). La Iglesia Católica, el sexo y la sexualidad en América Latina: más allá de la distinción público/privado. *SELA (Seminario En Latinoamérica de Teoría Constitucional Y Política) Papers*, *72*, 1–15.

Jaramillo, I. C. & Alfonso, T. (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto* (Derecho y Sociedad.). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Julio, A. (2003). *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Kmiec, K. D. (2004). The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism." *California Law Reviews*, *92* (5), 1442–1478.

Kriesi, H. (1996). The organizational structure of new social movements in a political context. In *Comparative Perspectives on Social Movements*. New York: Cambridge University Press.

Lefebvre, M. (1976). *J´accuse le Concile* (Fraternité Sacerdotale Saint-Pie X). Disponible en http://www.fsspx.org/fr/category/bibliotheque-mediatheque/jaccuse-le-concile/

Lemaitre, J. (2009a). *El derecho como conjuro*. Bogotá D.C.: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.

Lemaitre, J. (2009b). Love in the time of cholera: LGBT rights in Colombia. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, *6* (11), 78–97.

Lodola, G. (2010). Apoyo al matrimonio entre personas del mismo sexo en América Latina. *Perspectivas Desde El Barómetro de Las Américas*, 44, 1–10.

Martínez Caballero, A. M. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, *2* (1), 9–32.

Mayeur, J.-M. (1972). Catholicisme intransigeant, catholicisme social, démocratie chrétienne. *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, *27* (2), 483–499

McAdam, D.; McCarthy, J. D.; & Zald, M. N. (1996). *Comparative Perspectives on Social Movements:*

*Political Opportunities, Mobilizing Structures, and Cultural Framings*. New York: Cambridge University Press.

Mercozut, B. (1993). Saisines parlementaires et constitutionnalisme. In *Droit et politique*. Paris: Presses universitaires de France.

Meyer, D. S. & Staggenborg, S. (1996). Movements, Countermovements, and the Structure of Political Opportunity. *The American Journal of Sociology*, *101* (6), 1628–1660.

Michel, F. (2009). Intégrisme catholique et politique. *Études*, *Tome 411*(9), 211–222.

Neveu, E. (2011). *Sociologie des mouvements sociaux* (5 ed.). Paris: La Découverte.

Ordoñez, A. (2003). *Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.

Pech, L. (2001). Le remède au gouvernement des juges: le judicial self restraint? In *Gouvernement des juges et démocratie*. Paris: Publications de la Sorbonne.

Restrepo Amariles, D. (2010). Los límites argumentativos de la Corte Constitucional Colombiana a la luz de la teoría de Toulmin: el caso de la "Unión Marital de Hecho" de las parejas homosexuales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, *38* (109), 421–451.

Restrepo, E. (2002). Reforma Constitucional y Pregreso Social: La 'Constitucionalización de la Vida Cotidiana' en Colombia. *Yale Law School SELA*, 14. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=yls_sela

Rodríguez, C., & Albarracín, M. (2011). *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes. Disponible en https://derecho.uniandes.edu.co/en/publicaciones/colecciones/serie-documentos-justicia-global/2220-isentencias-de-papel-efectos-y-obstaculos-de-los-fallos-sobre-los-derechos-de-las-parejas-del-mismo-sexo-en-colombia

Rousseau, D. (2010). *Droit du contentieux constitutionnel* (Montchrestien). Paris: Lextenso éditions.

Sarat, A., Abel, R. L., & Felstiner, W. L. F. (1991). L'émergence et la transformation des litiges: réaliser, reprocher, réclamer. *Politix*, *4* (16), 41–54.

Sarmiento E., J. P. (2009). Las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, una lucha inclonclusa contra la discriminación. *Revista de Derecho*, 32, 57–96

Tarrow, S. (1996). States and opportunities: The political structuring of social movements. In *Comparative Perspectives on Social Movements*. New York: Cambridge University Press. Disponible en http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511803987.004

Theobald, C. (2009). La différence chrétienne. *Études*, *Tome 412* (1), 65–76.

Uprimny, R., & García, M. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. In B. Santos; M. García Villegas. *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma.

Uprimny, R., & Sánchez, L. M. (2013). Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después. *Cahiers des Amériques latines*, 71, 33–53.

Urueña, J. M. C. (2002). Indicadores constitucionales. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, *4* (1), 273-277.

***Otras Referencias***

1H+1M. (n.d.). Disponible en https://es-la.facebook.com/1H1MColombiaOficial

ACI. (2010, April 3). Laicos por Colombia postula candidata para el Senado. Aciprensa. Disponible en http://www.aciprensa.com/noticias/laicos-por-colombia-postula-candidata-para-el-senado/

Acjc. (2013, miércoles, de enero de). Asociación Colombiana de Juristas Católicos. Disponible en http://juristascatolicos.blogspot.com/2013/01/iv-congreso-internacional-de-juristas.html

Ámbito Jurídico. (2011, March 17). Procurador pide Corte publique sentencias inhibitorias sobre adopción y matrimonio gay. Ambito Jurídico. Disponible en http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110317-04/noti-110317-04.asp

Araque, C. (2013, May). Entrevista con Camilo Araque, miebro de la UTL del senador Armando Benedetti.

Artunduaga, E. (2012, December 9). Alejandro Ordóñez admite recibir hojas de vida de políticos y familia. KienyKe. Disponible en http://www.kienyke.com/historias/el-procurador-admite-que-recibe-hojas-de-vida-de-politicos-familiares-y-hasta-de-su-senora-madre/

Benedetti, A. (2012, May). Disponible en Armando Be-

nedetti, senador de la República.
Benoit XVI. (2009, March). Aux Évêques de l'Église Catholique au sujet de la levée de l'excommunication des quatre Évêques consacrés par Mgr Lefebvre. Disponible en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/letters/2009/documents/hf_ben-xvi_let_20090310_remissione-scomunica_fr.html
Cámara de Comercio de Bogotá. (2014a, March 3). Certificado de existencia y representación de la Fundación Marido y Mujer.
Cámara de Comercio de Bogotá. (2014b, March 3). Certificado de existencia y representación legal de Fundación Cultura de la Vida Humana.
Cámara de Comercio de Bogotá. (2014c, March 3). Certificado de existencia y representación legal de Laicos por Colombia.
Cámara de Comercio de Bogotá. (2014d, March 3). Certificado de existencia y representación legal de La Red Familia Colombia.
Caracol. (2013, September 4). Los colombianos dicen no al matrimonio gay. Disponible en http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/los-colombianos-dicen-no-al-matrimonio-gay/20130509/nota/1895974.aspx
Carlos Motta. (2010, March 22). An interview with Virgilio Barco. Disponible en http://wewhofeeldifferently.info/interview.php?interview=50
CathoJuris. (2005, June 2). L´Union Internationale des Juristes Catholiques - Présentation. Disponible en http://cathojuris.org/article37.html
Comunión Tradicionalista. (n.d.). Comunión Tradicionalista. Dios, Patria, Fueros y Rey Legítimo. Disponible en http://carlismo.net/?page_id=2003
Consejo Nacional de Laicos de Colombia. (n.d.). CNL Consejo Nacional de Laicos. Por un laicado colombiano unido y organizado. Disponible en http://www.consejonacionaldelaicos.org/
Corsi, C. E. (2013, May). Entrevista con Carlos Eduardo Corsi Otálora, presidente de Laicos por Colombia.
Corte Constitucional. (2014, August 28). Comunicado No 35 Agosto 28 de 2014. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2035%20comunicado%2028%20de%20agosto%20de%202014.pdf
Corte Constitucional. (2014, December 11). Corte Constitucional. Relatoría. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas1992-2014.png
Credencial. (2012, O9). ¿Cómo es la nueva familia colombiana? *Revista Credencial*. Disponible en http://www.revistacredencial.com/credencial/content/c-mo-es-la-nueva-familia-colombiana
Elcolombiano.com. (2014, January 4). Elecciones 2006. Elcolombiano.com.
El Espectador. (2008, November 13). Listas ternas que reemplazarán a dos magistrados de la Corte. El Espectador. Disponible en http://www.elespectador.com/articulo90336-listas-ternas-reemplazaran-dos-magistrados-de-corte
El Espectador. (2014, March 29). La boda real: trasfondo político del matrimonio de la hija del Procurador. Disponible en http://www.elespectador.com/entretenimiento/arteygente/gente/boda-real--trasfondo-politico-del-matrimonio-de-hija-del--articulo-483774
ElEspectador.com. (2013, April 18). El polémico chat que tiene en problemas a Ilva Myriam Hoyos. El Espectador. Disponible en http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-416907-el-polemico-chat-tiene-problemas-ilva-myriam-hoyos
Elespectador.com. (2013, December 7). Juez de Bogotá celebrará el primer matrimonio homosexual en Colombia. El Espectador. Disponible en http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/articulo-433299-juez-de-bogota-celebrara-el-primer--matrimonio-homosexual-colombi
Elpais.com. (2013a, April 25). "Notarios harán un contrato de unión solemne, no matrimonios": Jorge Enrique Vélez. Elpais.com.
Elpais.com. (2013b, July 24). Jueza legalizó primera unión conyugal de pareja homosexual en Colombia. Elpais.com.
El Tiempo. (2014, April 9). Procurador dice que Corte fue engañada en fallo sobre adopción gay.
eltiempo.com. (2008, November 12). Alejandro Ordóñez fue elegido como nuevo Procurador General por el Senado - Archivo - Archivo Digital de Noticias de Colombia y el Mundo desde 1.990. Eltiempo.com. Disponible en http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4717644
Eltiempo.com. (2012, February 20). Tutelas por matrimonio gay. Eltiempo.com. Disponible en http://www.eltiempo.com/justicia/tutles-por-matrimonio-gay_13535067-4
Eluniversal.com. (2014, February 19). En tutela, Corte

estudiará de nuevo el matrimonio gay. El Universal Cartagena. Disponible en http://www.eluniversal.com.co/colombia/en-tutela-corte-estudiara-de-nuevo-el-matrimonio-gay-152113

Espíndola, E. (2012, May). Entrevista con Edgar Espíndola, senador de la República.

Expediente T-2597191 (Corte Constitucional).

Franco, I.-N. (2014, July 4). Favorabilidad Instituciones/organizaciones. La gran encuesta Colombia Opina. Disponible en https://www.flickr.com/photos/lasillavacia/6960938750/sizes/l/in/photostream/

Gaitán, S. (2013, May). Entrevista con Sol Gaitán, mienbro de la UTL de la representante Alba Luz Pinilla.

Gallup Colombia LTDA. (2009, May). Gallup Poll. Disponible en http://www.slideshare.net/saulhb/gallup-poll-mayo-2009-colombia

Gómez, M. (2012, May). Entrevista con Miguel Gómez, representante a la Cámara.

Henao, J. C. (n.d.). Trámite de Selección de Tutelas. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/tramite-seleccion.php

Henao, L. C. (2013, May). Entrevista a Luis Carlos Henao de Brigard, fundador y director del Foro Nacional de la Familia.

KienyKe. (2012, August 30). El crucifijo que acompaña al Procurador Alejandro Ordóñez. KienyKe. Disponible en http://www.kienyke.com/historias/un-procurador-de-camandula-y-crucifijo/

León, J. (2013, April 18). La foto del BlackBerry: nueva evidencia de que Ilva Myriam desconoce un fallo de la Corte. La Silla Vacía. Disponible en http://lasillavacia.com/historia/la-foto-del-blackberry-nueva-evidencia-de-que-ilva-myriam-desconoce-un-fallo-de-la-corte

Montañez, X. (2011, April 12). En la intimidad del culto lefebvrista de Bucaramanga. Vanguardia.com. Disponible en http://www.vanguardia.com/santander/bucaramanga/139354-en-la-intimidad-del-culto-lefebvrista-de-bucaramanga

Parra, L. (2013, May). Entrevista a Luigi Parra, coodirector y vocero de las Juventudes Politicas Cristianas.

Pinilla, A. L. (2013, May). Entrevista con Alba Luz Pinilla, representante a la Cámara.

Procurador General de la Nación. (2013, July 6). Circular Número 013 de 2013. Disponible en http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//121_Circular%20013%20de%202013%20PGN%20SENTENCIA%20C577%2020111.pdf

Procuraduría General de la Nación. (2011, July 12). Procurador defiende la institución de la familia como unidad fundamental de la sociedad. Boletín 1238. Procuraduría General de la Nación. Disponible en http://www.procuraduria.gov.co/portal/Procurador-defiende_la_institucion_de_la_familia_como_unidad_fundamental_de_la_sociedad.news

Procuraduría General de la Nación. (2014, February 1). Resolución No 001 de 2014, por la cual se efectúan asignaciones internas de apropiación en el Presupuesto de gastos de la Procuraduría General de la Nación-Gestión General. correspondiente a la vigencia fiscal 2014. Disponible en http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_gel_archivos/1//19_Resoluci%C3%B3n%20001%20de%202014%20asignaciones%20internas%20de%20apropiaci%C3%B3n%20presupuesto%20de%20Gastos%20de%20la%20Procuradur%C3%ADa.pdf

Red Futuro Colombia. (2013, March 19). Comunicado de prensa. Disponible en http://www.alianzaprovida.org/1/post/2013/03/el-aborto-s-debe-ser-debatido-en-el-congreso-toda-la-reglamentacin-del-gobierno-nacional-fue-anulada.html

Restrepo, J. (2013, May). Entrevista con el Padre Jaime Restrepo, director del departamento de matrimonio y familia de la Conferencia Episcopal de Colombia.

Rodríguez, A. (n.d.). Solicitud de nulidad de la sentencia C-577 de 2011. Expedientes acumulados D-8367 y D-8376.

Rueda, M. I. (2012, February 12). Procurador investiga labor diplomática ante fallo de la Haya. Eltiempo.com. Disponible en http://www.eltiempo.com/politica/entrevista-al-procurador-alejandro-ordonez_12417941-4

Rueda, M. I. (2013, May 5). Alejandro Ordoñez no aspirará a la Presidencia. El Tiempo.

Sáiz de Rueda, M. (n.d.). Intervención ciudadana de la Fundación Cultura de la Vida Humana. Expediente D-6362.

Salcedo Tamayo, H. (n.d.). Solicitud de nulidad de las sentencia T-276 de 2012. Expediente T-3.242.483.

Sandoval, P. A., & Forero Medina, A. (n.d.). Intervención ciudadana del Consejo Nacional de Laicos de Colombia. Expediente D-6362.

Semana. (2014, July 16). Sede de Corte Constitucional no "aguanta" tanta tutela - Semana.com. *Semana*. Disponible en http://www.semana.com/nacion/articulo/sede-de-corte-constitucional-no-aguanta-tanta-tutela/395891-3

Semana.com. (2011, June 14). ¿Por qué un funcionario de la Procuraduría decidió demandar a Ordóñez? Semana. Disponible en http://www.semana.com//nacion/articulo/por-que-funcionario-procuraduria-decidio-demandar-ordonez/242996-3

Semana.com. (2013, June 19). Ordóñez pide a notarios ejercer objeción de conciencia. Disponible en http://www.semana.com//nacion/articulo/ordonez-pide-notarios-ejercer-objecion-conciencia/348192-3

Suárez, J. (2013a, November). Entrevista con Javier Suárez, fundador y representante legal de la Fundación un Hombre y una Mujer.

Suárez, J. (2013b, November 8). Javier Suárez, de la Fundación marido y mujer, explica oposición al matrimonio igualitario.

Suárez, J. (n.d.). Solicitud de nulidad de la sentencia C-577 de 2011 presentada por la Fundación Marido y Mujer. Expedientes acumulados D-8367 y D-8376.

Torres, G. (2013, April 17). Matrimonio gay: la funcionaria que hizo lobby. Semana. Disponible en http://www.semana.com//nacion/articulo/matrimonio-gay-funcionaria-hizo-lobby/340366-3

Tribunal Constitucional de España. (2014, November 11). Estadísticas 2011. Disponible en http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/estadistica2001.aspx

Unidos por la Vida. (2013, March 28). Disponible en www.unidosporlavida.com

Universidad de los Andes. (n.d.). Grupo de Derecho de Interés Público. Universidad de los Andes.

Uprimny, R. (2012, June). Entrevista a Rodrigo Uprimny, director de Dejusticia.

Vida Humana Internacional. (n.d.). La misión de Human Life International (HLI). Disponible en http://vidahumana.org/conozcanos/la-mision-de-human-life-international-hli

Vox Populi. (2013, July 19). Enfrentamiento entre procurador y Corte Constitucional por unión de parejas del mismo sexo. Vox Populi. Disponible en http://voxpopuli.net/enfrentamiento-entre-procurador-y-corte-constitucional-por-union-de-parejas-del-mismo-sexo/

Wilches, C. (2012, May). Entrevista con Claudia Wilches, senadora de la República.

***Providencias de la Corte Constitucional***

A-282 de 2010
A-283 de 2010
A-038 de 2012
C-098 de 1996
C-481 de 1998
C-507 de 1999
C-814 de 2001
C-836 de 2001
C-373 de 2002
C-355 de 2006
C-075 de 2007
C-811 de 2007
C-336 de 2008
C-798 de 2008
C-029 de 2009
C-802 de 2009
C-283 de 2011
C-539 de 2011
C-577 de 2011
C-634 de 2011
SU-623 de 2001
SU-617 de 2014
T-999 de 2000
T-499 de 2003
T-808 de 2003
T-1092 de 2007
T-186 de 2009
T-843 de 2009
T-716 de 2011
T-627 de 2012

Data de submissão/Submission date: 22.09.2014
Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 21.12.2014

# A RESOLUÇÃO 135/CNJ E O DESAFIO DA REGULAMENTAÇÃO DA MAGISTRATURA[1] // *Ivan Candido da Silva de Franco*[2]

**Palavras-chave**
regulamentação / controle disciplinar / magistratura / Conselho Nacional de Justiça (CNJ) / Resolução 135/2011

**Sumário:**

**1 Introdução**
**2 Dos primeiros passos à Resolução 30/2007 do CNJ.**
**3 Uniformização definitiva: a Resolução 135/2011 do CNJ**
3.1 A elaboração normativa participativa
3.2 Modificações e inovações relevantes
**4 Filtro do STF: a ADI 4.638/2012**
**5 Considerações finais**
**6 Referências**

**Resumo**
O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado em 2004, é o órgão administrativo de cúpula do Poder Judiciário (artigo 103-B da Constituição Federal). Essa instituição conta com competência para editar normas que vinculam os Tribunais brasileiros, com exceção do Supremo Tribunal Federal (STF) e para exercer o controle funcional da magistratura nacional. O presente artigo é um estudo de caso que explora um aspecto específico dessas funções do CNJ em sua atuação: o poder regulamentar em matéria de controle disciplinar da magistratura. Nosso objetivo central é entender a dinâmica institucional existente e como esse tema foi trabalhado ao longo da história do Conselho: que tipos de resistências foram encontrados neste processo e quais atores se envolveram nas discussões existentes. Será descrito e analisado um percurso que se inicia com uma regulação frágil por meio de normas do Regimento Interno, dá lugar a uma primeira resolução unificadora da matéria disciplinar e, finalmente, à norma definitiva, a Resolução 135/2011, a qual promove significativas mudanças no regramento disciplinar – e que, muito por isso, é objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

1 Esse artigo é resultado de reflexões surgidas das discussões no ambiente do XXII Encontro do CONPEDI, bem como de outros espaços acadêmicos. O artigo original, bastante modificado, tem o título: "Poder Normativo e Controle Disciplinar no Conselho Nacional de Justiça: como ficou a regulamentação dos deveres funcionais dos juízes no Brasil? Um estudo de caso da Resolução 135/2011 do CNJ". Agradeço, em especial, a Luciana Gross Cunha pelo incentivo de publicar este trabalho, a Andréa Gozetto e seu grupo de alunos de Iniciação Científica da UNINOVE pelos comentários críticos, a Natalia Langenegger pela revisão do Abstract e a Gabriella Guimarães pela grande ajuda na revisão do texto.
2 Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). E-mail: ivan.csfranco@gmail.com.

# CNJ'S RESOLUTION 135 AND THE CHALLENGE OF REGULATING THE JUDICIARY // *Ivan Candido da Silva de Franco*

**Keywords**
regulation / disciplinary control / judiciary / National Council of Justice (CNJ) / Resolution 135/2011

**Abstract**
The National Council of Justice (Conselho Nacional de Justiça - CNJ), created in 2004, is the administrative governing body of the Brazilian Judicial Branch (Article 103- B of the Constitution). It has the responsibility of editing rules that all the Brazilian courts must follow, except the Supreme Court (STF), and of exercising disciplinary control of judges. This article is a case study that explores a specific aspect of the CNJ's mandate: the regulation of the disciplinary control of the judiciary. Our main goal is to understand the existing institutional dynamics and to understand how this issue was undertaken throughout the Council's history: what kind of resistance was encountered in this process and which actors were involved in the ongoing debates. The institutional path, which begins with a fragile regulation from the CNJ's Internal Regiment, and then gives rise to the first resolution of disciplinary matters, is described and analyzed. Ultimately, this path results in the current regulation, the Resolution 135/2011, which promotes significant changes in the disciplinary rules and, because of that a Direct Action of Unconstitutionality (Ação Direta de Inconstitucionalidade -ADI) challenged it before the Brazilian Supreme Court.

## 1 Introdução

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão novo do Poder Judiciário de nosso país. Sua criação ocorreu no bojo da chamada Reforma do Judiciário, feita por meio da Emenda Constitucional 45/2004. O CNJ, então conhecido como o órgão de *controle externo* da magistratura nacional, representou um dos temas mais controversos do texto que tramitou durante mais de dez anos no Congresso, dividindo opiniões quanto à sua existência e, posteriormente, quanto à sua composição e às suas competências (Sadek, 2001a, pp. 91-92).

A caracterização do Conselho como um órgão de controle externo pode ser entendida como uma forma de dificultar sua criação. Valores como a independência da magistratura foram invocados para justificar a impossibilidade do controle do Poder Judiciário por um órgão externo. Essa argumentação foi utilizada tanto durante a tramitação do Projeto de Emenda à Constituição quanto após sua aprovação. É correto dizer que o CNJ alterou o equilíbrio entre independência judicial e *accountability* ao ficar encarregado de função fiscalizadora. Porém, o resultado a que se chegou caracteriza um órgão de controle *interno*, do próprio Poder Judiciário, e não *externo* (Tomio & Robl Filho, 2013, p. 36).

Os principais resultados da Reforma, vindos após os debates descritos, foram a aprovação congressual de um Conselho Nacional de Justiça com 60% de seus membros oriundos da magistratura e a posterior chancela do Supremo Tribunal Federal (STF), que não acolheu os argumentos de inconstitucionalidade do Conselho levantados por associações da magistratura na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.367/2005.

As competências do CNJ foram, também, alvo de controvérsias nas discussões da Reforma do Judiciário. O surgimento do cargo de Corregedor Nacional de Justiça e as disposições expressas sobre ele, modificadas ao longo das diferentes propostas de redação, indicam a sua importância. A delimitação, maior ou menor, das funções do Conselho no texto constitucional também oscilou. Apesar de haver divergências, elas foram menores do que as existentes em outros temas (Sadek, 2001a, pp. 101-102). Ao final, a competência disciplinar do CNJ ficou rigidamente delimitada no texto constitucional (art. 103-B, *§ 4º)*, o que fortalece a atuação do órgão.

O presente artigo não pretende abordar o processo da Reforma do Judiciário, tema bastante trabalhado na literatura.[3] Nosso objetivo é analisar um aspecto específico do Conselho Nacional de Justiça em sua atuação: o poder regulamentar em matéria de controle disciplinar da magistratura. O foco está em entender as regulações existentes desde o início do funcionamento do CNJ até o advento da Resolução 135/2011 do CNJ, norma relevante porque uniformiza o procedimento disciplinar aplicável à magistratura nacional. Esse tema nos intriga porque envolve a questão da competência disciplinar do Conselho, algo já descrito como polêmico, e a sua função regulamentadora, outro peculiar aspecto alvo de discussões. O desafio da regulamentação da magistratura nacional por apenas um órgão central, recém-criado, será estudado neste artigo em um tema sensível, que é o controle dos deveres funcionais dos juízes.

Interessa-nos entender como esse tema foi trabalhado ao longo da história do Conselho: que resistências foram encontradas neste processo e quais atores se envolveram nas discussões existentes. As diferentes fases regulatórias do Conselho Nacional de Justiça até chegar à Resolução 135/2011 demonstram a dinâmica institucional do CNJ em uma matéria relevante para o cenário jurídico-político nacional.

O processo que envolveu a criação da referida resolução é interessante: a iniciativa isolada de um Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Ceará levou a um processo participativo de elaboração normativa que resultou numa resolução que trouxe inovações significativas e foi finalizado numa discussão que ocupou três sessões Plenárias do STF.

A investigação sobre como o CNJ regulamentou o controle disciplinar dos magistrados foi feita por meio de uma pesquisa baseada na *amostragem por caso único* (Pires, 2008, p. 158), na qual foram desven-

3 Maria Tereza Sadek (2001a, 2001b) descreve as discussões ocorridas durante a tramitação da Emenda Constitucional. Para uma avaliação dos resultados da Reforma do Judiciário à luz dos macroprojetos envolvidos (acesso à justiça ou lógica centralizadora e racionalizadora), ver Luciana Cunha e Frederico de Almeida (2012).

dados a dinâmica institucional envolvendo um órgão específico e os resultados produzidos na regulamentação de um aspecto de sua atividade. Apesar de articularmos fontes diversas, entendemos que esse é um estudo de caso (único) por conta da amostra ser uma só: regulamentação do controle disciplinar da magistratura pelo CNJ. Pela profundidade com que o tema é estudado, é esperado que, em determinados momentos, utilizemo-nos de fontes até de outras instituições, como o STF, com o fim de melhor compreender nosso objeto.

Nosso trabalho contém as características associadas ao estudo de caso, isto é, trata-se de uma investigação empírica profunda de um fenômeno contemporâneo, na qual os limites entre este e seu contexto não são claros. Ainda, conta com diversas variáveis de interesse, as quais geram plurais fontes de evidência, e conta com algumas proposições teóricas para auxiliar na análise (Yin, 2001, pp. 39-40). O objetivo da escolha deste método pode ser sintetizado da seguinte forma: "(...) não nos interessamos unicamente pelas *especificidades* do caso em questão (ainda que elas possam ser valorizadas e importantes), mas também por sua capacidade de servir de via de acesso a outros fenômenos ou a outros aspectos da realidade" (Pires, 2008, p. 180). A escolha por apenas um caso do Conselho Nacional de Justiça ocorre pela sua potencial importância para nos fazer entender dinâmicas institucionais do órgão.

Não existiram quaisquer processos administrativos publicados que tenham dado origem ao Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça ou à primeira resolução de procedimentos disciplinares, a Resolução 30/2007. O Regimento Interno foi discutido desde a instalação do Conselho e foi aprovado logo em sua 3ª Sessão Ordinária. Por isso, a fonte utilizada foi a ata da sessão. Segundo informou a Ouvidoria do CNJ a um pedido de acesso à informação (Registro Ouvidoria/CNJ: 78402), a proposta de resolução foi trazida pelo Corregedor Nacional de Justiça, Antônio de Pádua Ribeiro, e aprovada unanimemente pelos demais conselheiros na 6ª Sessão Extraordinária, realizada em 6 de março de 2007. As informações colhidas sobre essa resolução, portanto, são oriundas da ata da sessão e do processo administrativo que resultou na Resolução 135/2011.

A fonte central é o Pedido de Providências 2655-23.2010 do CNJ, o qual originou a Resolução 135/2011, e que foi selecionado por nos permitir entender a dinâmica do poder regulamentar exercido pelo Conselho Nacional de Justiça. Por meio do estudo da tramitação deste processo administrativo, pudemos entender como ocorreu a elaboração normativa, que decidiu sobre um aspecto ao mesmo tempo relevante e controverso da atuação do CNJ, além de nos dar informações sobre o contexto institucional.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.638/2012 também compôs esse estudo por conta de ter como norma questionada, justamente, a Resolução 135/2011. Sua análise é mais panorâmica, com foco nos argumentos levantados na petição inicial e nos dispositivos decisórios utilizados pelo Tribunal no julgamento da Ratificação de Liminar desta ADI. Essa escolha se deve ao foco do estudo, que é o Conselho Nacional de Justiça, sendo o STF mais relevante no que toca à dinâmica entre instituições, e menos na análise argumentativa dos votos dos ministros.

O presente artigo irá descrever todo o percurso referido acima: das regulações iniciais ao questionamento no STF. O caminho realizado tem como objetivo entender o desafio da regulamentação da magistratura nacional, especialmente num caso que lida diretamente com interesses corporativos, como a matéria disciplinar. Dentro desse contexto, irá explorar duas grandes questões de pesquisa. Em primeiro lugar, identificar quais foram os atores envolvidos no processo, tanto internamente ao Conselho Nacional de Justiça quanto em seu questionamento no Supremo. Por último, apontar quais foram as principais inovações trazidas pela Resolução, em seu texto original e após a análise do STF.

Isso será feito tomando como base, preferencialmente, o material disponível eletronicamente no *site* institucional do Conselho Nacional de Justiça.[4] Vale a ressalva de que não são todos os atos processuais que se encontram disponíveis para a consulta. Os materiais disponíveis se mostraram uma fonte importante de informação sobre a elaboração norma-

4 O endereço do *site* é: www.cnj.jus.br. É possível acessar processos no link de "Consulta de processos eletrônicos".

tiva no CNJ. Quando pertinentes, os achados empíricos serão articulados com fontes bibliográficas, de forma a embasar nossas análises.

O texto será dividido em outras quatro seções. Na Seção 2 serão descritos os primeiros passos regulatórios do Conselho em matéria disciplinar, até chegar à elaboração de sua primeira resolução unificadora, a Resolução 30/2007. Na Seção 3, serão analisados aspectos específicos da norma definitiva nesta matéria, a Resolução 135/2011, com foco em seu processo participativo de elaboração normativa e nas principais modificações trazidas pelo texto. Na Seção 4, será descrito o processo de filtro realizado pelo STF, em controle concentrado de constitucionalidade de alguns artigos da referida Resolução 135/2011 do CNJ. Na Seção 5, de considerações finais, serão resumidas as conclusões construídas ao longo do texto.

## 2 Dos primeiros passos à Resolução 30/2007 do CNJ

Para exercer suas competências constitucionais, o CNJ, logo após sua criação, aprovou seu Regimento Interno. Desde sua primeira Sessão Plenária (de 14/06/2005), a redação do Regimento foi discutida, até sua aprovação na 3ª Sessão Ordinária, em 16 de agosto de 2005, e publicação, por meio da Resolução 02/2005. Essa norma, como usual em regimentos de órgãos do Poder Público, tinha um escopo bastante amplo e, por isso, não tratou de forma detalhada dos procedimentos disciplinares existentes.

A regulação, ainda que não específica, foi importante por facilitar a atuação do Conselho. Baseou-se, para tanto, na legislação federal aplicável, notadamente na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), diploma legal dos anos 1970 que regula os assuntos pertinentes à magistratura. Havia, ainda, referência expressa a outras leis federais que deveriam ser aplicadas, quando pertinentes, aos processos disciplinares.

Após mais de um ano de atuação de controle disciplinar com base nas descritas normas esparsas – Regimento Interno e legislação federal – e pouco específicas quanto aos procedimentos, o CNJ entendeu necessário regulamentar mais detalhadamente a matéria. Neste contexto, na 6ª Sessão Extraordinária, de 6 de março de 2007, foi aprovada a Resolução 30/2007 do CNJ. As *consideranda* que precedem o texto indicam qual foi o diagnóstico que motivou a sua redação (com grifos nossos):

> *CONSIDERANDO que as normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar dos magistrados são muito diversificadas, não obstante tenham de observar as disposições constitucionais e da Lei Orgânica da Magistratura em vigor;*
>
> *CONSIDERANDO a promulgação da Constituição vigente e das emendas que a alteraram;*
>
> *CONSIDERANDO que a Lei Complementar nº 35, de 1977, é anterior à vigente Constituição Federal;*
>
> *CONSIDERANDO que as leis de organização judiciária dos Estados, os regimentos dos tribunais e resoluções em vigor sobre a matéria são discrepantes, achando-se muitas normas antes referidas superadas por outras de superior hierarquia;*
>
> *CONSIDERANDO a necessidade de sistematizar as regras em vigor sobre a matéria, com observância das normas constitucionais e legais em vigor;*

Identificamos duas grandes linhas argumentativas que justificaram a elaboração desta resolução. Em primeiro lugar, há o elemento que aparece de forma mais evidente nas *consideranda*, que é a discrepância entre as normas existentes ou, em outras palavras, a necessidade de uma uniformização a ser realizada pelo órgão central. Além disso, fica clara a intenção de demonstrar que a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1977) não somente é anterior à Constituição como, evidentemente, de hierarquia inferior. Isso nos leva a interpretar que o Conselho passa a mensagem de que seria possível arguir a não recepção desta norma pela Carta Maior ou, mesmo sem isso, que a Constituição seria uma norma posterior e superior à LOMAN.

Ambos os elementos argumentativos são destacáveis porque, por motivos distintos, geraram resistências notadamente em movimentos associativos da magistratura, que apareceram com mais força posteriormente, de forma destacável no questionamento

judicial no STF, o qual será analisado em detalhe na Seção 4. De forma esquemática, podemos dizer que a regulamentação central realizada pelo CNJ gera resistência daqueles que defendem uma maior autonomia regulatória local, ou seja, que os Tribunais locais definam as próprias normas a serem aplicadas e não se submetam a uma resolução do Conselho. Ainda, há a crítica ao fato de o CNJ regular matérias de sua competência por resolução em contraposição a leis federais. No caso, haveria uma oposição à LOMAN, que seria justificada por estar o Conselho cumprindo uma competência constitucional.

A Resolução 30/2007 foi importante porque foi uniformizou os procedimentos disciplinares aplicáveis à magistratura nacional. Gerou maior segurança aos próprios magistrados ao prever procedimentos mais detalhados e precisos. Houve a explicitação de todas as penas que poderiam ser aplicadas pelo Conselho, as consequências geradas por elas e, mais importante, foram descritos os *procedimentos* a serem aplicados. Ou seja, houve uma efetiva uniformização, articulando as normas existentes dentro de um todo mais coerente.

Porém, com o tempo, a norma se mostrou defasada, insuficiente para as demandas do Conselho. Essa constatação, da experiência prática dos envolvidos, motivou a mudança normativa objeto do presente estudo. Nascia deste processo a Resolução 135/2011 do CNJ.

## 3 Uniformização definitiva: a Resolução 135/2011 do CNJ

O diagnóstico de que a Resolução 30/2007 não mais correspondia a seus necessários propósitos se mostrou, ao longo do processo de elaboração normativa, ser coletivo. A iniciativa de mudança normativa, todavia, foi individual, tendo partido de um Corregedor-Geral de Justiça do Ceará. Essas questões são expostas pelo Relator do Pedido de Providências estudado, Conselheiro Walter Nunes da Silva Junior, em despacho de janeiro de 2010:

> *As considerações feitas pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Ceará refletem um sentimento geral de que, após quase três anos de efetiva vigência e aplicação prática, faz-se necessário um amplo trabalho de revisão do ato normativo em destaque, matéria que já foi, inclusive, objeto de deliberação em Sessão Administrativa deste Conselho Nacional de Justiça.*[5]

Após os quase três anos de vigência, a experiência prática ditava a necessidade de ocorrerem alterações na norma descrita. O arcabouço normativo criado não era mais suficiente para lidar com a demanda disciplinar do Conselho. O processo administrativo iniciado desencadeou o processo de modificação normativa, o qual, segundo narra o Relator, foi discutido em Sessão Administrativa do Conselho (de presença reservada aos conselheiros, diferente da Sessão Plenária) e, neste espaço, foi também externada a necessidade de aperfeiçoar a resolução.

### 3.1 A elaboração normativa participativa

Diante dessa situação de adesão à ideia de alterar a uniformização das normas disciplinares do CNJ, e tendo em vista a ampliação do debate, o Relator optou por uma solução interessante de elaboração normativa, decidindo oficiar setores interessados para que se manifestassem sobre propostas de mudança da Resolução 30/2007. Foram intimados todos os Tribunais e Corregedorias do país, bem como as associações de classe da magistratura de âmbito nacional.

Vale destacar que a elaboração normativa do CNJ nem sempre foi porosa à participação de setores que não são parte do próprio órgão. Esse processo de abertura ocorreu por meio de uma alteração normativa discutida e aprovada em Sessão Plenária (Rosilho, 2011, p. 153).[6] A Resolução 67/2009, que aprovou o novo Regimento Interno, passou a prever a possibilidade de participação em processos do CNJ por

5 Trata-se de trecho de Despacho de 27/01/2010 do Pedido de Providências (PP) 7816-48/2009. Após análise da Corregedoria Nacional de Justiça, os autos foram devolvidos ao relator, só que com numeração distinta: PP 2655-23/2010. Esse processo resultou na aprovação da Resolução 135/2011 pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça.

6 O autor afirma que o CNJ tem adotado posturas de experimentalismo institucional no exercício de seu poder normativo (ROSILHO, 2011, pp. 151-154). No caso analisado, duas características centrais mencionadas pelo autor, e que demonstram abertura ao diálogo com a sociedade, estão presentes: a normatização de matéria oriunda de provocação ao Conselho e a revisão de ato normativo anterior.

meio de audiência pública ou consulta pública (artigo 102, parágrafos 1º e 3º, do Regimento Interno do CNJ). Embora o caso estudado não tenha se utilizado de nenhum dos dois expedientes, podemos destacar que a tendência à abertura pode ter influenciado neste processo participativo.

A intenção do relator, como dito, foi a de promover um diálogo amplo com setores possivelmente interessados nas normas disciplinares da magistratura, para que os debates relativos a essas mudanças não ficassem restritos ao âmbito interno do Conselho. Cabe destacar a importância da iniciativa por promover mecanismos de participação na elaboração normativa, o que é bastante relevante em um tema que afetaria a magistratura nacional como um todo, regulada pelo CNJ, que exerce a função constitucional de órgão administrativo de cúpula do Poder Judiciário.

Podemos interpretar essa iniciativa como uma forma de construção de legitimidade do CNJ com os Tribunais. Ao chamá-los para opinar sobre questões que afetam seu cotidiano, o Conselho demonstra uma abertura em dialogar com os envolvidos e uma postura de construção mais coletiva. Oficiar as associações de magistratura, em nossa opinião, faz parte da mesma lógica. Esse mecanismo de elaboração normativa, sem dúvida, representa um avanço em termos de participação. Porém, valeria pensar sobre a possibilidade de participação da sociedade civil em processos como esse. Se considerarmos que os órgãos nacionais da advocacia e do Ministério Público (o Conselho Federal da OAB e a Procuradoria-Geral da República) já oficiam no CNJ por disposição constitucional (art. 103-B, §6º) e, por isso, tiveram a possibilidade de interferir no processo, fica defasada a participação da sociedade civil – organizada e até mesmo de cidadãos.[7]

Pode-se dizer que houve a participação dos setores convocados. Mais de 40 atores se manifestaram após os ofícios do Conselho e trouxeram seus pontos de vista sobre as principais mudanças que deveriam ser realizadas para uma nova resolução que uniformizasse as normas aplicáveis à magistratura nacional. Seguem, abaixo, os dados coletados que dão conta da participação dos setores interessados:

***Quadro 1.*** *Participação dos interessados no processo de elaboração da Resolução 135/2011 do CNJ*

| *Classe de órgão* | *Número de respostas aos ofícios* |
|---|---|
| Tribunais Superiores | 01 |
| Tribunais da Justiça Estadual | 12 |
| Tribunais da Justiça Federal (Comum e Especializada) | 22 |
| Corregedorias da Justiça Estadual | 05 |
| Corregedorias da Justiça Federal (Comum e Especializada) | 02 |
| Associações de classe | 01 |

***Fonte:*** *voto do Relator no PP 2655. Elaboração própria.*

Com relação aos atores envolvidos no processo, os números demonstram a alta adesão de Tribunais de Justiça Estadual e Federal (Comum e Especializada) pelo país. No Quadro 1, discriminamos a participação dos Tribunais e das Corregedorias, mas, como não houve coincidência entre participação dos dois órgãos de um mesmo Tribunal de origem, podemos supor que a contribuição de cada Tribunal foi vocalizada ora pela Presidência e ora pela Corregedoria de Justiça. Dessa forma, tivemos o envolvimento de 41 dos 86 Tribunais que potencialmente poderiam participar.[8] Chama a atenção o número relativo, chegando quase à metade dos Tribunais, bem como a quan-

7 Uma resposta a essa situação pode ser vista na realização da primeira Audiência Pública pelo CNJ, a qual ocorreu nos dias 17 e 18 de fevereiro de 2014 sobre os temas da eficiência da primeira instância e aperfeiçoamento legislativo voltado ao Poder Judiciário. A iniciativa é destacável justamente por contemplar a possibilidade de participação da sociedade civil organizada, bem como de especialistas nos temas debatidos. Consultas públicas, outra forma relevante de participação, já foram realizadas.

8 Consideramos como número total: 27 Tribunais de Justiça Estadual Comum, 3 Tribunais de Justiça Estadual Especializada (Tribunais de Justiça Militares Estaduais), 5 Tribunais Regionais Federais, 27 Tribunais Regionais Eleitorais e 24 Tribunais Regionais do Trabalho.

tidade de sugestões substantivas realizadas.[9]

Podemos hipotetizar o significado dessa constatação como sendo o de um reconhecimento do Conselho Nacional de Justiça como o órgão administrativo central. O CNJ, atraindo a participação dos Tribunais, demonstrou inserção neles. Mais do que uma resposta à influência do órgão central, podemos interpretar que os Tribunais entenderam que suas contribuições poderiam resultar em uma norma nacional mais bem acabada, o que traria consequências positivas para a atuação local – pautada, necessariamente, pela norma elaborada pelo Conselho.

De outro lado, houve baixa adesão de Tribunais Superiores no processo, vez que apenas o Superior Tribunal Militar respondeu ao ofício do CNJ, afirmando que nada tinha a acrescentar. Poderia ser interpretado que isso se deve ao fato de três dos quatro outros Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho) terem representantes como conselheiros. Porém, acreditamos que essa interpretação é pouco convincente, mesmo porque os ofícios sequer foram respondidos, o que demonstra, no mínimo, pouco cuidado com o processo que vinha se desenvolvendo.

Ainda com relação à participação, destacamos a baixa adesão das Associações de Classe da magistratura de âmbito nacional. Todas foram oficiadas a se manifestar, por conta do evidente interesse sobre a matéria do processo disciplinar aplicável a magistrados, mas, apenas uma respondeu ao ofício, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), cuja resposta não demonstrou muito envolvimento com a elaboração porque nada foi substancialmente sugerido. Conclusão possível seria a de que a AMB concorda com as disposições que vinham sendo construídas sobre os deveres funcionais dos magistrados. Não foi isso, porém, o que se verificou, vez que poucos meses depois da aprovação unânime da Resolução 135/2011 pelo Plenário do CNJ, a Associação propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo por objeto a referida norma (ADI 4.638/2012).

Vale destacar que o associativismo da magistratura, historicamente, teve papel importante na disputa sobre os rumos da justiça estatal, podendo ser considerados atores relevantes do processo (Almeida, 2010, p. 195). O expediente de questionar a constitucionalidade de atos normativos do CNJ tem sido prática comum para associações de classe da magistratura, sendo que mais da metade destas Ações Diretas propostas ao STF – 20 das 32 ações - tinham associações de classe como requerentes (Falcão, Arguelhes, & Cerdeira, 2012). Ou seja, a judicialização de questões decididas pelo Conselho Nacional de Justiça tem sido uma estratégia recorrente – embora de efetividade questionável, do ponto de vista da procedência das ações – destas associações.

Relativamente ao mérito das discussões no processo de elaboração normativa, destacam-se alguns temas, que apareceram com frequência nas manifestações dos interessados:

I. Procedimento disciplinar: as disposições existentes não eram muito detalhadas. Por isso, foram sugeridas alterações no sentido de regulamentar com mais clareza a forma como se dariam os processos disciplinares. Estabelecimento de etapas, divisão em fases (divididas em capítulos apenas na Resolução 135/2011), clareza nos prazos foram temas recorrentes.
II. Garantias dos magistrados: mais do que apenas regulamentar o modo como se processaria o feito, era necessário destacar expressamente as garantias dos magistrados. Nesse sentido, foram sugeridas disposições específicas para consignar o respeito à ampla defesa, ao contraditório e às demais garantias processuais também existentes no processo administrativo.
III. Competências da Corregedoria: as competências não eram dispostas de forma clara. Com a Corregedoria ganhando força em sua atuação, eram necessários dispositivos que disciplinassem sobre suas competências, para que suas ações não fossem questionadas.

9 Vale mencionar que alguns atores se manifestaram duas vezes ao longo do processo, sendo eles: Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Roraima, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco, Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Amazonas, Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Piauí e Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. No Quadro 1 foram contabilizados apenas uma vez.

IV. Publicidade do processo: a Resolução 30/2007 não garantia a publicidade dos atos processuais nem a da aplicação das penas. As contribuições à elaboração da Resolução 135/2011 se posicionavam de modo oposto, procurando dispor sobre a necessidade de publicidade de todos os atos processuais.

Após todo o processo, na Sessão Ordinária realizada em 05 de julho de 2011, a Resolução 135/2011 do CNJ foi aprovada unanimemente pelos conselheiros. Veremos, agora, quais foram os principais resultados (regulatórios) desta norma estudada.

## 3.2 Modificações e inovações mais relevantes

> *Ao longo dos 6 (seis) anos de funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo órgão para o bom desempenho das competências a ele confiadas pelo legislador constituinte derivado tem sido compatibilizar o regime jurídico disciplinar aplicável à magistratura, concebido sob um regime de exceção que vigorava no país no ano de 1979, com os princípios que norteiam o devido processo legal no contexto da Constituição de 1988* (Trecho do voto do Relator, Walter Nunes Jr., no PP 2655.)

Como se nota da descrição feita pelo Relator do Processo, a principal missão da nova resolução foi a de atualizar o texto de modo a adequá-lo à atuação prática do Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista os valores democrático-constitucionais. Interessante observar que os temas suscitados pelos envolvidos no processo de elaboração foram alvos das mais significativas alterações trazidas.

A primeira inovação, do ponto de vista da própria atividade regulamentar do CNJ, foi a introdução de uma alteração normativa que visava a superar deficiências de uma lei (a LOMAN) em face da Constituição Federal. O trecho transcrito acima deixa clara a expressa tentativa de modificar um texto legal por meio de uma resolução, oriunda de um órgão administrativo. Tal expediente, de inovação no plano jurídico, já havia sido realizado anteriormente pelo CNJ, mas ainda gera críticas severas de quem entende que o órgão deve apenas regulamentar matérias para a mais efetiva execução da lei.[10] O STF, como será demonstrado à frente, referendou essa prática do Conselho.

Do ponto de vista da consolidação do CNJ como órgão administrativo central do Poder Judiciário, o mais relevante foi a previsão expressa de que a regulamentação presente na resolução é nacional. Há discussão com relação à autonomia dos Tribunais, na qual se questiona o fato de um órgão central regular não apenas o seu próprio funcionamento como também estender essa normatização ao *âmbito local* - discussão essa que foi a mais central na ADI 4.638/2012, que será discutida na Seção 4. Sobrepondo-se a essa polêmica, a Resolução 135/2011 evidenciou o caráter nacional da regulamentação ao estabelecê-la de forma expressa.

O artigo 1º da resolução deixa claro quais são os alvos da regulamentação: a magistratura nacional, à exceção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

> *Art. 1º Para os efeitos desta Resolução, são magistrados os Juízes Substitutos, os Juízes de Direito e os Desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais, os Juízes Federais e dos Tribunais Regionais Federais, os Juízes do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, os Juízes Militares e dos Tribunais Militares, os Juízes Eleitorais e dos Tribunais Regionais Eleitorais, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, os Ministros do Superior Tribunal Militar e os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, exceto aqueles que também integram o Supremo Tribunal Federal.*

O princípio da legalidade foi garantido. Tanto o Regimento Interno quanto a Resolução 30/2007 *não tiveram a preocupação de descrever* detalhadamente as condutas sancionáveis, o que é questionável num

10 André Ramos Tavares (2009, pp. 24-25) é exemplar neste sentido. Sobre a inovação em sede de poder regulamentar, afirma: "Pretender um órgão como o CNJ, desprovido de qualquer competência jurisdicional ou legislativa, possa construir critérios para aplicá-los e resolver determinadas situações que se lhe afigurem inadmissíveis ou imorais, atenta contra a Constituição. Ainda que isso seja feito em tema deveras sensível e agradável ao público em geral, como foi o caso do nepotismo, a prática deve ser rechaçada de imediato e na sua totalidade, sob pena de desvirtuar o Estado Constitucional e Democrático de Direito instaurado em 1988" (p. 25).

Estado Democrático de Direito, que deve contar com sólidas garantias processuais. A Resolução 135/2011 procura superar esse problema com algumas medidas, como a divisão da norma em capítulos, fixando as diferentes fases de um processo (investigação preliminar, sindicância, processo administrativo disciplinar). As garantias do magistrado foram também previstas.

Além disso, procurou-se desenvolver uma função preventiva. Foram consolidados, com clareza, os deveres da magistratura, antes presentes apenas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Dessa forma, o próprio CNJ elaborou um Código de Ética da Magistratura para garantir transparência na exig*ência de deveres, explicitando* e detalhando os termos já previstos na LOMAN.

A Corregedoria Nacional de Justiça, cuja atividade já se destacava em todo o território nacional, foi alçada a um papel proeminente. Os Tribunais passaram a ter o dever expresso de comunicar procedimentos relevantes (como o adiamento ou o julgamento de um procedimento administrativo disciplinar) à Corregedoria Nacional de Justiça. Foi garantido direito a voto em processos disciplinares ao Corregedor Nacional de Justiça.[11] Sua autonomia foi aumentada, por certo. Por todas as normas, destacamos uma que demonstra a amplitude desse novo papel assegurado:

> *Art. 13. O processo administrativo disciplinar poderá ter início, em qualquer caso, por determinação do Conselho Nacional de Justiça, acolhendo proposta do Corregedor Nacional ou deliberação do seu Plenário, ou por determinação do Pleno ou Órgão Especial, mediante proposta do Corregedor, no caso de magistrado, de primeiro grau, ou ainda por proposta do Presidente do Tribunal respectivo, nas demais ocorrências.*

Por *último, vale destacar a garantia da publicidade* como regra. O contraste com a normatização anterior é notável. Há uma verdadeira inversão nos valores: na Resolução 30/2007, seguindo o regramento da LOMAN, preservava-se preferencialmente a intimidade; já na Resolução 135/2011, o interesse público de uma sessão aberta é o valor preferencial. Os trechos transcritos abaixo demonstram o descrito:

> *Resolução 30/2007*
> *Art. 23. Em razão da natureza das infrações objeto de apuração ou de processo administrativo, nos casos em que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação, poderá a autoridade competente limitar a publicidade dos atos ao acusado e a seus advogados.*
>
> *Resolução 135/2011*
> *Art. 20. O julgamento do processo administrativo disciplinar será realizado em sessão pública e serão fundamentadas todas as decisões, inclusive as interlocutórias.*
>
> *§ 1º Em determinados atos processuais e de julgamento, poderá, no entanto, ser limitada a presença às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, desde que a preservação da intimidade não prejudique o interesse público.*

O contraste entre essas normas demonstra um pouco das mudanças trazidas pela Resolução 135/2011. Se a anterior já regulava de forma distinta à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, essa nova resolução trouxe mudanças ainda mais significativas, representando, em casos como o exposto acima, verdadeiras inovações ao fechado âmbito da magistratura. Pouco tempo depois de sua aprovação no Plenário do Conselho, foi proposta uma A*ção* Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal tendo como objeto diversos de seus dispositivos.

## 4 Filtro do STF: a ADI 4.638/2012

Antes de adentrarmos no estudo da ADI propriamente, vale reservar algumas linhas para considerações sobre o contexto político-institucional do momento. Pode-se dizer que havia, na sociedade, uma divisão acerca de qual deveria ser o papel do Conselho Nacional de Justiça e, mais especificamente, da Corregedoria Nacional de Justiça nos processos disciplina-

11 Um processo apenso ao PP 2655 discutia esse ponto. Trata-se da Consulta 4991-97/2010, que questionava essa função da Corregedoria. A opção normativa do CNJ foi a de garantir o direito ao voto, de um lado (art. 14, § 3º), e limitar a relatoria do Processo Administrativo Disciplinar para conselheiros que não tenham dirigido o procedimento preparatório (art. 14, § 8º).

res contra magistrados. A questão central era saber qual seria o limite da atuação do CNJ, ou seja, se sua competência disciplinar constitucional seria concorrente à dos Tribunais ou subsidiária. Questionava-se, em outras palavras, se a Corregedoria Nacional de Justiça poderia processar disciplinarmente juízes sem que o *órgão local tivesse atuado anteriormente. A* Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) vocalizou a insatisfação com a atuação do CNJ e propôs a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Essas visões opostas travaram debates públicos relevantes à época. Para explicitar esta conjuntura, é válido recorrermos a duas figuras centrais no Conselho Nacional de Justiça, que eram grandes representantes destas opostas visões. De um lado, o Presidente do STF e do CNJ, Ministro Cezar Peluso, que defendia a maior autonomia dos Tribunais e, portanto, a necessidade de um processamento anterior para que só então atuasse o Conselho. De outro lado, a Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon, que defendia uma postura mais ativa do CNJ, que, na inação da Corregedoria ou Tribunal Local, poderia processar originariamente quaisquer magistrados.

A polarização foi tamanha que o assunto tomou um jornal de grande circulação no país, em 27 de setembro de 2011, contendo declarações da Corregedora com severas críticas à impunidade da magistratura. Nesta reportagem, ela utilizou a depois bastante conhecida expressão dos "bandidos que estão escondidos atrás da toga".[12] No mesmo dia, na 135ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, o Presidente leu uma nota, em nome do CNJ, na qual se fazia uma defesa da magistratura, que estaria sendo ofendida de forma generalizada com as declarações publicadas naquele dia.

A ADI 4.638/2012 é proposta neste contexto. No último dia de expediente forense do ano de 2011, ainda não tendo sido apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Ministro-Relator Marco Aurélio decide apreciar os pedidos em caráter liminar e concede decisões, em regra, favoráveis às pretensões da AMB. Na primeira Sessão Plenária do ano seguinte, 2012, o STF se debruçou sobre este processo, em sede de Ratificação de Liminar. O julgamento, que passaremos a descrever, durou três sessões inteiras.

Os questionamentos da AMB à Resolução 135/2011 do CNJ foram de ordem formal e material. Do ponto de vista formal, questionou-se a competência do Conselho Nacional de Justiça em regulamentar uma Resolução aplicável à magistratura nacional. Para a AMB, não só *não havia atribuição expressa de competência para a normatização, como também* a atuação do CNJ estaria ferindo a separação de Poderes ao atropelar a autonomia dos Tribunais. Do ponto de vista material, podemos dividir os questionamentos de diversos dispositivos em quatro grandes grupos: violação das garantias dos magistrados, sigilo por interesse público, autonomia dos tribunais e competência disciplinar do CNJ.

A grande tese de questionamento formal da Associação de Magistrados Brasileiros, relativa à incompetência normativa do CNJ, foi rejeitada. O STF entendeu que o CNJ tem a possibilidade de editar normas que afetem a magistratura nacional. Esse entendimento reforçou o papel do Conselho como órgão administrativo central da magistratura, contrariando os interesses dos que entendiam que a autonomia local deveria ser maior.

Com relação aos questionamentos materiais dos dispositivos da Resolução 135/2011 do CNJ, houve teses vencedoras, mas, de forma geral, pode-se dizer que a decisão como um todo tampouco foi favorável à AMB. Na categoria da *violação das garantias dos magistrados*, importantes teses foram aceitas, como a fixação de um regime legal único, a LOMAN, rejeitando a possibilidade de aplicação de penas previstas em outros diplomas (art. 3º, § 1º), bem como a retirada do afastamento cautelar - que possibilitava, de forma muito ampla, o afastamento do magistrado para apuração da infração disciplinar (art. 15, § 1º).

Contrariamente ao entendimento da AMB, porém, decidiu o STF por dar interpretação conforme a Constituição ao dispositivo do parágrafo único do art. 21, o que significou um novo regime de deliberação na aplicação da pena administrativa, que deve se dar

12 Reportagem veiculada na Folha de S. Paulo do dia 27 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2709201107.htm>. Acesso em: 1º fev. 2014.

em votações específicas sobre cada pena até que se atinja a maioria absoluta dos votos. Pelo texto original da Resolução 135/2011, deveria ser aplicada a pena mais leve e, segundo a interpretação da AMB, se nenhuma das penas sugeridas pelos julgadores atingisse a maioria absoluta numa deliberação, nenhuma pena poderia ser aplicada.

Na categoria do *sigilo por interesse público*, todas as teses da AMB foram rejeitadas. Penas que antes eram aplicadas "reservadamente, por escrito", na dicção da LOMAN, foram adaptadas a uma aplicação pública (art. 4º). Os julgamentos de matéria disciplinar são, em regra, públicos (art. 20, § 2º). Apesar do questionamento da Associação, que entendia como compatível com o Estado Democrático de Direito o regime de sigilo no processo administrativo disciplinar por interesse público, o STF fixou a publicidade como regra, mesmo nestes procedimentos mais sensíveis.

O referendo do Supremo Tribunal Federal a um dispositivo de uma Resolução de um órgão administrativo que contraria expressamente uma lei federal é notável. A argumentação do STF vai no sentido de que normas constitucionais imporiam a necessidade desta decisão – segundo a qual a publicidade é a regra, ao contrário do que dispõe a LOMAN. Poderíamos interpretar essa decisão como um sinal de que o Supremo entende que, ao menos em parte, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional não deveria ser recebida pelo ordenamento constitucional. Além disso, podemos levantar a hipótese de que o STF, que desde a promulgação da Constituição não exerceu seu dever de iniciativa sobre Lei Complementar a tratar do Estatuto da Magistratura (art. 93, da Constituição Federal), permite alterações nesta legislação, considerada defasada.[13]

Na categoria da *autonomia dos Tribunais*, houve conquistas pontuais da AMB e seguidas rejeições de teses. As conquistas, refletidas em alterações de diversos dispositivos da Resolução, referem-se à não imposição do órgão competente de cada Tribunal para processar ou julgar administrativamente um magistrado. Todos os dispositivos que fixavam um órgão específico foram substituídos pela locução "órgão competente do Tribunal" (arts. 8º, 9º, § 2º, § 3º).

Nessa mesma categoria, porém, foram rejeitadas teses que não reconheciam a competência do CNJ para editar normas de caráter nacional. Esse entendimento é muito similar ao apresentado no questionamento formal, o que levou o STF, da mesma forma, a não acolher as teses da AMB. O Supremo, também, autorizou a ampliação do rol dos legitimados a representar contra magistrados (art. 9º) e a regulamentação sobre procedimentos, como o direito a voto do Presidente e do Corregedor, que afetam os Tribunais (art. 14, §§ 3º, 7º, 8º, 9º). A aplicação preferencial das normas emanadas pelo CNJ fica evidente no parágrafo único do art. 12, referendado pelo STF, que assim determina:

> *Art. 12. Para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei, é competente o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça.*
>
> *Parágrafo único. Os procedimentos e normas previstos nesta Resolução aplicam-se ao processo disciplinar para apuração de infrações administrativas praticadas pelos Magistrados, sem prejuízo das disposições regimentais respectivas que com elas não conflitarem.*

Na categoria da *competência disciplinar do CNJ*, a tese central da AMB foi rejeitada. Desmembramos esse questionamento em uma nova categoria por conta de sua relevância, apesar de a discussão ser de autonomia dos Tribunais ou de limitação da competência da Corregedoria Nacional de Justiça. Esse questionamento é a síntese dos embates descritos anteriormente, que representavam a visão que se tinha do papel do Conselho Nacional de Justiça na sociedade. Estava em pauta o caráter da competência do CNJ: subsidiário ou concorrente (art. 12, *caput*, transcrito acima). Segue trecho relevante da argumentação da AMB exposta em sua petição inicial:

> *Enquanto a Constituição atribui uma "competência" "disciplinar" para o CNJ "sem prejuízo" da*

13 No ano de 2013, em mais uma tentativa de elaborar um Anteprojeto de Lei Complementar, o Ministro Presidente do STF e do CNJ, Joaquim Barbosa, emitiu Portaria (47, de 18 de fevereiro de 2013) na qual qualifica a LOMAN como defasada e alvo de litígios decorrentes de sua recepção ou não à Constituição.

*competência "disciplinar" "originária" dos "Tribunais" - o que pressupõe a abertura da competência do CNJ somente se e quando o Tribunal não exercitar a sua competência disciplinar de forma adequada - a Resolução fixou uma competência disciplinar para os Tribunais "sem prejuízo" da competência do CNJ, o que pressupõe a supremacia da competência do CNJ em detrimento da competência dos Tribunais.*

Esse foi o tema que mais gerou polêmica no Tribunal. A matéria foi decidida pela maioria mínima: cinco votos favoráveis à tese de que o CNJ tem competência concorrente com os Tribunais, podendo avocar processos que entender relevante, contra quatro votos alinhados à tese da AMB, segundo a qual o CNJ somente poderia atuar de forma subsidiária aos Tribunais.

O julgamento deste dispositivo é, possivelmente, o melhor exemplo do que estava em jogo na Ação Direta como um todo: a contraposição de uma visão mais centralizadora a uma visão mais descentralizadora. Mais do que isso, decidia-se, naquele momento, sobre qual seria o papel das investigações e dos processos conduzidos pela Corregedoria Nacional de Justiça e, portanto, pelo Conselho Nacional de Justiça. É inegável o caráter político e de disputa de poder que ocorreu naquele momento, envolvendo competência, ou, em outras palavras, *poder*. Um verdadeiro conflito federativo que, em última análise, resultaria na maior ou menor autonomia do órgão administrativo nacional do Poder Judiciário. Saiu vencedor o CNJ, com a possibilidade de processamento originário pelo órgão nacional, vencendo a tese da necessidade de apreciação prévia pelos Tribunais.

Por último, é importante destacar que o julgamento do Supremo Tribunal Federal ainda não foi definitivo. A decisão existente até o momento foi dada em sede de Referendo de Liminar. Isso significa que, com uma nova composição, o STF poderia reverter a decisão, principalmente a referente à competência disciplinar, que, vale lembrar, foi tomada por maioria mínima. A ausência de decisões definitivas em controle concentrado sobre atos do CNJ é uma marca do Supremo Tribunal Federal (Falcão, Arguelhes, & Cerdeira, 2012). Isso poderia indicar que o STF, em algum grau, legitima o CNJ ao não decidir sobre questionamentos judiciais ou decidir em caráter provisório. O fato de o próprio STF poder reverter as decisões postergadas ou liminarmente prolatadas indica a manutenção, nas mãos do Supremo, de parcela de controle sobre a atuação do Conselho.

Pode-se dizer que a Resolução 135/2011 foi ligeiramente modificada. Alguns dispositivos foram declarados inconstitucionais, como o que previa o afastamento cautelar sem deliberação plenária, e outros receberam interpretação conforme, como o relativo à deliberação acerca das penas. Mas, de forma geral, a norma manteve sua feição anterior, sendo destacáveis o referendo quanto ao caráter nacional da resolução e a manutenção da competência disciplinar do CNJ. Ou seja, as grandes modificações e inovações trazidas pela resolução permaneceram após o filtro do STF – o qual, como dito, pode ser reformado pela decisão do mérito da Ação em plenário.

## 5 Considerações finais

Este texto teve o objetivo de descrever, a partir de materiais colhidos majoritariamente do Conselho Nacional de Justiça, dinâmicas institucionais importantes em torno de uma questão conturbada – o controle disciplinar dos magistrados. Descrevemos o processo que levou à elaboração de uma Resolução do CNJ sobre a matéria, bem como as inovações trazidas pela norma e a contraposição de interesses envolvida na matéria. Apesar das limitações do estudo do caso, que envolve mais do que um processo administrativo do CNJ, Sessões Plenárias e a decisão do Supremo Tribunal Federal, algumas das conclusões podem contribuir para uma melhor compreensão do papel representado pelo Conselho Nacional de Justiça em nosso país, órgão ainda pouco explorado nas pesquisas em direito.

O artigo descreve brevemente o surgimento do Conselho Nacional de Justiça para chegar à sua atuação prática, com foco na regulamentação do controle disciplinar. Num espaço de aproximadamente seis anos, normas regimentais genéricas deram lugar a uma resolução específica que, por fim, abriu caminho a uma última norma unificadora dos procedimentos disciplinares: a Resolução 135/2011. Seu processo de elaboração partiu de uma iniciativa isolada de

um Corregedor-Geral de Justiça. Resultou dessa iniciativa um processo participativo, incentivado pelo Relator do Processo, Conselheiro Walter Neves Jr., que oficiou os interessados no processo: Tribunais e Corregedorias de todo o país, além de associações de classe da magistratura de âmbito nacional.

Foi destacável a participação dos Tribunais, que se engajaram no processo, enviando sugestões de alterações à defasada Resolução 30/2007. Os Tribunais Superiores tiveram participação reduzida: dos cinco, apenas o Superior Tribunal Militar se manifestou, nada acrescentando ao texto. As associações de classe, também, tiveram participação discreta. Das cinco associações oficiadas, apenas a AMB se manifestou, tampouco acrescentando algo ao texto. Isso possivelmente se deve à preferência por outros foros de disputa, como o Poder Judiciário – representado pelo STF, competente para analisar matérias relativas ao CNJ (art. 101, I, r, da Constituição Federal).

A Resolução 135/2011, aprovada unanimemente em Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, trouxe algumas inovações relevantes ao controle disciplinar. Sintetizando em um grande objetivo essa mudança normativa, ocorrida menos de quatro anos depois da resolução anterior (elaborada pelo mesmo Conselho), pode-se dizer que foi o da atualização do texto, contando com um regramento mais organizado e com disposições baseadas diretamente da Constituição Federal de 1988 – mesmo que em expressa oposição à lei federal que rege a matéria, a LOMAN. Como inovações significativas, podemos destacar a consolidação do CNJ como fonte nacional de normas para a magistratura; a efetivação do princípio da legalidade, com clareza nos procedimentos cabíveis e das garantias dos magistrados; a publicidade como regra, tanto nos julgamentos quanto na aplicação das penas; e, um papel mais proeminente e centralizador da Corregedoria Nacional de Justiça, com expressas previsões normativas que garantem o seu trabalho por todo o território nacional.

Num contexto de forte polarização de visões acerca do papel que deveria ser desempenhado pela Corregedoria Nacional de Justiça, e, portanto, pelo CNJ, nas investigações e processos disciplinares de magistrados, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.638/2012. A Associação de Magistrados Brasileiros, requerente, vocalizando setores insatisfeitos com a ativa atuação do Conselho em matéria disciplinar, questionou a resolução 135/2011 no STF.

O julgamento do Plenário, após decisão monocrática do Ministro-Relator Marco Aurélio, foi em sede de Referendo de Liminar. Nele, foram fixadas algumas balizas importantes para a aplicação da Resolução 135/2011. O aspecto mais relevante foi o da manutenção da competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça, decisão contrária aos interesses da AMB e tomada pela maioria mínima dos membros do Supremo. Esse resultado – ainda que provisório, porque tomado em sede de Referendo de Liminar - garantiu uma maior autonomia da Corregedoria Nacional de Justiça e, por consequência, do próprio CNJ.

Sobre a norma que regula os procedimentos disciplinares aplicáveis à magistratura, a Resolução 135/2011, a qual foi pouco alterada pelo STF, pode-se dizer, entre outros aspectos, que: o procedimento disciplinar ficou mais claro, sendo ainda mais evidenciadas as garantias da magistratura; a publicidade foi assegurada como regra, ao contrário do que entendia a AMB; e, garantiu-se o caráter nacional do Conselho, ao entender como constitucionais a regulamentação nacional da magistratura, contrariando interesses de autonomia dos Tribunais.

Esse caminho percorrido pela pesquisa demonstra a gama de interesses existentes na sociedade brasileira. Nesse caso, ficaram claras as divergências que permeiam os processos político-institucionais no país. Ainda mais quando envolvem setores de prestígio, como a magistratura. O presente artigo, como dito, não pretende expandir suas conclusões para muitos outros casos. Mas, isto sim, contribuir para a compreensão de fenômenos como esse que dão conta do que significa consolidar uma instituição nova no país, que muda o *status quo ante* e que, por isso, pode gerar resistências.

## 6 Referências


Almeida, F. N. R. (2010). *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, SP.

Cunha, L. G., & Almeida, F. (2012). Justiça e desenvolvimento econômico na reforma do Judiciário brasileiro. In M. Schapiro, D. Trubek (Eds.), *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva.

Falcão, J., Arguelhes, & D. W, Cerdeira, P. C. (2012). O diálogo entre o CNJ e o Supremo. *Revista Interesse Nacional*, *4*(16).

Pires, A. (2008). Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In J. Poupart, J. P. Deslauriers, L. H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer, A. P. Pires (Eds.), *A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.* Petrópolis: Editora Vozes.

Rosilho, A. J. (2011). O poder normativo do CNJ: um caminho para se pensar o experimentalismo institucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, *5*(20), 141-160.

Sadek, M. T. (2001a). Controle Externo do Poder Judiciário. In M. T. Sadek (Ed.). *Reforma do Judiciário* (pp. 91-180). São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.

Sadek, M. T. (2001b). *Os juízes e a reforma do judiciário: textos para discussão*. São Paulo: IDESP.

Tavares, A. R. (2009). O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, 3*(9), 13-26.

Tomio, F. R. L., & Robl Filho, I. N. (2013). Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Sociologia e Política, 21*(45), 29-46.

Yin, R (2001). *Estudo de Caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman.


***Fontes documentais***


Supremo Tribunal Federal, Pleno, Ratificação de Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/02/2012.

Conselho Nacional de Justiça, Plenário, Consulta 4991-97.2010, Rel. Cons. Walter Nunes da Silva Júnior, j. 19/10/2010.

Conselho Nacional de Justiça, Plenário, Pedido de Providências 2655-23.2010, Rel. Cons. Walter Nunes da Silva Júnior, j. 05/07/2011.

Conselho Nacional de Justiça, Plenário, Pedido de Providências 7816-48/2009, Rel. Cons. Walter Nunes da Silva Júnior, sem julgamento.



Data de submissão/Submission date: 03.02.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 29.11.2014

# **PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO CONTRATUAL:** Possibilidades e problemas[1] // ***Russell Korobkin***[2]


**Palavras-chave**

pesquisa empírica / direito contratual / fontes e usos de dados empíricos / críticas


**Sumário**


**1 Introdução**

**2 Âmbito de pesquisa e conclusões iniciais**

**3 Classificando a pesquisa empírica contratual: fontes e usos**

3.1 Fontes de dados empíricos

3.1.1 Decisões judiciais

3.1.2 Práticas contratuais reais

3.1.3 Experimentos de negociação

3.1.4 Opiniões de leigos sobre o direito

3.2 Usos dos dados empíricos

3.2.1 Análise jurisprudencial do direito

3.2.2 O efeito das normas

3.2.3 Propostas de mudanças no direito

**4 Crítica da pesquisa empírica em direito contratual: os problemas da empiria**

4.1 Capacidade generalizante dos achados empíricos

4.2 Qualidade de "encaixe" entre os dados e a tese

4.3 Dados empíricos inconclusivos

**5 Conclusão: uma oportunidade específica**

**6 Referências**

**7 Apêndice de pesquisas**



**Resumo**

Esse artigo analisa a pesquisa empírica em direito contratual nos últimos quinze anos com o objetivo de explicitar como a pesquisa empírica pode ser aplicada à área do direito contratual, bem como melhorar os estudos sobre o tema. Depois de definir os parâmetros do estudo, o autor classifica a pesquisa empírica em direito contratual pela fonte dos dados ou pelo principal propósito da investigação. Em seguida, o autor descreve e analisa três tipos de críticas que podem ser feitas à pesquisa empírica, explica como essas críticas se ligam à pesquisa em direito contratual e reflete sobre como os pesquisadores podem minimizar o impacto dessas críticas.


1 Esse artigo foi originariamente publicado na *Illinois Law Review (v. 2002, n. 4, pp. 1033-1066, 2002)*, numa edição especial dedicada aos trabalhos debatidos no Simpósio sobre Métodos Empíricos e Experimentais em Direito, realizado em Abril de 2001 na Faculdade de Direito da Universidade de Illinois. Tradução de Ramon Alberto dos Santos. Revisão técnica de Maria Paula Costa Bertran Muñoz.

2 Professor da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA).

# **EMPIRICAL SCHOLARSHIP IN CONTRACT LAW:** Possibilities and Pitfalls // ***Russell Korobkin***

**Keywords**
empirical research / contract law / sources and uses of empirical data / criticisms

**Abstract**
Professor Korobkin examines and analyzes empirical contract law scholarship over the last fifteen years in an attempt to guide scholars concerning how empiricism can be used in and enhance the study of contract law. After defining the parameters of the study, Professor Korobkin categorizes empirical contract law scholarship by both the source of data and main purpose of the investigation. He then describes and analyzes three types of criticisms that can be made of empirical scholarship, explains how these criticisms pertain to contract law scholarship, and considers what steps researchers can take to minimize the force of such criticisms.

## 1 Introdução

O presente artigo fornece uma análise crítica da pesquisa empírica em direito contratual. O seu objetivo primário é ajudar os estudiosos dos contratos a decidir se querem adicionar um componente empírico a suas pesquisas e como podem fazer isso, mas as observações e conclusões poderão ser de interesse de empiristas e aspirantes a empiristas interessados em qualquer área do direito.

O artigo analisa a pesquisa empírica em direito contratual a partir de duas diferentes perspectivas. Em primeiro lugar, a fim de fornecer aos estudiosos uma lista de abordagens empíricas disponíveis, o artigo classifica a pesquisa empírica em direito contratual de acordo com dois critérios: as fontes dos dados empíricos e a sua destinação, ou seja, o propósito do questionamento empírico. Essa parte da análise é baseada em uma revisão das pesquisas empíricas em direito contratual publicadas nos últimos quinze anos nos Estados Unidos. Em seguida, com o objetivo de ajudar os estudiosos a avaliar se os seus esforços de pesquisa poderiam empregados de maneira mais produtiva na busca de análises empíricas, o artigo descreve e analisa uma série de problemas conceituais relacionados à pesquisa empírica em direito contatual. Nenhum destes problemas enfraquece a mensagem geral de que a empiria pode ser extremamente útil no estudo do direito contratual, mas a discussão sobre o tema visa alertar os acadêmicos sobre as dificuldades da pesquisa empírica, para que eles possam abordá-la de forma realista, bem como para ajudá-los a minimizar a extensão dessas dificuldades.

A primeira parte desse artigo descreve o que é considerado "empírico", e o que é considerado "direito contratual". Uma conclusão inicial apresentada nessa parte é que, dentro da delimitação conceitual adotada, o número de pesquisas publicadas em periódicos jurídicos recentemente é surpreendentemente pequeno. [3] Isso por si só sugere que as oportunidades de realizar uma contribuição acadêmica significativa nesse campo estão prontamente disponíveis. Isso também pode indicar que as dificuldades de escrever sobre o tema são significativas, um problema considerado posteriormente nesse artigo.

A segunda parte oferece esquemas para categorizar a pesquisa empírica em direito contratual de maneira que, espera-se, ajude os pesquisadores interessados a pensar coerentemente acerca das suas opções como empiristas potenciais. A pesquisa em direito contratual é primeiro descrita em termos de quatro possíveis fontes de dados empíricos: decisões judiciais, práticas contratuais reais, experimentos contratuais e a opinião de leigos sobre o direito contratual. Em um segundo momento, a pesquisa em direito contratual é descrita em termos dos três usos primários dos dados empíricos: análise jurisprudencial do direito, efeitos das normas no comportamento e propostas de mudanças no direito.

A terceira parte cria três categorias de críticas que podem ser levantadas contra a pesquisa empírica em direito contratual: que os resultados da pesquisa podem não ser generalizáveis; que os dados apresentados não sustentam a tese adequadamente; e que os dados em si são inconclusivos. Essa parte também descreve como essas críticas podem ser aplicadas ao conjunto de pesquisas contratuais existentes, e oferece sugestões de como os pesquisadores empíricos podem delinear os seus estudos para minimizar a força dessas críticas.

A última parte conclui, apontando uma área de estudo em especial que poderia se beneficiar de forma extraordinária da pesquisa empírica, mas que tem sido quase inteiramente ignorada pelos pesquisadores empíricos do direito contratual: o efeito de regras contratuais cogentes no comportamento contratual privado.

## 2 Âmbito de pesquisa e conclusões iniciais

Antes de classificar a literatura, é necessário definir o que está dentro do âmbito de análise e o que não está, ou, mais especificamente, o que é qualificado como "material empírico", o que é qualificado como pesquisa sobre o "direito", e em especial o que é qualificado como pesquisa sobre "direito contratual".

Como esse simpósio foca em diferentes abordagens de pesquisa empírica e experimental, para os propó-

3 A bibliografia de artigos considerada encontra-se no apêndice ao final desse artigo.

sitos desse artigo, eu parto de uma visão expansiva de empiria. A empiria é normalmente identificada pelos pesquisadores do direito como um termo que se refere exclusivamente às análises estatísticas ou quantitativas.[4] Aqui, entretanto, a sua definição inclui qualquer tentativa de coletar e analisar um conjunto de dados para propósitos mais do que anedotários,[5] sendo ou não a análise quantitativa, e mesmo que o conjunto de dados não seja particularmente sistemático, ou um grupo evidentemente representativo da população na qual o autor está por fim interessado. Assim, um artigo baseado em um questionário de quase cem empresários que realizam contratos comerciais foi considerado empírico e incluído nesse estudo,[6] mas um artigo baseado em entrevistas com três firmas acerca das suas práticas contratuais foi excluído (Blegvad, 1990, p. 404-407).

A análise cuidadosa de decisões judiciais é, naturalmente, a forma dominante de pesquisa jurídica. Em um sentido amplo, esse tipo de análise é empírica, porque se baseia em material de fontes externas. Incluir indiscriminadamente esse tipo de pesquisa em um levantamento sobre pesquisa empírica, no entanto, seria falhar em estreitar a classe de artigos pesquisada.[7] Por este motivo, a análise não-sistemática de decisões judiciais foi excluída desse estudo. A artigos que examinam um amplo número de casos sistematicamente, contudo, foram considerados empíricos.

Embora a definição de "pesquisa empírica" empregada aqui seja relativamente ampla, como esse artigo é direcionado primeiramente aos estudiosos do direito engajados em estudos de doutrina contratual, "direito" foi definido de maneira estrita. Para ser examinado nessa pesquisa, um artigo deve explicitamente discutir um ou mais elementos da doutrina contratual – ou seja, regras para determinar quando os contratos são exigíveis, discussões acerca de termos padrões ou cogentes de contratos exigíveis –, seja a partir de uma perspectiva descritiva ou de uma perspectiva normativa.

Há uma extensa literatura empírica da psicologia e economia que estuda o comportamento negocial.[8] Sendo um contrato o resultado de uma negociação bem sucedida, essa literatura pode ser descrita como dedicada ao assunto de "contratar", mas não foi considerada pesquisa em "direito contratual" para os propósitos desse artigo. Os termos dos acordos negociados são normalmente executáveis pelo aparato coercitivo do Estado. Consequentemente, quando indivíduos ou entidades contratam, elas criam um regime de direito privado para ordenar as suas relações. Mas apesar da relação direta dessa literatura com o tema dos contratos e, de maneira mais tênue, com o direito, ela também não foi considerada nesse artigo, a menos que as implicações doutrinárias destes mecanismos de ordenação privada tenham sido levadas em conta explicitamente. Pela mesma razão que os estudos empíricos sobre negociação foram excluídos dessa análise, a literatura econômica (relativamente ampla) que examina os termos dos contratos em situações ou indústrias específicas[9] também foi excluída dessa análise, a menos que o estudo ofereça alguma conexão para uma ou mais áreas da doutrina de direito contratual.

Para melhor definir o âmbito dessa pesquisa, "direito contratual" é entendido aqui como o conjunto de matérias tipicamente abordadas nas disciplinas de direito contratual do primeiro ano das faculdades de direito, excluindo assim estudos de questões doutrinárias que são contratuais por natureza, mas en-

4 Veja, por exemplo, Heise (1999, p. 810-811) e Nard (1995, p. 348-361).
5 A minha definição é mais próxima da maneira como o termo "empírico" é entendido por cientistas sociais, embora ela seja mais restrita que a defnição comum, que requer apenas que um estudo faça alguma observação de como o mundo funciona. Veja Epstein & King (2002). Se a pesquisa jurídica fosse classificada como empírica apenas por se basear em alguma observação do mundo, praticamente todas as pesquisas seriam assim qualificadas.
6 Veja, por exemplo, Baumer & Marschall (1992, p. 164-172) e Weintraub (1992, p. 10-51).
7 Veja nota 3 acima.
8 Essa literatura é extensa demais para citar aqui, mesmo que seletivamente. Para uma visão geral, veja Roth (1995).
9 Veja, por exemplo, Allen & Lueck (1992, p. 404-422), analisando se agricultores e proprietários de terra do meio-oeste preferem cláusulas de meação ou arrendamento em contratos de cessão de terra para cultivo; Goldberg & Erickson (1987, p. 386-396), examinando cláusuas de ajuste de preço em contratos de coque de petróleo; Joskow (1988, p. 49–81), examinando cláusulas de ajuste de preço em contratos de longa duração de carvão; Palay (1984, p. 266-286), comparando cláusulas de contratos de transporte ferroviário quando a empresa responsável pela linha férrea tem de fazer um investimento contratual específico e quando ela não precisa.

sinadas em cursos mais especializados.[10] Como esse artigo considera apenas pesquisas que tenham uma conexão com a doutrina jurídica, e porque a literatura das ciências sociais em periódicos não-jurídicos raramente se preocupa com a análise da doutrina jurídica, apenas periódicos jurídicos e periódicos com uma análise do tipo "direito e" foram consultados.

O primeiro achado relevante dessa análise é que, embora haja um vasto conjunto de estudos empíricos acerca do ato de contratar, há pouquíssimas pesquisas empíricas em direito contratual sendo produzidas nas faculdades de direito atualmente. Com a ajuda de um assistente de pesquisa, eu conduzi uma extensiva busca por artigos relevantes sobre o tema nos últimos quinze anos. Apesar de mais de 500 periódicos jurídicos serem publicados regulamente apenas nos Estados Unidos,[11] e de o direito contratual ser uma área relativamente rica para a pesquisa jurídica,[12] eu consegui identificar menos de trinta artigos relevantes,[13] e muitos desses discutivelmente atingiam a definição de "empírico",[14] ou forneciam uma conexão tênue entre os dados coletados e qualquer doutrina contratual.[15] Mesmo pressupondo que o meu levantamento tenha falhado em identificar todas as publicações relevantes,[16] ainda assim parece bastante conservador concluir que o estudo empírico do direito contratual é um gênero da pesquisa jurídica muito subdesenvolvido.

Apesar da relativa escassez de pesquisa empírica em direito contratual, há um conjunto suficientemente substantivo de literatura para criar uma classificação. Espera-se que estudiosos dos contratos possam usar esse esquema para imaginar como eles podem incorporar análises empíricas às suas futuras pesquisas.

## 3 Classificação da pesquisa empírica contratual: fontes e usos

A pesquisa empírica em direito contratual pode ser classificada, basicamente, de duas maneiras: de acordo com a fonte dos dados empíricos (*i.e.*, quais são os dados nos quais o estudo se baseia), e de acordo com o propósito do artigo, se normativo ou descritivo (*i.e.*, os motivos para coletar os dados). Nenhum desses mecanismos fornece uma esquema classificatório perfeito, mas ambos são funcionais. Muitos artigos usam mais de uma fonte ou têm mais de um propósito, por exemplo, mas eles ainda podem ser classificados pelo seu uso predominante, ou colocados em mais de uma categoria.

10 Por exemplo, o excelente trabalho empírico de Ronald Mann em transações garantidas fica de fora do âmbito dessa análise. Veja, por exemplo, Mann (1996, 1997a, 1997b, 1997c, 1999a, 1999b, 2000).

11 De acordo com a Anderson publishing, há 179 periódicos jurídicos de interesse geral editados por estudantes. Veja Anderson Publishing Co. (1999). On-Line Directory of Law Reviews and Scholarly Legal Periodicals, em http://www.andersonpublishing.com/lawschool/directory (visitado em 18 de julho de 2001). Tracey George e Chris Guthrie relatam que, em janeiro de 1998, havia 330 periódicos jurídicos especializados publicados por Faculdades de Direito sozinhas ou em conjunto com outras faculdades ou organizações profissionais. George & Guthrie (1999, p. 822).

12 Um levantamento representativo do número de artigos listados no banco de dados "Index to Legal Periodicals" acerca da matéria "Contratos" de 1985 a 1999 revela 230 artigos publicados em 1985; 287 em 1990; 446 em 1995; e 462 em 1999 (Galanter, 2001, p. 613).

13 Veja apêndice abaixo.

14 Isso para não dizer que descrever a análise como sistemática é ser extremamente generoso.

15 Por exemplo, os excelentes artigos de Ian Ayres, baseados em sua análise empírica de negociações de novos contratos automotivos, são incluídos no âmbito desse artigo, embora as implicações de direito contratual dos estudos sejam discutidas pelo autor apenas de maneira breve. Veja Ayres (1991, p. 857-872), apresentando dados, mas não discutindo as implicações para a doutrina contratual; e Ayres (1995, p.143-144), mencionando brevemente várias abordagens que os reguladores poderiam usar para exigir mais abertura e honestidade na relação de transparência sobre os custos de vendedores de carros. Os dois valiosos artigos de Marcel Kahan e Michael Klausner estudando cláusulas de *"event-risk"* em escrituras de emissão de debêntures também estão incluídos na pesquisa, embora a única discussão relacionada à teoria contratual no último artigo seja uma breve menção acerca dos achados do autor levantando "questões complexas" sobre se as disposições obrigatórias deveriam ser exigidas nas cláusulas restritivas de debêntures (Kahan & Klausner, 1993, p. 980-982).

16 Ao que parece, a pesquisa empírica – mesmo dentro de uma única disciplina jurídica, como o direito contratual – é consideravalmente difícil de identificar através de pesquisa bibliográfica. Não há uma lista finita de termos que apareçam em artigos empíricos, mas que não apareçam em artigos não-empíricos. Além disso, artigos empíricos não necessariamente citam outros artigos empíricos, salvo se ocasionalmente examinem a mesma questão doutrinária. O autor agradece ao estudante de direito da UCLA Paul Foust pela sua assistência na pesquisa e a vários outros professores de contratos, incluíndo Ian Ayres, Dan Bussel, Mark Gergen, Gillian Lester, Arthur Rossett e Eric Talley pelo auxílio em identificar artigos relevantes. Quaisquer omissões, certamente existentes, são de responsabilidade exclusiva do autor.

### 3.1 Fontes de dados empíricos

A pesquisa empírica em direito contratual recente se baseia em quatro tipos de fontes de dados: decisões judiciais, estudos acerca das práticas contratuais reais das partes contratantes, estudos experimentais sobre o comportamento contratual usando contratantes hipotéticos, e o estudo das opiniões das partes contratantes acerca do direito contratual e das práticas contratuais. Essa seção descreve essas quatro categorias de fontes de dados, usando exemplos ilustrativos da literatura.

#### 3.1.1 Decisões judiciais

Toda pesquisa jurídica que tenta descrever ou criticar a jurisprudência deve, por definição, se basear em decisões judiciais. Como, nesse tipo de pesquisa, as decisões judiciais são usadas como dados, a sua análise é empírica, ao menos em linhas gerais. Existe, no entanto, uma distinção metodológica fundamental entre dois tipos de estudos baseados em decisões judiciais. De um lado estão artigos que analisam a coerência interna e lógica de uma, várias, ou até mesmo de um grande número de decisões. Embora essa literatura se baseie em dados externos ao autor, ela normalmente carece de uma dimensão quantitativa e não pretende ser sistemática em sua análise. Por essas razões, esse amplo conjunto de pesquisas foi omitido desse estudo.

Por outro lado, estudos que tentam analisar sistematicamente todas as decisões judiciais relacionadas a um determinado assunto, dentro de um certo período de tempo, foram incluídos nessa análise. Essa literatura, em si substancialmente mais limitada do que as análises doutrinárias comuns, apresenta níveis de sofisticação quantitativa amplamente variáveis. Um exemplo de um estudo que aparece na ponta inferior da escala de sofisticação quantitativa é a bem conhecida investigação feita por Farber e Matheson (1985) sobre a doutrina do interdito promissório (*promissory estoppel*), na qual os autores revisaram todas as decisões judiciais publicadas citando a seção 90 do primeiro ou segundo *"Restatements of Contracts"* em um período de dez anos – 222 casos no total – e elaboraram conclusões acerca de quais fatores objetivos impulsionaram as determinações do tribunal acerca da responsabilidade do promitente perante o promissário.

Em direção ao centro da escala de sofisticação quantitativa, estão estudos que usam estatísticas descritivas para identificar os fatores que influenciam as decisões judiciais. Por exemplo, Robert Hillman (1998), seguindo o estudo de Farber e Matheson, elabora conclusões acerca de todas as decisões judiciais tratando de interdito promissório (*promissory estoppel*), por um período de dois anos.[17] Hillman, entretanto, codificou as decisões de acordo com uma série de fatos objetivos, incluindo o assunto em disputa, os tipos de litigantes, a postura procedimental dos casos, e as razões identificadas pelo tribunal para a sua decisão, o que possibilitou que ele oferecesse uma imagem quantitativa de quais fatores são correlacionados com diferentes resultados nas decisões sobre interdito promissório (*promissory estoppel*). Utilizando uma abordagem parecida, Peter Whitmore (1990) analisou 105 decisões judiciais em que se julgava a executabilidade de cláusulas de não-competição em contratos de trabalho.

No ápice da escala de sofisticação quantitativa estão estudos que fornecem uma análise estatística mais complexa das decisões judiciais. Surpreendentemente, há pouquíssimos exemplos dessa abordagem. O melhor exemplo no contexto do direito contratual é o estudo de Fred McChesney (1999), que usou 134 casos para entender quando o direito reconhece uma causa de pedir em casos de interferência ilícita na relação contratual.[18] Para a sua análise, McChesney codificou os casos da sua amostra baseando-se na presença ou ausência de vários fatos relevantes para uma série de diferentes hipóteses sobre os interesses protegidos pela doutrina da interferência ilícita. Ele então conduziu uma análise de regressão múltipla para determinar quais fatos preveem melhor que o tribunal irá determinar a responsabilidade por interferência ilícita.

17 Veja também Hillman (1999, p. 5-6), usando o mesmo conjunto de dados para comparar a frustração da expectativa de contrato no cenário das relações de emprego com a frustração da expectativa de contratar em outros contextos.

18 O artigo de McChesney examina aspectos da responsabilidade civil, mas ele é incluido nessa análise sobre contratos porque a existência do ato ilícito afeta diretamente nosso entendimento sobre a doutrina contratual – em particular, se as tutelas do direito contratual encorajam rescisões contratuais eficientes.

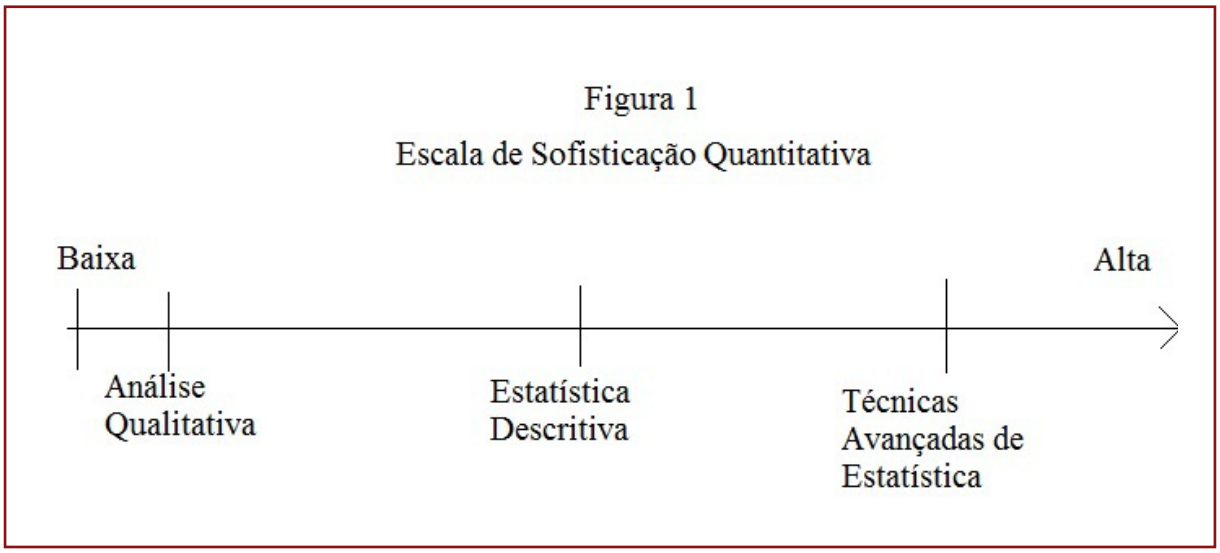



***Figura 1.*** *Escala de Sofisticação Quantitativa.*

O que todos esses tipos de estudos têm em comum é que eles tentam usar fatos objetivos encontrados em decisões judiciais como dados em suas análises ao invés de pesquisar a lógica interna ou a motivação das decisões, como é mais comum na pesquisa jurídica em geral e na pesquisa em direito contratual em particular.

### 3.1.2 Práticas contratuais reais

Uma segunda fonte de dados para o estudo empírico do direito contratual – e uma fonte mais exclusiva para o estudo do direito contratual – são as práticas contratuais reais dos indivíduos ou dos grupos que rotineiramente contratam e, portanto, estão sujeitas às restrições jurídicas impostas pela doutrina. Essa fonte de dados pode ser subdividida em três distintas subcategorias.

O primeiro tipo de estudo sobre as práticas contratuais reais, tenta descrever em profundidade os padrões contratuais e as normas geralmente seguidas por um tipo particular ou por um grupo de partes contratuais. Esse tipo de estudo é normalmente descritivo e não fornece necessariamente alguma análise quantitativa. O melhor exemplo dessa abordagem no campo do direito contratual pode ser encontrado na pesquisa de Lisa Bernstein sobre as práticas de uma variedade de associações de comércio, incluindo aquelas cujos membros envolvem-se no comércio de diamantes (1992), grãos e cereais (1996; 1999), feno, tecidos e seda (1999).

Um método um pouco mais quantitativo para compreender o verdadeiro comportamento contratual, utilizado por diversos pesquisadores, é entrevistar um número relativamente grande de tomadores de decisão contratual e basear suas conclusões nas respostas típicas recebidas. Essa foi a abordagem utilizada por Stewart Macaulay no seu estudo de 1963 sobre o comportamento contratual, que ficou famoso por ter concluído que o direito contratual parecia ter baixo impacto em como os empresários ordenavam suas relações privadas, e que a maioria dos empresários envolvidos em processos de contratação tinham pouco conhecimento de direito contratual. Dado o renome do estudo de Macaulay, é surpreendente que apenas uma pequena quantidade dos artigos sobre direito contratual publicados nos últimos quinze anos tenha se baseado nessa metodologia. Seguindo os passos de Macaulay, Daniel Keating (1997) entrevistou treze contratantes que habitualmente se envolviam em transações comerciais a respeito das suas práticas contratuais, e posteriormente (2000) entrevistou os funcionários que lidam com as contratações em vinte e cinco empresas para um estudo específico sobre o problema da *battle of forms*[19]. Russell Weintraub (1992) entrevistou oitenta e quatro diretores de departamentos jurídicos de empresas sobre

19 O termo "*battle of forms*" refere-se à disputa judicial que se muitas vezes se verifica quando dois contratantes adotam termos contratuais padrão (standard form contracts) diferentes e, embora concordem acerca da existência de um contrato, discordam sobre quais termos padrão devem ser aplicáveis à relação contratual.

uma gama de práticas contratuais, incluído o seu uso das cláusulas de *contingent price*, a sua disposição em modificar cláusulas em contratos de longa duração à luz de alterações circunstanciais, e a sua propensão a agir a ofertas que não foram ainda aceitas com confiança.[20] Usando uma amostra ainda maior, mas focando em um problema mais delimitado, J. Holt Verkerke (1995) entrevistou 221 empregadores para saber se os seus contratos com os empregados especificavam que o empregado poderia ser dispensado ao livre-arbítrio do empregador ou se os contratos poderiam ser rescindidos apenas por justa causa.

Alguns pesquisadores também tentaram estudar práticas contratuais reais através da análise direta de um grande número de contratos ao invés de se basear nos relatos de advogados e de empresários a respeito de seus comportamentos contratuais. Por exemplo, em um artigo, Kahan e Kausner (1997) estudaram um tipo específico de cláusula, as cláusulas restritivas de "*event-risk*", que determinam quais eventos futuros dão direito aos detentores de debêntures de vendê-las ou convertê-las em ações, embutidas em 101 debêntures diferentes, emitidas em um período de cinco anos. Em outro artigo, os mesmos autores estudaram cláusulas em uma amostra similar de 122 debêntures (Kahan & Klausner, 1993, p. 950-951). John Burke (2000) analisou as implicações para o direito contratual de um estudo de 1996, feito pela *New Jersey Law Revision Commission*, o qual havia examinado as cláusulas de cinquenta contratos de adesão, tipicamente usados em contratos de consumo.

### 3.1.3 Experimentos de negociação

Como notado acima, há uma vasta quantidade de estudos experimentais acerca de como negociadores celebram contratos e sobre as cláusulas contratuais, em sua maioria conduzidos por psicólogos ou economistas experimentais.[21] Um número pequeno desses estudos é conduzido por professores de direito, que elaboram conexões explícitas entre a celebração do contrato e a doutrina de direito contratual.

Em um experimento, Stewart Schwab (1998) pediu a participantes que fizessem o papel do sindicato ou da gerência de uma empresa e, então, que negociassem entre si uma série de cláusulas de um acordo coletivo hipotético. Manipulando as cláusulas contratuais padrão entre as duplas de negociadores,[22] Schwab foi capaz de testar o impacto das normas contratuais dispositivas nos contratos. Em um experimento um pouco diferente, eu pedi a participantes que se colocassem no papel de um advogado que representava uma empresa de transporte em negociação com um grande cliente e pedi que determinassem o valor máximo de desconto ou o valor adicional mínimo que eles recomendariam que a empresa exigisse do seu cliente para fechar um contrato com cláusulas em desacordo com regras jurídicas dispositivas (Korobkin, 1998a; 1998b). Como no experimento de Schwab, as conclusões sobre o efeito das normas dispositivas sobre o comportamento contratual foram elaboradas por meio da comparação das respostas fornecidas por sujeitos que dispunham de informações diferentes sobre o conteúdo dispositivo da norma (Korobkin, 1998b, p. 633-637).

Em um estudo interessante utilizando contratantes reais, ao invés de sujeitos atuando como partes contratuais hipotéticas, Ian Ayres (1995) treinou figurantes para negociar o preço de carros novos com vendedores de verdade.[23] Cada figurante negociou com o vendedor de acordo com o mesmo roteiro; a manipulação experimental consistia na alteração da origem racial e do gênero dos figurantes. Com isso, Ayres foi capaz de elaborar conclusões sobre os efeitos da origem racial e do gênero do potencial comprador no comportamento negocial do vendedor.

20 Weintraub (1992, p. 2) discute os resultados de um questionário sobre a prática contratual em empresas dos Estados Unidos da América. Weintraub enviou seu questinário para diretores de departamentos jurídicos em 182 corporações geograficamente distintas de variados tamanhos, das quais aproximadamente quarenta e seis por cento retornaram o questionário completo.

21 Veja *supra* texto acompanhando a nota 8.

22 Por exemplo, no experimento de Schwab, metade das duplas recebeu a informação de que a norma dispositiva fornecida pelo direito permitia à gerência realocar trabalho para outras plantas sem necessidade de justificativa, a menos que o acordo coletivo entre os trabalhadores e a administração da empresa especificasse o contrário, enquanto que a outra metade das duplas recebeu a informação de que a norma dispositiva fornecida pelo direito impedia a realocação de trabalho (Schwab, 1998, p. 249).

23 Veja também Ayres (1991, p. 825-826).

#### 3.1.4 Opiniões de leigos sobre o direito

Finalmente, um pequeno número de artigos empíricos sobre direito contratual se baseia em pesquisas com leigos sobre as suas percepções acerca do que o direito contratual exige e/ou deveria exigir das partes contratantes. Possíveis fontes dessas opiniões são as pessoas que celebram contratos rotineiramente ou indivíduos representativos de uma classe de pessoas que tendem a celebrar certos tipos específicos de contratos. Pauline Kim (1997) usou este segundo tipo de fonte ao entrevistar 330 trabalhadores desempregados e identificar quais fundamentos eram legalmente admitidos, de acordo com a sua percepção, para justificar a demissão de um empregado. David Baumer e Patricia Marschall (1992, p. 164-172) utilizaram a primeira fonte, perguntando a opinião de executivos de 119 empresas acerca das implicações éticas envolvidas no descumprimento intencional de uma obrigação contratual com o objetivo de obter uma melhor oportunidade de negócio; da mesma forma fez Keating (2000, p. 2704-2712), que perguntou a opinião de parte dos contratantes pesquisados sobre as propostas para reformar a seção 2-207 do U.C.C, além de investigar suas práticas contratuais.

### 3.2 Destinação dos dados empíricos

Assim como as fontes de dados empíricos em pesquisas de direito contratual podem ser classificadas, também a destinação desses dados pode ser classificada. Aqui, eu divido a destinação dos dados empíricos em três grupos: compreender os contornos da doutrina do direito contratual (a "análise jurisprudencial do direito"), compreender o efeito das normas no comportamento das partes contratantes privadas ("o efeito das normas"), e para auxiliar propostas de mudança no direito ("propostas de mudanças no direito").

Dois comentários iniciais sobre esse esquema de classificação são necessários. Primeiro, é claro que há algum grau de correlação entre as fontes dos dados empíricos e a maneira como eles são utilizados. Tomando o exemplo mais óbvio, apenas uma fonte – decisões judiciais – é utilizada para análise jurisprudencial do direito. Classificar a pesquisa empírica primeiro pela fonte e, depois, pela destinação dos dados não é redundante, contudo, pois os acadêmicos têm usado os quatro tipos de fontes para mais de um propósito. Por exemplo, autores por vezes se utilizam das decisões judiciais para fins primários diversos de uma análise jurisprudencial do direito.

Em segundo lugar, a pesquisa empírica frequentemente tem mais de um propósito. Alguns artigos, por exemplo, são usados para análise jurisprudencial do direito ou para compreender o efeito das normas, bem como para auxiliar os clamores de mudança no direito. Consequentemente, dividir a destinação em três classificações sugere uma divisão bem ordenada, quando a realidade não é tão organizada. De todo modo, ao observar o conjunto das pesquisas empíricas através das lentes desse esquema de classificação, espera-se que os futuros pesquisadores empíricos de direito contratual percebam mais claramente de que maneira a coleta de dados empíricos pode fortalecer os seus trabalhos.

#### 3.2.1 Análise jurisprudencial do direito

Como anotado acima, a análise jurisprudencial do direito é um dos usos da pesquisa empírica em direito contratual derivada de uma única fonte de dados: decisões judiciais. Embora possa ser dito que todas as discussões acadêmicas sobre decisões judiciais tenham como um de seus objetivos ao menos a descrição do estado de arte do direito, a maioria das discussões jurisprudenciais buscam fundamentalmente explicar ou criticar a fundamentação de uma decisão (ou algumas poucas decisões) e, talvez, prever como casos diferentes poderão vir a ser decididos se a lógica da decisão em questão for seguida nos casos futuros.

Análises jurisprudenciais empiricamente conduzidas, sejam baseadas em avaliações qualitativas de um grande número de casos ou em avaliações quantitativas, tem o seguinte objetivo diferencial: poder olhar além das razões professadas pelos juízes, identificando quais fatores objetivamente reconhecidos realmente determinam o resultado do caso. Esses artigos frequentemente começam com duas ou mais descrições inconsistentes sobre quais fatores orientam a jurisprudência, duas ou mais teorias normativas inconsistentes acerca de quais fatores deveriam orientar a jurisprudência, ou alguma combinação dessas duas, e então usam a análise de um grande número de casos para determinar qual das descrições concorrentes da realidade é mais adequada. Por

exemplo, Farber e Matheson (1985) concluíram que, contrariamente às afirmações doutrinárias de que as obrigações pré-contratuais decorrentes apenas da expectativa de contratar (*promissory estoppel*) só geram direitos e deveres se houver uma quebra de confiança (*detrimental reliance*), a regra que os tribunais de fato aplicam é a de que "qualquer promessa feita como desenvolvimento de uma atividade econômica é passível de ser obrigatória" (Farber & Matheson, 1985, p. 904-905). Hillman discorda, citando que, nos casos analisados por ele em um período de dois anos, noventa e três por cento das ações envolvendo frustração da expectativa de contratar (*promissory estoppel*) que foram julgadas procedentes no mérito incluíam a descrição e o reconhecimento judicial da existência de grande confiança e da sua quebra (Hillman, 1998, p. 597).

McChesney (1999) tentou verificar quais fatores hipotéticos, de um conjunto de seis, tendiam a fazer com que um tribunal considerasse um réu responsável por interferir indevidamente na liberdade de contratar (*tortious interference*).[24] Ele descobriu que os dois fatores observáveis mais importantes para prever a responsabilização sugeriam que os tribunais estavam preocupados com a proteção dos direitos de propriedade da parte que não descumpria o contrato, ao invés de encorajar o descumprimento contratual eficiente enquanto desencoraja o descumprimento ineficiente (McChesney, 1999, p. 176-184). Whitmore analisou quais circunstâncias factuais estavam correlacionadas com a aplicação pelos tribunais de cláusulas de não-competição em contratos de trabalho, e descobriu que, dentre muitos fatos relevantes, o acesso de um empregado à lista de clientes do empregador era a mais correlacionada com a aplicação da cláusula (Whitmore, 1990, p. 526).

Análises jurisprudenciais empiricamente dirigidas são mais esclarecedoras em dois tipos de situação. Primeiro, esse tipo de análise tem um impacto dramático quando se trata de questionar a precisão descritiva de direito evidente e consolidado. A análise de Farber e Matheson sobre expectativa frustrada de contratar (*promissory estoppel*) atraiu atenção, em parte, porque os autores alegaram ter determinado que um requisito normativo claro – a grande quebra de confiança[25] – na verdade não tinha um papel significante nos casos decididos (Farber & Matheson, 1985, p. 910). O estudo de Jason Johnston (1996) acerca de todas as decisões relacionadas ao Statute of Frauds publicadas no *U.C.C Reporter 2d* em um período de cinco anos é notável pela mesma razão. Embora não haja indicação na doutrina de que a relação entre contratantes seja relevante para definir se um contrato escrito é necessário para ser executável,[26] Johnston descobriu que quando "estranhos" (parceiros contratuais apenas por uma vez) apresentavam uma defesa em uma ação de execução contratual com base no *Statute of Frauds*, os tribunais declaravam (exceto em um único caso) que um contrato assinado era necessário, enquanto que quando contratantes habituais apresentavam uma defesa com base no *Statute of Frauds*, os tribunais sempre declaravam que uma exceção ao requisito escrito era aplicável (Johnston, 1996, p. 1868). Portanto, Johnston concluiu que a natureza da relação dos contratantes é de central importância para a aplicação do Statute of Frauds pelos tribunais.[27]

Em segundo lugar, a análise jurisprudencial do direito pode também esclarecer quando o direito é um

24 (1) O tribunal declarou o réu culpado por um ilícito independente; (2) garantias contratuais padrão teriam ressarcido de forma insuficiente a parte que não inadimpliu o contrato; (3) a parte que adimpliu o contrato realizou um grande investimento contratual; (4) a parte que inadimpliu estava insolvente ou pequenos danos tornaram a possibilidade de indenização contratual inviável; (5) O contrato não era "ao livre-arbítrio"; (6) O réu sabia que estava interferindo em um contrato já existente. (McChesney, 1999, p.173–76).

25 De acordo com o *Restatement (Second) of Contracts*, a frustração da expectativa de contratar requer "(uma) promessa na qual o promitente devesse razoavelmente esperar uma ação ou omissão do promissário ou de uma terceira pessoa, *e que a promessa efetivamente induza a tal ação ou omissão*" RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 90 (1981) (ênfase dada pelo autor); veja também Holmes, E. M. (1996) Formation of Contracts. In J. M. Perrillo (Ed.), *Corbin on Contracts* (§ 8.9, p. 30) Eagan, MN: West Publishing; Lord, R. A. (1992) *Williston on Contracts* (4th ed, Vol. 4). Eagan, MN: Thomson West. § 8.4, p. 41.

26 Veja, por exemplo, RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS (1981), § 110 (listando as classes de contratos sujeitas ao *statute of frauds).*

27 Johnston (1996) também faz a reivindicação normativa de que a relação das partes deveria, de fato, influir se um documento escrito é necessário para a obrigatoriedade dos contratos, porque as partes em relações continuadas têm mecanismos extrajudiciais de punir parceiros contratuais, e portanto, menor necessidade de formalidades como documentos escritos. (1863-1864).

"padrão" vago ao invés de uma "norma" clara.[28] O estudo de Whitmore (1990) sobre os fatores que afetam a aplicação da cláusula de não-competição é útil em grande medida porque é o único guia, para os tribunais e para os contratantes, que indica que referidas cláusulas são permitidas quando forem "razoáveis".[29] Contra esse pano de fundo, uma análise estatística acerca de quais variações factuais são mais correlacionadas com a exequibilidade fornece um entendimento sobre o direito mais profundo do que qualquer afirmação que a doutrina possa fornecer.

### 3.2.2 O efeito das normas

O artigo de referência de Macaulay sobre o comportamento contratual dos empresários é talvez o mais notável no mundo da pesquisa jurídica, pelas suas conclusões de que as regras do direito contratual tinham pouquíssimo efeito no comportamento contratual efetivo (Macaulay, 1963, p. 58–60). Macaulay descobriu, por exemplo, que empresários de modo geral não se preocupavam em seguir as formalidades necessárias para garantir que suas negociações fossem juridicamente exigíveis e raramente se serviam de seus direitos subjetivos, normativamente garantidos, para chegar a um acordo com parceiros comerciais.[30] Vários estudos empíricos recentes seguem a direção de Macaulay para investigar se as práticas contratuais privadas são moldadas pelo direito posto.

Em seus dois estudos, Keating, como Macaulay, descobriu que as práticas contratuais dos empresários entrevistados ignoravam muitas das regras do Artigo 2 do Código Comercial Uniforme (*Uniforme Commercial Code - U.C.C*). Por exemplo, a maioria dos entrevistados frequentemente deixava de redigir os seus acordos, mesmo que o *Statute of Frauds* determinasse que a execução do contrato dependia de um contrato escrito (Keating, 1997, p. 108-110). A maioria dos compradores entrevistados relevava atrasos do vendedor na entrega de mercadorias decorrentes de imprevistos, mesmo quando as normas que regulam a inexigibilidade da obrigação (*commercial impracticability standard*) do U.C.C, seção 2-615 não permitiam que vendedor se escusasse de pagar perdas e danos pela inexecução do contrato ou pela mora (Keating, 1997, p. 120-121). A maioria dos vendedores fornecia garantias além das suas obrigações jurídicas ou contratuais (Keating, 1997, p. 122-123). Poucas partes chegavam a litigar em razão dos contratos firmados (Keating, 2000, p. 2698-2699). Macaulay, Keating e outros explicam o abismo entre as obrigações jurídicas tais como formalmente concebidas e a prática contratual apontando, entre outros fatores, para as consequências de uma reputação negocial ruim (o que previne os descumprimentos),[31] os custos de arruinar uma relação lucrativa potencialmente duradoura com a outra parte por causa de uma única transação,[32] os altos e proibitivos custos do litígio para todos, exceto as maiores disputas (o que impede a executabilidade dos direitos legais).

É claro que, ao considerar alternativas para a execução de direitos através do Poder Judiciário, os contratantes não estão limitados apenas à renúncia de suas pretensões ou à ameaça de sanções reputacionais. Através da construção de regimes privados de arbitragem, as partes podem criar mecanismos jurídicos que garantam do adimplemento das obrigações fora do sistema judicial público, e elas podem até mesmo substituir *ex ante* direitos substantivos que, de outro modo, seriam de fornecidos pelo sistema jurídico por direitos diferentes. Bernstein utilizou um estudo dos regimes de arbitragem das associações comerciais para descrever algumas das circunstâncias nas quais as partes optam por excluir a aplicação do sistema contratual e substituí-lo por um conjunto de regras concorrentes. Por exemplo, Bernstein observa que o mercado de diamantes tem um sistema de arbitragem obrigatório para os seus membros que, dentre outras diferenças em relação ao sistema jurídico, permite aos árbitros estabelecer multas por violação do contrato (Bernstein, 1992, p. 124-130). Ela afirma que as multas são eficientes no contexto particular do mercado dos diamantes, no qual oportunidades

28 A literatura sobre a distinção entre "normas" e "padrões" é, sem dúvida, vasta. Para a discussão seminal, veja Kennedy (1976). Para uma discussão recente veja Korobkin (2000).

29 Veja, por exemplo, Whitmore (1990, p. 488).

30 Macaulay (1963, p. 58-61) relata que empresários confiavam em "apertos de mão" que não eram juridicamente exigíveis, entravam em "requerimentos contratuais" de legalidade duvidosa ao tempo da contratação, etc.

31 Veja, por exemplo, Weintraub (1992, p. 7) e Keating (1997): "o direito é muito menos significante do que a reputação" (p. 102).

32 Veja, por exemplo, Keating, 2000, p. 2698-2699.

para inexecução eficiente são raras (e portanto o potencial das perdas e danos para impedir inadimplementos eficientes é irrelevante) e os lucros cessantes quase sempre são muito baixos para compensar adequadamente a parte que não descumpriu o contrato (Bernstein, 1992, p. 134). A partir desses dados, ela faz uma generalização para afirmar que entidades privadas geralmente optam por excluir a aplicação do sistema jurídico em relação aos contratos quando a doutrina é ineficiente para um grupo em particular e conquanto esse grupo tenha os meios (aqui, através de filiação obrigatória à associação) para impor um sistema alternativo aos seus membros (Bernstein, 1992, p. 135).

Dois artigos baseados em dados experimentais estudaram explicitamente o efeito das normas sobre o inadimplemento contratual, testando as previsões teóricas da teoria econômica. O teorema de Coase estipula que, se não houver custos de transação, o direito contratual não terá efeito algum em relação aos termos contratuais efetivamente acordados pelos particulares nos seus contratos privados, pois as partes irão simplesmente escolher contratar em desacordo com regras ineficientes (Coase, 1960, p. 6). Em diferentes estudos, Schwab e eu criamos ambientes com baixos custos de transação para testar essa previsão. Schwab (1988, p. 252) descobriu que os seus negociadores não demonstraram estar mais propensos a concordar com uma cláusula que disciplinava o direito da administração de uma empresa de transferir os seus trabalhadores para outras localidades, independentemente de haver ou não uma norma dispositiva a respeito. [33] Meus sujeitos, em contrapartida, colocaram um valor significativamente superior às cláusulas contratuais, se elas eram identificadas como padrões fornecidos pelo direito, do que se elas não fossem (Korobkin, 1998b, p. 639).

Embora estudos de decisões judiciais sejam naturalmente usados para a análise jurisprudencial, em raras ocasiões elas também têm sido utilizadas para análises do efeito das normas sobre o comportamento contratual. James J. White pesquisou o *U.C.C Reporter* por um período de seis anos, buscando decisões que lidassem com uma série de temas, incluindo as cláusulas que estipulam a alocação de risco de perda sob a seção 2-319, 2-320 e 2-509 (White, 1988, p. 18). Ao invés de analisar o fundamento das decisões, White identificou as decisões relevantes e descobriu apenas dez durante o período revisado (White, 1988, p. 24). Da existência de um número relativamente pequeno de decisões, White concluiu que a positivação de expectativas comerciais razoáveis nesses dispositivos do U.C.C. – em oposição a regras alternativas – teve o efeito de reduzir o conflito entre parceiros contratuais (White, 1988, p. 27).

33 Os resultados de Schwab mostraram uma pequena parcialidade a favor das normas dispositivas, embora ela não fosse estatisticamente significativa.

### 3.2.3 Propostas de mudanças no direito

Na maioria dos artigos empíricos de direito contratual, a destinação primária dos dados é fornecer auxílio para o argumento do autor em prol de mudança do sistema jurídico ou seu reforço. Mesmo quando os dados empíricos são usados primariamente descrever o direito ou o efeito das normas no comportamento, a maioria dos autores tem um objetivo secundário de usar suas conclusões descritivas como suporte para uma ou mais afirmações normativas sobre como o direito contratual deveria ser. Isto posto, não é surpreendente que todos os tipos de fontes empíricas encontrados na pesquisa de direito contratual sejam usados para fornecer auxílio para argumentos relacionados a mudanças legislativas.

Estudos de práticas contratuais reais são frequentemente usados com o propósito de impulsionar mudanças legislativas, e a conexão entre os dados empíricos e as afirmações sobre o conteúdo das normas é tão variada como as preferências políticas e valorativas dos autores. Consequentemente, é difícil subclassificar as maneiras pelas quais os autores usam os dados empíricos para auxiliar seus argumentos normativos. Alguns exemplos de diferentes usos, no entanto, podem ao menos fornecer uma amostra do leque de possibilidades disponíveis para os pesquisadores de direito contratual.

Kaham e Klausner estudaram cláusulas restritivas event-risk em debêntures, introduzidas pela primeira vez no final dos anos 1980, como uma resposta à onda de "tomadas hostis" de controle acionário de muitas empresas (Kahan & Klausner, 1997, p. 740). As

cláusulas restritivas forneceriam direitos contratuais aos detentores de debêntures para vender ou converter em ações suas debêntures em caso de mudança no comando ou administração da empresa (Kahan & Klausner, 1997, p. 741). Os autores descobriram que depois das quatro primeiras emissões de debêntures que incluíam cláusulas restritivas *event-risk*, 90% das debêntures futuras imitaram as disposições chave das inicialmente emitidas (Kahan & Klausner, 1997, p. 747). A partir dessa observação empírica, os autores concluíram que (1) cláusulas contratuais em debêntures desfrutam de "benefícios de aprendizado" e "benefícios de rede", o que significa que elas se tornam mais valiosas à medida que mais partes utilizam cláusulas idênticas, e (2) a interpretação judicial das referidas cláusulas em um contrato deve servir como precedente vinculante em casos futuros, de modo que os benefícios da padronização podem ser completamente percebidos (Kahan & Klausner, 1997, p. 764-765).

Verkerke (1995) entrevistou empregadores sobre o conteúdo das cláusulas de rescisão que eles usavam em contratos de trabalho. Ele descobriu que 52% dos entrevistados especificaram que a demissão era feita "ao livre-arbítrio do empregador", enquanto que apenas 15% especificaram que a rescisão apenas seria permitida por "justa causa".[34] Presumindo: (a) que o direito contratual deveria fornecer termos rescisórios eficientes, e (b) que termos rescisórios "majoritários" – quais sejam, termos preferidos pela maioria das partes – são mais eficientes porque minimizam os custos incorridos pelas partes que não preferem os termos rescisórios e gostariam de contratar fora deles (Verkerke, 1995, p. 871), Verkerke concluiu que a cláusula "ao livre-arbítrio do empregador" era um padrão normativamente desejável (Verkerke, 1995, p. 913).

O argumento normativo com fundamento empírico de Verkerke é questionado a partir de bases empíricas diferentes por Kim (1997, p. 126-146), que entrevistou trabalhadores desempregados sobre o seu conhecimento das regras de rescisão de contratos de trabalho. Ela descobriu que a vasta maioria dos entrevistados acreditava que o direito impedia o empregador de demitir o empregado porque, dentre outras razões, o empregador não gostava dele (89%) ou porque o empregador desejava contratar outra pessoa por um salário menor (82%) (Kim, 1997, p. 133-134). Em outras palavras, a maioria dos trabalhadores entrevistados aparentemente acreditava que as restrições jurídicas sobre a rescisão garantiam a eles um tipo de proteção que eles somente teriam com uma cláusula de "justa causa". Implicitamente, pressupondo que o acesso à informação jurídica é mais necessário para uma ordenação privada eficiente do que para minimizar os custos de transação de contratar fora das regras de rescisão fornecidas pelo direito, Kim argumenta que seria apropriado adotar uma regra padrão de "justa causa" que forçasse os empregadores a explicar aos empregados as implicações de inserir uma cláusula "ao livre-arbítrio do empregador" no contrato (Kim, 1997, p. 147-155).

Artigos baseados em dados experimentais também têm sido utilizados para argumentos normativos. O estudo experimental de Ayres, acerca das negociações para a compra de carros novos, descobriu que, em média, vendedores de carros fazem propostas iniciais e finais mais altas para seus veículos quando estão negociando com afro-americanos do sexo masculino e feminino, ou mulheres brancas, do que quando eles estão negociando com homens brancos (Ayres, 1995, p. 116). Embora o estudo seja equipado mais para compreender a discriminação do que para reformar o direito contratual (Ayres, 1991, p. 841-857), Ayres sugere que seus dados fornecem um argumento para mudanças no direito contratual em relação às exigências normativas de transparência e lisura de informações (Ayres, 1995, p 143-144). Meu estudo sobre diferentes avaliações que os sujeitos fazem das cláusulas contratuais baseadas em normas jurídicas dispositivas e daquelas que não o são está preocupado primariamente com a investigação do efeito do direito no comportamento contratual. Entretanto, esse estudo também aponta para o fato de que, como a preferência dos contratantes é tendenciosa em favor cláusulas contratuais baseadas em normas jurídicas dispositivas, isso faz com que seja normativamente mais importante para o direito selecionar regras dispositivas majoritárias do que as análises tradicionais de direito e economia sugerem (Korobkin, 1998b, p. 667-668).

34 Os trinta e três por cento restantes não forneceram uma cláusula de rescisão, o que significa que os contratos seriam regulados pela regra dispositiva dominante "ao livre-arbítrio do empregador".

## 4 Crítica da pesquisa empírica em direito contratual: os problemas da empiria

Há uma crença difundida de que a pesquisa empírica pode melhorar tanto o nosso entendimento sobre as normas e a sua relação com os comportamentos das pessoas, quanto embasar nossas opiniões sobre as decisões judiciais – crença que é refletida na devoção desse simpósio inteiro ao esforço da pesquisa empírica, bem como nos chamados de outros numerosos pesquisadores.[35] Se isso é verdadeiro em relação ao direito em geral, então é provavelmente duplamente verdadeiro quanto ao direito contratual em específico, à luz do número demasiadamente pequeno de artigos de direito contratual empiricamente dirigidos, publicados nos últimos quinze anos.[36] Portanto, parece desnecessário lançar uma defesa da pesquisa empírica em direito de modo geral, ou especificamente em relação à pesquisa empírica em direito contratual.

É importante, no entanto, levantar a questão dos custos de oportunidade. Isto porque, dado que o tempo e os recursos são limitados – a pesquisa empírica é tipicamente mais cara e consome mais tempo do que os trabalhos puramente teóricos ou que realizam análise jurisprudencial tradicional – deveriam os pesquisadores de direito contratual dedicar mais energia para o estudo empírico? E, se a resposta for afirmativa, que tipos de pesquisa empírica têm mais potencial para agregar ideias valiosas ao nosso conhecimento compartilhado sobre o direito contratual? Para ajudar no enfrentamento dessas questões, essa parte do trabalho apresenta três críticas amplas que podem ser feitas à pesquisa empírica em direito contratual, avalia a força dessas críticas e sugere os passos que os pesquisadores empíricos de direito contratual podem dar para minimizar a força dessas críticas e, portanto, maximizar a utilidade de suas pesquisas empíricas.

Como esse tópico trata da aplicação de métodos empíricos ao estudo do direito contratual, e não da metodologia empírica em si, críticas metodológicas às pesquisas empíricas em direito contratual já realizadas estão além do seu escopo. Empiristas cuidadosos seguem diversas práticas, incluindo, (mas sem se limitar) as seguintes: definem claramente suas hipóteses no começo da pesquisa, coletam dados que podem negar suas hipóteses, controlam as hipóteses concorrentes, evitam chegar a conclusões sobre causalidade quando os dados provam apenas uma correlação e evitam chegar a conclusões universais quando os dados sustentam conclusão apenas sobre um conjunto do mundo. Quando coletam os dados, eles medem os dados de uma maneira que é confiável (*i.e.*, outros medindo os mesmos dados, da mesma maneira, irão obter as mesmas medidas) e válida (*i.e.*, a medida é relevante para a característica que o autor deseja medir), e eles descrevem os seus métodos de coleta de dados em detalhes suficientes, de modo que o processo possa ser replicado por outros pesquisadores.[37]

Mesmo essa lista parcial de boas práticas sugere que as análises empíricas podem ser feitas de uma maneira boa ou ruim. Certamente, muita pesquisa empírica em direito não é feita da maneira adequada,[38] e seria possível encontrar falhas em muitos dos artigos incluídos nesse estudo em variadas frentes. Mas com um pouco de leitura sobre métodos e com algumas

35 Veja, por exemplo, Bok (1983, p. 581-582), alertando para que os professores de direito prestem atenção em estudos empíricos de professores de outras disciplinas que podem afetar o direito, e para que se juntem a cientistas sociais para realizar pesquisas empíricas acerca da utilidade de procedimentos jurídicos; Heise (1999, p. 813-815), tecendo um argumento normativo a favor do aumento da pesquisa empírica em direito; Nard (1995, p. 247-251), argumentando que mais pesquisas empíricas poderiam diminuir a lacuna entre "as abstrações da sala de aula das faculdades de direito e as exigências de práticas jurídicas mais realistas"; Posner (1998, p. 11-12), argumentando que os professores de direito deveriam focar mais esforços na pesquisa empírica para sustentar suas teorias jurídicas e para ter mais impacto no desenvolvimento do direito constitucional; Schuck (1989, p. 333-335), defendendo um aumento de estudos empíricos estatísticos entre os professores de direito. Chamadas para mais pesquisas empíricas em direito não são apenas um fenômeno moderno. Schuck (1989) observa que críticas acerca da falta de estudos empíricos "têm um longo e distinto pedigree, remotando, no mínimo, ao final do século passado" (p. 324) e cita tanto Oliver Wendel Holmes e Roscoe Pound em suas chamadas por estudos empíricos na pesquisa jurídica. Veja também Heise (1999, p. 811), citando Holmes e Pound.

36 Como observa Daniel Keating (1997), ao introduzir seu modesto estudo empírico sobre comportamento contratual, "em terra de cego, quem tem olho é rei" (p. 99).

37 Como uma excelente introdução das convenções de pesquisa empírica e que traz artigos de periódicos jurídicos como exemplo de como não fazer uma pesquisa empírica, veja Epstein & King (2002).

38 Para uma crítica particularmente dura das práticas atuais, veja Epstein & King (2002, p. 12), concluindo que cada um dos artigos empíricos de periódicos jurídicos analisados pelos autores sofria de pelo menos uma falha metodológica.

consultas a colegas empiristas não há razão para que um pesquisador de direito contratual cuidadoso tenha grande dificuldade para desenhar um estudo metodologicamente satisfatório, mesmo que não tenha um treinamento formal em técnicas empíricas. Portanto, meus comentários nas próximas três subseções são restritos à questão de como a pesquisa empírica "bem feita" pode, ainda assim, falhar em atingir as altas aspirações que tantos de nós compartilham, e como os pesquisadores empíricos podem tentar minimizar essas críticas.

### 4.1 Capacidade generalizante dos achados empíricos

Embora o direito contratual seja tecnicamente direito estadual [nos Estados Unidos, onde o artigo foi originalmente publicado], com exceção de um Estado, todos os outros adotaram o U.C.C.,[39] e com algumas exceções, até mesmo a *common law* dos contratos é relativamente consistente em diferentes tribunais. Adicione a isso o fato de que os periódicos jurídicos preferem artigos que tenham um público alvo o mais amplo possível (Lindgren, 1994, p. 532), e a consequência inevitável é que a maioria da pesquisa em direito contratual tenta fornecer descrições ou sugestões normativas aplicáveis a uma série de contratos diferentes celebrados nas mais diversas jurisdições americanas.[40] Nenhum dos artigos empíricos revisados nesse estudo apresenta dados provenientes de uma amostra verdadeiramente representativa da população (i.e., contratantes ou disputas contratuais em geral) a partir qual o autor pudesse sugerir generalizações. Como consequência, os críticos em geral podem legitimamente suscitar questões acerca do alcance das conclusões descritivas ou das prescrições de política pública que são inferidas dos resultados empíricos. A questão pode ser alternativamente rotulada como uma questão de "validade externa",[41] de possível "seleção parcial",[42] oou um problema de "capacidade generalizante".[43]

Estudos experimentais, como aqueles conduzidos por Schwab e por mim mesmo, são vulneráveis a críticas de validade externa surgidas da identidade dos sujeitos e das condições experimentais. Quando estudantes são chamados a atuar no papel de contratantes[44] ou de seus advogados,[45] é sempre possível que, em decorrência das diferenças de idade, nível educacional, expectativa de vida, ou algum outro fator, os sujeitos da pesquisa – os estudantes – não tomem decisões da mesma maneira que os advogados e os empresários que de fato contratam tomariam.[46] Além disso, devido ao fato de os sujeitos estarem apenas atuando no papel de contratantes, eles podem ou não tomar as mesmas decisões que os contratantes de verdade tomariam e que possuem consequências reais. Portanto, embora nós possamos especular que os resultados experimentais sejam generalizáveis ao mundo real da formação do contrato, eles não podem servir como prova dessa afirmação.

Ao utilizar contratantes de fato em situações contratuais reais como os seus sujeitos do experimento, o estudo de Ayres (1995) sobre a negociação de carros novos se resguarda dessas preocupações de validade externa, mas fica vulnerável a outras preocupações de validade externa. Seus sujeitos são todos membros de um tipo particular de contratantes, negociadores de carros novos, estabelecidos em uma área geográfica específica, Chicago. É possível que os negociadores de carro ou os habitantes de Chicago se diferenciem de outros varejistas ou vendedores em maneiras que façam com que eles se comportem de forma distinta em negociações contratuais. Assim, as conclusões interessantes a que chegou Ayres podem não ser generalizáveis para outras negociações no varejo, ou mesmo para outras negociações de venda de carros em outras partes do país.

Estudos não-experimentais acerca do comporta-

39 Com exceção do Estado da Luisiana, que adotou alguns artigos do código, todos os estados adotaram o U.C.C, embora haja algumas variações entre os estados sobre a adoção das versões mais novas. Veja, U.C.C. §§ 1-101-2-210, 1 U.L.A. 1–2 (1989 & Supp. 2001).
40 Exceções incluem os artigos de Kahan e Klausner, focados especificamente em cláusulas restritivas de debêntures, e os artigos de Bernstein, focados especificamente em associações comerciais coesas.
41 Veja, por exemplo, Korobkin & Guthrie (1994, p. 126-128).
42 Veja, por exemplo, Epstein & King (2002, p. 69).
43 Veja, por exemplo, Siegel (1994, p. 1036).

44 Os sujeitos de Schwab (1988) eram 222 universitários no início de seus estudos, chamados a atuar no papel de negociadores do sindicato e da gerência de uma empresa, tentando chegar a um acordo coletivo.
45 Os sujeitos de Korobkin (1998b, p. 634) eram 151 estudantes de direito chamados a atuar no papel de advogado de um contratante.
46 Para uma descrição mais detalhada do problema da validade externa, veja Korobkin (1998b, p. 661–64) e Korobkin & Guthrie (1994, p. 126-128).

mento contratual real e sobre a opinião de leigos no direito estão propensos ao mesmo tipo de críticas. É frequentemente negligenciado o fato de que o revolucionário estudo de Macaulay (1963) sobre o comportamento de contratantes privados limitou-se a uma amostra não-aleatória de advogados e empresários em Wisconsin. Além disso, embora a sua pesquisa tenha incluído quarenta e três empresas diferentes e seis escritórios de advocacia, Macaulay não tentou garantir que sua amostra fosse representativa do mundo de contratantes comerciais em termos de indústria, tamanho do negócio, etc. (Macaulay, 1963, p. 55-56). Exatamente as mesmas críticas podem ser feitas ao estudo de Weintraub (1992), feito com oitenta e quatro diretores de departamento jurídicos de empresas,[47] ao estudo de Verkerke (1995) com 221 empregadores em cinco estados, e ao estudo de Keating (2000) sobre contratantes corporativos.[48] O estudo feito por Bauman e Marschall (1992) sobre as opiniões de tomadores de decisão, acerca do direito contratual em 119 empresas da Carolina do Norte não é diferente. A pesquisa de Kim (1997) sobre o conhecimento jurídico de 330 trabalhadores desempregados em St. Louis é vulnerável não apenas às críticas de que o seu estudo é limitado a uma única localidade geográfica, mas também pelo fato de que trabalhadores desempregados possam não ser representativos de todos os trabalhadores. Trabalhadores empregados podem, em média, ter mais conhecimento sobre o direito relacionado a rescisão contratual do que os desempregados.[49] Em todos esses estudos, nem todas as pessoas que foram chamadas a participar concordaram, levantando assim a preocupação de que as repostas das pessoas que concordaram em gastar o seu tempo para participar de uma pesquisa podem ser sistematicamente diferentes daquelas que não quiseram participar.

Os estudos empíricos de decisões judiciais também não estão imunes a preocupações de validade externa. Primeiro, a vulnerabilidade sofrida por estudos de comportamento – de que a amostra estudada pelo autor pode não ser representativa do ente que o autor quer estudar – pode estar presente também nos estudos de decisões judiciais. O estudo de McChesney (1999) sobre a doutrina da interferência ilícita em relações contratuais, por exemplo, emprega uma análise estatística cuidadosa, mas os casos utilizados não pertencem a uma amostra aleatória. O autor identificou casos com resultados de "responsabilização" usando uma amostra não aleatória de casos citados em um artigo de período jurídico de 1928,[50] e então ele adicionou casos de "ausência de responsabilização" aos dados por meio de consulta ao banco de citações Shepard, até que ele encontrou um número suficiente de casos de ausência de responsabilização para formar uma massa crítica de dados.[51]

Em segundo lugar, é sabido que casos que terminam em decisões publicadas não são necessariamente uma amostra aleatória de todos os casos ajuizados com relação a um tema, muito menos representa todas as disputas dentro de uma determinada área.[52] Portanto, conclusões retiradas de decisões publicadas, mesmo que apropriadamente, podem não ser generalizáveis para todas as decisões, muito menos para todos os litígios. Se apenas uma pequena porcentagem das decisões judiciais resultando em responsabilidade (ou ausência de responsabilidade) sob um tema específico tem um certa característica factual que o autor especula ser determinante, o argumento pode sugerir que a hipótese é incorreta, ou, al-

47 Weintraub (1992) identifica algumas diferenças nas respostas da sua pesquisa baseado no tamanho da corporação e do tipo de negócio que ela conduz, mas não há indicação de que a sua amostra tenha sido elaborada para ser representativa da amplitude de tamanhos e linhas de negócio corporativos, e quando diferenças nessas bases são relatadas, não há indicação de que nenhuma delas seja estatisticamente relevante.

48 Veja, por exemplo, Keating (2000, p. 2693-2695) reconhecendo a parcialidade em sua amostra.

49 Kim (1997, p. 141-143) reconhece essa crítica, mas minimiza essa possibilidade. Entretanto, parece ser extremamente plausível que os desempregados tendam a ser menos brilhantes e conhecedores das normas do que os empregados que tenham conseguido manter seus empregos. E, portanto, menos informados acerca da proteção jurídica dos trabalhadores.

50 O artigo mencionado é de Carpenter (1928).

51 McChesney (1999, p. 171-173) adiciona casos a sua análise estatística para a corrigir diante do fato de que a amostra de casos de ausência de responsabilidade estava reduzida. Enquanto isso evita que os casos de ausência de responsabilidade tenham um impacto muito grande nos resultados estatísticos relacionados aos casos de responsabilidade, ele não resolve o problema de que nenhum dos casos de responsabilidade ou ausência de responsabilidade foram aleatoriamente selecionados de suas respectivas populações.

52 Veja, por exemplo, Ashenfelter (1995, p. 259) e Wittman (1988, 314), reconhecendo o problema da seleção imparcial nos estudos sobre decisões judiciais publicadas.

ternativamente, pode também sugerir que o direito é tão claro entre os litigantes quanto as consequências de responsabilização desse fato em específico e que praticamente em todos os casos são feitos acordos ou que eles são decididos sem publicação das decisões.

Por um lado, esses comentários podem parecer levantar uma crítica metodológica aplicável a alguns estudos específicos, para os quais há uma solução técnica relativamente óbvia. Em teoria, o problema da capacidade generalizante poderia ser evitado se os pesquisadores escolhessem seus dados elaborando uma amostra aleatória da população sobre a qual gostariam de tecer conclusões ou sugerir implicações.[53] Na verdade, contudo, essa crítica não pode se resolve apenas se os pesquisadores prestarem maior atenção a considerações metodológicas, por duas razões

A razão mais óbvia é que os pesquisadores sofrem restrições de recursos. Quando os pesquisadores desejam utilizar dados empíricos para compreender o comportamento contratual, eles geralmente não têm recursos para estudar contratantes nos cinquenta Estados, de todas as idades, de todas as profissões, de todas as origens, e sem considerar se os sujeitos potenciais irão ou não querer participar no estudo (lembre-se que o fato de algumas pessoas se recusarem a participar do estudo pode criar uma potencial parcialidade amostral). Experimentalistas geralmente utilizam estudantes porque estudantes são relativamente baratos e fáceis de encontrar. Pesquisadores que estudam práticas contratuais reais normalmente escolhem sujeitos da sua região geográfica, pela mesma razão.

O problema mais significativo – porque ele não pode ser resolvido por uma injeção de recursos de alguma universidade generosa, fundação ou agência governamental – é que, quando pesquisadores desejam elaborar inferências para uma ampla população, é normalmente impossível desenhar um conjunto de dados que seja perfeitamente representativo do público alvo mais amplo em cada ponto relevante. Em estudos de comportamento contratual real de comerciantes, por exemplo, seria impossível identificar todas as características de contratantes que podem afetar o seu comportamento. Claro que o tamanho e tipo da indústria do negócio podem ser relevantes, assim como a região do país na qual o negócio está localizado. Mas e se o negócio é novo ou já estabelecido? Se ele tem múltiplas sedes ou apenas uma? Se as decisões contratuais são tomadas por advogados ou por empresários? A idade, experiência ou características pessoais do tomador de decisões? Nenhum estudo poderia supor ser representativo em todas essas dimensões, muito menos em relação ao número de outros fatores potencialmente relevantes. Desse modo, não há estudo que possa ser completamente imune às críticas de que, o que é verdadeiro para o conjunto dos dados, pode não ser verdadeiro para a população em geral. Mesmo que uma amostra perfeitamente representativa de todos os contratantes em cada ponto relevante pudesse ser estudada, os resultados poderiam estar abertos à conjuntura de que, enquanto aplicáveis ao nível agregado, ainda assim poderiam não ser aplicáveis a qualquer indústria específica, a determinado tamanho de negócio, a uma região geográfica etc., colocando assim uma limitação na utilidade prática dos resultados para advogados ou para formuladores de políticas públicas. É difícil imaginar um estudo empírico que não esteja sujeito a algum grau de críticas quanto ao resultado não ser generalizável.

Então, um problema ao conduzir pesquisa empírica em direito contratual é que o autor não pode esperar descrever completamente o mundo ou definitivamente resolver uma questão de política pública. Nesse sentido, um único estudo empírico pode ser menos satisfatório para o autor do que um artigo apresentando uma teoria que, sem dificuldade e completamente, resolve um problema jurídico em si, sem deixar questões abertas. Entretanto, essa observação não cria um argumento contra o ato de estudar o direito contratual por uma perspectiva empírica. Ao invés disso, esse é um aviso de que estudos empíricos raramente podem sustentar-se por si mesmos, mas ao contrário, eles devem ser vistos como uma contribuição para a literatura que coletivamente aspira compreender um fenômeno ou resolver uma questão de grande importância pública.

A pesquisa empírica normalmente falhará em atingir uma conclusão definitiva, mas ela pode ser uma va-

53 Veja Epstein & Kind (2002, p. 75-76) acerca do processo de amostra aleatória.

liosa contribuição para o conhecimento acadêmico ao apontar na direção de uma certa conclusão, mesmo que ela dependa de estudos futuros para melhor desenvolver a tese e avançar em direção a um conjunto de resultados conclusivos. Portanto, a pesquisa empírica em direito contratual deveria ser valorada pelas hipóteses que ela cria e aperfeiçoa, tanto quanto pelas conclusões a que ela chega. Um estudo das práticas de venda dos fabricantes de mobília no Estado da Carolina do Norte não prova algo sobre todos os tipos de vendedores em todas as regiões do país. Mas se ele é hábil a alcançar fortes conclusões acerca de seu conjunto de dados limitados, esse estudo apresenta uma hipótese plausível acerca de todos os vendedores em nível nacional – sustentando-se a suposição de que outros vendedores devem se comportar como os fabricantes de mobília da Carolina do Norte – que está sujeita a mais testes e desenvolvimento por outros pesquisadores. Ao fazer isso, referido estudo sem dúvida traria uma contribuição valiosa para a pesquisa acadêmica.

O problema da capacidade generalizante, portanto, não deveria desencorajar aspirantes a pesquisadores empíricos, mas talvez deva fazer com que eles julguem o seu trabalho por um padrão diferente daquele usado para julgar trabalhos puramente teóricos. Este problema deveria, ainda, sublinhar a importância de se utilizar pesquisa empírica para desenvolver, refinar e recalibrar hipóteses sobre o mundo – em oposição a atingir conclusões definitivas – e de ser cuidadoso para não apresentar conclusões que ultrapassem as inferências que os dados coletados podem logicamente sustentar. A maioria dos trabalhos empíricos cuidadosos elaborará conclusões sobre um conjunto de dados, sugerirá hipóteses logicamente derivadas dessas conclusões sobre uma população mais ampla ou diferente e descreverá como essas hipóteses podem ser testadas e posteriormente desenvolvidas em pesquisas futuras.

### 4.2 Qualidade de "encaixe" entre os dados e a tese

Outra crítica importante a se considerar ao se conduzir uma pesquisa empírica sobre o direito em geral e sobre direito contratual especificamente é que frequentemente existe uma lacuna lógica entre os dados apresentados na pesquisa empírica e a tese positiva ou normativa sustentada a partir desses dados. Na maioria das vezes, os dados empíricos não apontam direta e inequivocamente para uma conclusão específica sobre o direito. Em vez disso, presunções intermediárias são necessárias para sustentar a corrente lógica entre os dados e a conclusão apresentada. Essas presunções intermediárias podem tanto ser presunções empíricas adicionais, não relacionadas aos dados apresentados no artigo, como presunções acerca dos valores ou da hierarquia de valores que embasa o direito contratual. Ambas são frequentemente contestáveis.[54] Quanto maior o número de presunções intermediárias necessárias, e quanto mais contestáveis elas forem, mais questionável será o valor dos dados empíricos que embasam o artigo.

Um exemplo rápido pode ser visto na literatura em que os dados demonstram que empresários normalmente ignoram as normas de direito contratual quando estão negociando ou tentando fazer com que as obrigações sejam cumpridas. Estes dados costumam ser usados para sustentar que a doutrina deveria ser revista para melhor refletir as práticas comerciais. Por exemplo, considere dois dos argumentos colocados por Weintraub (1992), com base em seu estudo com diretores de departamentos jurídicos. Weintraub descobriu que a maioria dos diretores de departamentos jurídicos em seu estudo estipulava cláusulas específicas em seus contratos de longa duração para ajustar o preço da contraprestação caso houvesse alteração das circunstâncias negociais de mercado (Weintraub, 1992, p. 17). Um número ainda maior disse que rotineiramente permite que os seus parceiros comerciais modifiquem o preço devido a mudanças nas condições do mercado (Weintraub, 1992, p. 19). Com esses dados, Weintraub sugere que não haveria necessidade de o sistema jurídico contratual estabelecer ônus pelo inadimplemento conforme pactuado antes da alteração das circunstâncias negociais e que "qualquer vestígio" em sentindo contrário deveria ser eliminado (Weintraub, 1992, p. 51-52).

Não há nada que levante objeções sobre os dados de Weintraub, mas a conexão entre os dados e a sua

54 Como Dennis Patterson (2000) afirma, dados empíricos não necessariamente conduzem a conhecimento porque "uma coisa é ordenar os fatos e outra é saber o que fazer deles" (p. 2738).

conclusão requer uma presunção que os contratantes são melhor atendidos por um conjunto de normas que reflita suas práticas contratuais diárias. Embora comum,[55] essa presunção é contestável. É possível que os contratantes escolham ignorar seus direitos subjetivos nas negociações com parceiros comerciais com os quais eles tenham uma relação contínua ou a possibilidade de negociações futuras, mas ainda assim desejem ter um conjunto completamente diferente de regras fornecidas pelo direito com os quais possam contar nos raros casos em que a relação comercial é rescindida, ou quando os benefícios de um comportamento oportunístico possam exceder os custos reputacionais resultantes.[56] Em outras palavras, as conclusões de Weintraub pressupõem que os contratantes estariam melhores se o direito refletisse as suas práticas costumeiras,[57] mas isso é uma questão empírica e/ou teórica que a sua pesquisa não aborda.[58] A dependência das principais conclusões de Weintraub dessas pressuposições intermediárias enfraquece o poder dos dados empíricos que ele coletou.

Como um exemplo bem diferente do problema de "encaixe" que a pesquisa em direito contratual pode encontrar, considere novamente o estudo de Verkerke acerca das cláusulas de rescisão em contratos de trabalho. Verkerke demonstrou empiricamente que a maioria das empresas que ele estudou contrata mais com a cláusula de rescisão "ao livre-arbítrio do empregador" do que com a cláusula de "justa causa" (Verkerke, 1995, p. 867). Desses dados, ele conclui que a cláusula "ao livre-arbítrio do empregador" é o padrão mais eficiente fornecido pelo direito, porque minimiza o número de partes que têm de sofrer custos de transação para contratar diferentemente da regra geral por preferirem a cláusula oposta (Verkerke, 1995, p. 874-875).

Novamente, nem os dados, nem a prescrição de política pública, são contestáveis. Mas a conexão entre os dois se sustenta em muitas presunções. Uma valiosa presunção, claramente identificada por Verkerke, é que a regra mais eficiente é a regra normativamente mais desejável. Mas há também duas presunções empíricas não identificadas, que podem estar incorretas. Primeiro, a análise pressupõe, como as análises econômicas normalmente fazem, que as preferências dos indivíduos são exógenas ao conteúdo das normas padrão: nesse caso, a preferência da maioria das partes pela regra "ao livre-arbítrio do empregador" é independente do fato de que essa regra é atualmente o padrão fornecido pelo direito. Mas se o *status* jurídico da regra "ao livre-arbítrio do empregador" aumenta a forma como as partes contratuais a almejam – e há evidências sugerindo que isso é plausível (Korobkin, 1998b, p. 637-647) – então é possível que se a regra "justa causa" fosse o padrão fornecido pelo direito, um número ainda maior de empresas poderia contratar com essa norma, tornando o padrão "justa causa" a regra "majoritária" e, portanto, desejável de acordo com o próprio padrão de Verkerke.

Mesmo se a presunção da preferência exógena for empiricamente precisa, há ainda outro problema potencial na conexão entre os dados e as conclusões de Verkerke. Para concluir que a regra preferida pela maioria dos contratantes gerará os mais baixos custos de transação, Verkerke implicitamente pressupõe que o custo de contratar fora de um termo padrão não depende do conteúdo da norma. Mas, se contratar fora do padrão "justa causa" é menos custoso, na média, do que contratar fora do padrão "ao livre-arbítrio do empregador", é possível que o total de custos de transação fosse minimizado através da seleção do termo "justa causa" como o padrão fornecido pelo direito, mesmo que apenas uma minoria dos contratantes seja favorável a esse padrão.[59]

55 Veja, por exemplo Bernstein (1996, p. 1767-1768), descrevendo a posição largamente aceita de que o direito deveria refletir normas negociais.

56 Bernstein (1996, p. 1796-1802) argumenta que as partes preferem ter normas diferentes daquelas usadas em disputas "relacionais" para regular situações de "fim de jogo", e que portanto o U.C.C não deveria tentar espelhar práticas comerciais padrão.

57 Weintraub (1992) sustenta que "as normas deveriam reforçar a prática desejada e mudar conforme as práticas mudam" (p. 3). Veja também Keating (1997): "O direito não deveria ser contrário a práticas que a comunidade entende como normais e desejáveis" (p. 103).

58 Se é que seus dados empíricos dizem algo sobre essa suposição, os indícios apontam na direção oposta das conclusões de Weintraub. No fim da entrevista, focada principalmente nas práticas contratuais, Weintraub perguntou sobre a opinião dos entrevistados acerca de algumas questões jurídicas. Apesar de a maioria das partes ter relatado que elas criam as suas próprias condições para lidar com circunstâncias alteradas, muitos relataram que elas aprovavam ajustes nos preços dos contratos feitos pelos Tribunais quando a execução é frustrada por circunstâncias imprevistas (Weintraub, 1992, p. 53).

59 Ayres (1992, p. 1405) faz uma análise crítica do livro de Frank

Nenhum desses exemplos é oferecido para sugerir que, nos estudos empíricos apresentados, as conclusões que não decorrem direta e claramente dos dados coletados não possuam valor. Pelo contrário, referidos estudos são úteis por duas razões distintas. Primeiro, por fornecerem conclusões contingentemente válidas sobre o direito, elas melhoram nosso estoque coletivo de conhecimento. Segundo, por fornecer um novo conjunto de dados e elaborar conclusões com base neles, elas fornecem um impulso para outros pesquisadores elaborarem conclusões concorrentes acerca do mesmo conjunto de dados, avançando, assim, o debate acadêmico.[60] Mas, visto que escrever um artigo sempre acarreta custos de oportunidade acadêmicos (o autor não pode despender tempo escrevendo um outro artigo), vale a pena observar que: (1) dados empíricos, mesmo quando se pode evitar a acusação de que eles podem não ser generalizáveis,[61] raramente apontam diretamente para uma única conclusão sobre direito contratual, e (2) que a pesquisa empírica será relativamente mais valiosa se o número de presunções – e especificamente de presunções empíricas – necessárias para sustentar a conexão entre os dados e o argumento for pequeno e não grande.

Consequentemente, pesquisadores de direito contratual considerando projetos empíricos são aconselhados a elaborar sua coleta e análise dos dados cuidadosamente, de forma que os resultados levem a conclusões positivas ou normativas sobre a doutrina contratual com a menor quantidade possível de passos analíticos intermediários. E, é claro, quando as conclusões do autor se sustentarem em uma ou mais presunções intermediárias, a boa conduta acadêmica requer que o autor claramente identifique essas pressuposições e sugira como elas podem ser testadas ou questionadas em trabalhos futuros

### 4.3 Dados empíricos inconclusivos

Um terceiro problema ao se conduzir pesquisas empíricas sobre temas jurídicos, incluindo sobre o direito contratual, é que os dados frequentemente não embasam ou refutam uma hipótese específica sobre o direito, seja ela normativa ou prescritiva. Vale dizer, não apenas é difícil elaborar conclusões acerca de fatos sem pressuposições intermediárias contestáveis, como também é difícil porque frequentemente os dados permanecem obscuros mesmo depois da investigação empírica. Há dois tipos de problema distintos aqui, aos quais eu me referirei como "indeterminância" e "contradição". O primeiro rótulo refere-se aos acasos em que uma parte ou o conjunto dos dados empíricos não apontam claramente para uma conclusão específica. O segundo rótulo refere-se aos casos nos quais, após a coleta de uma séries de dados pelo autor, uma parte desses dados aponta para uma conclusão, enquanto a outra parte enfraquece a primeira conclusão, ou aponta para uma direção diferente. Em ambos os casos, os autores podem elaborar argumentos plausíveis acerca do porquê, na média, os dados dão mais suporte a uma conclusão do que a outra, mas esses projetos empíricos normalmente terão um impacto menor no pensamento acadêmico do que teria um conjunto de dados que apontasse inequivocamente para uma única conclusão.

O problema de dados contraditórios é demonstrado pelo estudo de Kim (1997) sobre a percepção dos trabalhadores desempregados acerca do direito de rescisão do contrato de trabalho. Como descrito acima, a vasta maioria dos entrevistados acreditava que os empregadores não poderiam legalmente demitir os empregados por razões que são claramente permitidas, como para contratar um substituto mais barato ou porque o empregador não gosta do empregado (Kim, 1997, p. 133-134). A partir desses dados, e da presunção de que a informação completa sobre o direito é um requerimento da contratação eficiente, Kim argumenta que "justa causa" deveria ser a regra para a rescisão, de modo a forçar empregadores que querem o poder de demitir empregados "ao livre-arbítrio" a informar seus empregados sobre as consequências de aceitar uma cláusula empregatícia "ao livre-arbítrio do empregador" (Kim, 1997, p. 151-152).

O problema é que, por mais que o achado de pesquisa de que os trabalhadores acreditam que o direito os protege mais do que ele efetivamente protege dê

Easterbrook e Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, de 1991.

60 Para um bom exemplo disso, veja Craswell (2000), que conclui, a partir das observações empíricas de Keating, que os comerciantes frequentemente contratam em termos próximos ao do problema da 'battle of forms' através da negociação de um único 'acordo mestre' para governar todas as transações futuras com outras partes.

61 Veja item 4.1 acima.

suporte ao argumento normativo de Kim, uma outra parte dos seus dados enfraquece esse argumento: setenta e quatro por cento dos trabalhadores entrevistados que erroneamente acreditava que o direito oferecia uma proteção de "justa causa" contra a rescisão acreditavam que a demissão seria ilícita mesmo que o contrato de emprego estabelecesse que o empregador se "reserva o direito de demitir o empregado a qualquer tempo, por qualquer razão, com ou sem causa" (Kim, 1997, p. 139). Em outras palavras, sujeitos que acreditavam que a "justa causa" era o direito, também pensavam que a regra era cogente, ao invés de meramente um padrão dispositivo. A consequência natural disso parece ser que, mesmo se a regra para rescisão passasse a ser "justa causa", forçando os empregadores a incluir explicitamente uma cláusula "ao livre-arbítrio do empregador" em seus contratos de trabalho, de modo a contratar em padrões próximos a tal disposição, essa "informação" adicional não faria a maioria dos trabalhadores mais consciente da proteção limitada que o direito os oferece. Os próprios dados de Kim sugerem que mudar o padrão não serviria para o objetivo normativo dela, pelo menos não de um modo significativo.

Um problema mais simples de dados contraditórios é encontrado no estudo de Keating (1997) sobre contratantes comerciais. Keating descobre que muitos dos seus sujeitos não estabelecem seus contratos por escrito, mesmo cientes do *Statute of Frauds* (Keating, 1997, p. 109), dando assim suporte à tese de que o comportamento contratual não é muito sensível ao sistema normativo contratual. Por outro lado, ele também encontra muitos contratantes que "seguem uma firme política de formalizar todos os contratos de venda por escrito" (Keating, 1997, p. 109). O comportamento é sensível às normas de direito contratual ou não? A resposta mais precisa a essa questão pode ser "sim e não" ou "às vezes", mas essas respostas produzem um golpe menos poderoso do que produziria uma resposta mais definitiva, e, provavelmente, possuem um impacto correspondentemente menor para o desenvolvimento do pensamento acadêmico sobre a matéria.

O estudo de McChesney (1999) sobre a interferência indevida de terceiros na liberdade de contratar demonstra que o problema da incerteza frequentemente atormenta os estudos empíricos, reduzindo o poder das conclusões oferecidas pelo autor. McChesney cria um modelo de regressão para testar quais fatores permitem prever melhor quando os tribunais declararão os réus culpados. McChesney conclui que duas hipóteses explicam o conjunto de resultados do tribunal melhor do que as outras, mas em verdade, nenhuma das explicações é definitiva (McChesney, 1999, p. 182-184). O próprio autor reconhece que encontrar uma decisão de condenação "depende de vários fatores", e que a sua explicação preferida da teoria sobre a interferência indevida de terceiros na liberdade de contratar não é capaz de prever resultados em um grande número de casos (McChesney, 1999, p. 184-185). Essa qualificação necessária, é claro, não torna o estudo de McChesney inútil ou mesmo irrelevante. Entretanto, a incerteza do resultado limita a capacidade do artigo de revolucionar a forma como a comunidade acadêmica pensa a interferência de terceiros na liberdade de contratar, o que foi, presumidamente, o objetivo do autor quando ele começou a conduzir sua pesquisa.

Para um exemplo ainda mais simples, considere-se a proposta de Keating de testar a presunção que embasa a maior parte das pesquisas sobre o problema da *battle of forms* (Keating, 2000, p. 2703), segundo a qual ninguém lê as cláusulas padrão impressas nos contratos. Através de seu questionário com contratantes, Keating observou que alguns dos entrevistados acreditavam que seus parceiros contratuais raramente, ou nunca, liam as minutas, alguns acreditavam que os seus parceiros algumas vezes as liam, a maioria raramente ou nunca as liam, mas alguns as liam em algumas ocasiões, dependendo da situação (Keating, 2000, p. 2703-2704). A partir dos dados de Keating, deveriam os pesquisadores ou formuladores de políticas públicas concluir que o número de leituras de minutas é maior ou menor do que as crenças acadêmicas *ex ante*? Os dados sobre essa questão parecem completamente indeterminados, dificultando tentativas de elaborar qualquer conclusão.

Como no caso dos problemas referentes à capacidade de generalizante dos dados e do encaixe entre dados e conclusões, o risco de um projeto empírico produzir resultados inconclusivos – que, com frequência, são produzidos, em algum grau – não deve desencorajar os pesquisadores do direito contratual a se tornarem

pesquisadores empíricos, mas serve para esclarecer que os obstáculos à empiria devem ser sopesados face aos seus benefícios. Na maioria das ocasiões, um estudo que resulte em achados contraditórios ou incertos não será inútil – ele terá algum valor acadêmico ao definir hipóteses que podem ser testadas no futuro. Mas não há dúvida de que há uma relação inversa entre o nível de incerteza ou contradição em uma análise empírica e sua contribuição acadêmica. Ao contrário dos problemas referentes à capacidade generalizante e de encaixe, os quais são de certa forma inevitáveis na análise empírica do direito, o problema dos dados inconclusivos é um risco probabilístico que diminuirá o valor de alguns, mas não de todos os projetos empíricos.

## 5 Conclusão: uma oportunidade específica

Esse artigo tentou descrever tanto as possibilidades quanto os potenciais problemas de incorporar a pesquisa empírica ao estudo do direito contratual. Os itens 2 e 3 enfatizaram as possibilidades. O item 2 descreveu a surpreendente escassez de pesquisas empíricas em direito contratual, que se apresenta como uma importante oportunidade para que os pesquisadores ajudem a definir este campo emergente. Revisando a literatura existente, o item 3 ilustra a gama de diferentes fontes de dados disponíveis para os pesquisadores empíricos de direito contratual e as várias maneiras como eles podem ser usados em pesquisas relacionadas com a doutrina contratual. O item 4 enfoca os problemas inerentes à pesquisa empírica em direito contratual, sugerindo que mesmo a empiria metodologicamente sólida não é o "santo graal" que solucionará as questões difíceis de políticas públicas que dividem estudiosos, ao mesmo tempo em que argumenta existirem maneiras de os acadêmicos minimizarem esses problemas para maximizar a utilidade dos seus trabalhos.

Para os pesquisadores de direito contratual que escolheram assumir a causa da empiria, é sensato focar esforços em áreas de estudo que ofereçam as maiores probabilidades de fazer contribuições importantes para a literatura de direito contratual. Embora a quantidade limitada de trabalhos empíricos no campo do direito contratual indique que a gama de áreas em que o potencial de contribuição é amplo, eu concluo descrevendo uma área de investigação potencialmente frutífera, que tem sido quase completamente ignorada pela literatura existente e que é, portanto, uma matéria particularmente merecedora da agenda de pesquisa.

A pesquisa em direito contratual que utiliza dados empíricos para estudar o efeito das normas é direcionada, em geral, para investigar se o direito contratual afeta ou não o comportamento – ou seja, a questão de se os contratantes prestam atenção ao sistema jurídico de direito contratual quando organizam seus acordos. A questão lógica que, surpreendentemente, é pouco investigada em pesquisas empíricas é se regras contratuais específicas têm um efeito diferencial no comportamento privado maior do que regras alternativas.

Muitas pesquisas em direito têm explicado e justificado as regras jurídicas com base nos efeitos de incentivo que essas regras presumidamente têm sobre o comportamento privado. Como o pensamento econômico se tornou uma parte conscientemente integrante da análise jurídica, quase todos estudiosos do direito – mesmo aqueles que não são sequer próximos do direito e economia – pressupõem, sem pestanejar, que normas cogentes afetarão o comportamento das pessoas.[62] Entretanto, com muita frequência, essas pressuposições sobre fatos empíricos são afirmadas, reafirmadas e algumas vezes até mesmo desafiadas sem qualquer sustentação empírica. Como já discutido, dois estudos têm tentado testar a afirmação de que as normas não têm nenhum impacto no comportamento. Entretanto, nenhum estudo que eu conheça testou se, e em que grau, regras cogentes de direito contratual – incluindo tratativas para os contratos e escusas para o inadimplemento

62 "De fato, é tão amplamente conhecido e aceito que dificilmente vale a pena mencionar na academia jurídica moderna que o direito não existe em um vácuo; ao invés disso, ele tem efeitos reais no comportamento privado, e esses efeitos deveriam ser considerados e contabilizados quando fossem analisados regimes jurídicos alternativos" (Korobkin & Ulen, 2000, p. 1055).

da obrigação – afetam o comportamento privado. A possibilidade de caracterização de prática abusiva para afastar cláusulas excessivamente onerosas nas relações de crédito faz com que os comerciantes evitem vender a prazo para os pobres? A proibição legal de estabelecer contratualmente danos morais punitivos encoraja a quebra de contrato? A possibilidade de um contrato ser declarado nulo em caso de erro sobre o objeto encoraja as partes a deixarem de conferir minuciosamente as características dos bens colocados à venda?

Como o direito contratual varia pouco entre as diferentes jurisdições americanas, estudar o efeito dessas regras cogentes no comportamento é desafiador. A fim de avaliar o efeito comportamental atribuível a uma norma em particular, uma população de controle – com uma norma diferente – é necessária para fins de comparação. Todavia, esse desafio nem sempre é intransponível. Em algumas áreas do direito contratual, há diferenças consideráveis na jurisprudência de diferentes tribunais. O efeito comportamental do *Statute of Frauds* poderia ser estudado, por exemplo, através da comparação do comportamento contratual em tribunais de Estados como a Califórnia, conhecida por abrandar a regra da exigibilidade do contrato escrito quando existe manifesta confiança no acordo verbal,[63] com Estados que são mais reservados no que diz respeito às exceções à regra de exigibilidade do contrato escrito.[64] Em outras áreas do direito contratual, mudanças no direito ao longo do tempo podem permitir que se estude os efeitos das decisões por meio da comparação de comportamentos na mesma jurisdição antes e depois de um caso paradigmático, série de casos ou alteração legislativa. Por exemplo, os efeitos de se reconhecer determinada prática como abusiva na disposição dos comerciantes em fornecer crédito aos consumidores pobres poderiam ser estudados através da comparação entre o número de varejistas estabelecidos em vizinhanças pobres antes e depois da *"doctrine to cross-collateralization credit clauses"* (regra que proibia que bens já quitados fossem dados em garantia para novas dívidas com o mesmo credor) ter se tornado amplamente conhecida no caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture*.[65]

Estudar os efeitos das normas no comportamento contratual através da comparação entre decisões de diferentes tribunais ou diferentes períodos de tempo levanta uma variedade de problemas metodológicos. O mais proeminente deles é como retratar, entre as muitas outras variáveis, conhecidas ou não, aquelas que poderiam determinar diferenças nos comportamentos observados, além das mudanças no direito contratual. Mas, se essas dificuldades puderem ser superadas, a pesquisa empírica poderá aumentar significativamente nosso entendimento sobre o direito contratual, testando as inúmeras presunções sobre o efeito que diversas normas contratuais tem no comportamento humano.

63 Veja, por exemplo, o caso Monarco v. Lo Greco, 35 Cal. 2d 621 (1950) (encontrando uma ampla exceção de "confiança" no *Statute of Frauds).*

64 Veja, por exemplo, os casos: Josephs v. Pizza Hut of Am., 733 F. Supp. 222, 226 (W.D. Pa. 1989) ("a jurisprudência da Pensilvânia apresenta uma inclinação para burlar o *Statute of Frauds,* permitindo a recuperação total das perdas de uma parte apenas quando um acordo ou promessa foi obtido mediante fraude"); e Thomas v. Prewitt, 355 So. 2d 657, 661 (Miss. 1978) ("exceções à forma escrita do *Statute of Frauds,* não previstas em lei, não são vistas com bons olhos nesse Estado").

65 Williams v. Walker-Thomas Furniture, 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965), no qual se decidiu que uma cláusula de garantia cruzada de crédito seria inexecutável se identificada pelo Tribunal como abusiva (*unconscionable*). [Nota da revisora: o caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture* é muito usado por professores nos primeiros anos do ensino jurídico norte-americano. O caso relata a comum prática, até os anos 50 e 60, de que as compras de móveis feitas a crédito fossem contratadas com cláusula que previa a devolução de todos os bens vendidos, quer em outros contratos, quer em um único contrato, mesmo que já tivesse havido pagamento substancial dos valores e o valor da obrigação em mora fosse ínfimo. O precedente foi considerado inovador na época em que enunciado (no ano de 1965) porque reconheceu que cláusulas abusivas, ainda que livremente pactuadas, poderiam ser declaradas nulas.

## 6 Referências


Allen, D., & Lueck, D. (1992). Contract Choice in Modern Agriculture: Cash Rent Versus Cropshare. *Journal of Law & Economics,* v. 35, 397.

Ashenfelter, O. et al. (1995). Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes. *The Journal of Legal Studies,* 24, 257-281.

Ayres, I. (1991). Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations. *Harvard Law Review*, *104*, 817-872.

Ayres, I. (1992). Making a Difference: The Contractual Contributions of Easterbrook and Fischel. *The University of Chicago Law Review, 5*9, 1391-1420.

Blegvad, B. (1990). Commercial Relations, Contract, and Litigation in Denmark: A Discussion of Macaulay's Theories. *Law & Society Review, 24*, 397-412.

Bok, D. C. (1983). A Flawed System of Law Practice and Training. *Journal of Legal Education, 33*(4), 570-85.

Burke, J. J. A. (2000) Contract as Commodity: A Nonfiction Approach. *Seton Hall Legislative Journal, 24*, 285.

Carpenter, C. E. (1928). Interference with Contract Relations. *Harvard Law Review*., 41, 1928.

Coase, R.H. (1960). The Problem of Social Cost, *Journal of Law & Economics*, 3, 1.

Craswell, R. (2000). The Sound of One Form Battling: Comments on Daniel Keating's 'Exploring the Battle of the Forms in Action'. *Michigan Law Review,* 98, 2727.

Epstein, L., & King, G. Exchange: Empirical Research and the Goals of Legal Scholarship: The Rules of Inference. *University of Chicago Law Review*, *69*(1), 1.

Galanter, M. (2001). Contract in Court; or Almost Everything You May or May Not Want to Know About Contract Litigation, *Wisconsin Law Review, 2001*, 577-628.

George, T. E., & Guthrie, C. (1999). An Empirical Evaluation of Specialized Law Reviews, *Florida State University Law Review, 26,* 813-836.

Goldberg, V. P., & Erickson, J. R. (1987). Quantity and Price Adjustment in Long-Term Contracts: A Case Study of Petroleum Coke, *Journal of Law & Economics, 30*, 369.

Hagel, J. H., & Roth, A. E. (1995). *The Handbook of Experimental Economics*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Heise, M. (1999). The Importance of Being Empirical. *Pepperdine Law Review, 26,* 807-834.

Joskow, P. L. (1988). Price Adjustment in Long-Term Contracts: The Case of Coal. *Journal of Law & Economics, 31*, 47.

Kennedy, D. (1976). Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review*, *89*, 1685.

Korobkin, R. B. (2000). Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited. *Oregon Law Review*, *79(1),* 23-60.

Korobkin, R. B., & Ulen, T. (2000). Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review, 88,* 1051-1144.

Korobkin, R. B., & Guthrie, C. (1994). Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach. *Michigan Law Review, 93*(1), 107-192.

Lindgren, J. (1994). An Author's Manifesto, *University of Chicago Law Review*, *61,* 527.

Macaulay, S. (1963). Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. American Sociological Review, *28*(1), 55.

Mann, R. J. (1996). The First Shall Be Last: A Contextual Argument for Abandoning Temporal Rules of Lien Property, *Texas Law Review, 75*, 11-49.

Mann, R. J. (1997a). Explaining the Pattern of Secured Lending. *Harvard Law Review, 110*, 625.

Mann, R. J. (1997b). The Role of Secured Credit in Small Business Lending. *Georgetown Law Journal*, *86,* 1.

Mann, R. J. (1997c). Strategy and Force in the Liquidation of Secured Debt. *Michigan Law Review, 96,* 159.

Mann, R. J. (1999a). Secured Credit and Software Financing. *Cornell Law Review, 85,* 134.

Mann, R. J. (1999b). Verification Institutions in Financing Transactions. *Georgetown Law Journal, 87,* 2225.

Mann, R. J. (2000). The Role of Letters of Credit in Payment Transactions, *Michigan Law Review, 98*, 2494.

Nard, C. A. (1995). Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue Between the Academy and the Profession. *Wake Forest Law Review, 30*, 347-368.

Palay, T. M. (1984). Comparative Institutional Econo-

mics: The Governance of Rail Freight Contracting. *Journal of Legal Studies, 13,* 265.

Patterson, D. (2000). The Limits of Empiricism: What Facts Tell Us. *Michigan Law Review*, 98, 2738.

Posner, R. A. (1998). Against Constitutional Theory, *New York University Law Review*, *73*(1), 1-22.

Roth, A. E. (1995). Introduction to Experimental Economics. In J. H. Hagel & A. E. Roth (Eds.). *The Handbook of Experimental Economics* (pp. 17-43). Princeton, NJ: Princeton University Press.

Siegel, M. L. (1994). A Pragmatic Critique of Modern Evidence Scholarship. *Northwestern University Law Review, 88,* 995-1045.

Schuck, P. H. (1989). Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?. *Journal of Legal Education, 39*, 323

Wittman, D. (1988). Dispute Resolution, Bargaining, and the Selection of Cases for Trial: A Study of the Generation of Biased and Unbiased Data. *The Journal of Legal Studies, 17*(2), 313-352.

## 7 Apêndice de pesquisas

Artigos empíricos de direito contractual (1985–2000); A lista abaixo inclui artigos publicados em períodos jurídicos que explicitamente aplicam análises empíricas ao estudo da doutrina contratual:

Ayres, I. (1995). Further Evidence of Discrimination in New Car Negotia-tions and Estimates of Its Cause. *Michigan Law Review*, *94*, 109-147.

Baumer, D. & Marschall, P. (1992). Willful Breach of Contract for the Sale of Goods: Can the Bane of Business be an Economic Bonanza. *Temple Law Review*, *65*, 159.

Bernstein, L. (1996). Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, *144,* 1765-1821.

Bernstein, L. (1992). Opting Out of the Legal System: Extralegal Contrac-tual Relations in the Diamond Industry. *The Journal of Legal Studies, 21*(1), 115-157.

Burke, J. J. A. (2000). Contract as Commodity: A Nonfiction Approach. *Seton Hall Legislative Journal*, *24,* 285.

Carpenter, C. E. (1928). Interference with Contract Relations*. Harvard Law Review*, 41, 728.

Crystal, N. M. (1988). An Empirical View of Relational Contracts Un-der Article Two of the Uniform Commercial Code. *1988 Annual Survey of American Law, 293.*

Frank P. D. (1994). Unconscionability and Price Fairness. *Houston Law Review, 30*, 1819.

Farber, D. A., & Matheson, J. H. (1985). Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the "Invisible Handshake". *The University of Chicago Law Review, 52,* 903-947.

Hillman, R. A. (1998). Questioning the "New Consensus" on Promis-sory Estoppel: An Empirical and Theoretical Study. *Columbia Law Review*, *98*(3), 580-619.

Hillman, R. A. (1999). The Unfulfilled Promise of Promissory Estoppel in the Employment Setting. *Rutgers Law Journal, 31*, 1-27.

Johnston, J. S. (1996). The Statute of Frauds and Business Norms: A Testable Game-Theoretic Model. *University of Pennsylvania Law Review*, *144,* 1859-1912.

Kahan, M., & Klausner, M. (1992). Antitakeover Provisions in Bonds: Bondholder Protection of Management Entrenchment. *UCLA Law Review*, *40*, 931.

Kahan, M., & Klausner, M. (1997). Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or "The Economics of Boilerplate"). *Virginia Law Review*, 83(4), 713-770.

Keating, D. (2000). Exploring the Battle of the Forms in Action. *Michigan Law Review*, *98*(8), 2678-2715.

Keating, D. (1997). Measuring Sales Law Against Sales Practice: A Reality Check. *The Journal of Law and Commerce, 17,* 99.

Kim, P. (1997). Bargaining with Imperfect Information: A Study of Worker Perceptions of Legal Protection in an At-Will World. *Cornell Law Review, 83,* 105-160.

Korobkin, R. (1998a). Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Contracts. *Vanderbilt Law Review*, *51,* 1853-1651.

Korobkin, R. (1998b). The *Status* Quo Bias and Contract Default Rules. *Cornell Law Review, 83,* 608-687.

McChesney, F. (1999). Tortious Interference with Contract Versus "Efficient" Breach: Theory and Empirical Evidence. *The Journal of Legal Studies, 28*(1), 131-186.

Rice, W. E. (1998). Insurance Contracts and Judicial

Discord Over Whether Liability Insurers Must Defend Insureds' Allegedly Intentional and Immoral Conduct: A Historical and Empirical Review of Federal and State Courts' Declaratory Judgments—1900–1997. *The American University Law Review, 47*, 1131-1219.

Rice, W. E. (1992). Judicial Bias, the Insurance Industry, and Consumer Protection: An Empirical Analysis of State Supreme Courts' Bad-Faith, Breach--of-Contract, Breach-of-Covenant-of-Good-Faith and Excess-Judgment Decisions, 1900-1991. *The Catholic University Law Review, 41,* 325-382.

Schmedemann, D. A., & Parks, J. M. (1994). Contract Formation and Employee Handbooks: Legal, Psychological, and Empirical Analysis. *Wake Forest Law Review,* 29, 647-687.

Schwab, S. (1988). A Coasean Experiment on Contract Presumptions. *The Journal of Legal Studies, 17*(2), 237-268.

Verkerke, J. H. (1995). An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate. *Wisconsin Law Review,* 837-918.

Weintraub, R. J. (1992). A Survey of Contract Practice and Policy. *Wisconsin Law Review*, 1.

White, J.J. (1998). Promise Fulfilled and Principle Betrayed. *1988 Annual Survey of American Law*,7-48.

Whitmore, P. J. (1990). Empirical Study: A Statistical Analysis of Non-competition Clauses in Employment Contracts. *The Journal of Corporate Law*, *15*, 483.

# SOBRE DIREITO, CIÊNCIAS SOCIAIS E OS DESAFIOS DE NAVEGAR ENTRE ESSES MUNDOS: uma entrevista com Álvaro Pires // *Álvaro Penna Pires[1], Carmen Silvia Fullin[2], Ana Lucia Pastore Schritzmeyer[3], José Roberto Franco Xavier[4]*

Conhecido como um dos mais importantes pesquisadores da punição criminal contemporânea, Álvaro Pires teve ao longo das últimas três décadas uma produção acadêmica de suma relevância para aqueles que tentam compreender a racionalidade dos sistemas penais. Titular da Cátedra de Pesquisas do Canadá em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal e professor há mais de 30 anos do Departamento de Criminologia da *University of Ottawa*, Canadá, seus trabalhos são um exemplo notável de um olhar sociológico sobre o direito que leva a sério a complexidade desse objeto de pesquisa. Nesta entrevista, ele fala de sua trajetória acadêmica entre o direito e as ciências sociais e de como a questão da interdisciplinaridade é mais uma construção do pesquisador do que uma realidade já dada sobre a qual ele se apoia. Trata também de algumas questões epistemológicas importantes, como os limites da observação científica, a impossibilidade da pesquisa em mais de um quadro disciplinar e as dificuldades que a dicotomia realismo/construtivismo coloca para a pesquisa social. Comenta, por fim, as dificuldades teóricas da pesquisa em criminologia, ressaltando os problemas de uma crítica pré-construída.

1 Formado em direito pela pela antiga UEG (Universidade do Estado da Guanabara), mestre e doutor em criminologia pela Université de Montréal. Atualmente é professor do departamento de criminologia da University of Ottawa.
2 Formada em ciências sociais pela UNICAMP e em direito pela PUC-Campinas, mestre em sociologia pela USP e doutora em antropologia social pela USP. Atualmente é professora da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.
3 Formada em ciências sociais e em direito pela USP, mestre e doutora em antropologia social também pela USP. Atualmente é professora do departamento de antropologia da USP.
4 Formado em direito pela USP, mestre e doutor em criminologia pela University of Ottawa. Atualmente é professor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

# ON LAW, SOCIAL SCIENCES AND THE CHALLENGES TO NAVIGATE THESE TWO WORLDS: an interview with Alvaro Pires

// *Álvaro Penna Pires, Carmen Silvia Fullin, Ana Lucia Pastore Schritzmeyer, José Roberto Franco Xavier*

Known as one of the most important researchers of contemporary criminal punishment, his work is of the uttermost relevance for those who are interested in understanding the rationality of criminal systems. Professor Pires holds the Canada Research Chair in Legal Traditions and Penal Rationality and is a full professor at the Department of Criminology at the University of Ottawa. His works are a notable example of a sociological look at law committed to the complexities of this research object. In this interview, he talks about his academic trajectory between law and social sciences and how the question of interdisciplinarity is more of a construction on the part of the researcher than an actual given reality. In addition, it touches upon relevant epistemological questions, such as the limits of scientific observation, the impossibility of doing research in more than one disciplinary framework and the difficulties that the dichotomy realism/constructivism poses for social research. Finally, he comments on the theoretical difficulties of criminological research, highlighting the pitfalls of using a pre-constructed critique.

**José Roberto Xavier:** Agradecemos mais uma vez a gentileza de nos conceder esta entrevista. Tendo em vista que estamos no contexto de uma Revista de Estudos Empíricos em Direito, o meu interesse primordial nesta entrevista é na pesquisa que se ocupa do direito. O senhor tem formação inicial em direito, na antiga Universidade do Estado da Guanabara, e toda a pós-graduação em criminologia, num departamento de ciências sociais, na Universidade de Montreal. Sua pesquisa é conhecida por lançar mão de todo um aparato teórico da sociologia, mas com grande interesse por algumas categorias do direito penal. Diante disso, eu queria que o senhor nos contasse um pouco sobre sua trajetória acadêmica e sobre as dificuldades e virtudes de navegar entre o direito e as ciências sociais.

*Eu sou da geração dos anos 1960; 1968 foi meu primeiro ano de universidade, na faculdade de direito. Estávamos no Brasil, em um período absolutamente explosivo, e aquele ano foi particularmente marcado por grandes greves, manifestações e tudo. Naquela época, as faculdades de direito e medicina – e isso é curioso – estavam à frente das manifestações estudantis do Rio. Então nesse contexto comecei a minha formação em direito.*

*No começo, e isso é uma coisa muito estranha, estava indo na direção do direito comercial e do direito civil. Lembro que entrei num escritório de direito especializado em direito comercial. Eu até trabalhei no caso da falência do Jornal Correio da Manhã que era um jornal importantíssimo no Rio. No entanto, fui aluno informal do Roberto Lyra, que já estava aposentado, mas que animava na sua casa um pequeno grupo de estudantes que se interessavam pelo direito penal e pela criminologia. O Lyra me colocou em contato com o seu filho, Roberto Lyra Filho, que ensinava filosofia do direito na Universidade de Brasília. Pouco a pouco fui seguindo em direção ao direito penal.*

*Quando estava no terceiro ano de direito, comecei a me formar como "estudante livre" em sociologia na PUC do Rio. Me juntei a movimentos de esquerda católica liderados pelo padre João Batista Libânio. Ele se tornou rapidamente uma espécie de guia intelectual e existencial para mim e muitos outros amigos e amigas que faziam parte daquele grupo. O Lyra Filho já me havia introduzido à filosofia do direito; o Libânio me introduziu à filosofia e à teologia. Com esse grupo do Libânio, eu comecei a ter também uma fortíssima formação interdisciplinar, pois éramos jovens oriundos de várias disciplinas: ciências sociais, direito, filosofia, matemática, biologia, medicina, engenharia, psicologia, serviço sociais, ciências das religiões e teologia, etc.*

*Graças ao Libânio, pude também trabalhar com o professor Henrique Vaz, que naquela época era um expoente do conhecimento de Hegel na América Latina. Nessa ocasião fui aluno e me aproximei também do professor Pedro Demo, que havia feito o seu doutorado em sociologia na Alemanha. Com ele, fui introduzido à epistemologia das ciências sociais; aprendi um pouco de lógica e o "método dialético" em ciências sociais. Fui introduzido também aos trabalhos do físico e filósofo francês Gaston Bachelard, que acabou tendo um papel central na minha formação epistemológica.*

*Quando penso nisso tudo hoje, chego a não acreditar em todas as oportunidades que tive (e que soube aproveitar) para ter uma formação tão interdisciplinar e justamente durante um período de ditatura. Parece até uma contradição... Naquela época, nos movimentos estudantis, emergiam também algumas leituras extracurriculares que até pareciam leituras obrigatórias para todo mundo. Liamos, é claro, Marcuse e Ivan Illich, mas também, no marxismo, Henri Lefebvre, Althusser, Poulantzas, Garaudy, Erich Fromm, Ernst Bloch, Rosa Luxembourg etc. No pensamento estruturalista, líamos Lévi-Strauss, que estava na moda naquela época. Nessa fase no Brasil, li também os primeiros trabalhos de Foucault:* A Arqueologia do saber, O Nascimento da Clínica, A Verdade e as Formas Jurídicas *(este um texto chave para mim que durante muito tempo só existiu em português).*

*No entanto, eu continuava dentro do direito penal, muitas vezes acompanhado pelo professor Roberto Lyra Filho – com quem guardei, aliás, um contato epistolar durante muito tempo. Vim a conhecer também o professor Heleno Fragoso no Rio. Ficamos amigos e trocávamos ideias e trabalhos, algumas vezes até nos encontrando em colóquios.*

*Bom, daí houve razões para sair do Brasil. Uma delas foi uma razão política: uma infiltração no nosso grupo de uma menina que era do DOPS. Quando isso aconteceu, o Libânio me aconselhou a sair porque eu era o segundo no grupo, logo depois dele. Ele me falou: "eu sou mais intocável, mas acho melhor você ir se refrigerar um pouco do lado de fora". Então eu comecei a buscar bolsas de estudo fora do país. Passei num concurso na Alemanha e fui para uma formação em sociologia do direito por lá. Fiquei um ano e acabei saindo para o Canadá, onde fiz o meu mestrado e doutorado na Escola de Criminologia da Universidade de Montreal, que estava inserida na Faculdade de Ciências Sociais (e não na Faculdade de Direito). Eu nunca larguei completamente o estudo do direito. Pelo contrário, intensifiquei minha formação em teoria e filosofia do direito, embora após a pós-graduação tenha ficado claro para mim que eu tinha me transformado em um pesquisador de ciências sociais. Todo esse processo foi marcado pela contingência, pela sorte dos encontros com muita gente boa, e muita coisa aconteceu de maneira não planificada. As decisões foram se encadeando em função dos acontecimentos...*

**Carmen Silvia Fullin:** E a passagem pela Alemanha?

*Acho que a passagem pela Alemanha teve uma influência, mas não sei descrever exatamente como, pois só fiquei um ano. É claro, fui levado a aprender o alemão, e isso vai ter por si só a sua importância. Tinha muito interesse também em me encontrar por lá com o Alessandro Baratta, mas esse encontro acabou não acontecendo naquele momento.*

*Eu tinha tomado conhecimento da existência do Baratta e havia me interessado em ler os seus trabalho. Para mim, Baratta representava (e ainda representa) a melhor reflexão marxista que já houve no campo da criminologia. O* New Criminology*, de Tayor, Young et Walton, publicado na Inglaterra em 1973, constituía na época uma excelente crítica do saber criminológico anterior, mas no que toca à aplicação do marxismo, o livro era muito pobre. Temos que reconhecer que não era tampouco o seu tema. Mas Baratta desenvolveu uma posição muito mais fina com relação à contribuição do interacionismo simbólico e da perspectiva da etiquetagem que esses autores.*

*Por um capricho do destino (e uma sorte incrível), virei aluno do Baratta no Canadá, quando ele veio ser professor visitante e eu estava começando o doutorado. Naquela época, a Universidade de Montreal, em criminologia, estava com uma abertura intelectual enorme, convidando muitos professores estrangeiros na vanguarda da disciplina. Para dar uma ideia muito rápida, nesses anos eu fui aluno de professores como Louk Hulsman, Christian Debuyst, um dos raros psicólogos críticos em criminologia nessa época, Philippe Robert, Claude Faugeron que trabalhava com o Philippe no CESDIP na França, e o próprio Lode Van Outrive. Na Universidade de Montreal, fiz o meu mestrado com um professor de origem espanhola, José Maria Rico, e o doutorado com Pierre Landreville que me introduziu ao problema das prisões, à questão dos direitos dos presos (ele foi um dos percursores desse movimento no Québec) e a grupos e associações de ex-prisioneiros. Fui aluno em Montreal, de uma das primeiras professoras feministas em criminologia, Marie-Andrée Bertrand. Ela havia participado do evento do fechamento da escola de criminologia em Berkeley por causa do nascimento da criminologia radical, era amiga do Anthony Platt, que eu conheci mais tarde, e começou a fazer logo parte de uma espécie rara de feministas em matéria penal: daquelas poucas que não eram repressivas quando tratavam de temas como prostituição, violência contra as mulheres, etc. Na época, Carol Smart (Inglaterra) e Dorothy Klein (Estados Unidos) faziam parte dessas exceções e eu aprendi o feminismo com elas. A minha esposa, Colette Parent, também professora de criminologia na Universidade de Ottawa, passou pela Universidade de Montréal naquela época e se tornou uma criminóloga feminista seguindo essa mesma orientação. Bem, aí fiquei com o feminismo dentro de casa, mas numa perspectiva que ainda hoje é "peixe raro" no nosso campo.*

*Além disso, durante todo o meu mestrado mantive trocas epistolares com o Roberto Lyra Filho. Eu lhe enviei a minha tese de mestrado que ele adorou e também outros trabalhos de curso. Ele recebia, lia e mandava comentários. Uma dessas trocas foi até muito divertida e deu bastante "pano pra manga", no sentido de ter dado todos os elemen-*

*tos para uma viva discussão intelectual entre nós sobre a criminologia crítica, sempre com esse pano de fundo de uma grande e sólida amizade, mas no plano intelectual, a troca de argumentos era feita sem concessão. O ponto de partida foi justamente um paper escrito para o seminário do Baratta (em 1978) com o título* "La criminologie à la recherche de son objet: dualisme vs monisme critiques". *O Roberto não se conformou com esse trabalho e chegou a publicar uma longa carta que me escreveu (e que quis que ficasse completamente anônima, embora eu o tivesse autorizado a me nomear). A carta saiu com o título "Carta aberta a um jovem criminólogo". Essa carta foi muito interessante e eu fiz também uma longa resposta, mas como ficou decidido em favor do anonimato, nem me lembro mais o porquê exatamente, a resposta nunca foi publicada. Claro, mais de 30 anos depois, não me lembro de grande coisa. Só me lembro que achei que ele não havia percebido bem a minha hipótese central naquele* paper. *Lembro-me também que fiz uma crítica à criminologia marxista alemã, excluindo o Baratta, e que tratei da "invenção do crime", nos termos do Foucault em* A Verdade e as Formas Jurídicas. *O Roberto que era mais ligado à formação dialética hegeliana, me disse: "não Álvaro, está muito cedo para tirar essa conclusão!". Me deu um esculacho histórico nessa carta, mas nada disso nunca abalou nossa amizade. Dois planos diferentes. E eu respondia e ele aceitava também a discussão. Aprendi muito com ele.*

*Então com Roberto Lyra, com Fragoso, eu continuei a tratar de direito penal, a ler direito penal. Foucault talvez também tenha me influenciado sobre isso, porque ele trabalhava sobre "sistemas de pensamento" e sempre tomava conhecimento da maneira de pensar do sistema sobre o qual ele estava trabalhando mais especificamente: a medicina, a psiquiatria (no caso da loucura), etc. Achei então sempre importante conhecer as ideias do sistema social sobre o qual você está trabalhando, e nisso a pouca experiência profissional que tive em direito ajudou também. Eu fiquei, então, nessa intersecção entre o direito penal e a sociologia. É como se eu tivesse duas camisas. Quando eu falava com o pessoal do direito, eles viam que eu conhecia o direito – eu podia não conhecer uma ou outra técnica com qualidade, mas estava perfeitamente claro que eu conhecia a maneira de pensar. Por outro lado, quando eu estava em sociologia, como eu tinha tido também uma formação muito grande em sociologia – inclusive chegando ao Canadá fui assistente de Guy Rocher, um grande sociólogo canadanense, muito conhecido internacionalmente e com livros publicados no Brasil –, eu estava com o conhecimento dentro da sociologia.*

**JRX:** Não houve nenhum estranhamento nessa sua saída do direito para uma faculdade de ciências sociais?

*Não, não tive estranhamento, talvez por causa dessa história toda de interdisciplinaridade. E eu já tinha começado no Brasil cursos de sociologia na PUC.*

*Mas lembro-me que o Pedro Demo me disse quando leu meus primeiros trabalhos que eu ainda "escrevia como um jurista" e que tinha que aprender agora a "escrever como um sociólogo". Algo assim, mas eu entendi o recado. Sobre isso, é claro, eu tive que me adaptar e adquirir outra maneira de me posicionar e de escrever. Comecei a prestar atenção na maneira pela qual os sociólogos e os filósofos escreviam e fiz até um caderno de expressões para me habituar. Quando terminava de escrever um texto, relia o meu caderno para encontrar outras maneiras de formular melhor uma ideia e retocava o meu texto. Muito trabalho, mas eu queria me livrar do estilo jurídico que consiste em escrever para apresentar e defender uma tese sem submetê-la a um exame crítico. Por outro lado, como bacharel em direito, eu tinha aprendido a olhar os detalhes e a buscar a dar um sentido mais preciso às frases, e isso me ajudou em sociologia. O filósofo também faz isso, mas percebi que muito sociólogo usa termos que são importantes para ele sem se preocupar em precisar o sentido.*

*Fora esse esforço, a passagem foi feita suavemente, sem que eu percebesse muito ou tivesse clara consciência do que estava se passando. E é claro que isso não significa que eu tivesse um conhecimento igualmente profundo em cada disciplina que lia. Isso não. Mas em sociologia e nas questões do direito penal nas quais fui me especializando, o problema das penas e das tentativas de reforma do direito penal no Ocidente, aí sim eu tinha um conhecimento cada vez*

*mais avançado. Como disse, em direito penal eu fiz algumas especializações. Por exemplo, eu abandonei um pouco a teoria do ilícito para me concentrar sobre as teorias da pena que me pareciam cada vez mais importantes para compreender a dificuldade de evolução do sistema de direito criminal. Sobre a teoria do ilícito, lia de vez em quando um bom livro ou tese de doutorado sobre o tema. A mesma coisa sobre processo penal. A punição foi um dos temas centrais da minha carreira acadêmica, como vocês sabem. A minha própria evolução intelectual na longa duração não foi planejada. Foi acontecendo.*

**Ana Lucia Pastore Schritzmeyer:** Por mais que haja vários profissionais hoje na intersecção entre direito e ciências sociais, parece-me que ela é algo a ser construído também por cada pesquisador nas suas aventuras em terrenos desconhecidos. Por mais que haja disciplinas interdisciplinares – antropologia do direito, sociologia do direito, etc. – creio que uma boa formação interdisciplinar continua sendo uma construção do intelectual. Parece-me que o senhor mais construiu a sua interdisciplinaridade do que se valeu do que já estava construído...

*Acredito que essas expressões não indicam* a priori *interdisciplinaridade, mas sobretudo "sub-campos", "temas" ou "objetos" (para usar a linguagem tradicional) de uma disciplina. Às vezes até a maneira de abordar um tema, mas não necessariamente a disciplina. Isso é até intrigante. Por exemplo, o Renato Treves, entre outros depois dele, assinalou que podemos encontrar uma sociologia do direito feita por sociólogos, que não conhecem muito o que os juristas escrevem sobre o direito, e também uma sociologia do direito escrita por juristas com conhecimentos sociológicos insuficientes. Isso não significa que o que cada grupo escreve não tenha interesse ou que esteja necessariamente errado, mas simplesmente que o termo "sociologia do direito" varia e que o termo "interdisciplinaridade" se aplica mal nesses dois casos. Luhmann disse também em duas ocasiões (mas com um sentido um pouco diferente) que havia duas sociologias do direito: uma sociologia do direito com o direito (ele entrava nessa categoria) e uma sociologia do direito sem o direito. Nesse caso, o Luhmann estava se referindo a duas maneiras de tratar o direito dentro da sociologia, enquanto que o Treves estava distinguindo a "sociologia do direito" feita pelos sociólogos daquela feita pelos juristas.*

*Uma outra coisa. Estou de acordo com essa ideia que é o próprio acadêmico que constrói a interdisciplinaridade. Mas você sabe que "interdisciplinaridade" é um* medium *que pode tomar várias formas. Eu vejo rapidamente três formas que são reiteradas frequentemente.*

*A primeira, como você disse há pouco, pode designar algumas "disciplinas de encruzilhada" – nesse caso vou dar o exemplo mais claro da criminologia. O termo se refere aqui a um circuito comunicacional específico, que se formou em torno de um tema. Nesse circuito participam operadores vindo de diversas disciplinas ou horizontes, mas pressupõe-se que todos conheçam ao menos o mínimo do que as diversas disciplinas dizem, mesmo quando esse conhecimento chega perto de ser caricatural. Esse circuito regula as comunicações em função de certas regras. Por exemplo, quem se comunica nesse circuito ganha pontos quando não é completamente ignorante sobre o que outras disciplinas falam sobre o mesmo tema; quando pode dizer como elas observam o que se passa nesse campo, etc. Nesse circuito, não é permitido se subtrair completamente aos outros saberes e ficar exclusivamente na sua disciplina, não tanto do ponto de vista do que você escreve, mas do ponto de vista do que você conhece e que pode se prevenir ou se diferenciar quando escreve. O observador que não adere a essas regras aparece mal no circuito ou como um* outsider *que pode até ter feito uma contribuição fundamental, mas sobre quem vai ser dito, dentro do circuito, que "ele ou ela é só socióloga (só isso ou aquilo)", "não é um criminólogo", etc.*

*O segundo sentido de interdisciplinaridade se refere a uma equipe de pesquisadores oriundos de diferentes disciplinas que trabalham juntos numa mesma pesquisa ou sobre um mesmo tema, partilhando os conhecimentos que cada um possui. Esses livros sobre a história dos saberes sobre o crime e a pena que escrevi com Christian Debuyst (psicólogo e jurista) e Françoise Digneffe (filosofia e sociologia) é fruto de um trabalho interdisciplinar*

*(também) nesse sentido.*[5] *Note que alguns ou todos os participantes podem já possuir uma cultura interdisciplinar própria a cada um deles. Quando digo cultura própria, estou querendo dizer que são divergentes do ponto de vista de cada particular implicado na equipe: o meu conhecimento do direito vai ser diferente do conhecimento de direito do Christian que também estudou direito além da psicologia, sua disciplina de base.*

*O terceiro sentido de interdisciplinaridade é esse que você está buscando acentuar: ele se refere a interdisciplinaridade (ou não) de cada observador em particular. Alguns observadores possuem uma cultura interdisciplinar extraordinária, por exemplo, Foucault e Luhmann, que vocês conhecem bem. Umberto Eco é outro exemplo. Isso não significa que eles comunicam em várias disciplinas ao mesmo tempo. Nem Luhmann nem Foucault comunicavam como psicólogos ou como historiadores, mas conheciam e podiam utilizar de alguma maneira a psicologia e a história no que escreviam. Alguns podem até ter desenvolvido a capacidade de mudar de papel: escrever às vezes como sociólogo e outras como jurista, mas isso não é nem fácil nem frequente. O que eu faço às vezes é mudar o meu universo de referência. Quando estou falando ou escrevendo sobretudo para um público de juristas (ou de sociólogos), eu adapto as minhas referências literárias, as minhas conexões de conhecimento, esclareço mais certas coisas para esse ou aquele público, etc. Mas perdi a habilidade de escrever como jurista no sentido próprio e não sinto que tenho mais o direito de me apresentar como "jurista". Se já tive isso, perdi. Só escrevo como sociólogo. Lembro-me uma vez de um comentário que um estudante de direito colombiano me fez quando dei uma conferência numa faculdade de direito em Bogotá. Ele me disse: "professor, é um tanto estranho, quando o escutamos percebemos bem que o senhor conhece o direito e a nossa maneira de pensar, mas percebemos também que o senhor não é jurista, que o senhor não fala como nós do direito". Achei deliciosa e muito instrutiva essa intervenção desse estudante. Levou-me a tomar consciência do que havia acontecido comigo.*

**ALPS:** O senhor mais construiu a interdisciplinaridade do que se valeu do que já estava construído...

*Sim, sim. Exatamente. Nesse terceiro sentido é isso que acontece. Mas fui também confrontado com uma interdisciplinaridade fora de mim e até mesmo nos outros. Por exemplo, comecei a valorizar o conhecimento indisciplinar que eu observava em outros autores. Também trabalhei num circuito de comunicação interdisciplinar: a criminologia. E trabalhei em equipes de pesquisa ou grupos de estudo interdisciplinar. Eu não posso dar o peso exato de todas essas coisas. É claro que o que se passa dentro do nosso sistema psíquico é sempre interno, não tem jeito de escapar disso. Mas isso não significa que ele seja transparente para nós mesmos. Se fosse o caso, a psicanálise pelo menos nunca teria existido. Além disso, há uma forma de interdependência e de autossocialização com as nossas experiências e com o nosso ambiente. Isso significa que a interdisciplinaridade que já está formada na comunicação conta muito para que eu me torne, dentro de mim, interdisciplinar! É claro, eu posso ficar indiferente a essa interdisciplinaridade externa ou posso assumi-la à minha maneira.*

**ALPS:** Há aí então um lado criativo importante...

*Criativo, sim, pois estamos sempre selecionando o que nos aparece no horizonte. Captamos apenas uma parte do que nos é dado, do que se encontra disponível nas comunicações das quais participamos (ao menos no sentido de ser o leitor ou o ouvinte, isto é, aquele sistema psíquico que compreendeu algo, bem ou mal, do que foi dito ou escrito). Eu sempre digo aos meus estudantes, e vocês já escutaram isso várias vezes, que ler fora da disciplina e fora do campo de especialização aumenta a probabilidade da criatividade, da qualidade do produto que fabricamos, e também a probabilidade de sair das "caixas arrumadinhas" ou dos "quadros usuais de análise", para falar como Goffman, que toda prática profissional ou acadêmica produz. Isso ocorre, entre outras coisas, porque onde estamos é sempre um terreno muito batido ou po-*

5 Debuyst, C.; Digneffe, F.; Pires, A. P.; Labadie, J. M. (2008). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine* (3 vols). Bruxelles, Belgique: Larcier. 2008

*liciado por nós mesmos, o que faz com que criemos hábitos de ver e de refletir. Quando você sai e troca de ares, é como se estivesse fazendo uma viagem para ver outra coisa. Tem que ser essa a atitude, o espírito. Aí, você pode voltar para o teu terreno com algo novo na mão, para continuar com essa metáfora. E você pode até ficar mais rapidamente criativo do que ficaria se só ficasse cavando do lado de dentro. Você volta com ideias novas que estão aparecendo do lado de fora mas que ainda não estão dentro do terreno onde você trabalha.*

**JRX:** E, em que pese a interdisciplinaridade e a sua sólida formação em direito, seu ponto de observação é o da sociologia...

*Sim. É curioso, é como se eu pudesse ser, ou pudesse ter sido, mas não sou (mais) jurista. Nossa "cultura" numa disciplina é insuficiente para nos transformar num operador dessa disciplina. A maneira de comunicar não é a mesma, nem mesmo quando eu faço o maior dos esforços diante de um público jurista que frequento muito e gosto muito. Na verdade, eu não faço esforço para ser jurista; eu faço esforço para ser compreendido pelos juristas, para compreendê-los também, e para contribuir com uma reconstrução do direito criminal.*

*Mas, por outro lado, estou também convencido de que só esse jurista ou operador do direito (promotor, juiz, advogado) que talvez me escute pode realmente transformar o direito escrevendo e decidindo como jurista. Eu, de fora, não posso fazer isso. É o limite da minha contribuição. Eu tenho que me encadear nele ou ele tem que se conectar de uma maneira ou de outra comigo, quero dizer, com a comunicação na qual participo. Mas só ele ou ela pode realmente reconstruir o direito. Isso não se faz de fora. É o que nos ensina pelo menos a teoria dos sistemas de Luhmann e também Foucault.*

*Observe isso: sou pesquisador, operador do sistema ciência, e sou professor, operador em parte no sistema de educação, mas não sou pedagogo. Quando estou refletindo sobre o programa universitário onde trabalho, o tema central não é a ciência, mas a educação. Entretanto, as minhas observações como operador desse programa de educação não são uma reflexão como ela seria feita por um pedagogo. Ela é mais elementar, de base, como qualquer operador que não desenvolve uma reflexão elaborada sobre o sistema onde trabalha, sobre o quadro de análise onde está inserido.*

*É essa a diferença que existe, num sentido inverso, entre o meu papel, de pesquisador dos quadros onde o direito criminal está inscrito, e o dos juízes, promotores e advogados que estão operando dentro e, por assim dizer, na base desse sistema. Quando eles refletem, eles podem fazer duas coisa. Frequentemente eles vão fazer o que eu faço como professor: vão refletir a partir da experiência sobre o que estão fazendo, a partir da experiência que têm. Note que eu já não posso fazer isso em relação ao direito, não do mesmo jeito, não com uma experiência operacional semelhante. Para levar em conta isso, tenho que aprender com eles.*

*É claro, se os juristas reservarem tempo e energia para isso, eles podem também, em graus diversos, refletir sobre o quadro de análise do sistema onde estão. Nesse caso, eles se aproximam de mim, talvez não fazendo pesquisas, mas lendo pesquisas e teorias e fazendo uma reflexão orientada na mesma direção. Alguns fazem efetivamente isso, o que é excelente, inclusive para a qualidade do trabalho profissional deles. Mas note que, nesse ponto, eu estou em posição mais confortável: posso refletir sobre o quadro no qual eles operam mais facilmente do que eles, por ter mais tempo e mais recursos materiais. Emotivamente, eu também estou mais livre ou menos potencialmente ameaçado pelo que vou pensar. É isso que queremos dizer em metodologia quando recomendamos tomar uma certa distancia do seu tema. Trata-se de fazer um esforço para não se sentir obrigado a pensá-lo já numa forma condicionada, bem enquadrada e obter uma espécie de liberdade emotiva para não decidir mentalmente muito rapidamente o que está certo ou errado.*

*O sociólogo alemão Simmel falava nessa necessidade de guardar um "elemento frio" para tratar do nosso tema. É a contribuição que posso fazer para eles, como os pedagogos fazem para mim quando eu sigo seus cursos de formação ou leio os seus*

*trabalhos. De todo modo, só esse operadores e os juristas, acredito eu, poderão mudar o sistema. Até os políticos terão que aprender com os juristas uma nova visão do direito criminal, caso os juristas se lancem nesse projeto de reconstruir o direito criminal no que toca às penas.*

*O problema hoje é que tantos os juristas criminalistas como os políticos utilizam, cada um do jeito deles, as mesmas teorias da pena que obstaculizam uma evolução de patamar do sistema. Aí, a inovação fica muito difícil e a acabamos por repetir erros que são ultraconhecidos, como aumentar as penas para valorizar as normas de comportamento. Ou seja, cada vez mais da mesma coisa que não funciona ou que cria uma ilusão fundada numa autossatisfação e que termina por atropelar radicalmente os valores que o próprio sistema quer valorizar. Um paradoxo. Para mostrar que a "vida" é um valor a ser protegido, você condena à morte ou a 20 anos de prisão. Isto é, uma "morte social a fogo lento", como disse de maneira crítica o jurista e historiador italiano Italo Mereu.*[6]

**JRX:** Como disse, a sua produção é sociológica, mas muito carregada com as categorias do direito. Você faz aquilo que, invocando novamente Luhmann, podemos chamar de uma sociologia do direito com o direito. Quais são as vantagens desse ponto de observação e quais são os pontos cegos? O que isso dá como formação para observar o direito e o que isso esconde?

*É gozado, acho que quando nós temos uma formação interdisciplinar, vivemos num paradoxo: nunca saímos de uma disciplina, nunca conseguimos escrever em duas disciplinas ao mesmo tempo. Quando escrevemos sempre estamos dentro de uma disciplina. Então, do ponto de vista do observador, o que eu vejo como interdisciplinaridade é uma abertura ao conhecimento que está fora do que normalmente o seu campo produz e reproduz, e isso é uma parte do pensamento criativo. Quando conseguimos adquirir esse conhecimento, é uma espécie de paradoxo: conseguimos criar de maneira diferente do nosso campo. Quando estamos só no nosso campo a probabilidade de repetição das coisas é muito maior do que a possibilidade de introduzir rapidamente algum conhecimento novo, uma maneira nova de observar e de refletir. Introduzir significa sempre adotar, mas adaptando, transformando. Então hoje eu me vejo mais como um sociólogo que está escrevendo sobre o direito. Eu teria vergonha de me apresentar como jurista, porque para ser um jurista me faltam alguns conhecimentos que não tenho mais e não poderia mais pretender ter. Então, se eu estou com um problema que preciso compreender melhor tecnicamente de forma jurídica, aí tenho que realmente consultar meus colegas juristas para isso.*

*A questão sobre o ponto cego é um pouco mais complexa. É impossível escapar disso. Hoje, epistemologicamente, a condição para se ver alguma coisa é ficar cego em relação a outras. Paradoxo: é graças aos pontos cegos que podemos ver. Se eu quero ver a obra de arte que está diante de mim não posso ver (ao mesmo tempo) a obra de arte que ficou nas minhas costas. Não é absolutamente possível ver tudo ao mesmo tempo e não é possível nem mesmo remediar todos os pontos cegos*

*Uma primeira constatação: a noção de ponto cego não é inteiramente negativa. Ela não indica apenas o que está faltando. Ela é também positiva: graças a ela, podemos ver algo. Às vezes, até ver melhor.*

*Segunda constatação: nunca podemos ver tudo, nem mesmo com a ajuda do tempo. Temos que renunciar a essa ambição. O exemplo da obra de arte não é bom para visualizar isso. Pelo contrário, ele pode dar a ilusão de que basta virar o rosto para o outro lado para eliminar o ponto cego. Para os problemas complexos de sociedade, a história é outra. Você pode virar de um lado para o outro até ficar tonto que nunca vai ver tudo, nem mesmo tudo o que você gostaria de ver sobre um tema no qual trabalha há 40 anos! Então um dos problemas das ciências sociais é que sempre reconhecemos que toda visão é parcial, mas sempre almejamos resolver esse problema pensando que seria possível contorná-lo lendo os outros, fazendo pesquisas etc. Enfim, acreditava-se que em algum momento chegaríamos a ter uma visão da totalidade. Isso,*

6 Mereu, I. (2005). *A morte como pena – ensaios sobre a violência legal*. São Paulo: Martins Fontes.

*do ponto de vista da nova teoria da observação em ciências (naturais e humanas), é um mito. Teríamos muito a ganhar se o eliminássemos. Dizer que alguém tem um ponto cego não é em si mesmo uma crítica; é mais uma descrição empírica bem banal. Ganhamos se virmos isso de forma autológica, isto é, aplicando o conceito a nós mesmos e não apenas aos outros.*

*Dessa forma, e aqui uma terceira constatação, o problema se modifica. O problema não é ter ou não ter um ponto cego, pois isso todos temos, e é até necessário ter para ver (talvez melhor) algumas coisas. O problema é encontrar o ponto cego que* ***temos mas não gostaríamos de ter*** *para fazer melhor alguma coisa ou para refletir melhor sobre algum tema que nos interessa. Isto é, temos que buscar (ou estar pronto para aceitar) o* ***ponto cego pertinente*** *para o problema em pauta. Quando temos um ponto cego que é importante para nós mesmos, aí gostaríamos de poder nos livrar dele. Mas isso continua não dando acesso à totalidade e não elimina o problema da "verdade". Então é a pertinência do ponto cego* ***para com o que você está fazendo*** *que se torna interessante e importante eventualmente de superar.*

*Mas, repito: isso não significa que podemos ver tudo e que não existam outros pontos cegos pertinentes ainda não identificados ou descobertos. É por isso que o ponto cego é um ponto cego. Como disse Von Foerster,*[7] *o ponto cego acontece quando não vemos e também* ***quando não vemos que não vemos****. Aí, estou de fato cego. Se já vi que não vi tal coisa, já não é mais ponto cego. Posso ignorá-lo, não querer tratá-lo porque ele me incomoda, posso até buscar escondê-lo dos outros. Mas aí ele já não é mais um ponto cego. É essa a definição que eu mais gosto: o ponto cego é aquilo que você não vê e que você não vê que não vê – e eu acrescentaria: e que é sobretudo pertinente para você mesmo. Von Foerster diz mesmo que o ponto cego é aquele que* "não é de todo percebido, nem como algo de presente nem como algo de ausente"*. O que nós observamos, observamos sem lacunas, sem manchas. Tudo parece ter sido visto, pelo menos tudo de pertinente para o que vemos. Por isso é que é difícil encontrar o erro.*

*Então, e isso seria uma quarta constatação, essa noção do ponto cego faz com que fique muito difícil eu responder a sua pergunta, porque o meu verdadeiro ponto cego eu ainda não vi para poder falar dele. Se tivesse visto, já não seria ponto cego. Foi, talvez, mas no passado. O que eu posso, no máximo, dizer é o que eu ainda quero investigar, o que eu sei que não sei, o que eu acho que está faltando, as dúvidas que já estão presentes como dúvidas etc. Mas o erro desconhecido ou o ponto cego pertinente para mim, esses ainda estão ignorados, estão embutidos e não identificados na minha ilusão de verdade (para falar um pouco nos termos do Foucault), no que eu vejo como verdade. São verdadeiros OVNIs circulando nas minhas comunicações. Mesmo uma melhor maneira de ver pertinente para mim, mas que ainda não descobri, faz parte dos meus pontos cegos. É por isso que ser dogmático, no sentido de não querer aprender por motivos políticos ou outros, é cegar-se a si mesmo. Dizendo melhor: é querer conservar a cegueira acreditando que isso é útil para salvar o mundo. É alimentar as próprias ilusões. O preço disso é elevado. Então, sobre os meus pontos cegos, eu não posso dizer nada de inteligente, salvo ficar modesto. Paradoxalmente, você está em melhor posição e talvez mais habilitado do que eu para responder a isso.*

*Quando eu escuto esse tipo de crítica, "o senhor (ou tal observador) não viu isso" ou, pior ainda, "não viu tudo", eu fico meio ansioso querendo ver o que vai ser indicado ou dito em seguida. O fato de não ter visto algo pode até ter sido bom para mim. Evitei derrapar ou desviar a minha atenção do que estava buscando descobrir ou elucidar. Nesse caso, vou dar graças a Deus por não ter visto aquilo ou não ter visto daquele jeito. Teria errado (na minha perspectiva) ou perdido de vista exatamente o que estava querendo mostrar.*

*A partir do momento que eu tomo consciência disso, já não posso criticar o trabalho dos outros da mesma maneira. Não basta dizer "o senhor ou a*

7 Von Foerster, H. (1994) "A construção de uma realidade." In P. Watzlawick. *A realidade inventada: como sabemos o que cremos saber?* São Paulo: PSY II.

*senhora não viu isso ou aquilo". É preciso mostrar que, não vendo isso ou aquilo, algo de pertinente e de importante para aquele observador ou para o seu tema ficou perdido. Preciso mostrar também que ele poderia ter considerado aquilo sem prejudicar o que está mostrando, se o que ele está mostrando tem valor segundo a nossa apreciação. Contribui efetivamente para uma melhor compreensão do tema? Se descubro com a ajuda de uma crítica que eu perdi de vista algo importante, ou que errei, aí eu posso readaptar a minha maneira de observar, rever ou abandonar um caminho que tinha pego para tomar outro. O efeito pertinente negativo daquele ponto cego se esvanece, mas sem que eu nunca possa dizer que não tem um outro ponto cego pertinente em algum lugar. Agora, pontos cegos genéricos do tipo "não entrar em tal tema" ou "não tratar disso ou daquilo" vão sempre existir, mas não é bem aí que está o problema. Se estiver, a razão tem que ser apresentada e discutida, examinada mais de perto.*

*Então, eu mesmo quando estou construindo uma teoria sobre certos problemas, não posso introduzir* ***todos*** *os elementos possíveis e imagináveis de explicação. Impossível. Sou obrigado a selecionar e é bom que a seleção seja feita da melhor forma possível. A teoria que não seleciona não é teoria, é caos. E a compreensão fica, também, caótica. É por isso que acho importante, na medida do possível, balizarmos de vez em quando o nosso percurso e as nossas principais seleções: "olha, estou fazendo isso por causa dessa maneira de ver", "estou deixando de lado tal e tal tipo de explicação por essa e essa razão", etc. É claro que quando escrevemos um texto, nunca conseguimos fazer isso integralmente. Usualmente os textos são curtos, de forma que muitas vezes não conseguimos entrar nessas questões. As "informações" que colocamos numa mensagem são sempre uma seleção dentro de um corpo muito maior de informações disponíveis sobre o tema em pauta. Consequência: quando um texto nosso aparece e alguém que leu esse texto faz uma crítica dizendo que você não considerou "x", na verdade ele nunca pode estar absolutamente certo disso (a menos que você o tenha dito). No texto, pode até parecer efetivamente como um ponto cego, mas pode ser para o autor do texto uma seleção muito bem refletida (o que não significa que não esteja errada). Na perspectiva do crítico, ele tem razão, porque ele não viu na comunicação, mas isso pode ser apenas fruto das escolhas que o autor fez para redigir aquele texto. É por isso que muitas vezes acontece de fazermos críticas aos colegas que terminam simplesmente em esclarecimentos adicionais ou reformulações para reduzir os possíveis mal entendidos.*

**CSF:** Falamos aqui de sociologia, mas como é para o senhor se denominar criminólogo?

*Nos meus textos eu não utilizo nem a palavra "sociologia"; utilizo "ciências sociais", para dar um sentido mais amplo. Eu não tenho problema com a etiqueta de criminólogo, mas é uma etiqueta que socialmente às vezes tem problemas porque tem significados muito particulares, regionais. Por exemplo, o termo "criminólogo" aqui no Brasil é visto mais como o jurista que trabalha com a questão de crime. Não tenho problema com essa etiqueta. Mas se eu estiver, por exemplo, em uma conferência em antropologia ou sociologia, eu não me apresento como criminólogo, porque já crio expectativas no auditório de coisas que sei que estão na cabeça das pessoas. Então prefiro falar de ciências sociais. Quando estou falando com juristas, me apresentar como criminólogo é muito mais neutro. E no Canadá, mesmo em um departamento de sociologia, esse título não leva ninguém a pensar automaticamente que você não é sociólogo. Na França, a palavra "criminólogo" em ciências sociais também não funciona bem. Já na Bélgica, país vizinho e em parte francófono, não tem problema nenhum.*

*Temos que conhecer os hábitos linguísticos. A história da criminologia institucional nas universidades foi tão variada no Ocidente – às vezes como departamento autônomo dentro das faculdades de ciências sociais, outras como subdepartamento das faculdades de direito, ou até como como programa de ensino implicando professores de vários departamentos e até faculdades – que o sentido da palavra não ficou estabilizado de forma generalizada. No Brasil, a criminologia como curso universitário se desenvolveu primeiro dentro do direito, como na Europa continental em geral, mas a pes-*

*quisa empírica criminológica ficou mais por conta da antropologia e da sociologia, mas não com essa etiqueta. Acho até que, no início das pesquisas empíricas, pelo menos no que toca polícia e tribunais, a antropologia se interessou mais rapidamente do que a sociologia. O tema da violência e da segurança pública fundiu em parte essas duas disciplinas. Mas isso é pura impressão minha.*

*Eu dou pouca atenção a essas etiquetas, fico relativamente indiferente. Só me interesso quando vejo que isso está criando uma visão estereotipada que pode afetar a credibilidade do que está sendo dito. Não deveria acontecer isso em ciências sociais ou em direito. Deveríamos prestar atenção no conteúdo da comunicação e não no uniforme do falante, mas infelizmente não podemos sempre ignorar esse fato. As etiquetas, em algumas circunstâncias, produzem muito rapidamente um pré-julgamento. O* "labelling approach" *nos ensinou isso.*

*Eu me lembro que o Foucault tinha uma reserva enorme com relação às etiquetas. Ele detestava que lhe fixassem uma. Ele passava de uma para outra ou evitava todas para confundir aquele que ousava fixá-lo em algum lugar (frequentemente para bombardeá-lo depois sem muito esforço, ainda que sem perceber que errava o alvo). Uma vez eu estava no auditório da Universidade de Montreal, onde ele tinha dado uma palestra, e alguém se levantou e lhe perguntou: "bom, professor Foucault, o senhor é estruturalista, neomarxista, anarxista, etc." – saiu propondo várias etiquetas que lhe atribuíam. E acrescentou – "e como é que o senhor se coloca em relação a essas etiquetas?". O Foucault respondeu (claro, não me lembro dos termos exatos da resposta): "Olha isso é um problema do senhor, não é um problema meu; não estou preocupado em me atribuir nenhuma dessas etiquetas. Até porque isso poderia causar vários tipos de problemas. Eu posso me deixar aprisionar pela minha etiqueta, e sair repetindo erros só para guardar uma coerência com a minha etiqueta, ainda que essa coerência seja ilusória. Vou me sentir preso com essa etiqueta e eu gosto de poder me deslocar à vontade, me sentir livre. Se eu tentar me deslocar depois que eu me coloquei uma etiqueta, aí vão dizer que entrei em contradição, que não sei o que quero, que traí os meus amigos de corrente de pensamento, etc. Em resumo, um problema. E com relação a observadores externos, como o senhor, eu facilitaria demais a crítica e estimularia uma espécie de preguiça intelectual. O meu crítico externo vai criticar mais o que ele conhece da etiqueta do que aquilo que eu escrevi realmente sobre tal ou tal tema. A crítica já fica pré-construída, antes de você escutar o meu discurso". Aí ele acrescentou algo assim: "então, se você tem necessidade de me classificar de tal ou tal jeito, pode fazê-lo. Faça isso do jeito que você se sinta mais à vontade, mas não venha buscar o meu consentimento" (risos). Eu estava ou no mestrado ou no doutorado e essa fala me influenciou muito também.*

*Eu comecei a ficar com receio até de utilizar o termo "crítico", sociólogo* crítico, *criminólogo* crítico. *Eu comecei a fazer economia dessas etiquetas todas. Por que eu comecei a fazer economia? Além do que o Foucault disse, e que eu aceitei, também pelo fato de que o termo "crítico" tem problemas. Um deles é que se eu me convencesse que eu era crítico, talvez eu me tornasse menos crítico com boa consciência; melhor dizendo, eu ia enfraquecer a minha "(auto-)vigilância epistemológica", para usar um termo do Bachelard. Eu poderia começar a pensar que, pelo fato de* ***ser*** *crítico, esse estado natural do meu ser me levaria a ser necessariamente crítico com relação a tudo. Deu para sentir o tamanho do problema? Eu poderia desenvolver a ilusão de não ter erros, de não ser nunca conservador (como se isso fosse uma doença). "Senhores, eu já sou crítico, o que é que vocês querem de mais evidente?" Estou fazendo aqui uma paráfrase bem livre de uma passagem do Sartre, em* Saint Genet, comediante e mártir. *(Algo assim: "Eu roubei. Não disseram que eu sou ladrão? Então, eu sou ladrão. Algo pode ser mais evidente do que isso?"). "Crítico" vira um estatuto permanente colado na tua pele, como uma tatuagem, e onipresente em tudo que você faz. Ora, eu estava cheio de ver críticos serem absolutamente conservadores, particularmente quando os desprevenidos entram no terreno minado do direito criminal. Eu mesmo, com toda a experiência nesse terreno, tentava sempre caminhar com cuidado, mas mesmo assim percebia um pouco mais adiante que havia cometido*

*erros... Quando alguns acadêmicos da área saíam do tema nos quais eram realmente críticos (no meu modo de ver) e entravam no campo das penas e da punição... bem, aí a música ia tocar de outro jeito. Vi marxista em direito penal preferir o retributivismo ao utilitarismo. Isso é como escolher entre morrer esfaqueado ou com um tiro: os dois matam o espírito crítico do mesmo jeito. A diferença é muito sutil para valer a pena de fazê-la. Já falei aqui que o movimento feminista assumiu e continua assumindo várias posições muito conservadoras em matéria penal sob a bandeira crítica*

**ALPS:** É meio auto elogioso o termo, não acha?

*Sim, além de poder criar também um problema de comunicação. Por exemplo, às vezes eu participava de cursos de formação para juízes. Nessas ocasiões, chegar lá e dizer que eu era da criminologia crítica criaria uma pré-disposição completamente negativa desde o começo. Quando eu estava justamente querendo ter um diálogo, aprender com eles e transmitir-lhes alguma coisa, era o comportamento mais inadequado para se ter ali, entende? Eles podiam entender que, do meu ponto de vista, eu não erro, só eles; que sou sempre crítico e eles, na melhor das hipóteses, só raramente conseguem ser críticos; que não tinha nada a aprender com eles.*

*Uma vez, mesmo ficando quietinho no meu canto, me fizeram essa maldita pergunta. Um juiz, que depois eu soube que tinha fama de conservador, me perguntou nos primeiro minutos de um desses cursos para os profissionais da justiça: "professor, o senhor é da criminologia crítica?". Isso aconteceu na Argentina. Confesso que, assim, de cara, antes de eu ter aberto a boca, aquilo me pegou de surpresa. Respondi assim: "olha, sinceramente, eu não sei muito bem o que é que isso significa ou quer dizer. Eu sei que esse termo circula, mas eu não consigo ver bem o valor ou a vantagem desse termo. Quando estou trabalhando com alguém, não é importante saber se ele se vê como conservador ou como crítico. Um não é necessariamente mais ou menos inteligente do que o outro. Os dois podem errar. Ou virarem críticos em relação a alguma coisa e conservadores em relação a outra coisa num outro momento. O que me interessa é compreender porque estamos pensando desse jeito e não daquele outro em tal situação e elucidar esse fato. Eu não gosto de supor que a pessoa que se diz crítica é de fato sempre crítica e tem sempre razão. E vice-versa. O conservador pode ter razão, mas ele não tem nem deixa de ter razão pelo fato de ser conservador ou de se ver como conservador. Tem conservadores brilhantíssimos e tem gente crítica que diz uma série de besteiras (sempre do meu ponto de vista). Então acho que temos que nos dirigir a problemas coletivos e importantes que para nós todos foram ou são ainda problemas, colocando um pouco entre parênteses essas cascas de ovos que nos impedem de avançar e de rever as nossas próprias posições. Resultado: eu abandonei essa etiqueta de crítico também.*

**JRX:** Ainda quanto às etiquetas disciplinares. Eu lancei há pouco uma distinção de Luhmann entre a sociologia do direito ***com direito*** e a sociologia do direito ***sem direito***. Uma das críticas de alguns acadêmicos de direito é de dizer que essas pesquisas – dos antropólogos, sociólogos e economistas que fazem pesquisas sobre o direito – são realizadas sem que haja ali uma compreensão do direito. Eu sei que não há uma hierarquia nessa distinção, mas gostaria que o senhor discorresse sobre essa crítica que mencionei, porque isso me parece uma preocupação importante para algumas pessoas nas faculdades de direito

*A expressão do Luhmann não se aplica somente à sociologia, mas a todas as outras disciplinas. Poderíamos falar de uma antropologia do direito sem o direito, uma antropologia do direito com o direito, por exemplo. Eu reconheço no trabalho da Ana Lúcia [Pastore Schritzmeyer] uma antropologia do direito com o direito, porque ela deu um mergulho dentro do direito. Mas isso não significa que se deva ver isso como uma ordem hierárquica, como se uma fosse boa e a outra ruim.*

*A distinção em Luhmann era puramente descritiva. O que eu compreendi é que ele simplesmente chama de sociologia do direito sem o direito uma sociologia que aplica a mesma aparelhagem conceitual, independentemente do seu objeto ser o direito, a escola ou a medicina. Então, por exemplo, na escola, você está preocupado em saber como é*

*que os professores dão notas aos alunos e pergunta, "como é que funcionam as notas de curso? Há disparidade de nota, ou não? Tem relação entre a atribuição de nota pelo professor e a classe social dele ou a dos alunos?" Você pode olhar o tribunal e perguntar: "Como é que os juízes dão as sentenças? Há relação entre a sentença do juiz e a classe social do juiz ou a do culpado?" Então você está produzindo um conhecimento em que você não está se perguntando exatamente "qual é a função da educação", qual é a "função do sistema de direito" e não está também interessado exatamente pelo tipo de objeto que você trabalha. Você não está tão interessado no sistema de pensamento dos outros, porque não é o tipo de contribuição que você está fazendo. Podemos até mesmo encontrar hoje em dia juristas que fazem pesquisa dentro do direito sem o direito: "será que o juiz está discriminando o sexo, a raça e tudo o mais?" Se um jurista estiver fazendo isso, mesmo que ele tenha o conhecimento do direito, ele não o está usando nessa pesquisa. Essa pesquisa é uma pesquisa de sociologia do direito sem direito.*

*Agora, quando eu faço uma sociologia do direito com o direito eu utilizo positivamente conhecimentos do direito para operacionalizar metodologicamente as coisas. Por exemplo, eu estava querendo fazer uma tipologia para observar as transformações legislativas. Fui às ciências sociais, porém não encontrei nenhum critério útil para classificar o tipo de norma que estava sendo mudada. Por quê? Porque quem tinha trabalhado tipos de normas eram filósofos do direito e juristas. Os sociólogos não trabalharam isso, com algumas exceções muito grosseiras. Então fui ler os juristas, aprendi como é que eles classificavam as normas e de lá trouxe para a sociologia, apliquei na minha pesquisa e criei uma categoria que agora está parecendo sociológica, mas que foi construída com outro conhecimento. Então o conhecimento jurídico serviu diretamente para enriquecer a minha própria disciplina, a sociologia.*

*Outro ponto importante é o seguinte: estou vendo um problema do direito, estou vendo a função dele e preciso conhecer o modo de pensamento dele para poder fazer uma contribuição posterior a esse sistema. Às vezes, a contribuição que estou fazendo tem duas faces: uma útil para a sociologia e outra que possa ser útil – pelo menos é o que espero – para o pessoal do direito, para eles repensarem, recriarem e reconstruírem o sistema deles. Então, como eu tenho essa ambição de comunicação com quem está dentro do direito eu tenho que ser capaz de, pelo menos, fazer uma primeira operação de tradução para que minha ideia seja compreendida.*

*Eu me lembro de quando trabalhei numa comissão de reforma do direito do Canadá. Eles estavam interessados em problemas de disparidade de sentenças. Ou seja, o direito estava interessado sobre a disparidade de sentenças e pediu ajuda da sociologia, da antropologia. Tinha também psicólogo para poder compreender esse fenômeno e fazer reforma interna. Então você está vendo? Tudo pode servir para tudo. Acho que o mais importante é que o pesquisador, quando toma um ângulo, quando escolhe um tipo de contribuição, que ele não coloque isso em ordem hierárquica. Ele não pode considerar que essa é a melhor maneira de fazer isso, mas apenas uma boa maneira de fazer isso. Porque além de ser arrogante (considerar o seu ângulo como o melhor), temos sempre que ter em mente que cometemos erros. Como pesquisadores temos que ter uma atitude altamente modesta e altamente aberta para o conhecimento de todos aqueles que estão contribuindo para o campo em que estamos trabalhando. É uma tarefa coletiva e o que devemos visar não é necessariamente ser melhor, ou que todo mundo entre no nosso objeto a partir da nossa perspectiva teórica. Acho que temos que abandonar esse tipo de* ethos.

**CSF:** Seguindo esse raciocínio, o senhor diria que é problemático o entendimento de que a pesquisa empírica em direito é melhor quando fixada na perspectiva utilitária da chamada "pesquisa aplicada"?

**JRX:** Complementando a pergunta, observa-se que há no Brasil um fenômeno de expansão de pesquisa empírica nas faculdades de direto. Nesse fenômeno há duas representações que considero problemáticas. De um lado uma expectativa de cientificismo, de encontrar "verdades": "agora vamos fazer pesquisa 'científica' então vamos encontrar as melhores soluções para

poder sugerir/sustentar decisões mais abalizadas". Ou seja, uma certa aliança entre direito e ciência com uma pretensão de verdade muito mais forte até que em outras áreas do conhecimento. De outro lado, uma outra representação que também considero problemática: a resistência de alguns acadêmicos de direito que olham essa expansão como um desvirtuamento – "o direito é o lugar da doutrina, o lugar da dogmática. Pesquisa empírica? Não entendemos qual o papel disso. Vocês estão fazendo sociologia, ciência politica, economia, há muito pouco de direito nisso". Como é que o senhor vê isso?

*Esse fenômeno de expansão que você observou pode-se notar em vários países, incluindo Estados Unidos e Canadá. A faculdade de direito da Universidade de Ottawa também está desenvolvendo essas duas tendências. Eu participei recentemente de um comitê para a escolha do novo diretor da faculdade de direito e uma das preocupações era a de selecionar alguém que respeitasse os dois tipos de pesquisa: a pesquisa tradicional em direito e as novas pesquisas empíricas. Isso foi um critério para a escolha daquele que deveria dirigir a faculdade de direito. Tinha que ser alguém que tivesse uma abertura para sustentar as duas posições e que não pensasse que uma estaria tomando o lugar da outra.*

*Esse debate é velhíssimo, acontece o mesmo em metodologia. Quando apareceu a pesquisa qualitativa na América do Norte pensava-se que todo mundo deveria virar pesquisador qualitativo. Depois teve a fase do quantitativo em que todo mundo devia ser quantitativo. E por trás desses debates tinha sempre esse fantasma de que uma coisa estaria aparecendo para substituir a outra, quando as duas coisas devem ser vistas como insubstituíveis. Na verdade nenhuma consegue tomar o lugar da outra porque elas dão contribuições diferentes.*

*O que está acontecendo nas faculdades de direito – e eu não sou especialista em sociologia da educação, então é com muita cautela que eu vou falar disso – aconteceu também nas disciplinas de ciências humanas. Antes, nos departamentos de ciências sociais só entravam diplomados nas próprias disciplinas, era um negócio fechado. Na América do Norte nós passamos por uma fase de abertura em que pessoas com outras formações começaram a entrar e começaram a abrir um pouco mais isso. Esse fenômeno foi bem analisado por uma comissão portuguesa, a Comissão Gulbenkian num relatório com o título "Para abrir as ciências sociais".*[8]

*Desde o começo, pelo menos dentro do sistema do direito moderno, o jurista sempre teve a prática de legislar. Desde o século XVIII o jurista também tem um papel de preparar códigos, fazer leis etc. O jurista tinha uma função de criar, renovar o próprio sistema, criar leis mais adaptadas. Só que as universidades não davam para ele uma formação tão completa para fazer isso. Agora, com a introdução da pesquisa no âmbito do direito, abre-se um pouco mais o diálogo com as ciências sociais e, com isso, a possibilidade de ter juristas com mais conhecimentos para trabalhar dentro da sua própria disciplina. Quando ele for avaliar, escrever ou propor um projeto de lei, se tiver um conhecimento empírico e teórico maior do que aquele da dogmática, ele é capaz de fazer contribuições provavelmente melhores não só para a sociedade, mas para o direito. Isso substitui o conhecimento dele da dogmática? Absolutamente, não. Porque na hora de traduzir o que aprendeu, o que fez como ciência ou como pesquisa, em forma de lei, vai precisar desse outro conhecimento também. É bom que tenha esse outro conhecimento, senão ele vai ficar só como pesquisador de ciências sociais, mas não vai conseguir fazer a função de jurista, participando da renovação interna do próprio sistema.*

*Vemos o jurista como alguém que só está ali para responder à consulta de um cliente privado ou para oferecer uma pista ao juiz sobre a melhor maneira de ler ou interpretar uma lei – o juiz aí funcionando como puro cliente –, mas não vemos a função do jurista dirigida ao sistema político. É importante melhor instruir o sistema político sobre como fazer leis, sobre como modificar as coisas. É importante apontar como certas propostas de lei feitas pelo sistema político não são boas do ponto de vista do direito, porque estão batendo de frente com direi-*

8 Moreira, A. M.; Moreira, J. P.; Santos, B. de S. (1996). *Para abrir as Ciências Sociais: relatório da Comissão Gulbenkian sobre a reestruturação das ciências sociais*. Lisboa: Mem Martins Publicações Europa-América.

*tos com os quais não podiam bater de frente.*

*Então, o que as faculdades de direito estão fazendo agora é complexificar a formação dos intelectuais do direito e, nesse tipo de fenômeno, sempre há intercâmbios: tem um que vai para um lado, tem outro que vai para outro, tem outro ainda que vai trabalhar nos dois lados, mas isso não deve ser visto com alarme, nem com escândalo. Vi muitos bons estudantes que tinham começado em ciências sociais se dirigirem para o direito e bons estudantes do direito que às vezes vão para ciências sociais. Pode haver troca de figurinhas, e essa troca é enriquecedora para o conjunto da sociedade. Não podemos ver isso como uma perda. Temos que ver isso mais como contribuição que a organização da universidade faz para a sociedade. Tudo isso é um ganho.*

*Eu, quando recebo estudantes de direito que vem fazer formação comigo, sou obrigado a ensinar sociologia, porque ele está trabalhando comigo. Se recebo um estudante de sociologia, tenho que ensinar direito, porque senão ele vai fazer algumas interpretações um pouco bárbaras. No tipo de objeto que estou trabalhando, ele precisa do conhecimento do direito para poder fazer bem a coisa dele. Então fico trocando esse tipo de informação. E o que sai daí? Sai gente que vai para as ciências sociais e gente que vai para o direito. De qualquer forma, os que são de ciências sociais continuam com o objeto "direito" e permanecem em contato com o pessoal que foi para o direito. Ou seja, quando não é diretamente, é indiretamente que a contribuição está sendo feita. Sobre isso não se pode ter controle. E também não acho que devemos circunscrever territórios, ficar protegendo territórios*

**CSF:** O O senhor comentou sobre movimentos ora em favor da pesquisa qualitativa, ora em favor da pesquisa quantitativa. Tenho notado um certo apreço das pesquisas empíricas em direito pelo quantitativo. Eu tenho visto vários encontros em que se vê exatamente esse movimento de pesquisadores do direito indo para temas que antes eram pesquisados nas ciências sociais, mas vão sempre muito com um instrumental ou buscando uma legitimidade quantitativa...

**JRX:** Parece haver também um olhar um tanto positivista sobre a pesquisa científica quantitativa, como se ela autorizasse as melhores respostas. Eu vejo aí um discurso problemático do jurista que se inicia na pesquisa quantitativa e que considera que enfim tem a "verdade" para ser o conselheiro do rei. Parece haver uma percepção problemática que "agora temos conhecimento tanto do direito quanto da ciência", sem uma crítica aos limites do que a pesquisa pode de fato trazer como verdades.

*Bom, primeiro eu não estou completamente seguro de que em todas as faculdades de direito esteja havendo predominância exclusiva do quantitativo. Quando observo o que está acontecendo na Universidade de Ottawa, vejo muita pesquisa qualitativa sendo feita, talvez até mais que quantitativa. Precisaria averiguar isso. Mas há – e sempre houve – uma espécie de repetição dos problemas. Às vezes, alguma coisa que foi debatida no passado ou foi vivida no passado dentro de uma disciplina se reproduz em outra, quando essa outra começa a se transformar. Então esse debate quantitativo* versus *qualitativo que hoje já pode ser considerado como relativamente superado dentro das ciências sociais, renasce dentro do direito. Ele parece ter vida longa, parece aquela hydra de sete cabeças. Cortamos uma cabeça e ela renasce em outro lugar e precisa ser cortada de novo (risos). Então reaparece o debate de que a cientificidade está depositada no método e não na construção dos objetos. Método, sendo o caminho, nada mais do que o caminho, tem que ser diferente dependendo para onde você está indo.*

*Então esse debate quantitativo versus qualitativo não é novo. A vantagem agora é que, quando ele reaparece no direito, já temos um capital de conhecimento que nos permite questionar: "esse debate já não deu certo na sociologia e vocês querem reproduzir ele aqui?". Eu me lembro disso também na medicina. Uma vez fui chamado por um hospital de Montreal para dar uma conferência sobre amostragem para a equipe médica de pesquisadores do hospital. E por que me chamaram? Eles me chamaram porque a maior parte era de pesquisadores quantitativistas, mas estavam vendo aparecer as pesquisas qualitativas, e, no trabalho que tinha escrito sobre amostragem, eu tinha apontado diferenças e semelhanças entre quantitativo e qua-*

*litativo. Eles pediram uma conferência porque os pesquisadores quantitativos queriam entender o valor da amostragem qualitativa. Então eu notei que dentro da própria metodologia, quando um pesquisador escolhe um método porque ele está bem adaptado àquele método, há ali também uma tendência a criar uma ideologia profissional de que aquele é "o" método.*

*Isso aconteceu na história da sociologia americana nos dois sentidos. Por exemplo, nos primeiros anos da escola de Chicago, nas décadas de 1910 e 1920, se falava que o método por excelência em ciências sociais é qualitativo. No entanto, dizia-se, quando não há bastante tempo para fazer a pesquisa, é possível usar o quantitativo que também vale, quebra um galho, é melhor do que nada. "Mas, se você tiver um pouquinho mais de tempo, faz o qualitativo, que é mais longo, mais chato." A partir dos anos 1935/1940 aconteceu o contrário. A recomendação era a seguinte: "olha, se você quiser fazer uma coisinha exploratória preliminar, para ter umas ideiazinhas, umas hipóteses para depois verificar realmente o teu próprio terreno, faz o qualitativo. Aí, quando você tiver melhorado suas ideiazinhas, você faz um verdadeiro survey quantitativo para obter provas verdadeiras, sólidas etc". E nos anos 1960/1970 estourou tudo de novo. O qualitativo voltou nos anos 1960 e 1970. Na primeira etapa de sociologia americana ele era colonizador, depois virou colonizado e nos anos 1960 e 1970 começou a reagir como o colonizado que está se emancipando.*

*Eu me lembro que escrevi um artigo "As letras e os números*[9] *no começo desse movimento. Eu fui no princípio identificado como pesquisador quantitativo, porque eu tinha começado toda minha formação universitária – inclusive o doutorado em ciências sociais – fazendo pesquisa quantitativa. Quando entrei no meu primeiro curso de metodologia qualitativa, não resisti muito tempo. Logo pensei: "não, esse negócio é muito impreciso". (risos) Tentei fazer umas observações, mas não resisti. No terceiro curso, abandonei, tranquei a matrícula. Aí comecei a fazer uma pesquisa quantitativa para o meu doutorado sobre o objeto que eu tinha na cabeça – observar os efeitos dos contatos com a justiça penal sobre a trajetória social das pessoas de diferentes classes sociais – e percebi que a pesquisa quantitativa que eu estava tentando operacionalizar estava me dando resultados absolutamente banais. Disse para meu orientador de doutorado "com o método que eu estou não dá". Aí eu fui buscar uma formação em qualitativo para resolver isso.*

*Então, quando comecei a escrever artigos de metodologia qualitativa no começo dos anos 1980 foi gozadíssimo, porque eu era identificado pelo pessoal do qualitativo como "ovelha negra", porque eu nunca endossava o discurso de que o qualitativo era melhor que o quantitativo. Era "ovelha negra", mas ao mesmo tempo pioneiro. Na época apareceu um texto na França apontando os pouquíssimos trabalhos que questionavam essa divisão e entre eles estava o meu, porque afinal eu tinha atravessado de um lado para o outro. Mas hoje acho que está mais tranquilo. Nos anos 1960/1970, se você fizesse um projeto de pesquisa qualitativa havia claramente o risco de perder a subvenção da pesquisa. Houve um período de conflito, mas hoje a maior parte dos pesquisadores quantitativos e qualitativos de ciências sociais não estão mais atirando pedra um no outro. Agora, é claro que esse debate tem a tendência de se reproduzir ainda dentro do direito. Não é surpreendente que isso aconteça, isso faz parte das doenças infantis... (risos) Quando uma disciplina reintroduz alguma coisa, ela acaba pegando essas doenças. É como catapora que pega, e é sempre bom pegar, porque depois imuniza.*

**JRX:** E quanto à pretensão de verdade de certas pesquisas empíricas em direito? Refiro-me ao entendimento de que essas pesquisas melhor subsidiariam políticas públicas porque contariam com a chancela do direito e da ciência. Como é que o senhor vê essa questão?

*Bom, o problema da verdade é complexo porque em ciências sociais ele teve toda uma representação até o final dos anos 1960, começo dos anos 1970, com o debate do neopositivismo, a discussão da própria definição da verdade como correspondência com a reali-*

9 Pires, A. P. (1987). Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres. *Cahiers de recherche sociologique*, 5 (2) 85-105.

*dade, dentro da filosofia da ciência... Eu me lembro de uma conferência dada por Foucault na Universidade McGill no Canadá – acho que em 1971 – sobre Nietzsche e a verdade.*[10] *Ali Foucault já estava começando a mostrar que, quando se está produzindo conhecimento, há sempre uma luta contra a aparência do conhecimento precedente. Mas o novo conhecimento vai ficar submetido a alguns elementos que só mais tarde verificamos que contêm também aparência de verdade. Ele inclusive introduz uma distinção muito interessante dizendo mais ou menos o seguinte: "há dois tipos de verdade: as verdades verídicas e as verdades falsas". O que o Foucault está dizendo com isso? Verdadeiro/falso é um código de avaliação que utilizamos para filtrar e reavaliar os conhecimentos que estão sendo produzidos.*

*"Verdade" não é correspondência com a realidade necessariamente. Aliás, a própria teoria da correspondência com a realidade, mesmo agora dentro do campo dos que se chamam realistas, está sendo colocada em questão. Os próprios realistas não estão mais utilizando a teoria da referência porque eles estão se perguntando: se eu digo que isso acontece desse jeito, o que eu estou dizendo a mais quando eu digo que isso corresponde à realidade? Não estou dizendo mais nada. Eu estou fazendo uma observação que deve ser examinada, questionada, mas dizer que ela corresponde à realidade não acrescenta nada novo ao que eu já tinha enunciado antes.*

*Enfim, acho que a noção de verdade continua importante, mas não importante como correspondência, como eu tendo adquirido a realidade. Isso é um entorpecente. Se você disser "o que eu produzi aqui é a verdade", você está drogado. Você acabou de eliminar o que podia sobrar do teu espírito crítico, porque você não vai rever mais aquilo. Você pressupõe que não cometeu erros e pressupõe que está correspondendo a algo que é muito mais complexo, e que você não pode sair de você mesmo para ver, que é a realidade.*

*Dentro da teoria dos sistemas se faz uma distinção entre o empírico e a realidade. Quando você faz uma pesquisa empírica, você ainda não mostrou que o que você fez corresponde à realidade. Empírico significa um corpo de observações que você construiu de maneira sistemática. São observações sobre a realidade, feitas por um observador. É isso que é empírico. Ninguém pode sair da sua própria pesquisa, olhar a pesquisa de um lado e olhar a realidade do outro, do lado de fora de si mesmo. Não tem jeito.*

*Hoje, nas posições mais avançadas da epistemologia, o código verdadeiro/falso é um código de avaliação, como também o são os códigos bom/mau, justo/injusto, legal/ilegal. Ou seja, são códigos que você utiliza para avaliar. Por exemplo, o legal/ilegal. O próprio sistema judiciário reconhece que faz erros. O que é um erro judiciário? Ele diz que alguém é culpado aqui e mais para frente reconhece que aquele que era culpado não é culpado, é inocente. O que eles estão fazendo aqui? O culpado na primeira decisão correspondeu à realidade? Correspondeu. E na segunda decisão judicial, a inocência correspondeu à realidade? Correspondeu. Como isso é possível? O que ocorre é que o sistema jurídico empregou um código para avaliar uma situação num momento e o mesmo código para avaliar num outro momento.*

*A biologia produziu em massa pensamento racista durante o século 19. Era pensamento científico? Era. Continua sendo pensamento científico? Claro. Por quê? Porque foi produzido pela ciência. "Científico" não é igual a "verdadeiro". "Cientifico" é igual a produzido pela ciência, nada mais do que isso. Se é verdadeiro ou falso, é a própria ciência quem vai dizer no caminho. Hoje a ciência olha para certas produções biológicas sobre o crânio, o formato do crânio, as comparações de crânios de macacos, de negros, de índios, de mulheres e de homens e diz: "pensamento científico errado, falso". Pode considerar isso tudo até racista, sexista. Mas isso é um código de reavaliação de um discurso utilizado.*

*Então, do ponto de vista do pesquisador, o que ele ganha enquanto pesquisador quando vê a verdade não como algo que ele descobriu e que é um objeto real, concreto, mas como algo que ele está avaliando ali? Ele continua sendo pesquisador. Em outras palavras, ele continua sendo alguém que reconhece que pode haver erros e que, embora tenha descoberto algo que pareça importante e que possa ser submetido aos outros (pesquisadores), essa descoberta ainda pode ser questionada.*

10 Essa confererência apareceu também num dos cursos de Foucault no Collège de France. M. Foucault (2014). *Aulas sobre a vontade de saber*. São Paulo: Martins Fontes.

*Weber já tinha notado que quando olhamos para uma obra de arte feita antes da invenção da perspectiva, ela continua sendo tão bela hoje quanto um quadro pintado depois da invenção da perspectiva. Os dois são belos. Na ciência não acontece isso. Na ciência, o que foi inventado muito tempo atrás está perdido. Já estamos em outra. Então, temos que aprender que os nossos produtos nasceram, em boa parte, para desaparecer. Podem ser retomadas algumas ideias aqui e ali, mas não mais o conjunto. Temos um sistema em que o código verdadeiro/falso ou verdade/erro é o código principal de avaliação das coisas. Também não adianta dizer "a ciência não precisa do verdadeiro/falso". Ela precisa avaliar os conhecimentos que produz, não tem jeito. Toda disciplina precisa avaliar os conhecimentos que produz. A teologia muda, a filosofia muda, o direito muda... porque a ciência não vai mudar? Então, quando vemos isso como código, temos dois efeitos positivos: primeiro, ficamos mais modestos; segundo, ficamos mais abertos em termos de vigilância de produção de coisas.*

*Isso introduz a crítica da ideia do pensamento completo, que às vezes está misturado aí. Se eu fiz tal pesquisa quantitativa ou qualitativa sobre tal ponto não quer dizer que tudo o que se precisava saber sobre isso está ali, porque normalmente as chances disso acontecer são nulas. Então é necessária uma mudança de atitude do pesquisador. Do ponto de vista de uma ética da pesquisa, diria que é a modéstia, é o reconhecimento de que o conhecimento é uma coisa muito complexa, que é uma tarefa coletiva, que podemos aprender com os outros, que podemos aprender com pessoas de perspectivas diferentes, com métodos diferentes, com coisas diferentes. Isso faz parte do nosso trabalho como pesquisador. Acho que essa precipitação que existe em ciências sociais de dizer que uma coisa é verdadeira e outra não é insustentável. Isso não dá. O que acontece é que às vezes se está muito muito preocupado em obter imediatamente um determinado tipo de mudança social. E isso nos precipita e nos faz exagerar ou mesmo absolutizar o valor do conhecimento que estamos produzindo para quase dizer: "olha, se os senhores quiserem salvar a sociedade e o mundo, é esse conhecimento aqui que eu acabei de produzir que os senhores têm que utilizar, e só ele; por favor, não leiam os outros". Isso não dá.*

**ALPS:** E que é de um iluminismo autoritário.

*Claro, exatamente. Hierárquico, autoritário, detentor da verdade.*

**ALPS:** Uma mentalidade que quer fazer do cientista aquele que tem que ditar as políticas públicas. Estava pensando aqui o quanto a antropologia, ao menos no Brasil, escapa um pouco disso. Por mais que "etnografia" seja um termo muito mal empregado – alguns dizem que fizeram etnografia porque passaram uma tarde com um grupo deixando a conversa rolar –, acho que só realmente quem não tem nenhuma informação vai dizer que a etnografia leva a alguma verdade. Pois está implícito na etnografia a tomada de posição, o viés, o filtro do pesquisador. Ela não serve muito para a ideia de legitimar uma política pública como a melhor. Porque a etnografia visa, quando muito, a um mapeamento do que talvez possa ser uma boa política pública. O que ela vai indicar é que o sucesso dessa política depende sempre de questões conjunturais, de quem são os atores, os grupos envolvidos. São eles que têm que falar o que é melhor para eles mesmos.

*Isso mesmo. Mas acho que temos que tomar cuidado porque normalmente passamos de um extremo ao outro. Quer dizer, essa constatação sobre a etnografia não deve levar a uma banalização completa do conhecimento e nem ao relativismo total. O reconhecimento de que "não possuo a verdade" não significa que qualquer enunciado sobre a realidade vai ser considerado igual. Uma etnografia feita em uma tarde não se compara a um trabalho de campo etnográfico mais cuidadoso. Os dois conhecimentos produzidos não são necessariamente iguais. Quando dizemos que um conhecimento é melhor do que outro é porque ele é mais fundamentado por causa de tal e tal observação, por causa de tal e tal cuidado. Não quer dizer que um outro também não possa ir mais longe do que já fomos. Mas também não estamos aqui num discurso politicamente correto de que tudo é igualzinho, de que qualquer um, com qualquer conhecimento, faz a mesma coisa, como se toda a camada de conhecimento tivesse só um plano. Por exemplo, quando se vai construir um avião, deseja-se alguém que conheça realmente a matéria. Não se pergunta ao porteiro do aeroporto como construir um avião porque daí você não vai querer entrar den-*

*tro do avião (risos).*

*Em ciências humanas, quando houve essa crítica da hierarquização do saber, da presunção de estar por cima, houve um extremo de dizer que qualquer um que fala, qualquer ator que fala, tem exatamente o mesmo valor do que o outro. Mas isso depende. Depende do que se entende por valor. Mesmo na linguagem cotidiana, há pessoas que são muito mais amadurecidas e falam muito melhor sobre certos temas do que outras. Temos que tomar cuidado para não sair de um extremo e chegar ao outro, em que o pesquisador pensa que o melhor serviço que ele pode fazer para a humanidade é se anular completamente e só deixar o outro falar.*

**JRX:** Assim como se hierarquizam métodos hierarquizam-se, muitas vezes, técnicas de pesquisa. Algumas pessoas acreditam que certas técnicas vão trazer respostas mais precisas, mais "verdadeiras". Questiona-se, por exemplo, a relevância do uso da entrevista na pesquisa empírica em direito, considerando-se que outras técnicas poderiam ser melhores. O senhor vê esse problema também?

*Quanto a isso, perdeu-se de vista o fato que a técnica metodológica adotada depende do objeto que você está querendo investigar e não da técnica em si. Depende do tipo de informação que você quer produzir. Isso aconteceu também nas duas faces, tanto no quantitativo quanto no qualitativo. Na face do quantitativo, a valorização do survey e, dentro do survey, da amostra aleatória. Ora, dentro da própria pesquisa quantitativa há uma série de amostragens que não são aleatórias e que se fossem feitas ao acaso, seriam destruídas. O qualitativo também fez esse tipo de coisa.*

*Com relação às entrevistas, o pessoal dizia "não, a entrevista é o que permite que o autor fale, se afirme, conte a sua história oral, etc". Depois houve uma retomada e, então, quem defendia a entrevista cometia exatamente o mesmo erro, no sentido inverso, dizendo "não, a entrevista é muito melhor do que a observação direta de terreno, a etnografia, o survey". Não é. Até porque é muito confuso, quando você faz uma etnografia, muitas vezes, você tem as entrevistas misturadas ali. Você não está só parado, sentado, observando.*

*Então esses debates sobre as técnicas refletem ideologias do pesquisador, mas no sentido de falsas representações que nós construímos pelo fato de utilizarmos uma técnica mais do que outras. Normalmente as pessoas que fazem objeção a um tipo de técnica conhecem muito pouco as pesquisas feitas com essa técnica e quando as leem ficam surpreendidas. Temos menos preconceito com o que estamos mais familiarizados, e aquilo que nos causa menos preconceito passa mais fácil. Outras coisas são mais surpreendentes. Mas quando você tem oportunidade de mostrar para essas pessoas o tipo de pesquisa que está sendo feita e como é que está sendo feita, muitos delas vão mudar de posição porque vão começar a perceber que as coisas não são tão simples assim. E que você pode ler com muito prazer e aprender muito com pesquisas que estão utilizando métodos ou técnicas que você desvalorizou num primeiro momento, em razão do que você selecionou, devido à sua percepção, à sua formação, ao seu conhecimento...*

*A vida se tornou tão complexa em termos de produção de conhecimento! No século XIX, Quetelet, por exemplo, podia ser ao mesmo tempo astrólogo, estatístico, sociólogo, tudo ao mesmo tempo. Tinha seis livros de uma área, três daquela outra... Hoje você não consegue fazer isso. Nem dentro do seu campo de especialização você consegue ler tudo. E como não se pode ler somente no seu campo de especialização – ou é melhor que não o faça – o seu tempo vai ter que ser gasto lendo um pouco fora..*

*Pensávamos que o aumento do conhecimento reduziria o campo da ignorância, mas isso é uma antiga representação. Dizia-se: "cada vez que o conhecimento aumenta, o campo de ignorância vai diminuindo". Era uma representação completamente hidráulica do conhecimento. Hoje sabemos que quanto mais o conhecimento aumenta, mais o campo de ignorância aumenta. Por que ele aumenta? O conhecimento produz questões novas que não existiam antes. Hoje temos consciência, pela grande quantidade de produção científica e não cientifica que existe e que seria importante conhecer, de que não somos capazes de patrulhar*

*tudo isso. E que dependemos do trabalho de outros pesquisadores, que às vezes fazem síntese e apresentam certas coisas dos outros campos.*

**JRX:** Nosso objetivo era produzir uma entrevista destinada sobretudo às pessoas que vêm de uma tradição do direito e começam a fazer pesquisa. Nesse sentido, eu acho que esta entrevista teve vários méritos desmistificadores: em relação à não-hierarquização do conhecimento da sociologia do direito com ou sem o direito, em relação ao quantitativo e ao qualitativo, em relação ao amplo leque das técnicas de pesquisa e ao fato que todas elas têm sua contribuição para a produção do conhecimento... Mas, e aqui voltando para o começo da entrevista, me interessa bastante o discurso sobre a trajetória acadêmica. Para quem sai de uma faculdade de direito nem sempre é fácil entrar no mundo da pesquisa. Em geral, não se tem formação metodológica adequada e nem contato com pesquisa. Enfim, há uma navegação entre o direito e as ciências sociais que o senhor faz há vários anos que não é nada evidente para quem começa uma carreira. Nesse sentido, creio que esta entrevista é uma grande contribuição para esses novos pesquisadores. Finalmente, só para encerrar, gostaria de saber se o senhor tem mais alguma coisa a acrescentar pensando nesse público.

*Quanto a essa questão da formação, eu tive experiências nas pesquisas conjuntas que fiz, por exemplo, com a Maíra Machado na Fundação Getúlio Vargas. Nesse caso era uma pesquisa, em boa parte quantitativa, sobre produção legislativa no Brasil. A assistente que convidamos para trabalhar conosco era da faculdade de direito e com uma formação rapidíssima fez um trabalho excelente, melhor que muitos assistentes que tive vindos de sociologia. Fiquei muito contente de ter uma assistente com formação em direito porque ela estava mais atenta para algumas coisas. Às vezes, ela dizia: "olha, mas esse projeto de lei aqui tem uma confusão em tal coisa e tal coisa". Se ela não tivesse o conhecimento jurídico, não teria me indicado aquilo. Então, isso é outra coisa que precisamos desmistificar: eu não consigo classificar a qualidade do trabalho dos meus estudantes segundo a formação original deles.*

*Uma outra coisa que gostaria de abordar para concluir é essa questão da verdade. Continuamos fazendo uma distinção epistemológica, dentro das ciências sociais, entre, de um lado, o construtivismo e, de outro lado, o realismo. A utilização dessa distinção me parece, hoje em dia, caduca. Creio que deveríamos abandonar completamente a ideia da oposição realismo/construtivismo por duas razões. Uma razão teórica-filosófica e uma razão que eu chamaria de empírica.*

*A razão empírica é que, quando eu olhava o trabalho de alguém que se dizia construtivista, eu achava uma quantidade sem fim de enunciados realistas, não-construtivistas. E quando eu lia um trabalho que dizia que era realista, havia uma quantidade enorme de enunciados construtivistas. E quando o autor não dizia o que era, eu não conseguia classificar; porque se utilizasse sistematicamente os critérios de um e os critérios de outro, eu classificaria esse autor dos dois lados.*

*Cheguei a fazer exercícios práticos com isso. Peguei um texto que tinha uma reputação de ser construtivista e o distribuí para um grupo de estudantes. Era o texto, de Rosenhan, "Sobre ser são em instituições insanas"[11], que tratava de uma equipe de médicos e de psicólogos que entraram em um hospital psiquiátrico se apresentando como doentes para ver como seriam diagnosticados. Todos foram diagnosticados como doentes e quando começavam a dizer que não eram, isso era visto como sinal da doença. Nesse texto, o autor não diz que ele é construtivista nem realista. Ele diz, no entanto, que a doença mental existe realmente, e tem uma série de enunciados realistas ali. Bom, então eu distribuí esse texto no seminário, falei das características do construtivismo e do realismo, e pedi para os estudantes tentarem identificar o texto como estando em um desses dois pólos. O grupo ficou dividido mais ou menos assim: 40% realista, 40% construtivista e 20% não saberiam dizer. Deu um debate maravilhoso.*

*Então nós vemos hoje, por exemplo, autores que se dizem completamente realistas como Searle que escreve um livro com o nome "The Construction of*

11 Rosenhan, D. (1994). Sobre ser são em instituições insanas. In P. Watzlawick. *A realidade inventada: como sabemos o que cremos saber?* São Paulo: PSY II

*Social Reality". Você pega Berger e Luckmann, com "A Construção Social da Realidade", metade do livro é construtivista e metade do livro é realista. Vocês chegam para Foucault e perguntam "Foucault, a doença mental existe ou não existe?" Paul Veyne tinha um texto nesse sentido. Resposta clássica do Foucault "olha, eu nunca disse que a doença mental não existe. Isso até poderia ser dito, mas isso não quer dizer que ela seja nada." (risos) "Pode-se dizer que ela não existe, mas não quer dizer que não exista nada aí de problema, de real, de alguma coisa". Essa é a resposta. Agora olha e tenta classificar esse enunciado do Foucault de um lado ou de outro. Impossível! Então essa foi a razão empírica.*

*A razão teórica é que, no meu modo de ver, está se processando uma transformação de paradigma na epistemologia. Isso que eu estou falando e do jeito que eu estou falando eu assumo a responsabilidade, porque ainda não vi afirmado desse jeito. Mas o conteúdo do que eu vou dizer já foi dito. Posso dizer que está havendo uma mudança de paradigma, e que nessa mudança de paradigma a questão que pedia uma resposta – realismo ou construtivismo? – caiu, apodreceu. A epistemologia clássica partia da seguinte questão: o que é que X conhece da realidade? Quando você parte dessa pergunta, você só tem duas respostas extremas e um meio de terreno. As respostas extremas são: X conhece a realidade (realismo); ou X conhece o que ele projeta sobre a realidade (construtivismo). No meio do terreno, tem a dialética que diz que não sabe o que é realista nem o que é subjetivista, mas diz que tem uma mistura dos dois. O sujeito e o objeto estão misturados ali. O sujeito determina o objeto e o objeto determina o sujeito. É claro que nunca dizem como é que o objeto determina o sujeito. Então tem essas três posições.*

*Dentro dessa categorização aparecia a distinção clássica sujeito/objeto, na qual o sujeito é tido como algo externo. O sujeito tem vários objetos e tenta saber como é que ele se aproxima, se o objeto é uma projeção dele ou se não é, mas trabalha, de qualquer forma, com essa distinção sujeito/objeto que veio da física. Lá, isso tinha um certo sentido, porque o físico não faz parte da natureza no mesmo sentido que o pesquisador de ciências sociais faz parte da realidade social construída na qual ele está. Não tem o mesmo sentido. Dentro da realidade social, o pesquisador não consegue ficar fora do objeto dele porque ele está construído pelo saber mesmo que ele está analisando. Então, esse novo paradigma epistemológico mudou a pergunta. Esse novo paradigma começou a se desenvolver a partir de uma perspectiva interdisciplinar da observação, que foi criada em parte por construtivistas, mas em parte por autores que não se diziam nem realistas nem construtivistas.*

*Nesse novo paradigma, a pergunta é a seguinte: "como X observa?" "Como X conhece?". Reparem que se vocês tentarem responder "eu sou realista", isso não é uma resposta para essa pergunta. "Eu sou construtivista" também não serve. Você não me disse ainda como é que você observa. Então o binômio construtivismo/realismo estourou: não só empiricamente não serve para nada, mas teoricamente já não é mais a locomotiva. Esse novo paradigma então descarta a noção de sujeito/objeto, substituindo-a por uma noção que é observador/observação ou operação de observação/observação. O que a observação faz? Você acha que a observação pode ser exata em relação à realidade? Será que a sua observação, o que você observa, pode existir?*

*O que acontece aqui? É que na concepção sujeito/objeto há uma distância muito grande entre os dois; já com observador/observação, essa distância está muito mais próxima. Do ponto de vista epistemológico, o observador que está conhecendo sabe que a observação é um produto dele, mas ele pode dizer "o que eu estou observando existe". Isso não é um problema. Com esse fenômeno, a oposição construtivismo/realismo cai em desuso. Já não é mais pertinente do ponto de vista de uma nova epistemologia que está preocupada com* ***como*** *nós conhecemos e não com* o que X conhece *da realidade. Mas, é claro, aí tem um trabalho enorme de reconstrução interna das nossas aparelhagens epistemológicas e metodológicas. Dentro disso, o problema das técnicas também vai ser mudado, o problema de amostra vai ser mudado... A questão é que o nosso capital escrito de livros de metodologia e de formação ficaram antiquados de repente.*

**JRF:** Professor Álvaro, em nome da Revista de Estudos Empíricos em Direito, muito obrigado mais uma vez por ter nos concedido esta excelente entrevista

# ***POLÍTICA E SOCIEDADE:*** *Teoria social em tempo de austeridade*

## *António Casimiro Ferreira Porto, Vida Económica Editorial, 2014, 478 p.*

*Resenha por Wanda Capeller*[1]

O sociólogo do direito português, António Casimiro Ferreira, pesquisador renomado, poderia fazer sua a frase de Pierre Bourdieu, segundo a qual "se o sociólogo tem um papel este é o de dar armas e não dar lições".[2] De um livro a outro, seguindo um percurso científico coerente, ritimado por um olhar agudo, este autor denuncia as mutações do direito do trabalho europeu, notadamente em Portugal. Peça fundamental da identidade democrática, o direito do trabalho é utilizado pelos não-eleitos das agências internacionais como um meio de desmantelamento dos direitos sociais – direitos, aliás, recentes no seu país. Através do direito do trabalho instalam-se as estratégias políticas neo-liberais que demarcam sem piedade os contornos da sociedade da austeridade.

Em obra anterior, cuja resenha foi publicada na Revue Droit et Société,[3] em Paris, este autor avança a tese de um direito do trabalho de exceção que, insidiosamente, tornou-se permanente. Desta constatação, decidiu elaborar uma teoria social crítica do pensamento conformista, normalizado e banalizado, teoria que busca identificar as lógicas subjacentes ao modelo de reforma do Estado sem deixar de preocupar-se com as pessoas e seus problemas cotidianos. Suas teses servem a dar armas aos cidadãos para que possam encontrar, para além dos discursos políticos oficiais, alternativas à crise econômica e social, pois com este livro espera deixar "a mensagem de que a análise teórica também tem voz quando se trata de defender as pessoas e os valores democráticos" (p. 26). É esta teoria social comprometida, indignada, que gostaríamos de apresentar ao leitor brasileiro, sobretudo porque ela mostra bem como o poder econômico capturou o poder político, que, ele, apela à culpa e ao medo para impor sacrifícios individuais e coletivos.

Como um livro caleidoscópio, Política e Sociedade: Teoria social em tempo de austeridade permite uma leitura plural dos efeitos da sociedade de austeridade, notadamente das crises que provoca, esses aspectos multiformes compondo os onze capítulos desta obra. No primeiro capítulo, intitulado Da crise e da austeridade, o autor desvenda os mecanismos subjacentes às quatro formas de crises: (i) as crises dos períodos de recessão econômica; (ii) as crises associadas aos processos de "legitimação performativa" que correspondem a uma intervenção estratégica dos poderes políticos dominantes, acompanhada pelos discursos da necessidade e da exceção; (iii) as crises ligadas aos processos de globalização; e (iv) as crises que opõem a dimensão teórica à dimensão prática e assentam na distinção entre perguntas e problemas – se as perguntas caracterizam o mundo da prática, os problemas caracterizam o da teoria (p. 28). Isso relaciona-se com as etapas do conhecimento, como a etapa dos anos 1970 que viram o esgotamento das grandes teorias.

Neste capítulo, o autor mostra que, com a afirmação do modelo neo-liberal em escala global, o mercado do trabalho foi reorientado pelas reformas estruturais preconizadas pelas instituições financeiras internacionais no sentido da flexibilização do trabalho. A tal ponto que o Estado acaba por ceder aos mercados, desvinculando os direitos do trabalho dos direitos sociais. Assim, de uma ética do trabalho estamos a conhecer uma ética do consumo (p. 35-36). Os acontecimentos econômicos e as dinâmicas políticas e jurídicas do neo-liberalismo explicam as condições do surgimento do paradigma da austeridade. Mas a complexidade da sociedade da austeridade se confronta com os limites de nossos quadros interpretativos (p. 27-29) e com carência das ciências sociais ainda não tão espertas para captar a verdadeira ruptura civilizacional que se instalou no mundo do trabalho e no mundo social.

Nos capítulos seguintes – *Do pensamento político nor-*

1 Professora Catedrática em Sociologia e Sociologia do Direito no Instituto de Ciências Políticas da Universidade de Toulouse.

2 BOURDIEU, Pierre, Questions de sociologie, Paris, Editions de Minuit, 1984, p. 95.

3 FERREIRA, António Casimiro, Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção, recensão por Valério Nitrato Izzo, Revue Droit et Société, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, n° 84/2013, p. 504-507.

*mal* e *Desafios ao pensamento político-social: o modelo da austeridade*, Casimiro Ferreira convida-nos a um jogo de espelhos que permite desmistificar e desvendar as premissas que fundam a perversidade da política social da austeridade. Ele afirma, então, sua intenção de construir uma *sociologia normativa crítica* suscetível de responder à questão de como a sociedade é viável e possível (p. 20-22), e para isso revisita a teoria social das quatro últimas décadas, numa sequência que vai da obra de Rawls à crise dos anos 2008, o que o permite identificar as convergências entre a crise das sociedades ocidentais e os desafios colocados ao pensamento político e social. Segundo o autor, a obra de Rawls é absolutamente essencial na medida em que coloca em evidência os valores de liberdade, de igualdade e de justiça social (p. 59). É preciso, portanto, repensar a austeridade como um modelo que se afasta do pensamento de Rawls sobre o tema da justiça social (p. 113), o que faz o autor ao elaborar uma *sociologia da austeridade* (p. 114), teoria que, sem esquecer os aspectos econômicos e financeiros, centra-se nas dinâmicas sócio-políticas da austeridade para observar seus efeitos perversos na vida social, política e jurídica.

Essas dinâmicas nefastas fazem com que o Estado assuma um duplo papel: o de detentor do monopópio legítimo da austeridade e o de demolidor do Estado social. Encontramo-nos, assim, diante de uma mudança radical de paradigma: o Estado social torna-se um Estado penal (p. 126). Neste contexto, o contrato aparece como um elemento pacificador que desloca a responsabilidade para o plano individual. Os atores sociais, racionais e reflexivos, devem, eles próprios, traçar suas trajetórias de vida levando em conta um risco calculável. Este tipo de contrato se acompanha da impotência do Estado (p. 126-127). Isso significa que, para fazer face às contradições sistêmicas, uma vez perturbados os equilíbrios sociais pela austeridade, os modos de vida se transformam em "soluções biográficas" (p. 129-132). Esta *sociologia normativa da austeridade* leva também em conta a dimensão espaço-temporal, pois a austeridade impõe uma reconfiguração do espaço e do tempo político e jurídico, doravante orientados para a idéia de exceção (p. 137). A temporalidade limitada do estado de exceção passa por uma "naturalização instituída" que se institutionaliza de maneira permanente, mudando as formas de vida e de sociabilidade. Trata-se, portanto, de uma teoria, não da justiça social, mas do sacrifício social, acrescida de uma distribuição desigual dos sacrifícios (p. 141-146).

No quarto capítulo, *Polimorfismo do Estado*, Casimiro Ferreira aponta para as tensões existentes nos debates sobre o Estado. Sua análise da correlação entre as forças políticas e os interesses sociais procura estabelecer a linha de demarcação que define a intervenção estatal. O autor retoma, com acuidade, elementos históricos e teóricos (notadamente Marx *vs*. Weber, p. 163; Keynes *vs*. Hayek, p. 159; Rawls *vs*. Nozick, p. 169) para afirmar que a polarização entre o Estado social e o Estado mínimo, ou ainda os sincretismos que daí resultam (terceiras vias, liberalismo social, socialismo liberal etc), marcam nossa experiência política e social cotidiana, voltada para problemáticas fundamentais como a relação entre o Estado e a sociedade civil, a regulação e a neo-regulação, a governabilidade e a governança (p. 171). Este último paradigma podendo ser visto com um certo otimismo por André-Jean Arnaud, ou, ao contrário, de maneira crítica, como uma forma de "legalidade neo-liberal" por Boaventura de Sousa Santos (p. 180-181). Este capítulo termina com uma reflexão sobre a situação atual em Portugal, notadamente sobre o lugar do Estado social neste país. Segundo o autor, o Estado de Direito não mais é capaz de controlar seus próprios aspectos de legitimidade e de legalidade em razão dos poderes dos agentes não eleitos da Troïka: União Européia, Fundo Monetário Internacional e Banco Central Europeu (p. 183; 202).

Intitulado *Percursos da democracia,* o quinto capítulo questiona outras tensões subjacentes às sociedades contemporâneas como as que existem entre a liberdade, a igualdade e a fraternidade. É na combinação desses valores, e não somente no modo de funcionamento das instituições, que se definem as relações entre os indíviduos, as organizações sociais e o poder político (p. 201). Ao percorrer os grandes debates teóricos do século XX sobre a democracia, Casimiro Ferreira faz-nos repensar os paradoxos da democracia liberal globalizada, que não se preocupa com o que é substancial e que deveria ser concretizado materialmente para suprir as necessidades de todos os indivíduos (p. 216). A democracia liberal representa um empobreci-

mento da vida democrática em razão da regressão do espaço político, principalmente quando as lógicas privatistas se afirmam como inevitáveis (p. 220).

Ora, a regra da maioria não dá um cheque em branco aos dirigentes que querem fazer-nos crer, através de uma espécie de ficção fundadora da democracia, em um tratamento igual para todos. É urgente, pois, refletir sobre a qualidade da democracia, que pode ser medida pela vitalidade de três princípios: a liberdade, a igualdade real de oportunidades e o controle exercido pelos cidadãos (p. 225). Ainda uma vez o autor situa o debate, como a cada etapa de sua argumentação, nos acontecimentos que têm lugar na sociedade portuguesa. No seu país, com efeito, a democracia recente, bastante problemática, paga um preço muito alto às políticas de austeridade (p. 228). Ele aponta, então, para uma transição insólita: a democracia liberal torna-se uma pós-democracia da austeridade (p. 235).

Uma das mais interessantes articulações de Casimiro Ferreira encontra-se no capítulo seguinte, *Legitimidade, ressentimento e medo*, quando combina a noção de legitimidade com as teorias das emoções. Seu excelente conhecimento das teorias políticas e sócio-psicológicas permite uma análise das emoções no nível estrutural, macrosociológico, e não somente no nível microsociológico, permitindo observar em que medida os sentimenos sociais legitimam ou não o poder. Ao prescrutar as emoções, ele mostra como o ressentimento e o medo se manifestam atualmente na sociedade portuguesa, acabando por legitimar as medidas de austeridade das políticas neo-liberais que dividem os grupos sociais – aqueles que querem manter privilégios, aqueles que os perderam –, eliminando do corpo social toda possibilidade de solidariedade ao criar ressentimentos mútuos (p. 258). A construção social do medo é analisada também em relação ao mundo do trabalho, na ótica das incertezas dos trabalhadores sobre o futuro (p. 272).

Os capítulos *Judicialização da política e austeridade*, e *O direito como categoria sóciopolítica*, inscrevem plenamente o autor na sociologia política do direito. Uma reflexão sobre o ativismo judiciário mostra bem que este, inicialmente concentrado na área penal, se extende às questões sociais para compensar a crise do Estado de bem-estar social, principalmente através da ação dos tribunais constitucionais (p. 278). A título comparativo, podemos dizer que este ativismo judiciário, muito presente na América Latina e particularmente no Brasil, não está no nosso continente necessariamente vinculado à situações de crise como nos países europeus, mas sobretudo à resistência dos setores públicos e privados em aplicar as políticas sociais implementadas pelos governos Lula e Dilma, como é o caso do setor de saúde. De todo modo, face às tensões entre a política e o judiciário, o ativismo judiciário constitui um escudo em defesa dos direitos sociais (p. 279). Daí a importância da relação entre a justiça e a democracia, pois quando esta última é de baixa intensidade, os cidadãos apelam para o Judiciário em busca de solução para seus problemas. O Poder Judiciário adquire, então, uma nova legitimidade na medida em que a austeridade estabelece um novo equilíbrio entre os poderes (p. 281).

Segue uma abordagem da sociologia do direito que desvenda as tensões entre o direito e a sociedade. Numa visão crítica, Casimiro Ferreira destaca três polos estruturantes desta sociologia: o primeiro refere-se às relações entre o Estado, a sociedade civil, a política e o direito, tendo em conta a mudança de paradigmas políticos, e dando especial atenção para a tensão entre governabilidade e governação e a contraposição entre a juridificação das esferas sociais e as formas autorreguladas do direito (p. 307). O segundo polo de análise parte do princípio de que, sendo o direito estatal um modo de juridicidade dominante, ele convive na sociedade com outros modos de juridicidade, e que o pluralismo jurídico surge, neste âmbito, como reação ao processo de redução do direito ao Estado. Esta problemática torna-se muito importante neste momento em que a crise e as desigualdades sociais tendem à interpenetrar as regulações jurídicas e sociais (p. 309). O terceiro polo aprofunda o exame das interpenetrações entre o direito e a sociedade para mostrar como o direito desloca as fronteiras entre o legal e o legítimo (p. 311).

Quanto às relações entre a teoria social e a sociologia do direito, o autor afirma que o direito sempre esteve presente nas teorias sociológicas, mesmo que esta ligação entre a sociologia geral e este fenômeno sociológico nunca tenha ficado muito clara. Apesar da

relevância da sociologia do direito para a sociologia, esta não demonstra grande interesse por conceitos e temas fundamentais, como os direitos humanos ou outros fenômenos normativos. Como as teorias sociais, então, podem abordar as noções de "ação", de "legitimidade", de "normas" e de "valores" sem levar em consideração os conceitos jurídicos e a argumentação jurídica? (p. 313) Segue uma análise do direito liberal do contrato, onde Casimiro Ferreira mostra como chegou-se a um direito da cidadania e do reconhecimento social, para reafirmar ainda uma vez sua tese mais significativa, a da emergência de um *direito do trabalho de exceção* (p. 315).

Os três últimos capítulos – *Liberdade e igualdade têm que conflituar?, Liberdade: uma visão sociológica* e *A vulnerabilidade em liberdade* –, abordam os conceitos de liberdade e de igualdade para desconstruí-los de maneira crítica, acrescentando as noções de insegurança ontológica e vulnerabilidade social. Nessas páginas, o autor afirma que, se existe uma possibilidade de não conflitualidade entre liberdade e igualdade, essas noções não podem deixar de estar ligadas à justiça social. Esta indivisibilidade é necessária se quisermos que esses valores sejam aplicados e se concretizem na prática. Em razão das dificuldades desta realização prática, e a partir de uma visão crítica do neo-liberalismo e do formalismo da teoria política, surgem as lutas contra as discriminações sociais, como, por exemplo, o movimento feminista, os movimentos civis, as lutas contra as diferentes formas de discriminação, etc. (p. 354). A liberdade individual – somos autores dos nossos destinos com o poder de agir ou somos limitados em nossa liberdade de agir? –, constitui um obstáculo epistemológico que ainda orienta as reflexões da sociologia e da teoria político-social (p. 368). Quando analisa a sociologia clássica como crítica ao liberalismo contratual, o autor mostra como a dicotomia *status vs. contrato* não foi resolvida, e que a liberdade, o livre-arbítrio ou a livre escolha não podem sair deste dilema senão de forma condicionada e limitada pelas opções ideológicas de caráter político (p. 385).

Os desenvolvimentos que seguem examinam as relações *indivíduo/liberdade*, mobilizando importante literatura sociológica: as teses de Norbert Elias que colocam em evidência a passagem dos mecanismos de coação externa aos mecanismos de auto-controle; as teses de Zygmunt Bauman, cujo entendimento da liberdade se traduz na metáfora da balança com dois pratos, um contendo o peso de nossa liberdade e o outro o da nossa dependência, com os equilíbrios e os desequilíbrios que existem entre eles; as teses de Ralf Dahrendorf que reduz a liberdade a uma questão moral, e as teses de Axel Honneth que, com seu paradigma do reconhecimento intersubjetivo, suplanta duas concepções da liberdade, a liberdade negativa e a liberdade reflexiva. Casimiro Ferreira defende aqui uma visão da liberdade que integra a noção de segurança. A complexidade das dimensões simbólicas e culturais na estruturação do mundo social exige a compreensão que o amor e o ódio coabitam nos interstícios da liberdade e da segurança, e que se situam numa lógica de exclusão recíproca, não podendo existir um com o outro, nem um sem o outro. O Estado de bem-estar social é emblemático dessas contradições, dado que integra as tensões entre o liberalismo e a vontade coletiva de emancipação, devendo afrontar a disputa entre as lógicas de solidariedade durkheimianas e as lógicas individualistas do mercado (p. 392-400). Neste contexto, *a vulnerabilidade em liberdade* aparece como uma categoria sociológica, política e jurídica que traduz a precariedade de nossas instituições (p. 424).

Temos em mãos um livro a transbordar ideias, articulações teóricas transgressivas e elaborações inovadoras. Se o autor alonga-se, por vezes, em algumas passagens teóricas, reconhecemos que essas argumentações o levam à sólidas demonstrações científicas. O que importa sublinhar a propósito desta obra são as teses profundamente originais defendidas por Casimiro Ferreira: as que denunciam as ciências sociais e políticas como inaptas a analisar os mecanismos que sustentam uma *lógica de exceção que tornou-se uma categoria sócio-política*; as que mostram que a dimensão espaço/tempo deve ser tomada em conta, pois ela impede de ver o excepcional na rotina da vida cotidiana; as da emergência de uma *ideologia da austeridade* que coloca em xeque a política em seus aspectos de legitimidade e valores democráticos; as que desvendam as formas de manipulação da crise, percebida como uma oportunidade e não como uma justificação ideológica destinada a conformar as pessoas a situações anômicas que exigem,

pela culpa e pelo medo, sacrifícios desigualmente partilhados; as que apontam para a falsa neutralidade do pesquisador que não assume que a teoria é uma arma, que pode ser utilizada por todos, mas que pode dar esperanças àqueles que dela se servem para resistir e vencer situações sociais dolorosas sem aceitá-las como fatalidades.

A tese central, enfim, de construir uma *teoria em tempo de austeridade* para abrir outros debates e outros horizontes sociais. Resta saber como a sociedade civil portuguesa, ainda não suficientemente organizada, pode apropriar-se desta *teoria da resistência* para utilizá-la em seu favor. Mas isso seria um outro livro. Por enquanto, convido o leitor brasileiro a conhecer o que apresento aqui.