

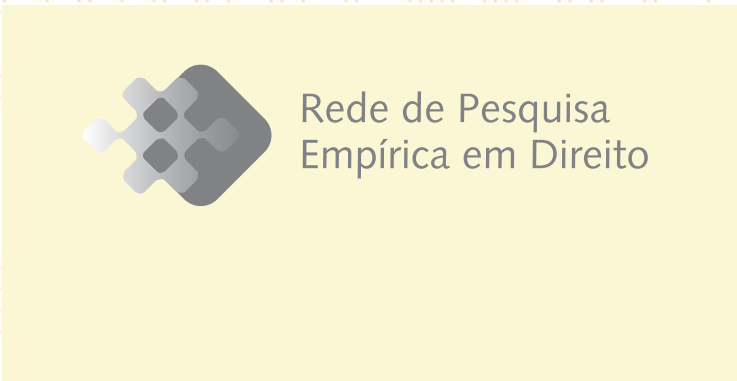
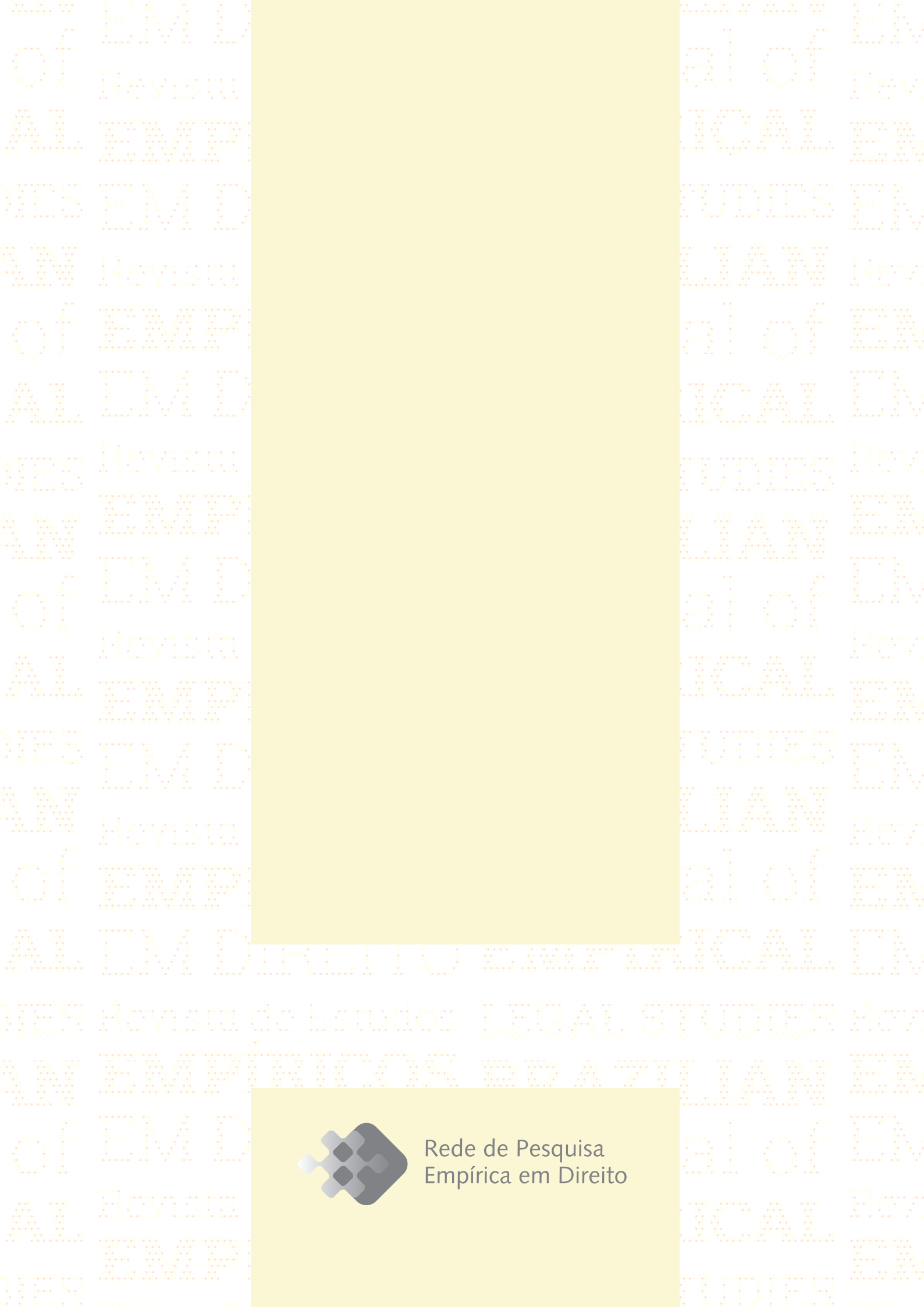
Revista de Estudos
EMPÍRICOS
EM DIREITO



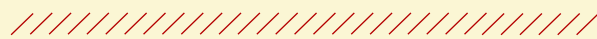
BRAZILIAN
Journal of
EMPIRICAL
LEGAL STUDIES



vol 2, n 2, jul 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

Maíra Rocha Machado / FGV Direito SP

Paulo Eduardo Alves da Silva / USP

REVISÃO DA REVISTA

JOURNAL REVISIONS /

Beatriz Kira

Carolina Dalla Pacce

Ingrid Garbuio Mian

Julia Gitahy da Paixão

Veridiana Domingos Cordeiro

PROJETO GRÁFICO

GRAPHIC DESIGN /

Raquel Klafke

Veridiana Domingos Cordeiro

DADOS PARA CONTATO

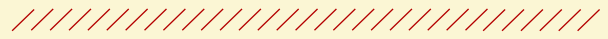
CONTACT INFORMATION /

www.reedrevista.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 Marcus de Alencar Xavier / U. Federal do Rio Grande do Norte

CARTA DOS EDITORES

//////
A Revista de Estudos Empíricos em Direito, publicada pela Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED) apresenta o seu quarto número, consolidando o objetivo de se tornar um canal de divulgação de trabalhos científicos que, com qualidade e rigor metodológico, observam o Direito em suas manifestações empíricas.

Este quarto número vem acompanhado de um gratificante comunicado à comunidade científica da Rede de Pesquisa Empírica em Direito: esta Revista, com apenas três números lançados, foi qualificada no estrato B2 pela Capes. Essa avaliação reconhece a qualidade e, principalmente, o potencial evidenciado pela Revista em seus apenas dois anos de existência. A Rede de Pesquisa Empírica em Direito tem conseguido articular pesquisadores das mais diversas regiões do país em seus encontros regionais e nacionais (já em seu quinto ano). Isso se reflete nesta Revista, que mantém um sério e real processo de avaliação cega por pares, buscando manter considerável variação regional dentro do que é possível em uma área em processo recente de formação.

Esta edição conta com trabalhos de maturação longa, nascidos de projetos conduzidos ao longo dos últimos anos por professores e pesquisadores de diferentes instituições do país. Com algum risco de reducionismo, os trabalhos podem ser agrupados em dois grandes blocos de problemas: aqueles relacionados a direitos sociais e democracia e os relativos ao aparato punitivo do Estado. No primeiro bloco, há trabalhos sobre os casos em que a população quilombola vai a juízo, sobre a dificuldade de participação popular nos conselhos municipais de Ribeirão Preto, sobre a confiança da população brasileira na Justiça e a sua propensão para cumprir as leis. Fecha o grupo um ensaio de caráter epistemológico sobre os discursos utilizados para a efetivação de direitos sociais e econômicos no Brasil, trabalho discutido e rediscutido por seu autor e este Editorial desde a sua submissão, há dois anos, até esta versão final.

O segundo grupo é maior e aborda problemas distintos. Dois artigos trazem dados sobre o funcionamento dos juizados especializados em violência doméstica de diferentes regiões do país, compondo um interessante desenho acerca da aplicação da Lei Maria da Penha. Outro trabalho sistematiza um interessante método de análise comparativa sobre os mecanismos de “*sentencing*”, dosimetria de pena e motivação utilizados por tribunais de diferentes países, inclusive o Brasil. A reintegração social do preso é objeto de um trabalho que traz resultados de um projeto desenvolvido por uma equipe do IPEA, coordenada pela saudosa colega Carla Andrade. Por fim, o sempre polêmico problema da regulação das drogas é objeto do último artigo que analisa o debate parlamentar a esse respeito.

Mais uma vez, um agradecimento particular aos pareceristas anônimos, revisores e tradutores, cujo comprometimento e qualidade técnica proporcionaram a boa avaliação desta precoce Revista.

Boa leitura!

OS EDITORES.

LETTER FROM THE EDITORS



The Journal of Empirical Legal Studies, published by the Brazilian Network of Empirical Legal Studies (REED), presents its fourth number. We believe this journal is consolidating its goal of becoming a gateway for spreading quality legal scholarship interested in empirical manifestations of Law.

The Brazilian Network of Empirical Legal Studies has been able to articulate researchers from diverse regions of the country in both its regional and national meetings (the annual national meeting is already in its fifth edition). This is reflected in this journal, which maintains a serious and rigorous process of double-blind peer review, while preserving a considerable regional variation in the realm of possibilities of a recently developed field of research.

This edition is composed by works of long reflection, born out of projects conducted in the last few years by professors and researchers of different institutions throughout the country. Withstanding the risk of being reductionist, these papers could be grouped in two sets of issues: those related to social rights and democracy and the ones related to the state's punitive apparatus. In the first set of papers, there are works on the cases of the quilombola population going to court, on the challenges for popular participation within the municipal councils of Ribeirão Preto, and also on the confidence in the justice system in Brazil and the propensity of the population to follow the law. Closing this group, there is an epistemological essay on the discourses used for the realization of social and economic rights in Brazil, a paper that has been discussed and revised by its author and this editorial board since its submission, two years ago, up until this final version.

The second group is bigger and deals with various issues. Two articles present data on the functioning of specialized courts on domestic violence in different regions of the country, painting an interesting design on the application of the Maria da Penha Law. Another

paper presents a systematic analysis of sentencing mechanisms and the reasons and motivations used by courts in different countries, including Brazil. The rehabilitation of prisoners in society is the object of a paper that brings us the results from a research project developed by a team from the IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – Institute of Applied Economics Research), coordinated by our dear colleague, Carla Andrade. Finally, the last article tackles the always polemic issue of the regulation of drugs through parliamentary debates on the topic.

Once again, we would like to send a special thanks to all our blind reviewers, our language reviewers and translators, whose commitment and technical expertise allowed us to proudly reach this fourth number.

Happy reading!

THE EDITORS.

SUMÁRIO

- ////////////////////////////////////
- 10 O desafio da reintegração social do preso:** Uma pesquisa em estabelecimentos prisionais // *Carla Coelho de Andrade, Almir de Oliveira Júnior, Alessandra de Almeida Braga, André Codo Jakob & Tatiana Daré Araújo.*
- 31 O Judiciário frente aos conflitos fundiários das comunidades quilombolas**
// *Ana Carolina Chasin*
- 48 Participação social, Estado democrático e constituição:** Uma análise do perfil dos Conselhos Municipais de Ribeirão Preto // *André Luis Gomes Antonietto & Fabiana Cristina Severi*
- 66 Dogmática jurídica da “efetivação de direitos sociais e econômicos” no banco dos réus:** reflexões metodológicas a partir de uma abordagem contextualista // *Charles Borges Rossi*
- 91 Grupos vulneráveis no Brasil** // *Luciana Gross Cunha, Rodrigo de Losso da Silveira Bueno, Joelson Oliveira Sampaio & Luciana de Oliveira Ramos*
- 110 Notas sobre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**
// *Cristiane Brandão, Clara Lima, Danielle Tavares, Juliana Azevedo, Luiza Dias, Renan Saueia & Renato Trindade.*
- 128 Gênero e violência conjugal:** Olhares de um sistema de justiça especializado
// *Nayara Magalhães*
- 156 Entre doentes e bandidos:** A tramitação da lei de drogas (nº 11.343/2006) no Congresso Nacional // *Marcelo da Silveira Campos*
- 174 As pesquisas sobre o “sentencing”:** Disparidade, punição e vocabulários de motivos // *Mariana Raupp*
- 193 A reviravolta empírica na doutrina do direito internacional** // *Gregory Shaffer & Tom Ginsburg*

TABLE OF CONTENTS



- 11** **The challenge of Social Reintegration of the prisoner:** A research in prisons
// *Carla Coelho de Andrade, Almir de Oliveira Júnior, Alessandra de Almeida Braga, André Codo Jakob & Tatiana Daré Araújo.*
- 32** **The Judiciary before land conflicts of quilombolas communities** // *Ana Carolina Chasin*
- 49** **Social participation, democra state and constitution:** A profile of the Municipal Councils in Ribeirão Preto - SP Analysis // *André Luis Gomes Antonietto & Fabiana Cristina Severi*
- 67** **The Brazilian legal dogmatics of the “realization of social and economic rights” under trial:** Methodological reflections based on a contextualist approach // *Charles Borges Rossi*
- 92** **Perceptions about compliance with Law and vulnerable groups in Brazil** // *Luciana Gross Cunha, Rodrigo Losso da Silveira Bueno, Joelson Oliveira Sampaio & Luciana de Oliveira Ramos*
- 111** **Notes on the Courts of Domestic and Family Violence against Women** // *Cristiane Brandão, Clara Lima, Danielle Tavares, Juliana Azevedo, Luiza Dias, Renan Saueia & Renato Trindade.*
- 129** **Gender and Marital Violence:** Points of view from a specialized justice system // *Nayara Magalhães*
- 157** **Between sick and bandits:** The processing of drug law (No. 11.343 / 2006) in Congress // *Marcelo da Silveira Campos*
- 175** **Research on sentencing:** Disparity, punishment and vocabularies of motives // *Mariana Raupp*
- 194** **The empirical turn in international legal scholarship** // *Gregory Shaffer & Tom Ginsburg*

O DESAFIO DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO PRESO: Uma pesquisa em estabelecimentos prisionais¹ // *Carla Coelho de Andrade (in memoriam)*², *Almir de Oliveira Júnior*³, *Alessandra de Almeida Braga*⁴, *André Codo Jakob*⁵ & *Tatiana Daré Araújo*⁶

Palavras-chave:

Execução penal/ Aplicação da lei/ Prisões/ Reintegração social

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

Sumário:

- 1 Introdução**
- 2 Metodologia: atividades, procedimentos e estratégias de coleta de dados**
- 3 Ações voltadas à reintegração social**
- 4 O lugar do trabalho nas políticas de reintegração**
- 5 O regime semiaberto e a reintegração social**
- 6 A reintegração vista pelos operadores da execução penal e agentes do sistema de justiça**
- 7 A reintegração vista pelos detentos**
- 8 Notas finais**
- 9 Referências**

Resumo

Este artigo é baseado em uma pesquisa realizada no âmbito de um acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com a finalidade de apresentar um panorama da reincidência criminal com base em dados coletados em alguns estados do país (Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná e Rio de Janeiro). Apresenta parte dos resultados de uma investigação de caráter qualitativo voltada para o aprofundamento da temática da reintegração social, entendida como a ação efetivamente promovida pelo Estado diante do desafio posto pela reincidência criminal. Buscou-se levantar as iniciativas existentes, as estratégias de implementação e desenvolvimento das ações, as percepções sobre a reintegração social desde a perspectiva dos diferentes atores envolvidos, considerando suas diferentes inserções no mundo institucional: juízes; operadores da execução penal e agentes envolvidos na execução dos programas (profissionais da equipe técnica dos órgãos de governo, agentes penitenciários, professores, assistentes sociais e psicólogos); presos e internos.

1 A pesquisa foi realizada pelo IPEA com financiamento do Conselho Nacional de Justiça. Tratou-se de uma cooperação técnica entre os dois órgãos.

2 Pesquisadora do Programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional (PNPD), da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (DIEST) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Foi a coordenadora da parte qualitativa da pesquisa.

3 Técnico de planejamento e pesquisa da DIEST/IPEA. Foi o coordenador geral da pesquisa. Contato: almir.junior@ipea.gov.br.

4 Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Foi assistente de pesquisa III da DIEST/IPEA. Contato: aabraga.uff@gmail.com.

5 Mestre em Sociologia pela Universidade Nacional de Brasília. Foi assistente de pesquisa II da DIEST/IPEA. Contato: andrejakob@graduate.org.

6 Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo. Foi assistente de pesquisa III da DIEST/IPEA. Contato: tat.dare@gmail.com.

THE CHALLENGE OF SOCIAL REINTEGRATION OF THE PRISONER:

A research in prisons // *Carla Coelho de Andrade (in memoriam), Almir de Oliveira Júnior, Alessandra de Almeida Braga, André Codo Jakob & Tatiana Daré Araújo*

Keywords

criminal enforcement / law enforcement / prisons / social reintegration

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

Abstract

This article is based on a survey conducted within the framework of a technical cooperation agreement between the National Justice Council (CNJ) and the Institute for Applied Economic Research (IPEA), with the purpose of presenting an overview of criminal recidivism based on data collected in some States of the country (Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, and Rio de Janeiro). It presents the results of a qualitative character investigation focused on the theme of social reintegration, understood as the actual action of the government before the challenge of criminal recidivism. Thus, it outlines the existing initiatives, the implementation strategies, the development of actions and the perceptions about social reintegration from the perspective of different actors, considering their respective insertions in the institutional world: judges; penal execution operators and agents involved in the implementation of the programs (technical team of professionals from government agencies, prison staff, teachers, social workers, psychologists); prisoners and internees.

1 Introdução

Os graves problemas carcerários do país têm levado o poder público e a sociedade a refletir sobre a atual política de execução penal, fazendo emergir o reconhecimento da necessidade de repensar esta política, que, na prática, privilegia o encarceramento maciço, a construção de novos presídios e a criação de mais vagas em detrimento de outras políticas sociais (Wacquant, Zaffaroni, 1999), (Carvalho, 2005 e 2007).

A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, enfrenta obstáculos na aplicação de muitos de seus dispositivos. Em seu art. 1º, a lei apresenta o objetivo de *efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*. A legislação tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e, de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social. No art. 10 da referida lei está disposto que *a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso*. A LEP prevê, entre as atenções básicas que devem ser prestadas aos presos, assistência psicológica, educacional, jurídica, religiosa, social, material e à saúde.

Os ideais previstos pelos legisladores trouxeram para o cerne da discussão polêmicas em torno do conceito de *ressocialização* (Bitencourt, 2007), finalidade atribuída à prisão moderna e base da concepção de execução penal prevista na LEP. Embora a literatura revele a existência de controvérsias em torno do tema da ressocialização (Baratta, 2013), qualquer das posições traz propostas de ações que têm como finalidade impactar na trajetória de vida dos indivíduos encarcerados (Julião, 2009).

Entre os especialistas, predomina a opinião sobre a incapacidade da prisão no que se refere à ressocialização do condenado, de modo que é difícil defender que esse possa ser um de seus objetivos (Salla & Lourenço, 2014). Os ataques mais severos advêm dos adeptos da criminologia crítica, que censuram a ressocialização por implicar na violação do livre-arbítrio

e da autonomia do sujeito, uma vez que a ideia de “tratamento” ou correção do indivíduo que sustenta esta perspectiva pressupõe que se deva anular a sua personalidade, suas ideologias e suas escalas de valores para adequá-lo aos valores sociais tidos como legítimos (Baratta, 2007); (Zaffaroni, 1991); (Hulsman, 1986). Haveria ainda um paradoxo: como esperar que indivíduos desviantes se ajustem às regras sociais segregando-os completamente da sociedade e inserindo-os em um microcosmo prisional com suas próprias regras e cultura? (Bitencourt, 2007).

Todavia, a opinião quase consensual de que a prisão não é capaz de ressocializar não implica em consenso sobre os rumos que deveriam ser dados à prisão. Quanto a isso, Baratta (2007) aponta duas grandes posições: a realista e a idealista.

Os adeptos da posição realista, partindo da premissa de que a prisão não é capaz de se constituir em espaço de ressocialização, defendem que o máximo que ela pode fazer é neutralizar o delinquente. Em decorrência, se alinham ao discurso oficial da prisão como prevenção especial negativa (neutralização ou incapacitação do delinquente), que está na base do recrudescimento das estratégias de contenção repressiva. No extremo oposto estão os que se inserem na posição idealista, que permanecem na defesa da prisão como espaço de prevenção especial positiva (ressocialização). Mesmo admitindo seu fracasso para este fim, advogam que é preciso manter a ideia da ressocialização, já que seu abandono acabaria reforçando o caráter exclusivamente punitivo da pena, dando à prisão a única função de excluir da sociedade aqueles que são considerados delinquentes.

Para Baratta (2007), nenhuma dessas duas posições é aceitável. Para o autor, a prisão, do modo como se apresenta, é de fato incapaz de promover a ressocialização; ao contrário, o que ela tem produzido realmente são obstáculos ao alcance deste objetivo. No entanto, apesar deste reconhecimento, sustenta que o intuito não deve ser abandonado, mas reconstruído e, nesta reconstrução, propõe a substituição dos termos ressocialização e tratamento pelo de *reintegração social*. A seu ver, ressocialização e tratamento denotam “uma postura passiva do detento e ativa

das instituições: são heranças anacrônicas da velha criminologia positivista que tinha o condenado como um indivíduo anormal e inferior que precisava ser (re) adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como ‘boa’ e aquele como ‘mau’ ” (Baratta, 2007, p. 3). Em oposição, o termo reintegração social pressupõe a igualdade entre as partes envolvidas no processo, já que requer a “abertura de um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, no qual os cidadãos reclusos se *reconheçam* na sociedade e esta, por sua vez, se *reconheça* na prisão” (Baratta, 2007, p. 3).

Seguindo essa mesma linha argumentativa, Alvino de Sá acrescenta que a oposição aos termos reabilitação e ressocialização se dá pela responsabilidade que a sociedade passa a ter neste processo. Retomando suas palavras, “pela reintegração social, a sociedade (re) inclui aqueles que ela excluiu, através de estratégias nas quais esses excluídos tenham uma participação ativa, isto é, não como meros ‘objetos de assistência’, mas como sujeitos” (Sá, 2005, p. 11).

Outra questão abordada por Baratta quando traz a reflexão sobre o conceito de reintegração social são as condições de cárcere. Na sua perspectiva, tanto sob o prisma da integração social como do criminoso, “a melhor prisão é, sem dúvida, a que não existe”, uma vez que não há nenhuma prisão boa o suficiente para atingir a reintegração. Dito de outra maneira, “não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la apesar dela; ou seja, tornando menos precárias as condições de vida no cárcere, condições essas que dificultam o alcance dessa reintegração” (Baratta, 2007, p. 02). Ainda que estas ações devam ser valorizadas, Baratta ressalta que não se trata da defesa de um reformismo tecnocrático que se restringiria apenas a produzir “uma prisão melhor”, mas de inserir isso em uma política maior que caminhe para a direção de uma situação de “menos cárcere”.

As iniciativas governamentais buscam alcançar maior aproximação e adequação da ressocialização aos fins práticos, em virtude de o Estado ter obrigação de oferecer o tratamento penal ao apenado. Nas pautas governamentais existe lugar para questio-

amentos como: qual a melhor forma de punir? De que forma punir e recuperar ao mesmo tempo? Que estratégias podem ser adotadas visando à reintegração social? Como efetivar os direitos previstos na LEP? Qual melhor forma de gerir o sistema prisional? Como construir programas que tenham efeito na trajetória futura do indivíduo encarcerado?

De acordo com marcos institucionais do federalismo brasileiro, os estados possuem autonomia para estruturar suas políticas de execução penal, desde que condizentes com os parâmetros legais da proposta ressocializadora. Apesar do modelo de tratamento penal ser diferenciado, em sua maioria, os estados tentam seguir as diretrizes consagradas na Lei de Execução Penal no que se refere à efetivação das assistências.

Assim, propostas diferenciadas, que podem inclusive partir de bases ideológicas radicalmente distintas, convivem no território nacional, a despeito da compreensão do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça - DEPEN/MJ, órgão responsável no nível federal pelas diretrizes do setor. Inclusive, o posicionamento do DEPEN acerca do conceito de tratamento penal abrange não somente os direitos assistenciais da lei, como também aposta em ideias de cidadania e dignidade humana. Contudo, em que medida os programas desenvolvidos no âmbito dos estados se aproximam ou se afastam da política voltada à reintegração social orientada pelo DEPEN? Quais as estratégias de reintegração adotadas? Com que finalidade? O que pensam os atores do Judiciário e do Executivo sobre essa política? E os apenados? Em que medida os programas têm efeito sobre a reincidência? São essas as questões que a pesquisa realizada procurou explorar.

As informações contidas neste artigo foram organizadas em oito seções. Na sequência desta introdução, na segunda parte é descrita a metodologia empregada na pesquisa, trazendo não apenas atividades, procedimentos e estratégias de coleta de dados, como também questões que orientaram a investigação.

A terceira parte descreve as ações voltadas à reinte-

gração social e os casos investigados, focando, mais precisamente, o modo como as instituições penitenciárias têm pensado e em que condições têm executado atividades visando à promoção das assistências material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. O caso da assistência ao trabalho é tratado à parte, na quarta seção do texto.

A quinta seção faz uma análise dos desafios colocados aos programas de reintegração social no contexto do regime semiaberto.

A sexta apresenta as percepções dos operadores da execução penal (administração, direção e gerência do sistema prisional) e dos agentes envolvidos na execução dos programas (profissionais da equipe técnica – professores, assistentes sociais, psicólogos, equipe da saúde, agentes penitenciários, entre outros), dos agentes do sistema de justiça e dos apenados sobre os programas de reintegração social e a reincidência criminal.

A sétima parte traz algumas considerações a partir das realidades vivenciadas pelos próprios detentos, as quais podem servir para suscitar um debate mais aguçado sobre a política voltada à reintegração social. Então, na parte final, o artigo sintetiza os principais problemas encontrados no diagnóstico realizado pela pesquisa.

2 Metodologia: atividades, procedimentos e estratégias de coletas de dados

A pesquisa teve como foco conhecer algumas políticas de reintegração social desenvolvidas pela execução penal em território brasileiro, trazendo elementos que permitissem refletir sobre a sua contribuição para a reinserção social do apenado e redução da reincidência criminal. De modo específico, por meio de um procedimento qualitativo, com base em uma análise descritiva, pretendeu levantar, dentre outros pontos, os seguintes aspectos sobre a realidade da política reintegração social: i) programas, projetos e outros tipos de iniciativas existentes; ii) estratégias de implementação e desenvolvimento dos programas, projetos e outras iniciativas; iii) percepção dos operadores da execução penal (administração, di-

reção e gerência do sistema prisional), e dos agentes envolvidos na execução dos programas sobre os programas e sobre a reincidência (profissionais da equipe técnica – professores, assistentes sociais, psicólogos, equipe da saúde, agentes penitenciários, entre outros); iv) percepção dos agentes do sistema de justiça sobre a política de reintegração social e sobre a reincidência (juízes); v) percepção dos apenados sobre os programas dos quais participam e a reincidência.

Buscou-se, portanto, conhecer as percepções sobre a reintegração social desde a perspectiva dos diferentes sujeitos envolvidos, considerando suas diferentes inserções no mundo institucional. A pesquisa trouxe uma pluralidade de significados e perspectivas, possibilitando uma interpretação multi-informada sobre a temática e escapando de visões generalistas.

Com a finalidade de possibilitar o aprofundamento da investigação, foram realizados estudos de casos, baseados em visitas e entrevistas individuais com os operadores da execução penal e grupos de discussão realizados com os executores da execução penal agrupados por categorias profissionais e apenados em três unidades da federação. Buscou-se descrever as ações voltadas à reintegração social nos casos investigados, focando, mais precisamente, o modo como as instituições penitenciárias têm se estruturado e em que condições têm executado atividades visando à promoção das assistências material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao trabalho. Sem qualquer pretensão de representatividade, o critério de escolha das experiências pautou-se pelos seus potenciais de permitir explorar analiticamente diferentes dimensões que compõem a problemática da reintegração social do apenado. Assim, os casos “A”, “B” e “C” retratam situações exemplares, no sentido de serem úteis para pensar o problema em foco¹:

O caso “A” se ateu às unidades comuns de um com-

¹ Optou-se por desidentificar as experiências, nomeando os casos estudados com as letras “A”, “B” e “C”. A decisão de não identificar foi tomada por respeito ao compromisso assumido pela equipe com os atores que contribuíram com a pesquisa. Além disso, ao não identificar as experiências, esperava-se que o estudo não se convertesse em instrumento de pressão sobre os gestores, já que não teve caráter denunciativo.

plexo penitenciário;

O caso “B” tratou de uma unidade comum de um complexo penitenciário e duas experiências diferenciadas de tratamento penal (Parcerias Público-Privadas e Associação de Proteção e Assistência aos Condenados). Este trabalho apresenta apenas os resultados da investigação realizada na unidade comum.

O caso “C” tratou de uma experiência diferenciada de tratamento penal denominada Módulo de Respeito levada a cabo no interior de uma unidade comum de um complexo penitenciário.

A pesquisa, conduzida ao longo de 2013, foi realizada por uma equipe interdisciplinar, composta por uma antropóloga, um sociólogo e duas advogadas, ambas com pós-graduação em ciências sociais. Em todos os casos, as atividades e procedimentos da pesquisa tiveram como foco atores participantes da administração do sistema prisional, da elaboração e execução de programas, projetos e ações voltados à reintegração social, atores do sistema de justiça, além dos apenados. Teve-se o cuidado de estabelecer contatos prévios por telefone com órgãos do executivo e do judiciário. Nesses contatos, feitos por telefone e por meio de ofícios, eram explicados os objetivos da pesquisa e também solicitado o agendamento de entrevistas com atores chaves que poderiam autorizar a realização da pesquisa e abrir as portas para o campo. Em nenhum dos casos houve negação à nossa demanda e colocados empecilhos à realização do campo.

Em relação às técnicas de coleta de dados, o levantamento de informações foi realizado por meio de pesquisa em fontes secundárias e primárias. A pesquisa em fontes secundárias implicou na organização dos dados disponíveis sobre a política de reintegração social nos sistemas prisionais dos estados a serem visitados. O objetivo deste levantamento foi instrumentalizar o pesquisador com informações que o subsidiassem na escolha das experiências e das unidades prisionais que seriam objeto de investigação mais aprofundada. A pesquisa em fontes primárias foi realizada por meio de entrevistas individuais em

profundidade com os operadores da execução penal (administração, direção e gerência do sistema prisional), grupos de discussão com executores da execução penal (profissionais da equipe técnica – professores, assistentes sociais, psicólogos, equipe da saúde–, agentes penitenciários) e apenados e observação direta. Nos três estudos de caso (“A”, “B” e “C”), as entrevistas individuais e os grupos de discussão foram apoiados por um roteiro temático e seguiram um esquema geral, mas puderam incorporar temas adicionais pertinentes a cada um dos sujeitos entrevistados. Também corroborou para que as entrevistadas tivessem essa maleabilidade os elementos trazidos pela observação direta, técnica que consiste na observação de eventos e de comportamentos, verbais e não verbais relacionados ao objeto de estudo e no levantamento de informações obtidas por meio de conversas informais. O uso da observação direta nos estudos de caso realizados foi de extrema importância ao trazer para a pesquisa informações sobre o cotidiano das unidades prisionais, mostrando como os discursos dos diversos atores se manifestam na prática. Assim, pode-se afirmar que as entrevistas individuais e as discussões grupais progrediram junto com a observação, de maneira concertada, uma técnica alimentando a outra, o que possibilitou estabelecer um diálogo entre o ponto de vista do entrevistado e o que foi observado em campo, além de escapar de um jogo de perguntas e de respostas prontas.

3 Ações voltadas à integração social

Conforme previsto na Lei de Execução Penal - LEP, além do caráter retributivo, a sanção penal deve ter como função “reeducar”, e proporcionar condições para a “harmônica integração social do condenado ou do internado”. Nessa perspectiva, as instituições penitenciárias têm a função de executar um conjunto de atividades que visem à reabilitação do apenado², criando condições para o seu retorno ao convívio social. Essas atividades devem promover o “tratamento” penal com base nas “assistências” material, à saúde, jurídica, educacional, psicológica, social, religiosa, ao trabalho e à profissionalização³. Para isso,

2 Neste texto, *apenado* é a pessoa condenada a cumprir pena por uma instância jurídica.

3 Na LEP houve uma mudança da terminologia “tratamento”

os estabelecimentos penais devem ser dotados de estrutura física e humana.

As instituições penitenciárias observadas procuravam executar um conjunto de atividades declaradamente voltadas à reintegração social dos apenados que contemplavam as assistências previstas na LEP. Contudo, as assistências eram mínimas, sendo que maior parte se constituía mais como presença simbólica, dada principalmente a atribuição legal e para manter a imagem sobre o discurso ressocializador, do que realidade na execução penal.

Geralmente, os operadores da execução penal e agentes envolvidos na implementação de ações alegavam falta de estrutura física e humana para implantação integral dos serviços. Também não era garantido o acesso de toda a população carcerária às assistências oferecidas e a equidade no atendimento. Na escassez para prover as assistências aos presos, alguns direitos podiam, até mesmo, passar a representar fatores de privilégios, objetos de barganha, de controle e de poder no interior das unidades prisionais.

A segurança se colocava em primeiro plano, tendo prioridade em relação aos serviços de assistências. Assim, as equipes técnicas eram instruídas a executar as ações tendo em vista parâmetros que não podiam entrar em choque com as regras e normas de segurança estabelecidas pelas direções das unidades, questão apontada como um importante obstáculo para implantação das assistências.

Além disso, a segurança nas unidades prisionais era estruturada com base no rígido controle disciplinar. A doutrina de prêmios e castigos, na sua versão perversa, que apela não para o estímulo e sim para a coerção e instiga o medo para produzir alterações nas condutas, era quase uma regra. Quanto mais submetido às normas institucionais – mais disciplinado, mais chances tinha o preso de poder participar dos programas e ações desenvolvidas na instituição pri-

por “assistência”, que sugere prestação de serviços, a atenção e o apoio contínuos aos apenados. A assistência é definida como dever do Estado (capítulos II e III da LEP), que deve garantir às pessoas em privação de liberdade o direito aos serviços sociais que possibilitem sua reintegração social.

sional. Ou seja, as sanções disciplinares determinavam as condições de inserção do preso, os benefícios que teriam ou não acesso, e produziam a separação entre os que eram julgados como em condição de reintegração social e os que não apresentavam essa condição.

Na prestação dos serviços de assistência material, nas unidades pesquisadas, não havia fornecimento de kits de higiene pessoal e roupas de cama. Para suprir essa necessidade, os presos, geralmente, dependiam de seus familiares. A alimentação não era escassa, mas a comida aparecia como motivo de queixas, sendo a sua má qualidade apontada, inclusive, como razão de rebeliões. Foram encontradas duas situações: na primeira, a alimentação era feita por meio de processo licitatório, onde empresas concorriam para a prestação do serviço aos detentos. As instalações eram próprias das empresas, localizando-se fora dos estabelecimentos penitenciário. Em um dos casos estudados, constatou-se que o transporte e armazenamento da comida alterava seu PH, chegando às mãos dos presos, muitas vezes, estragada, com mau cheiro e aspecto de podre. Na segunda situação, as cozinhas ainda estavam em atividade nas unidades do complexo prisional. Estas eram-velhas, não passavam por manutenção e apresentavam poucas condições de higiene. Até as áreas destinadas ao estoque de mantimentos eram sujas, podendo servir de local de moradia de *insetos* e *animais pestilentos*, como ratos e baratas.

Em razão da precariedade da alimentação, os juízes de execução penal acabavam liberando a entrada nas unidades prisionais de gêneros alimentícios levados por familiares, o que gerava conflito com os agentes de segurança, na medida em que exigia maior fiscalização. Também em razão disso era autorizado o funcionamento de cantinas, locais onde os presos gastavam a maior parte de seu dinheiro. Em um dos casos, as cantinas das unidades prisionais eram extremamente lucrativas e quem as controlava eram considerados poderosos, pois detinham não apenas o monopólio do comércio de gêneros alimentícios e produtos de higiene, como também de produtos ilícitos como drogas, armas e celulares.

O ideal seria que o Estado fornecesse toda a alimentação de maneira satisfatória, mas, como não acontece, eu tenho que permitir a entrada de alimentos pelos familiares, até para suprir a carência do Estado. Mas no presídio de segurança máxima, onde não há essa permissão, o preso pode ficar várias horas sem alimentação. Por exemplo, o café da manhã é servido lá pelas dez horas da manhã. Isso porque oito horas tem a troca de turno dos agentes penitenciários, então quem está saindo não quer entregar as refeições e deixa para quem está chegando. Daí quem chega não está pronto para trabalhar ainda, até se arrumar e começar a entregar as refeições já são dez horas da manhã (juiz de execução penal – caso A).

Quanto à assistência à saúde, as unidades prisionais pesquisadas não contavam com suficiente estrutura para assistência à saúde dos detentos. Existiam as campanhas de vacinação obrigatórias patrocinadas pelo Ministério da Saúde e outras iniciativas visando ao controle de doenças infectocontagiosas, mas os atendimentos das situações mais graves praticamente limitavam-se às emergências, como no caso de vítimas de espancamento. Embora, desde 2003, os Ministérios da Justiça e da Saúde, em portaria conjunta, tenham instituído o Plano Nacional de Saúde Penitenciária – PNSSP, que estabelece a necessidade de organização de ações e serviços de saúde no sistema penitenciário, tendo por base os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS, nas experiências estudadas não houve completa implantação do plano⁴.

4 A Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777/2003 orienta a atenção à saúde a ser prestada às pessoas privadas de liberdade pela lógica da atenção básica. Para tanto, prioriza ações de prevenção e promoção da saúde bem como o controle e a redução dos agravos e danos mais frequentes à saúde da população prisional. Tendo em vista as péssimas condições de habitabilidade e salubridade das unidades prisionais e a superpopulação foram previstas ações visando ao controle das doenças infectocontagiosas, em especial a tuberculose, as DST, HIV/AIDS, hepatites e a hanseníase. Também foram estabelecidas ações visando à garantia da saúde integral das pessoas presas, relacionadas à saúde bucal, saúde da mulher e saúde mental; a implementação de medidas de proteção específicas e a implantação de ações de promoção da saúde, em especial no âmbito da alimentação, atividades físicas, condições salubres de confinamento e acesso a atividades laborais. O PNSSP, a partir de um conjunto de princípios e diretrizes, definiu metas e ações mínimas que devem ser realizadas pelas equipes de saúde penitenciária, compostas minimamente por médico, dentista, enfermeiro, auxiliar de enfermagem, psicólogo e assistente social e,

Segundo os profissionais da área, entre as principais dificuldades para implantação do PNSSP estava a falta de profissionais para compor as equipes de saúde penitenciária ou sua contratação temporária, constituindo um obstáculo à manutenção das ações. A resistência dos municípios para referenciar unidades de saúde fora do sistema penitenciário para atendimento das pessoas presas também foi outro problema apontado. Mesmo quando superados estes óbices, a necessidade de ambulância, escolta dos doentes e o estigma que cerca a população prisional dificultavam a implantação do plano.

Tem as campanhas que vêm determinadas para a gente, as campanhas de prevenção de DST/AIDS, Diabetes, hipertensão, tuberculose, hanseníase, dengue. Tem metas de campanha, são seis obrigatórias e duas extras. Fora as campanhas, a atenção da gente aqui basicamente se resume ao acolhimento de enfermagem, atendimento de livre demanda e acompanhamento clínico. A gente tem portador de sofrimento mental, tem epilético (...). Nós fazemos pequenos curativos, não tem médico, senão faríamos as pequenas cirurgias. Então tudo é encaminhado para fora (...). A gente já teve problemas aqui de gerente de unidade de pronto atendimento ligar brigando porque a gente está encaminhando preso para lá, que ele não quer que faça isso, pois está constringendo a população usuária daquele local, porque o preso está lá (enfermeira – caso B).

Não existia uma política voltada para a dependência de drogas em nenhuma das realidades investigadas, uma questão de saúde que envolvia uma parcela considerável da população carcerária. Muitos indivíduos ingressavam no sistema prisional já viciados ou se tornavam dependentes no interior do cárcere. Ainda que operadores da execução penal e agentes do sistema de justiça atribuíssem, de forma generalizada, à drogadição papel de destaque nas causas da reincidência criminal, não se oferecia oportunidade de tratamento clínico para esses indivíduos, embora o acesso aos medicamentos fosse amplo, tornando-se mais um problema a ser enfrentado: da dependência das drogas ilícitas para as lícitas. As poucas iniciativas existentes partiam de grupos religiosos,

para incentivar a adesão ao PNSSP, prevê um incentivo financeiro.

não necessariamente preparados para realizar intervenções tecnicamente especializadas, inclusive com apoio psicológico. Vale dizer que, no que tange à esta modalidade de assistência, um número reduzido de psicólogos trabalhava nas unidades estudadas e os poucos que atuavam não conseguiam acompanhar os indivíduos contínua e de maneira aprofundada, sendo suas agendas traçadas de acordo com as demandas do juiz da execução e a urgência dos casos.

Eu sei que é difícil, que têm síndrome de abstinência. A gente fala: pede ajuda, se você não estiver aguentando, chama a gente, a gente conversa, leva no posto de saúde, tenta arranjar alguma medicação, tenta resistir. Tem uma dificuldade muito grande em relação a usuário de droga. Tudo que a gente estuda tem dificuldade de aplicar aqui. Eu acredito que química a gente trata com química, é preciso muitas vezes ter uma medicação para ajudar eles. Querem que a gente faça um trabalho de tratamento, prevenção em relação à droga, mas não dão subsídio nenhum para ajudar. É impossível virar para um usuário de crack e falar que ele vai ter que largar o vício só com a força de vontade (psicóloga- caso C).

A assistência religiosa ocorria em todas as experiências pesquisadas, sendo as práticas religiosas voltadas para a “recuperação do criminoso”. De modo geral, as unidades prisionais permitiam o acesso às entidades religiosas de todas as orientações, desde que previamente cadastradas, não necessariamente existindo locais adequados para a realização das atividades, na maior parte das vezes cultos e estudos bíblicos. Em geral, na visão dos operadores da execução penal e agentes envolvidos na implementação das ações nas unidades prisionais, a religião era uma prática de extrema relevância para a reintegração social dos indivíduos, colaborando para uma mudança radical de comportamentos e com o estado de tranquilidade e harmonia na prisão, ainda que existissem filiações a grupos religiosos motivadas não pelo desejo de apoio religioso, mas principalmente pela insegurança existente nas prisões, pela busca de privilégios na conquista de benefícios (livramento condicional, progressão para o regime semiaberto entre outros) e assistência material aportada pelos grupos religiosos.

A assistência à educação era também ofertada em todas as experiências investigadas, existindo iniciais no plano da educação básica, mas nem sempre abrangendo o ensino fundamental. Geralmente, os profissionais de ensino percorriam as unidades prisionais tentando sensibilizar os presos para os estudos. Contudo, a oferta nem sempre correspondia à demanda, o que gerava extensas listas de espera. O benefício da remição da pena, a fuga da “ociosidade” e da rotina da cadeia-poderiam explicar o interesse dos presos em ir para a sala de aula, segundo esses profissionais. Na ausência de vagas para todos os internos, a prioridade era dada aos condenados, sob o argumento de que o tempo de permanência do provisório era imprevisível, havendo alta rotatividade dessa categoria de preso.

De modo geral, os profissionais de ensino e mesmo os presos consideravam o ambiente prisional como hostil ao trabalho educacional. Existia um conflito entre a garantia do direito à educação e a realidade da prisão, marcada pela superlotação, por violações múltiplas e cotidianas de direitos e pelo superdimensionamento da segurança e de medidas disciplinares. O trabalho educacional nas unidades prisionais, além de descontínuo, era atropelado pela lógica da segurança, que sempre o sobrepunha: podia ser interrompido a qualquer momento, especialmente quando circulavam boatos sobre a possibilidade de motins e na ocasião de revistas. Não raro, a suspensão das atividades educacionais constituía em castigo aplicado ao conjunto de presos quando a segurança era ameaçada, ficando à mercê da boa vontade de dirigentes e agentes-penitenciários retomá-las. Ou seja, o direito à educação era visto como instrumento da política de punições e recompensas.

Dirigentes e profissionais de ensino também apontaram como problemas o número reduzido de salas de aula e, ainda, com condições de infraestrutura precárias, número de horas reduzidas destinadas à escolarização, despreparo dos professores, reforçado pela inexistência de formação específica dos educadores para lidar com o contexto prisional, e baixo interesse de professores melhor preparados em lecionar em escolas das prisões.

Assim, ainda que a aprovação, em 2009, das “Diretrizes Nacionais para a oferta de educação nos estabelecimentos penais” e, em 2010, das “Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade” no âmbito da política de execução penal consistam em significativo avanço na história da educação nas unidades prisionais, a sua implementação é ainda um desafio a ser enfrentado⁵.

A gente está tendo que passar por constrangimento para vir para a escola. O procedimento de uns dias para cá está sendo abusivo, rasgam os cadernos, há certa desconfiança com relação aos alunos e até aos professores. A gente está fazendo procedimento diferenciado em relação aos demais para estudar aqui. Cada um mora em um pavilhão diferente, a gente tem que passar por uma geral para ir e por uma geral para voltar: baixa a roupa, senta num banquinho, volta, senta num banquinho. Parece que não quer que o cara estuda, quer testar. A educação é mal vista pelos agentes, eles falam: ‘se vocês quisessem estudar, vocês estudavam na rua’. Está difícil (...). O problema não é o estado, mas a própria direção que está botando empecilhos. Nem um livro para a gente pegar na biblioteca eles estão deixando a gente pegar. Não pode trazer livro para a gente ler. Difícil. A gente que gosta de ler, quer estudar, está complicado (interno do regime fechado – caso B).

No âmbito da assistência social, os profissionais da área afirmavam ter por missão desenvolver ações centradas, principalmente, na busca de melhoria da qualidade de vida do preso no sistema prisional. O papel da assistência social consistiria em defender os direitos dos presos, dando visibilidade aos seus problemas e procurando levá-los para instâncias

capazes de solucioná-los. Os profissionais faziam encaminhamentos para as áreas de saúde, jurídica, psicológica, mas seu trabalho estava condicionado à disponibilidade de agentes de segurança, fator considerado bastante limitador e prejudicial a sua atuação, assim como a não comunicação das transferências de preso das unidades prisionais.

Em todas as experiências estudadas, a assistência social desenvolvia ações com a finalidade de regularizar a situação da documentação dos presos, não raro, ingressos no sistema prisional sem certidão de nascimento, carteira de identidade e CPF. Para tanto, eram necessárias articulações com secretarias de segurança, tribunal de justiça e receita federal. Em um dos complexos prisionais, a emissão das carteiras de identidade era facilitada pela impressão de fotografias 3x4 dentro das próprias unidades prisionais, viabilizada pela aquisição de impressoras fotográficas. Segundo os profissionais da área, regularizar os documentos era importante para os presos, pois, sem fazê-lo, era impossível integrar programas de estudo ou trabalho na prisão. Ao mesmo tempo, entre uma parcela de internos, permanecia o receio de que a documentação pudesse piorar sua situação jurídica.

A família constituía outro eixo do trabalho da assistência social, mas nem sempre os atendimentos aos internos podiam ser estendidos às suas famílias, considerando o volume de trabalho e o número de profissionais nas unidades. Em um dos casos pesquisados, no entanto, mesmo com inúmeras dificuldades, criou-se um Núcleo de Assistência à Família do Preso (dentro do complexo penitenciário estudado no caso “A”). O mesmo tinha por finalidade melhorar o atendimento aos visitantes, geralmente familiares dos presos, funcionado em uma área central da cidade, de fácil acesso, de modo que o familiar não mais necessitasse ir à unidade prisional durante a semana para fazer o cadastramento da visita social e íntima. O projeto foi inicialmente implementado na Unidade de Segurança Média, após uma rebelião de presos. Além de buscar um tratamento mais humanitário para os familiares, objetiva incrementar o controle, reduzindo o contato dos visitantes com os funcionários da unidade prisional bem como se tornando espaço de circulação de informações relevantes para

5 As Diretrizes são frutos de diversas ações coordenadas pelos Ministérios da Justiça e da Educação em articulação com os estados e com a sociedade civil organizada, a partir de 2005, sobre a *educação em prisões*, demandando para os Conselhos Nacionais de Educação - CNE e Política Criminal e Penitenciária - CNPCP os devidos encaminhamentos para aprovação. Através da Resolução nº 3 de 11/03/2009 o CNPCP aprovou as *Diretrizes Nacionais para a oferta de educação nos estabelecimentos penais* no âmbito da política de execução penal. E da Resolução nº 2 de 19/05/2010, o CNE aprovou as *Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade* no âmbito das políticas de educação.

a segurança. O projeto do Núcleo de Atendimento expande-se, alcançando outras unidades prisionais, como a unidade prisional feminina. No entanto, a criação do Núcleo não alterava as condições das revistas obrigatórias de segurança realizadas nos familiares, cujos procedimentos convencionais eram qualificados pelos presos como vexatórios e humilhantes.

Três anos e cinco meses preso sem ver o meu pai, porque meu pai ele é muito tímido e não vem por causa dessas revistas. A minha mãe vem, coitada, e sai daqui chorando por causa da revista. A minha filha tem 15 anos, não vem por causa da revista. É meu irmão que vem uma vez ao mês (interno do regime fechado – caso B).

Em relação ao caso “B”, observou-se a implementação da revista tanto dos funcionários quanto dos visitantes através do *body scanner*, um equipamento que emite feixes de raio-X capazes de fazer uma inspeção do corpo humano. Este procedimento, por um lado, atende aos objetivos da segurança, uma vez que é capaz de detectar objetos que são de entrada proibida no presídio e, por outro lado, é considerado pelos diversos atores como menos invasivo e constrangedor se comparado à revista íntima.

Nos termos da Lei de Execução Penal, prestar assistência jurídica aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado é obrigação do Estado. Contudo, a defensoria pública, que deveria teoricamente ser responsável pela assistência jurídica gratuita e permanente aos presos, em nenhuma das situações estudadas possuía estrutura para o atendimento da expressiva demanda, fato que implicava longas esperas, longa detenção pré-julgamento, e demora na marcação de audiências e, conseqüentemente, no alcance de benefícios, como o da progressão de regime. Não raras vezes as execuções corriam praticamente à revelia da defesa ou os detidos se reuniam pela primeira vez com o defensor apenas no tribunal na ocasião de uma audiência. E, mesmo havendo atuação defensoria, muitas vezes não eram discutidas, a fundo, questões envolvendo relevantes indagações e conseqüências nos destinos

da execução e na vida do encarcerado⁶.

Nesses contextos de baixíssima atuação da defensoria pública, os mutirões carcerários realizados pelo Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), eram considerados de extrema importância. Além de analisar a situação processual dos indivíduos que cumprem penas, juízes são encarregados de inspecionar unidades prisionais, observando as condições de encarceramento, inclusive as ações voltadas à reinserção social preconizadas na LEP. Com base no diagnóstico encontrado, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização (DMF) do CNJ recomenda a tomada de providências pelas instituições do sistema de Justiça, dos níveis federal, estadual e distrital.

A gente erramos (*sic*), erramos e existe justiça pra isso. Porque se não tivesse justiça, imagina como o mundo seria, não é verdade? Mas aqui tem muita gente que errou e já passou da pena, já passou de cadeia, como se tivesse pagando de outra pessoa. Precisa de advogado, e o estado não dá. Se cumpriu a pena, tem que ir para a sociedade, a gente não somos animais. Tem direito de voltar pra sua família e começar do zero (interno do regime fechado – caso A)

O lazer foi tema pouco destacado enquanto relevante para a promoção da reintegração social. Por serem confundidas com ociosidade, as práticas de lazer dos presos podiam ser até mesmo execradas por agentes penitenciários e outros operadores da execução penal. Festas e campeonatos esportivos eram raramente promovidos pelas unidades prisionais, ainda que, em todas as experiências, profissionais de saúde e muitos internos consideravam a falta de atividade física como um enorme problema.

4 O lugar do trabalho nas políticas de reintegração

A LEP assegura o trabalho penitenciário como direito, dever social e condição de dignidade humana,

⁶ Cabe observar que o número de defensores públicos no país é severamente inadequado.

com finalidade educativa e produtiva⁷. Nos casos estudados, os operadores da execução penal assumiam o trabalho no cárcere, ao menos no plano retórico, mais do que qualquer outra assistência, como a mais importante ferramenta para o prisioneiro se reintegrar à sociedade, preocupando-se em criar vagas e priorizando a implantação de projetos de caráter laboral nas unidades prisionais.

Ainda que garantidas legalmente, as oportunidades de trabalho eram reduzidas, acessíveis apenas a uma minoria dos apenados. Apesar de o trabalho não ser bem visto por todos os presos, que podiam enxergá-lo como exploração ou atividade de “frojado”⁸, muitos eram desejosos de uma oportunidade e poucos a conseguiam, tornando o trabalho privilégio de alguns e mal visto pelos demais internos que não conseguiam obtê-lo. Os presos trabalhavam dentro e fora dos complexos prisionais. As atividades laborais realizadas no interior estavam principalmente relacionadas à manutenção dos presídios (limpeza, obras de reparo, cozinha, capinagem, etc.), mas havia também trabalhos ofertados por empresas privadas instaladas dentro dos complexos. As atividades externas eram oferecidas por empresas conveniadas, públicas e privadas, que viam vantagens na contratação de presos a baixo custo, sem vínculos empregatícios e encargos sociais. Às vezes as empresas privadas recebiam o benefício da isenção de impostos como estímulo à contratação de presos. Mesmo obtendo vantagens na absorção de mão-de-obra prisional e tendo em vista que as parcerias favoreciam muito mais interesses empresariais do que, de fato, a reintegração social dos presos, havia insuficiência de convênios, principalmente em razão da rejeição social e estigma contra aquele que comete crime.

Diante da falta de postos de trabalho, em geral, dava-se prioridade aos presos condenados. Excepcionalmente, em um dos complexos penitenciários que fizeram parte da pesquisa, o caso “C”, encontrou-se

7 No âmbito prisional o trabalho nem sempre foi interpretado como direito, mas sim utilizado como instrumento de punição e recompensa. Na prática, ainda está longe de ser percebido como direito.

8 Pessoa que sempre vacila; pessoa que não é de sua estima; pessoa simulada; otário.

uma situação em que, por falta de estrutura adequada para abrigar a empresa nas outras unidades do complexo prisional, a mesma foi instalada na unidade de presos provisórios. Este fato leva à indagação sobre o efeito dessa escolha em uma política de reintegração social, tendo em vista a incerteza do tempo de permanência desses indivíduos na prisão.

O comportamento era um dos critérios utilizados na seleção dos que eram indicados para trabalhar: aqueles que eram considerados com “bom comportamento”, em condições de submissão a disciplina e adestramento às normas e condutas estabelecidas, geralmente eram indicados. Era bastante comum a demanda por trabalho partir de familiares, que a levavam aos diretores das unidades, assistentes sociais, psicólogos ou mesmo juiz das varas de execução penal. Lideranças de presos, notadamente pertencentes às facções criminosas, também participavam do encaminhamento dos pedidos, que podiam ser ou não acatados, a depender da vistoria realizada pelo setor de inteligência (como se fazia no caso C).

Apesar da LEP dispor que “na atribuição do trabalho, deverão ser levados em conta habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado” (Art. 32), eram poucas as situações em que o trabalho estava em consonância com a capacitação profissional. O trabalho prisional era visto muito mais como ocupação de tempo ocioso ou “laborterapia”, instrumento de manutenção da ordem e da segurança da prisão, atenuando as consequências negativas da inatividade, tais como o consumo de drogas ou a violência, do que atividade de formação e qualificação profissionais.

Os trabalhos realizados pelos presos geralmente não contribuíam para a aprendizagem de um ofício e desenvolvimento de competências procuradas no mercado de trabalho de forma a possibilitar a sua reinserção social, exigindo, em geral, baixíssima qualificação. Assim, embora o trabalho fosse considerado fundamental na política de reintegração, nem todos os postos ofertados no sistema serviam a essa finalidade. Os próprios presos não entendiam o trabalho como meio de adquirirem capacidades técnicas.

cas que poderiam ser utilizadas quando de sua liberação, sendo no máximo considerado útil enquanto prática que lhes facilita aquisição de benefícios, tais como regalias e remições da pena

O recebimento de um salário pelo trabalho executado era de extrema importância para os apenados, pois se sentiam em condições de ajudar não apenas a si, mas também à família⁹. Até começar a trabalhar, os presos deixavam de prover ou colaborar com o sustento da família, ficando, geralmente, dependendo dela. Assim, por menor que fosse a remuneração, geralmente compunha o orçamento familiar, e sentia-se útil à família, mesmo estando dentro da cadeia, era motivo de orgulho. O retorno financeiro advindo da realização de um trabalho era importante também para os que não tinham família, pois possibilitava obter bens pessoais. Por se tratar de algo tão importante, atrasos no pagamento, como encontrado em um dos casos estudados, era motivo de revolta.

O dinheiro não dá pra o sustento da família. Tudo é dinheiro: transporte, advogado, sair de casa pra vir para a unidade. Quando tá pagando, todo mundo vê que a feira aumenta, melhora. Em vez de vir ½ kg, tá vindo 1kg. Em vez de vir 200g, vem 500g, e assim por diante. É um absurdo deixar um trabalhador sem receber, fica revoltado (condenado do regime fechado – caso A).

Dentro de um sistema complexo de punições e recompensas, o trabalho pode ser uma das recompensas mais importantes que o preso pode receber. Pela lei, além de haver um desconto de um dia na pena a cada três dias de trabalho, o interno ainda recebe um

pecúlio por hora de trabalho¹⁰.

A remição da pena era vista pelos presos como um ponto positivo do trabalho, mas identificavam outros benefícios advindos dele, como se manter ocupado, matar o tempo e fugir do tédio das celas. O tempo livre para os que trabalhavam adquiria uma conotação negativa, pois os aproximavam da difícil realidade da prisão. Trabalhar, por favorecer a liberdade de circulação dentro do presídio (trabalho interno) ou fora dele (trabalho externo) também trazia uma maior proximidade ao sentimento de liberdade.

Na cadeia a gente tem que ocupar a mente. Aqui a gente tem liberdade de ir e vir com a supervisão dos agentes. A gente brinca um pouco, conversa, e num instante passa o dia. Quando chega no módulo mesmo, às vezes nem liga a TV, já vai dormir, descansar um pouco, porque anda muito, vai pra lá, vem pra cá, a gente não para, está sempre ocupado (condenado do regime fechado – Caso A).

Os presos também não deixavam de estabelecer uma relação instrumental e oportunista com o trabalho penitenciário, pois este permitia dar a si uma visão positiva, o que proporcionava melhoria de vida na prisão. Além de ocuparem os melhores locais (módulos ou pavilhões) na penitenciária, existia melhor tratamento e valorização dos que trabalhavam por parte dos funcionários penitenciários, para os quais, o fato de um interno estar trabalhando representava o seu arrependimento pelo crime cometido e interesse pela mudança de comportamento.

5 O regime semiaberto e a reintegração

9 A LEP prevê a remuneração do trabalho executado pelo apenado, não podendo o valor ser inferior a ¾ do salário mínimo. O inciso I do Art. 29 dispõe que o produto da remuneração pelo trabalho deve atender à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; à assistência à família; a pequenas despesas pessoais; ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nos itens anteriores. O inciso II refere-se a outras aplicações legais, relacionadas com o restante da remuneração, dispõe que deve ser depositada para constituição do pecúlio em cadernetas de poupança e entregue aos condenados quando alcançarem a liberdade.

10 A LEP, através dos artigos 28 ao 37, expõe as regras que orientam o trabalho prisional: regula o trabalho interno (Art. 31 ao 35) e externo (para cuja execução, é preciso permissão da direção do estabelecimento penal, dependendo da aptidão, disciplina responsabilidade do apenado, bem como do cumprimento mínimo de 1/6 da pena para primários, e 1/4 para reincidentes – Artigos 36 e 37) e sua remuneração e destino; delimita a jornada de trabalho (para trabalho interno, que não pode ser inferior a seis horas nem superior a oito, com descanso aos domingos e feriados – Art. 33), a remissão da pena (Arts. 126 ao 130). O Artigo 28, inciso II da LEP, determina que “o tratamento do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”. O apenado não tem direito a férias, carteira assinada, 13º salário.

social

A legislação brasileira estabelece que a pena privativa de liberdade, necessariamente, deve se dar de forma progressiva, de maneira a alcançar a gradativa recuperação social do condenado. Entendida como ferramenta fundamental para transformação e ressocialização dos indivíduos, a aplicação da progressão de regimes está condicionada à avaliação da vida passada e presente daquele que requer seu benefício¹¹. No ordenamento jurídico do país, existem três tipos de regimes de cumprimento de pena: o regime fechado (executável em estabelecimentos prisionais de segurança máxima ou média, denominados penitenciárias), o regime semiaberto (executável em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar) e o regime aberto (cumprido em casa de albergado ou em outro estabelecimento adequado). Deste modo, salvo nas hipóteses de condenação que prevê o regime inicial aberto, nos demais, obrigatoriamente, o sentenciado deverá passar pelo regime semiaberto, um regime intermediário que objetiva permitir ao condenado, no seu processo de gradativo de preparação para reintegração à sociedade, algumas experiências sociais externas ao cárcere. Nos termos da LEP, nesse regime já é possível a presença do condenado em cursos externos e, ainda, as saídas temporárias para visita à família e participação de atividades que concorram para o retorno social podem ser em maior número.

O regime semiaberto foi um problema encontrado em todas as experiências estudadas. No caso A, a unidade de semiaberto havia sido interdita por determinação judicial e, na falta de estrutura física, o juiz de execução penal fixava diretamente a prisão domiciliar, sendo exigida a apresentação dos condenados uma vez por mês na vara. Muitos não compareciam e acabavam esquecidos ou considerados foragidos, enquanto outros morriam e a justiça nem ficava sabendo.

A falta de controle dos presos que progrediam para o regime semiaberto e cumpriam prisão domiciliar

¹¹ Existem outros critérios para a transferência de regimes, mas que, na prática, a progressão se materializa por meio da avaliação do comportamento do indivíduo, de seu envolvimento em atividades do próprio presídio e de sua participação em atividades de trabalho, estudo, etc.

tinha consequência direta no processo reintegração social dos indivíduos. Caso o preso fizesse parte de algum programa de ressocialização, a progressão da pena o desvinculava automaticamente da iniciativa. Assim, se o apenado estivesse trabalhando em uma das empresas conveniadas com o órgão da administração penitenciária, ao progredir para o semiaberto, era desligado do trabalho. Além disso, por confundir o cumprimento do semiaberto em domicílio com a liberdade, o indivíduo não procurava mais a justiça e nem o setor responsável pelo semiaberto no complexo prisional, deixando de se candidatar a uma das vagas de trabalho oferecidas nas empresas conveniadas.

No caso B, os juízes das varas de execução penal e funcionários penitenciários foram categóricos em suas afirmações de que o regime semiaberto deveria ser abolido, em razão da dificuldade de acompanhamento e fiscalização dos indivíduos inseridos nesse regime. Nessas condições, o semiaberto não acrescentaria nada ao processo de reintegração social, sendo ainda um desperdício de dinheiro público. Na visão de alguns operadores da execução penal, talvez fosse necessário pensar em um sistema que substituisse o regime semiaberto pelo livramento condicional, mas efetivamente monitorado. Isso porque, na maioria dos casos, o sujeito ficava esperando uma proposta de trabalho para poder progredir. Proposta que, por vezes, nunca chegava. Essa espera teria feito o regime semiaberto ser apelidado de “regime semifechado”.

Eu acho desnecessário esse regime semiaberto. Ou você tem um regime fechado, ou você tem um regime aberto, com fiscalização através de monitoração eletrônica. Seja lá o que for, uma fiscalização que não demande um custo muito alto para o Estado. O regime semiaberto, o que eu vejo, é um desperdício de dinheiro público imenso. Porque o preso trabalha o dia inteiro fora, com uma fiscalização inexistente por parte do Estado enquanto ele está fora da unidade prisional, e ele só vem para comer e para dormir dentro do presídio. Então você não precisa de gastar esse aparato todo para propiciar apenas um local para o preso se abrigar no período da noite. É talvez uma visão muito simplista da minha parte estar emitindo

esse tipo de opinião, mas, sinceramente, é isso que eu penso. O regime semiaberto hoje se demonstra desnecessário. A par de acarretar um custo muito alto para o Estado, o custeio desse regime. O Estado não consegue fiscalizar com grande efetividade e apenas gasta com o preso (juiz de execução penal – caso B).

No caso C, a unidade destinada aos presos do regime semiaberto, distante 15km do complexo prisional, era tida, tanto por funcionários penitenciários e magistrados, quanto por internos, como a pior de todo o sistema prisional, não surtindo efeito sobre o processo de reintegração do preso à sociedade. Era unânime a queixa em relação à péssima estrutura oferecida aos internos desse regime. A unidade destinada aos presos do semiaberto se mostrava propícia para acerto de contas em todos os níveis, sendo qualificada como “açougue” ou “matadouro humano”. Os internos diziam temer profundamente por suas vidas quando progredirem de regime, pois o isolamento que os protegia dos chamados “comando” inexistia no semiaberto. A situação era tão grave que chegaria a fazer com que alguns internos recusassem a progressão oferecida, preferindo cumprir o restante da pena em regime fechado.

A falta de acompanhamento dos presos do regime semiaberto foi outro problema apontado por magistrados e funcionários penitenciários, como nos outros casos. O preso neste regime tinha sua saída liberada em horário comercial, mesmo sem ter necessariamente um emprego, e, diariamente, se via na rua, tentado a não retornar ao local. Além das dificuldades de cumprimento do semiaberto, havia também o questionamento de sua função na pena e sua serventia para a reintegração social.

Quando ele está lá fora no semiaberto é o período mais difícil. Porque é uma condição de semiliberdade. Ele ainda não cumpriu a pena, ele tem que voltar a noite, mas ele está lá fora solto. É estranho, a sociedade não entende, o próprio preso condenado não entende. Muitos acham que quando ele sai para o semiaberto já está livre, ele não quer voltar. A gente explica para ele que ele tem que voltar mas ou ele se faz de desentendido. Ele está com o pensamento tão voltado para a liberdade, que ele acha que já cum-

priu a pena, que não precisa voltar. Aí não volta, quebra as regras do semiaberto e volta para o fechado. Às vezes nem volta porque praticou outra conduta, mas porque quebrou as regras do semiaberto, deixou de comparecer, não informou mudança de endereço... Se você for para o semiaberto e conhecer o prédio, conhecer as condições, você vai ver que é muito difícil cumprir o semiaberto (juíza de execução penal – caso C)

Em situação de tamanha precariedade, no caso C, internos e magistrados clamavam pelo monitoramento eletrônico, sendo sua adoção iminente. A expectativa era a de que as tornozeleiras se tornassem um substituto do regime semiaberto¹².

Nos outros casos estudados, a monitoração já era uma ferramenta de controle que recentemente tinha passado a ser utilizada em uma parte de condenados que cumpria pena em regime semiaberto. No caso A, o critério de escolha dos que utilizavam as tornozeleiras eletrônicas havia sido estabelecido pelo judiciário, que deu preferência para o monitoramento daqueles que haviam cometido crimes hediondos ou equiparados, como tráfico de drogas, homicídio qualificado e latrocínio. A central de monitoramento acompanhava 24 horas os passos dos presos em que tal medida havia sido aplicada.

Ainda no caso A, as visões do executivo e do judiciário acerca da utilização desse recurso se chocavam. O executivo entendia que o monitoramento era uma ferramenta importante para a fiscalização do cumprimento das decisões judiciais e também para “evitar o desnecessário encarceramento”. Seria uma alternativa ao sistema prisional tradicional e, inclusive, um substitutivo do semiaberto. Já no judiciário, as posições eram totalmente contrárias à utilização do monitoramento como substituto do semiaberto.

Os presos do regime semiaberto entrevistados que portavam a tornozeleira criticavam o monitoramento

¹² A monitoração eletrônica foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da lei 12.258 de 2010. O art. 146 da lei dispõe sobre as situações jurídicas passíveis de aplicação da fiscalização através da monitoração eletrônica, que são duas: a circunstância de saídas temporárias no regime semiaberto (Art. 146-B, II) e a prisão domiciliar (Art. 146, IV).

eletrônico por considerá-lo como um agravador das situações de estigma, preconceito e discriminação vivenciadas, o que, nas suas visões, dificultava a sua reintegração social. Já os presos do regime fechado, absolutamente desinformados sobre como a ferramenta vinha sendo utilizada no estado, encaravam-no como um grande fantasma.

No caso B, a implementação do monitoramento eletrônico em conjunto com a prisão domiciliar estava sendo testada como projeto piloto nos casos da lei Maria da Penha e a iniciativa vislumbrava expansão. Executivo e judiciário tendiam a ser favoráveis ao seu uso, inclusive no regime aberto. No entanto, acreditava-se que ainda era necessário aprofundar o debate sobre esse tipo de ferramenta, pois se por um lado o monitoramento era capaz de promover eficácia na fiscalização, por outro relegava a plano secundário as iniciativas voltadas para a reintegração social do indivíduo¹³.

6 A reintegração vista pelos operadores vista pelos operadores da execução penal e agentes do sistema de justiça

A legislação brasileira defende o tratamento ressocializador como finalidade da pena privativa de liberdade. Mas, qual a compreensão que os atores das experiências investigadas tinham sobre a ideia de ressocialização? Acreditavam na possibilidade de reintegração social do detento?

No caso A, a maioria dos operadores da execução penal afirmava que a reintegração social do preso só seria possível com um tratamento pautado pelo respeito e valorização da pessoa humana. Contudo, nem todos os presos teriam vocação para se reintegrar à sociedade: *“uns têm vontade de se ressocializar e uns realmente não querem”*. Existiriam *“pessoas ruins”*,

13 A lei 12.258/10, que concebeu o monitoramento eletrônico, reformando a LEP, foi parcialmente vetada. O monitoramento para o regime aberto, para as penas restritivas de direito, para o livramento condicional e para a suspensão condicional da pena, foi considerado desproporcional, aumentando “os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso” (Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010).

“de índole criminosa”, *“convictas de que sua vida é no crime”*, e estas não poderiam ser transformadas, merecendo tratamento distinto. Com base em um sistema classificatório, que, desde a entrada no cárcere, colocava o indivíduo do lado do bem/bom e do lado do mal/ruim, os presos eram tidos pelos funcionários penitenciários como recuperáveis e não recuperáveis. Nas suas opiniões, os que eram classificados com atributos negativos mereceriam ser excluídos das iniciativas voltadas à reintegração social.

No caso B, essa dicotomia entre os que poderiam ou não se ressocializar estava também presente na fala de funcionários penitenciários, sendo os presos categorizados como *“bandidos”* – os que o ambiente de socialização necessariamente levava à criminalidade – e os *“de boa índole”*, *“trabalhadores”*. Enquanto os primeiros carregariam um conjunto de características morais que inviabilizaria qualquer mudança de conduta; os segundos eram considerados passíveis de reinserção, uma vez que teriam cometido apenas um desvio de conduta, não sendo o seu comportamento e sociabilidade naturalmente voltados para a criminalidade.

Nem todo indivíduo é bandido. Nós temos os criminosos e nós temos os bandidos (...). Existe a pessoa que nasceu trabalhadora. O trabalhador comete um crime, comete um homicídio, às vezes um furto por necessidade, e essa pessoa é trabalhadora, nasceu com exemplo do pai e da mãe trabalhadora. Trabalhou até cometer o delito, até ser preso. Esse aí tem grandes chances de voltar para a sociedade e continuar trabalhando. O segundo tipo de pessoa, aquele que já nasce no crime, tem convívio e cresce naquele meio. Crescendo naquele meio a tendência dela é se tornar bandido. Então essa pessoa que já vem do berço, ele vai preso no socioeducativo, passa um tempo no socioeducativo, sai do socioeducativo, chega maior, fica preso uns anos aqui, volta para a rua e continua no crime, porque esse nunca foi trabalhador (agente penitenciário – caso B).

No caso C, os presos eram classificados pelos operadores da execução penal entre os que manifestavam o desejo de mudar e os que haviam *“escolhido”* o mundo do crime – *tem muita gente que não quer*

mudar, que escolheu aquilo para a vida –, sendo este um importante critério de seleção na eleição dos que ingressariam em projetos implementados no complexo prisional.

Em todas as experiências estudadas, as opiniões dos operadores da execução penal se dividiam: para alguns, a ressocialização dependia exclusivamente da vontade de transformação do indivíduo; para outros, dependia não apenas do desejo, mas também de oportunidades.

Nem sempre a estrutura prisional oferecia oportunidades de ressocialização e, quando as mesmas existiam, não eram distribuídas igualmente. O Estado não teria interesse em mudar essa situação e a sociedade não colaborava para a reintegração social dos indivíduos encarcerados.

A sociedade vê a prisão como depósito de lixo, lugar onde você descarta coisas indesejadas. Tudo é culpa do sistema prisional, mas para a ressocialização precisaria de um esforço coletivo de toda a sociedade. Mas ela não vê que essas pessoas vão voltar um dia (gerente de laborterapia – caso A)

Em geral, havia a percepção de que a maioria dos internos possuía uma história de vida repleta de exclusão, na qual não teriam tido acesso aos direitos básicos. Por isso, os vocabulários “reinsserir”, “ressocializar” ou “reeducar” seriam mal empregados, até mesmo inadequados para se aplicar a esses indivíduos.

Como que ele vai ser reinserido numa sociedade onde ele nunca foi inserido? O acesso aos direitos não existe, à escola, à saúde, previdência... É complicado trabalhar a ressocialização em quem desde o nascimento foi destituído dos seus direitos básicos, nunca teve acesso à educação, à saúde, à alimentação... Como que o serviço social vai reinserir quem nunca foi inserido (profissional da assistência social – caso A)

Os operadores da execução penal procuravam manter um discurso alinhado com o dos defensores dos direitos dos presos. Além da humanização dos pre-

sídios, insistiam na necessidade de fazer cumprir a LEP, de aproximar a sociedade do cárcere e da importância da família para a reintegração social da pessoa encarcerada. Ao mesmo tempo, não raro deixavam escapar palavras hostis em relação aos presos, defendendo os preceitos da sociedade punitiva: “*a ressocialização é o ideal, mas na realidade a cadeia é punição apenas. E pensando como sociedade, acredito que ele tem que pagar mesmo*”. Principalmente os agentes penitenciários acreditavam que o foco na punição era mais importante do que na ressocialização, pois punir seria muito mais inibidor das ações criminosas do que as ações voltadas à reintegração.

Pairava a dúvida sobre a eficácia da prisão na transformação dos indivíduos. Principalmente devido às condições de cumprimento de pena, o cárcere possuía uma capacidade limitada de ressocialização, deixando espaço para uma política de execução centrada na punição, ainda que, idealmente, seu papel fosse de punir e reeducar, simultaneamente.

A opinião de que a prisão deveria ter tanto foco na punição quanto na reeducação estava presente nos discursos dos operadores da execução penal. Contudo, para alguns funcionários penitenciários, educar seria, sobretudo, atribuição da sociedade e da família.

Em todos os casos pesquisados, à família foi atribuído um papel de destaque, sendo apontada pelos operadores da execução penal como elemento central no processo de reintegração social: “*a família é fundamental para a reinserção social do preso. Quem a família acompanha, está o tempo todo junto, tem grandes chances de se reinsserir*”. O apoio familiar ao detento era tido como a principal motivação para a sua vontade de mudar, de não mais delinquir e de nunca mais voltar ao sistema prisional.

Contudo, apenas o apoio da família não bastava. As ações voltadas à reintegração social seriam de extrema importância na promoção do encontro do interno com a sociedade. E entre as ações mais relevantes estariam os programas de trabalho e educação. Os profissionais que atuavam nesses campos acreditavam que para implantar uma política de reintegração

social as duas áreas, obrigatoriamente, teriam que estar juntas. Acreditavam no poder transformador da educação e do trabalho e na própria capacidade de transformação dos sujeitos, mas a sociedade não estaria preparada para receber o ex-presidiário.

Trabalhamos o sujeito para reintegrar na sociedade na questão do trabalho e educação. Nós aqui do sistema prisional fazemos a nossa parte, mas e a sociedade? Como essa sociedade recebe esse indivíduo? Nem tudo depende da gente. Depende do reeducando, porque ressocialização começa com mostrar que ele tem que participar da própria educação, e depende da sociedade, que não está preparada para acolhê-lo (gerente de educação – caso A).

Os operadores da execução penal também chamaram atenção para as condições de trabalho dos agentes penitenciários, o que consideravam importante fator a ser considerado em uma política voltada à reintegração social. A má remuneração, a falta de condições adequadas de trabalho, o corpo diminuto de servidores e a falta de qualificação afetariam na qualidade do trabalho desempenhado. Algumas funções típicas de agentes penitenciários, como realização de escoltas e segurança, muitas vezes eram desempenhadas por trabalhadores terceirizados, com pior formação que os agentes e geralmente alocados nos setores mais indesejados por estes servidores.

Em todas as experiências estudadas, havia uma grande ambiguidade no discurso dos agentes e outros funcionários penitenciários. Se, por um lado, a implantação das assistências era considerada importante para a humanização dos presídios, “reeducação” e reintegração social dos presos, por outro, havia também manifestação de um profundo incômodo com os direitos dos presos e certa banalização do valor da liberdade.

Com respeito à percepção dos agentes do sistema de justiça, em todos os casos estudados, a opinião era de que a ressocialização dos indivíduos poderia ocorrer mais facilmente com o cumprimento integral da LEP, com um tratamento digno e respeitoso ao preso. Este tratamento estaria muito aquém do desejado. O quadro de promoção dos direitos e políticas de res-

socialização no sistema penitenciário brasileiro era avaliado pelos magistrados como bastante deficitário.

Acredito que a ressocialização é possível. Nós temos as duas opções: do bem e do mal. Se ele se sente incentivado naquilo que está fazendo seja pelo estudo, seja pelo trabalho, eu acredito que sim. Já tivemos inúmeros casos, mesmo aqui, onde temos unidades prisionais com superlotação, não tão boas condições como as unidades do interior. Mesmo aqui a gente consegue a ressocialização de muitos presos. Agora você tem que tocar no coração. E a maneira de tocar no coração? Fundamentalmente o trabalho, mais que qualquer religião. Acho que tem também que incentivar o lado religioso até para você despertar no indivíduo a vontade de recuperar, você tem que tirar o indivíduo do ócio, o ócio é pernicioso (juiz de execução penal – caso B).

A inexistência dos Conselhos da Comunidade por falta de mobilização da sociedade e a não separação dos encarcerados por tipo penal foram outros problemas, também relacionados ao não cumprimento da LEP, apontados pelos agentes do sistema de justiça como obstáculo a uma política consistente voltada à reintegração social do preso.

Não apenas magistrados, como também operadores da execução penal viam na separação por tipos penais e por condição no processo criminal (provisório e condenado; fechado, semiaberto e aberto) uma medida de extrema necessidade de implantação no sistema carcerário.

Em que pese a dificuldade das administrações prisionais em promover o cumprimento do ordenamento jurídico no que tange à separação por tipos penais e condição no processo criminal, em todos os casos, a circunstância da separação do preso “seguro” era entendida como forma de resguardar a integridade física dos presos que cometiam delitos sexuais ou que eram beneficiados pela delação premiada.

Na percepção dos operadores da execução penal e magistrados, a não diferenciação dos presos pela natureza do delito cometido e condição no processo

criminal deixava brecha para a reprodução e aperfeiçoamento da criminalidade, pois os presos, condenado por diferentes motivos e em cumprimento de regimes diferenciados, trocavam suas experiências e aprendiam uns com os outros. Nesse sentido, o cárcere era descrito como uma “escola do crime”.

Esse cara era um assaltante, desses que rouba carteira no meio da rua. Quando ele sair daqui provavelmente ele aprendeu como é que assalta o caixa eletrônico, que é uma coisa mais complexa. Então é assim, uma escola, o que ele vai tirar daqui depende dele. Então, nesse sentido, eu acredito que o processo de ressocialização fica muito restrito (profissional de psicologia – caso B).

Os operadores da execução penal também trataram da dificuldade de atendimento da assistência jurídica ao preso condenado, que se mostrava insuficiente diante da extensão da população carcerária. Nas suas visões, isso podia causar o cumprimento excessivo da pena, algo que atrapalharia a ressocialização. No caso dos presos provisórios, permaneciam por longo período dentro do sistema aguardando pelo julgamento, sendo colocados em uma espécie de limbo.

7 A reintegração vista pelos detentos

Em todos os casos estudados, os presos entrevistados acreditavam que a possibilidade de reinserção social dependia em grande medida de esforços pessoais para combater os efeitos nefastos que o cárcere havia deixado em suas vidas. Alguns descreveram essa experiência como a pior de suas existências, relatando vivências relacionadas às más condições de cumprimento da pena, como a falta de assistência, superlotação das celas e violência: “é uma morte em vida, o cárcere”. Contudo, muitos acreditavam que a existência da prisão era absolutamente necessária, mas em moldes diferentes.

Infelizmente eu errei, tenho que pagar, né? Agora, a condição para pagar tinha que ser melhor. O sistema prisional é um inferno. Uma cela com dezoito presos, um colchão de solteiro para dois ou três, péssima comida, a gente é chamado de demônio. Para pagar,

podia ser diferente (condenado do regime fechado – Caso B).

Afastar-se das coisas que pudessem trazer lembranças da prisão era tido como um elemento importante para aqueles que pretendiam um dia recomeçar a vida. Contudo, no retorno à liberdade seria difícil desfazer-se dessas lembranças. Até porque, a mácula do lugar ficaria cravada em suas vidas: “*ex-presidiário nunca sai*”. Nenhum dos entrevistados desconsiderava esse estigma que envolve o cárcere, ao que atribuíam uma das principais causas da reincidência criminal. Geralmente a sociedade não oferecia espaço de êxito social para o preso, considerando-o inapto para o convívio em sociedade, tratando-o com preconceito e discriminação, o que gerava revolta, pois consideravam injustos os rótulos vindos de fora. Ao mesmo tempo, viam o estigma como um ônus que teriam de enfrentar quando obtivessem a liberdade, momento para o qual tinham muitos planos, embora a sociedade não estivesse preparada para recebê-los.

A percepção do preconceito da sociedade em relação ao preso, que negava até a humanidade dos sujeitos, era atrelada à visão sobre a falta de oportunidades. Não apenas fora, mas também dentro do sistema prisional faltariam oportunidades, o que constituía outro grande empecilho para a reintegração social.

Ressocialização existe. É preciso dar oportunidade pras pessoas. Falta muita oportunidade dentro do sistema prisional, são poucas as oportunidades (...). Falta muita coisa pra pessoa vira um reeducando mesmo, voltar pra sociedade recuperado. Falta muito mesmo: superlotação, falta mais espaço pra o preso, falta uma assistência social ao preso, um lazer, um trabalho, um tratamento adequado para o preso(...). Falta agente preparado para reeducar os presos. Aqui tem muito agente que não tá nem aí pra reeducar. Estão aqui pra maltratar e criar um monstro aqui dentro (condenado do regime fechado – caso A).

Muitos dos entrevistados utilizavam a palavra “ressocialização” demonstrando bastante familiaridade com o termo. Contudo, em todas as experiências investigadas, o cárcere era tido pelos presos como lugar onde ocorriam injustiças, sendo que as condições de

tratamento penal oferecidas geravam um sentimento de revolta e favoreciam o retorno ao crime, já que a prisão era uma verdadeira “escola do crime”.

8 Notas finais

A legislação brasileira acredita na recuperação do condenado, primando pelo respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Por consequência, abomina tratamentos cruéis ou degradantes como castigos físicos e proíbe presídios insalubres. Dessa forma, há esperança de que a pena opere uma transformação no indivíduo para que possa levar uma vida útil e produtiva. O espírito da lei, portanto, é sempre no sentido de apostar na recuperação da pessoa, dar oportunidade ao preso de reintegração à sociedade. Mas como criar condições efetivas para que isso ocorra?

A lei carrega em si um paradoxo: *como esperar que indivíduos se ajustem mais às regras sociais segregando-os completamente da sociedade e inserindo-os em um microcosmo prisional com suas próprias regras e cultura?* A esse grande desafio não há respostas definitivas, mas serão destacados, a seguir, alguns pontos que precisam ser enfrentados para a construção de uma política de reintegração:

- // dificuldade de assegurar ao indivíduo, privado de liberdade, a condição de sujeito de direito;
- // ações, programas e projetos de caráter “ressocializador” geralmente são realizados de forma pontual;
- // falta de equidade no atendimento dos indivíduos privados de liberdade;
- // falta de critérios claros e procedimentos padronizados para os indivíduos integrarem aos programas de ressocialização
- // ausência de uma política consistente de educação, trabalho, formação e capacitação profissional e geração de empregos no sistema penitenciário. A maior parte das ações é desenvolvida de forma precária, sem recursos materiais e em espaços improvisados;
- // faltam condições de trabalho para técnicos que atuam no sistema penitenciário. A atuação de técnicos como, por exemplo, assistentes sociais

e psicólogos, quase sempre se limita a responder demandas protocolares imediatas exigidas pelo poder judiciário. A maior parte do tempo desses profissionais acaba destinada a participar de comissões técnicas de avaliação, bem como de exames criminológicos desconsiderando, na verdade, as principais demandas sociais e psicológicas apresentadas pelos internos;

- // falta de assistência jurídica;
- // falta de interesse dos agentes penitenciários e outros operadores da execução penal na ressocialização;
- // não diferenciação dos detentos por tipo penal e condição no processo criminal (provisório e condenado, fechado, semiaberto e aberto);
- // distanciamento entre o cárcere e a sociedade. Fragilidade, ou mesmo inexistência, de conselhos de comunidade;¹⁴
- // falta de programas que incluam a participação das famílias dos presos e internos.

Em meio à grave questão social da criminalidade, a reincidência penal permanece como um problema crucial. Às críticas ao sistema carcerário enquanto “escola do crime”, soma-se o fato de que os programas voltados para reintegração social surtem um efeito muito limitado sobre a vida dos detentos. Além disso, tais ações têm alcance ínfimo quanto aos egressos do sistema, que deveriam ser um público primordial de programas dessa natureza.



9 REFERÊNCIAS

- BARATTA, A. (2007). *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. www.juareztares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf.
- BITENCOURT, C. R. (2007). Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena. In: BITTAR, W. *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & BCCRIM.

14 Previstos nos arts. 80 e 81 da LEP, esses conselhos consistem em órgãos consultivos e fiscalizadores da execução da pena, com a participação de membros da comunidade local em que o estabelecimento penal está instalado.

- CARVALHO, S. (2005) *A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo*. In CARVALHO, S. Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 115-127.
- CARVALHO, S. (2007a). *Teoria Agnóstica da Pena: Entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo*. In CARVALHO, S. *Crítica à Execução Penal*. 2.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 3-28.
- CARVALHO, S. (2007b) *O (Novo) Papel do Criminólogos na Execução Penal: As alterações estabelecidas pela Lei*. In CARVALHO, S. *Crítica à Execução Penal*. 2.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 159-174.
- CARVALHO, S. (2011). *Anti-Manual de Criminologia*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- HULSMAN, L. (1986). Critical Criminology and the Concept of Crime. *Contemporary Crises*, 10(1). Amsterdam: Elsevier.
- JULIÃO, E. F. (2009). *A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro*. (Tese de Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro.
- SÁ, A. (ANO) Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13250-13251-1-PB.pdf>.
- SALLA, F. & LOURENÇO, L. C. (2014). Aprisionamento e prisões. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. (Org.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto.
- WACQUANT, Loic. (1999). *As prisões da miséria*. São Paulo: Sabotagem, 1999.
- ZAFFARONI, E. R. (1991). *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan.
- ZAFFARONI, E. R. (2005). *Globalização, Sistema Penal e Ameças ao Estado democrático de Direito*. In ZAFFARONI, E. R. *Globalização, Sistema Penal e Ameças ao Estado Democrático de Direito*. Lumen Juris: Rio de Janeiro.

Data de submissão 26 de março de 2015

O JUDICIÁRIO FRENTE AOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS // Ana Carolina Chasin¹

Palavras-chave:

comunidades quilombolas / direitos territoriais / Poder Judiciário

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

Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **Comunidades quilombolas no Brasil**
- 3 **O universo das ações judiciais levantadas**
- 4 **O universo das decisões judiciais**
- 5 **Decisões nas ações judiciais favoráveis**
- 6 **Decisões nas ações judiciais contrárias**
- 7 **Considerações finais**
- 8 **Referências**

Resumo

O artigo analisa as respostas dadas pelo Judiciário brasileiro às ações judiciais que envolvem conflitos territoriais de comunidades quilombolas. A partir de um mapeamento de ações judiciais relacionadas a essa questão, a análise focaliza o universo de decisões proferidos entre 1993 e 2009. Considerando três tipos de decisões que ocorrem ao longo do processo judicial – liminar, sentença e julgamento de apelação – foi quantitativamente verificada a proporção de decisões tomadas em prol dos quilombolas e aquelas tomadas a favor de seus adversários. Com base nesses dados, verifica-se que as decisões que representam vitórias para os quilombolas são mais numerosas que aquelas que beneficiam seus adversários.

¹ Doutora em Sociologia pela Universidade de São Paulo e professora da Fundação Armando Álvares Penreado (FAAP). Contato: acchasin@gmail.br.

THE JUDICIARY BEFORE LAND CONFLICTS OF QUILOMBOLAS COMMUNITIES // Ana Carolina Chasin

Keywords

quilombola's communities / land rights / Judiciary power

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

Abstract

The article analyses the responses that the Brazilian Judiciary gives to claims involving territorial rights of the *quilombolas* communities. Based on a survey of the lawsuits related to that matter, the analysis focuses on the universe of the decisions found between 1993 and 2009. Considering three types of decisions that happen during a litigation – temporary restraining orders, sentences and appeal courts' judgments –, the paper examines quantitatively the proportion of decisions that favored *quilombolas* and those that favored their adversaries. Based on that data, it is possible to verify that decisions that represent victories to *quilombolas* are more numerous than those that benefit their adversaries.

1 Introdução

No ano de 1993, o Ministério Público Federal (MPF) acionou a Justiça Federal do Estado da Bahia via duas ações judiciais com o objetivo de proteger os direitos dos quilombolas de Rio das Rãs. Situada no município de Bom Jesus da Lapa, na região do Vale do Rio São Francisco, a comunidade vivenciava, desde o início da década de 1980, uma situação de intenso conflito com a Bial Agropecuária Ltda. Os moradores sofriam com atos violentos praticados pela empresa, tais como a destruição de casas e roças, o envenenamento do rio que abastecia a localidade, e a destruição de matas nativas (CPI, 2006). A intervenção do MPF visava reverter essa situação, garantindo o cumprimento do direito recém conquistado pelo grupo social atingido por essa situação de violência. Há cinco anos, a Constituição Federal determinava que os “remanescentes das comunidades dos quilombos que [estivessem] ocupando suas terras” teriam “reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos” (BRASIL, 1988, artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A primeira ação judicial foi proposta em abril daquele ano e consistia numa ação civil pública² contra a Bial Agropecuária Ltda. Requeria que a empresa ficasse impedida de “criar empecilhos” para que a comunidade pudesse praticar agricultura e cuidar de seus animais. Já a segunda consistia numa ação de rito ordinário e foi proposta em novembro, tendo como requerida a União Federal, além da própria Bial Agropecuária Ltda. Tinha como objetivo que os “integrantes da comunidade Negra Rio das Rãs” fossem declarados “remanescentes de quilombo”, que a União Federal fosse condenada a “adotar medidas à delimitação e demarcação da área ocupada pela comunidade e emissão do título hábil para registro no Cartório Imobiliário”, e que a Bial Agropecuária Ltda. fosse condenada a “se abster da prática de atos turbatórios aos direitos dos integrantes”. Para instruir o pedido, o Ministério Público Federal reconstituiu o histórico da comunidade, relatou as violências que vinha sofrendo como decorrência da ação da empre-

2 A ação civil pública é uma modalidade de ação judicial que tem por finalidade a defesa de direitos difusos ou coletivos (aqueles que, ao contrário dos tradicionais direitos individuais, estão relacionados a diversas pessoas).

sa e apontou vícios no título particular de propriedade. Um laudo antropológico foi anexado à petição, no intuito de comprovar, a partir de “amplos estudos e pesquisa de campo”, que a comunidade em questão “se trata[va] efetivamente de uma comunidade remanescente de quilombo” (petição inicial, grifo nosso)³.

Em maio – menos de um mês após o início da ação civil pública – o juiz federal concedeu o pedido liminar solicitado, para assegurar aos “chefes de famílias” da comunidade a faculdade de praticarem a agricultura de vazante na área demandada, determinando que a empresa se abstivesse de “adotar qualquer ato impeditivo ou embaraçador do plantio ora autorizado”, sob pena de multa diária de três salários mínimos. A segunda ação também teve um desfecho favorável à comunidade: em julho de 1999, seis anos depois, a sentença julgou procedente a ação e condenou a União Federal a “adotar as medidas necessárias à delimitação e demarcação da área e emissão do título”. A União apelou da sentença, mas a apelação foi igualmente julgada em prol do pedido formulado pelo MPF. Em julho de 2000, um ano depois da sentença judicial, a Fundação Cultural Palmares (FCP) – na época o órgão do governo federal responsável pela titulação das terras de quilombo – outorgou o título de propriedade à comunidade.

Essas duas ações e decisões judiciais (liminar e sentença) são pioneiras no reconhecimento do direito coletivo atribuído pela Constituição Federal de 1988 às comunidades remanescentes de quilombos⁴. Des-

3 Informações extraídas dos autos da ação ordinária n.º 93.00.12284-3 (3ª Vara Federal da Justiça Federal da Bahia).

4 A pesquisa localizou apenas uma ação judicial em defesa de quilombolas proposta antes do marco constitucional, mas seu julgamento ocorreu apenas nos anos 2000. Trata-se de uma ação de usucapião proposta por quilombolas da comunidade de Sacopã (RJ) em agosto de 1975. A ação de usucapião tem por objetivo a aquisição de propriedade imóvel e pode ser utilizadas por qualquer cidadão que desfrute da posse ininterrupta e pacífica desse bem por um determinado período de tempo. Sendo assim, a argumentação utilizada para sua propositura não se fundamentou na especificidade quilombola do grupo, mas no fato de já ocuparem há tempos a área em que vivem. Apenas em setembro de 2002 é que a ação foi julgada, sendo a decisão favorável aos quilombolas. Essa sentença foi, no entanto, posteriormente revertida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em abril de 2005, considerou improcedente o pedido dos autores. O caso encontra-se ainda em andamento, aguardando o julgamento de

de então, outras dezenas de ações judiciais foram propostas no intuito de cobrar a concretização dos direitos ali garantidos.

Apresentaremos um mapeamento tanto dessas ações judiciais quanto daquelas que foram propostas contra as comunidades, focando as respostas dadas pelo Judiciário a essas demandas que envolvem conflitos territoriais de comunidades quilombolas. Antes de discutir propriamente esses dados, no entanto, parece importante a apresentação de um panorama da situação geral das comunidades quilombolas no Brasil a fim de melhor contextualizar a análise.

2 Comunidades quilombolas no Brasil

Conhecidas atualmente como “comunidades quilombolas”, as “remanescentes das comunidades de quilombos” encontram-se espalhadas por todo território nacional⁵. Seus direitos foram estabelecidos primeiramente no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Além do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estabelece seu direito territorial, há também os artigos 215 e 216, que tratam do patrimônio cultural brasileiro, garantindo a proteção às manifestações afro-brasileiras e o tombamento de documentos e sítios detentores de “reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

Não se sabe ao certo quantas comunidades quilombolas existem no Brasil. Dados oficiais reconhecem hoje a existência de 1.667 comunidades, distribuídas por 24 estados do país.⁶ A Coordenação Nacional de

recursos propostos perante o Superior Tribunal de Justiça.

5 Em que pese a existência de leituras diferenciadas, convencionou-se interpretar que a caracterização de uma comunidade como quilombola está associada a sua descendência do campesinato negro. É a passagem da condição de escravo para a de camponês livre que definiria um antigo “quilombo”, independentemente da estratégia utilizada pelo movimento de resistência. Além da fuga com ocupação de terras livres – estratégia já amplamente difundida por materiais didáticos –, o recebimento de terras como pagamento por serviços prestados ao Estado, como heranças, doações, compras ou mesmo permanência em terras privadas cujos proprietários não deixaram sucessores, também constituíram meios recorrentes de formação dessas comunidades (ANDRADE; TRE-CANNI, 2000, p. 602). Um documento elaborado pela Associação Brasileira de Antropologia (1994) aborda o assunto.

6 Informação retirada do “Cadastro de Remanescentes das Comunidades dos Quilombos” em 27 de junho de 2011. Esse cadastro

Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ) aponta para a existência de mais de três mil comunidades (CONAQ, 2011).

Distintas legislações vêm, desde a promulgação da Constituição de 1988, regulamentando os procedimentos para a titulação de terras quilombolas. É por meio desses procedimentos, que culminam na emissão de um título de propriedade (coletivo e em nome da associação), que as comunidades têm assegurado o direito à propriedade de suas terras. Em nível federal, é possível identificar três momentos desse processo: uma primeira fase (1995 a 1998) em que o órgão responsável pelas titulações era o Instituto Nacional de Colonização em Reforma Agrária (INCRA); a segunda (1998 a 2002), em que tal incumbência havia sido transferida para a FCP; e a terceira (a partir de 2003), com o retorno da competência ao INCRA. Durante a vigência de cada uma delas, uma série de titulações foi realizada.⁷

O total de titulações efetuadas, tanto pelo Governo Federal quanto pelos institutos de terras estaduais⁸, ainda é proporcionalmente pequeno em comparação ao universo de comunidades existente no país. Até o final de 2009, 179 comunidades quilombolas haviam tido seu território regularizado, o que representaria cerca de 10% do total de comunidades oficialmente identificadas pelo Governo Federal. Essas 179 comunidades vivem em 101 territórios, que na sua totalidade somam 957.554,1810 hectares e abrigam uma população de aproximadamente 11.245 famílias.⁹

Desde o ano de 2003, a norma federal que regula o “procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras das comunidades qui-

contém a relação das comunidades que receberam da FCP uma Certidão de “autodefinição como remanescentes dos quilombos”. O registro é permanentemente atualizado e disponibilizado ao público (FCP, 2011).

7 Para uma reconstituição dessas regulamentações e das titulações realizadas em cada um desses momentos, ver Chasin (2009).

8 Os títulos estaduais foram expedidos pelos governos do estado do Pará, do Maranhão, de São Paulo, do Piauí, da Bahia, de Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro. Esses estados possuem regulamentações próprias com relação à titulação de terras quilombolas.

9 Dados disponibilizados no documento Terras Quilombolas - Balanço 2009 (CPI, 2010). No ano de 2010, sete novos títulos foram expedidos, beneficiando doze comunidades.

lombola” é o Decreto 4.887 (de 20 de novembro desse mesmo ano). Sua edição atendeu às expectativas do movimento social e seus aliados: além de devolver ao INCRA a competência para titulação, instituiu a possibilidade de desapropriação de propriedades incidentes em terras de quilombos e adotou o critério da auto identificação para conceituação de comunidade quilombola. Sua publicação ensejou, assim, a articulação de setores sociais contrários às titulações e a via judicial foi uma das estratégias acionadas como parte dessa reação. Em junho de 2004, o então Partido da Frente Liberal (PFL) – atualmente denominado Democratas (DEM) – ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN nº 3239) no Supremo Tribunal Federal (STF), requerendo sua impugnação. Passados mais de dez anos de sua proposição, ainda não havia sido julgada.¹⁰ Enquanto isso, o decreto continua válido e o INCRA não encontra impedimento geral para dar seguimento regularmente aos procedimentos administrativos necessários à titulação das terras.¹¹

3 O universo das ações judiciais levantadas

A pesquisa que será aqui apresentada, realizada entre os anos de 2006 e 2009, consistiu no mapeamento de ações judiciais que envolvem as comunidades quilombolas do Brasil. Ao todo, foram localizados 216 processos, envolvendo 70 diferentes territórios quilombolas (situados em 20 estados do Brasil).¹²

10 Até o presente momento (março de 2015), apenas dois ministros apresentaram seus votos. Por um lado, Antônio Cezar Peluso entendeu que a ação seria procedente e o decreto inconstitucional; por outro, Rosa Weber considerou o decreto constitucional e votou pela total improcedência de ação.

11 Ao final de 2009, as superintendências regionais do INCRA haviam aberto 955 procedimentos administrativos de titulação de territórios quilombolas (CPI, 2010). Ao longo do texto, utilizaremos o termo procedimento administrativo para nos referir justamente a esses processos de titulação em curso no INCRA.

12 Os dados apresentados foram coletados no âmbito da pesquisa “Ações Judiciais e Terras de Quilombo”, realizada pela autora junto à Comissão Pró-Índio de São Paulo. A pesquisa está restrita ao universo de ações que foram localizadas, seja através do acompanhamento de notícias, seja por meio da busca nos sites dos tribunais, ou ainda através do repasse de informações por colaboradores (funcionários do INCRA, do MPF e de outros órgãos governamentais; advogados e membros de organizações não-governamentais; além de outros apoiadores do movimento quilombola). Supõe-se que uma gama de ações judiciais referentes ao tema possa ter fica-

Ao final de 2009, 152 dessas ações estavam ainda em andamento, 14 encontravam-se suspensas e 50 já haviam sido arquivadas (ver Tabela 1). Essas ações serão tratadas aqui indistintamente, sem que seja considerado, assim, o estágio em que se encontravam em dezembro de 2009.¹³

Situação	Quantidade
Em curso	152
Suspensos	14
Arquivados	50
Total	216

A maior parte delas (130 ações) foi proposta contra os quilombolas (ver Tabela 2). Outras 83 têm como objetivo a defesa de seus direitos territoriais. Três foram classificadas como neutras.¹⁴ Essa repartição – entre ações favoráveis e ações contrárias – será adotada como ponto de partida para a apresentação dos dados levantados.¹⁵ A análise buscará, assim, identificar as respostas do Judiciário típicas a cada um desses grupos.

Motivação	Quantidade
Contra os quilombolas	130
A favor dos quilombolas	83

do de fora do levantamento. Para acessar mais informações sobre a pesquisa, conferir o texto integral de parte das decisões mencionadas e acompanhar as atualizações realizadas a partir do início de 2010, ver CPI (2011).

13 Para uma análise direcionada às ações em curso nessa mesma data, ver Chasin (2010).

14 Trata-se de ações discriminatórias – ação judicial que tem por finalidade a identificação e separação entre terras públicas e particulares – que envolvem as terras das comunidades de Camburi (duas ações) e Caçandoca (uma ação), ambas no Estado de São Paulo

15 Importante ressaltar que tal classificação leva em consideração o objetivo da ação, não seu resultado. São consideradas ações favoráveis, assim, aquelas propostas em defesa dos direitos dos quilombolas, independentemente de ser resultado ser (ou não) em seu favor.

Neutras	3
Total	216

O tipo de ação judicial mobilizada pelas partes representantes dos interesses dos autores em cada um desses grupos é distinto. As Tabelas 3 e 4 apresentam os tipos de ações encontrados em cada um desses dois universos.

Ação Civil Pública	31
Cautelar	12
Possessória	9
Desapropriação	7
Mandado de Segurança	6
Usucapião	6
ADIN	1
Ordinária (outras)	11
Total	83

Possessória	69
Ação anulatória	22
Mandado de Segurança	11
Ação indenizatória	4
Cautelar	3
Usucapião	3
Despejo	3
Ação Popular	3
Desapropriação	1
Ação Civil Pública	1
ADIN	1
Ordinária (outras)	9

Total	130
-------	-----

Dentro do universo das favoráveis, a modalidade que aparece com maior frequência é a ação civil pública (31 casos), o que indica a judicialização tem sido utilizada como estratégia para a defesa dos interesses coletivos das comunidades. Em segundo lugar, estão as cautelares¹⁶ (11 ações), depois as possessórias¹⁷ (9), seguidas pelas desapropriações¹⁸ (7), mandados de segurança¹⁹ (6) e ações de usucapião²⁰ (6). Foi, ainda, localizada uma ação declaratória de inconstitucionalidade, além de 11 ações comuns que a pesquisa classificou como “ordinárias” por não se enquadrarem em nenhum dos tipos específicos já mencionados.

No universo das ações contrárias, por sua vez, a modalidade encontrada com maior frequência foi a possessória, modalidade de ação frequente nos mais variados tipos de disputas agrárias do país. Ao todo, foram localizadas 69 ações desse tipo, o que representaria mais de metade das ações desse universo. O segundo tipo mais frequente foi o das ações anulatórias²¹ (22 casos). Em seguida, estão mandados de

16 Medida que deve ser concedida com urgência, sob pena de perda do direito em questão.

17 São consideradas ações possessórias a reintegração de posse, a manutenção de posse e o interdito proibitório. A reintegração de posse tem por objetivo a recuperação de um imóvel que foi “esbulhado” (usurpado, ocupado). A manutenção de posse pode ser proposta por um proprietário particular que está tendo seu imóvel “turbado” (perturbado, ameaçado). Já o interdito proibitório é proposto por possuidor que tenha justo receio de ser molestado na posse.

18 Desapropriação é o instrumento por meio do qual o Poder Público compulsoriamente adquire, mediante pagamento de indenização ao proprietário, um imóvel. As ações de desapropriação localizadas pela pesquisa consistem em uma etapa do procedimento de regularização fundiária dos territórios quilombolas, dado que o Decreto n.º 4.887/2003 determina que a desapropriação é o instrumento por meio do qual um proprietário particular deve ser indenizado pela perda de sua terra para fins de titulação.

19 O mandado de segurança é uma ação que serve para resguardar um “direito líquido e certo” que esteja sendo negado ou ameaçado por autoridade pública. Para que seja considerado “líquido e certo”, o direito deve ser expresso em lei e ser demonstrado de plano, ou seja, o pedido inicial já deve apresentar ao juiz as provas da violação.

20 Usucapião é o direito de propriedade de um bem que um cidadão adquire em decorrência de seu uso por um determinado tempo. Na legislação brasileira, um imóvel rural pode ser alvo de usucapião se o possuidor teve, por cinco anos, sua posse mansa e pacífica, sem oposição do proprietário oficial.

21 Ação que tem por objetivo extinguir ato jurídico (considerado vicioso), tornando-o inválido.

segurança (11), ações indenizatórias²² (4), cautelares (3), ações de usucapião (3), despejos²³ (3) e ações populares²⁴ (3). Foram também localizadas uma ação de desapropriação, uma ação civil pública e nove casos de ações classificadas como “ordinárias”, além da já mencionada ação declaratória de inconstitucionalidade nº 3239.

Esse levantamento indica que os dois universos são fundamentalmente compostos por tipos de ações distintas: enquanto o principal instrumento utilizado nas ações favoráveis é a ação civil pública, a maior parte das contrárias consiste em ações possessórias. Não obstante, a pesquisa demonstrou que há certa coincidência com relação a parte dos instrumentos jurídicos utilizados para a defesa tanto dos interesses dos quilombolas quanto de seus adversários: mandados de segurança, por exemplo, foram encontrados em proporção semelhante nos dois grupos. De fato, excetuando-se o caso de algumas modalidades encontradas no grupo das ações contrárias – indenizatórias, anulatórias e despejos, bem como o da única ação popular levantada –, os tipos de ações mobilizados coincidem. Nesse sentido, todas as modalidades de ações judiciais encontradas no grupo das favoráveis – incluindo-se a ação civil pública – foram igualmente localizadas no rol das contrárias. Desse modo, a análise do tipo de ação jurídica utilizada por cada um dos lados não permitiria, em si, que fossem esboçados perfis referentes ao conteúdo das disputas.

As Tabelas 5 e 6 trazem informações relativas ao conteúdo das demandas das ações em cada um desses dois universos. Interessante notar que há vezes em que diferentes tipos de ação almejam objetivos similares. Proposições com objetivo de questionar

22 Como o próprio nome sugere, ações indenizatórias são aquelas em que o autor tem por objetivo receber indenização decorrente de uma violação a direito.

23 Diferentemente das ações possessórias, o despejo pressupõe uma relação de locação. Ela pode ser proposta quando o proprietário de um imóvel quer reaver a posse, mas o inquilino não o devolve amigavelmente. As três ações levantadas pela pesquisa envolviam quilombolas situada em território urbano (a comunidade de Pedra do Sal, no Rio de Janeiro).

24 Modalidade de ação por meio do qual um cidadão questiona judicialmente a validade de atos que considera lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

procedimentos de titulação em curso no INCRA, por exemplo, ora são apresentadas por meio de ações ordinárias, ora por meio de mandados de segurança, cautelares ou até possessórias. O mesmo ocorre com as demandas pela regularização fundiária de algum território quilombola: embora predominantemente formuladas a partir de ações civis públicas, são por vezes apresentadas pela via de mandados de segurança ou cautelares, entre outras.

A Tabela 5 agrupa as ações favoráveis de acordo com o conteúdo da demanda.

Conteúdo da demanda	Quantidade
Regularização fundiária	28
Caráter possessório	15
Proteção aos meios de subsistência	8
Pedido de desapropriação	7
Pedido de usucapião	6
Ameaças de grandes empreendimentos	5
Preservação de patrimônio histórico e cultural	3
Outras	11
Total	83

A maior parte (28 casos) das ações favoráveis tem por objetivo a regularização fundiária do território de alguma comunidade quilombola. Esses casos englobam desde pedidos genéricos solicitando que os diferentes órgãos governamentais efetuem a titulação das áreas (INCRA, FCP ou instituto estadual) até pedidos mais específicos direcionados a alguma etapa de procedimento administrativo em curso. A ampla maioria foi proposta pelo MPF. No polo passivo, estão tanto órgãos responsáveis pela realização das titulações quanto proprietários particulares que, de algum modo, interferem no andamento das titulações.

Em seguida, estão as ações com caráter possessório

(15 casos). Foram propostas pelos próprios quilombolas ou por associações que representam as comunidades, pelo INCRA, pela FCP ou pelo MPF. Como partes requeridas estão os posseiros ou proprietários das terras que disputam com os quilombolas.

Foram localizadas oito ações que têm por objetivo garantir a proteção aos meios de subsistência, principalmente as roças, das comunidades. Parte foi proposta pelo MPF (contra particulares) e parte pelos próprios comunitários. Nesse segundo grupo, assumem destaque cinco mandados de segurança propostos por quilombolas individualmente contra o Diretor-Geral do Centro de Lançamentos de Alcântara que, à época, estava impedindo-lhes de realizarem atividades de colheita e roçado em suas terras tradicionais.

Foram levantados sete pedidos de desapropriação. Propostas pelo INCRA e pela Procuradoria do Estado do Pará contra os proprietários formais das áreas, essas ações têm como objetivo viabilizar a emissão do título da terra em nome da comunidade quilombola. No mesmo sentido, os pedidos de usucapião (6 casos) também foram em parte formulados pelo INCRA e almejavam, por meio dessa outra via, regularizar a posse do território pela comunidade.

Em seguida, foram localizadas cinco ações que visam a proteção de comunidades ameaçadas por grandes empreendimentos (hidroelétricas, rodovias, mineradoras etc.) e três casos em que o objetivo é a preservação do patrimônio histórico e cultural. Essas demandas foram formuladas predominantemente a partir de ações civis públicas de autoria do MPF. No polo passivo, figuram tanto os órgãos públicos responsáveis pela preservação das áreas quanto as empresas que exploram seu território (construtoras e mineradores, por exemplo).

A Tabela 6 agrupa as ações contrárias de acordo com o conteúdo da demanda.

Tabela 6 - Ações judiciais contrárias por conteúdo da demanda	
Caráter possessório	67
Suspensão da titulação	28

Questionamento de títulos emitidos	11
Questionamento de portarias da FCP	6
Evitar futuras desapropriações	3
Usucapião	3
Despejo	3
Adin	1
Outras	8
Total	130

Entre as ações judiciais contrárias, predominam as de caráter possessório. Foram localizadas 67 ações - o que representa mais de metade do universo em questão -, que envolvem, ao todo, 32 diferentes territórios quilombolas. Foram propostas por particulares (empresas ou pessoas físicas)²⁵, tendo como requeridos, na maior parte dos casos, os próprios moradores das comunidades. Numa minoria, a ação é proposta contra a associação que representa a comunidade ou algum órgão público (INCRA, FCP etc.).

A pesquisa levantou 28 ações propostas com o objetivo de suspender o procedimento de titulação em curso no INCRA. Ao todo, visam paralisar a titulação dos territórios de 18 comunidades quilombolas.

Onze ações foram localizadas com objetivo de questionar títulos concedidos. Os autores são proprietários rurais cujas terras foram alvo de titulação por parte do Estado. Essas ações envolvem seis territórios quilombolas: Gurupá (PA), Trombetas (PA) Castainho (PE), Mata Cavalos (MT), Mocambo (SE) e Santana (RJ). Os títulos de terras dessas quatro últimas áreas foram concedidos pela FCP, em 14 de julho de 2000. Na época a regulamentação que regia as titulações - Portaria n.º 447, de 02 de dezembro de 1999, do Ministério da Cultura - não previa a desapropriação ou anulação dos títulos particulares já incidentes nas áreas. Essa duplicidade de títulos incitou a aber-

²⁵ Exceção ocorre no caso de Marambaia (RJ). Há onze ações possessórias envolvendo esta comunidade, todas propostas pela União Federal.

tura de ações judiciais, além de acirrar situações de conflitos.

Também foram localizadas 6 ações que questionam portarias emitidas pela FCP conferindo certificados de comunidade remanescente de quilombo, três ações que objetivam evitar futuras desapropriações, três ações de usucapião, três despejos e uma ação declaratória de inconstitucionalidade. Oito ações foram classificadas como “outras”, porque não se enquadram em nenhum dos grupos mencionados.

4 O universo das decisões judiciais

Nem todas as ações judiciais levantadas contam com algum tipo de decisão no curso do processo. Em alguns casos, como na mencionada ação civil pública de Rio das Rãs, a concessão de uma liminar ocorre imediatamente (menos de um mês) após o ingresso da ação; em outros, como na de usucapião de Sacopã (julgada vinte e sete anos após o início da ação), décadas se passam até que uma decisão seja proferida.

Consideraremos, aqui, todas as decisões mapeadas pela pesquisa, independentemente do tempo que levaram para serem tomadas. Como decisões, estamos nos referindo especificamente a três tipos de julgamentos que ocorrem ao longo do processo judicial: liminar, sentença e julgamento de apelação (aqui designado por “acórdão”). A liminar – ou antecipação da tutela – é uma decisão judicial provisória, tomada pelo juiz no início do processo, que pode ser posteriormente confirmada ou não na sentença judicial. Sentença é a decisão tomada pelo juiz na qual ele impõe uma solução para a questão em disputa no caso. Já o julgamento do recurso de apelação – acórdão – é realizado pelo tribunal de segunda instância, que opta por manter ou reformar a sentença de primeira instância.²⁶ Revelam, assim, as tomadas de posição

²⁶ O sistema de justiça brasileiro é dividido em diferentes instâncias. A primeira instância é integrada por juízes responsáveis por conduzir as ações até a sentença. A segunda é exercida pelos desembargadores, que atuam em órgãos colegiados nos tribunais. As partes envolvidas numa ação podem apresentar recursos, questionando tanto a sentença do juiz quanto outras decisões que são tomadas durante o processo, e estes são julgados por essa segunda instância. Os julgamentos podem se dar coletivamente, ou seja, por um órgão colegiado (situação em que são denominados acórdãos), ou individualmente (situação em que um desembar-

por parte do Judiciário, além de representarem o encerramento de diferentes fases no processo.

As Tabelas 7 e 8 apresentam a quantidade de decisões levantadas por objeto em questão nas ações propostas em favor e contra os quilombolas. O número de decisões apresentado corresponde ao total encontrado pela pesquisa. Eventualmente, uma determinada ação pode contar com alguma decisão que o levantamento não conseguiu rastrear.²⁷ Sendo assim, o cômputo negativo pode tanto significar uma ausência de decisão quanto a desinformação por parte da pesquisa.²⁸ Por outro lado, as decisões não obedecem necessariamente ao encadeamento linear: há ações que têm decisões de primeira instância sem ter tido, em momento algum do curso processual, uma decisão sobre pedido liminar.

gador realiza um julgamento monocrático). A pesquisa localizou apenas julgamentos de segunda instância ocorridos por meio de acórdãos, razão pela qual adotou essa nomenclatura para se referir às decisões dessa instância.

²⁷ A pesquisa consistiu no acompanhamento de ações propostas a partir de 1975 e considerou todos julgamentos mapeados até o final de 2009. Parte das decisões tomadas em nas ações mais antigas não foi considerado devido à dificuldade de serem localizados. Atualmente, os sítios eletrônicos tanto das justiças federais quanto da maior parte das justiças estaduais contam com informações atualizadas, o que permite o rastreamento detalhado do andamento de cada ação.

²⁸ Lembremos, ainda, que, como a pesquisa aqui exposta foi realizada entre os anos de 2006 e 2009, é possível que parte das ações possa ter contado com decisões judiciais posteriores a essa data.

Tabela 7 - Decisões nas ações judiciais favoráveis por objeto				
	Ações	Decisões judiciais		
		Liminar	Sentenças	Acórdãos
Regularização fundiária	28	18	17	1
Caráter possessório	15	8	3	0
Proteção aos meios de subsistência	8	6	7	1
Pedido de desapropriação	7	7	1	0
Pedido de usucapião	6	0	4	1
Ameaças de grandes empreendimentos	5	5	2	0
Preservação de patrimônio histórico e cultural	3	1	1	0
Outras	11	6	4	0
Total	83	51	39	3

Tabela 8 - Decisões nas ações judiciais contrárias por objeto				
	Ações	Decisões judiciais		
		Liminar	Sentenças	Acórdãos
Caráter possessório	67	48	30	8
Suspensão da titulação	28	25	9	2
Questionamento de títulos emitidospropriação	11	4	7	1
Questionamento de portarias da FCP	6	1	5	1
Evitar futuras desapropriações	3	2	1	0
Usucapião	3	1	0	0
Despejo	3	0	2	1
ADIN	1	0	0	0
Outras	8	2	4	2
Total	130	83	58	15

A Tabela 5 demonstra que, do total de 83 ações favoráveis, a pesquisa localizou 51 decisões liminares, 39 sentenças e 3 acórdãos. Com relação às ações contrárias, considerando o montante de 130 ações, em 83 foram encontradas decisões liminares, em 58 sentenças e em 15 acórdãos.²⁹

De um modo geral, as duas tabelas denotam um mesmo movimento: a diminuição quantitativa de julgamentos conforme se avança no andamento processual, o que decorre do próprio trâmite processual

ações nas quais a decisão em questão foi localizada. Uma ação que conta, por exemplo, com duas ou mais liminares é contabilizada uma única vez, tendo, portanto, o mesmo peso daquelas que contam com uma só decisão.

²⁹ Vale mencionar que estamos considerando a quantidade de

regular. Constatase que em ambos os casos (motivação favorável e motivação contrária) tal redução segue uma proporção semelhante na primeira instância: em pouco mais de 60% dos casos há decisão liminar e aproximadamente 45% deles possuem sentença. Todavia, o mesmo não acontece com os dados da segunda instância: enquanto cerca de 4% das ações favoráveis contam com acórdãos, nas ações contrárias a proporção é de aproximadamente 12%.

A caracterização geral do universo das decisões judiciais levantadas pela pesquisa permite, então, que passemos à análise do teor propriamente dito dos julgamentos. Tal análise terá como base a distribuição das ações conforme a motivação (favorável e contrária) e os tipos de decisões indicadas anteriormente (liminar, sentença e acórdão).

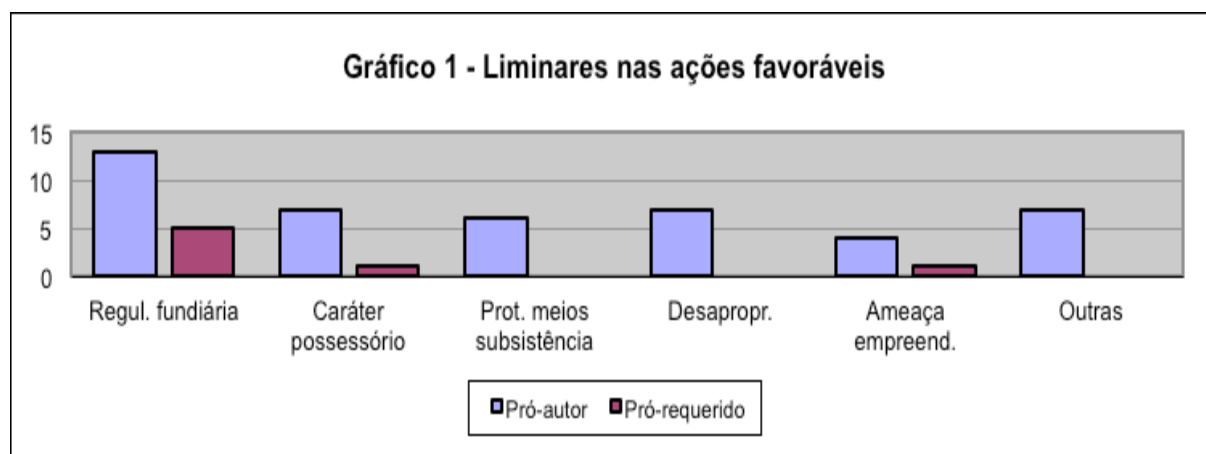
Qualquer decisão tomada visando o atendimento do pedido formulado pelo autor de uma determinada demanda foi classificada como “pró-autor”; do mesmo modo, classificamos a negação desse pedido sob a rubrica de “pró-requerido”.³⁰ Sendo assim, no caso das ações judiciais favoráveis, uma decisão pró-autor significa que ela beneficiou os quilombolas ou seus representantes (autores da ação); já no caso das ações contrárias, uma decisão pró-autor implica o favorecimento dos adversários.

Vale também frisar que ações extintas por sentenças “sem julgamento do mérito”³¹ foram contabilizadas como pró-requerido, já que o autor não teve seu pedido atendido. No caso de decisões parciais, optamos por classificá-las a partir do lado majoritariamente beneficiado.

5 Decisões nas ações judiciais favoráveis

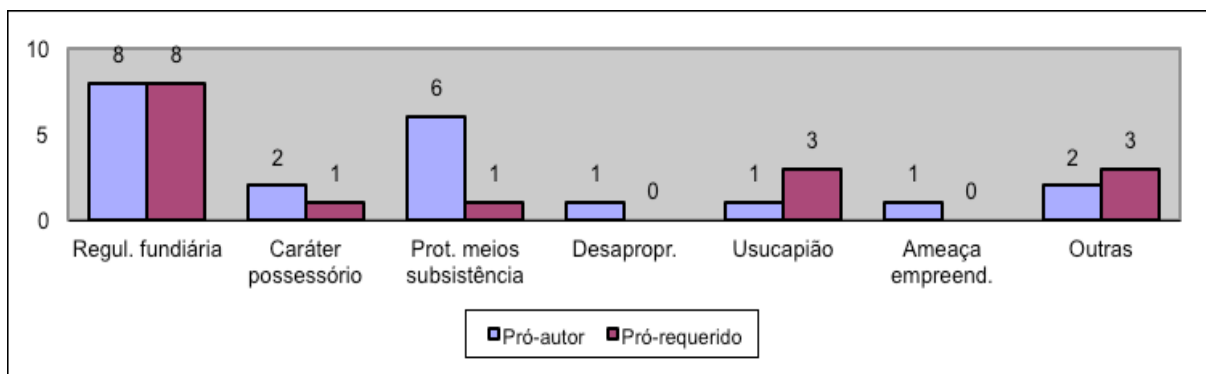
O Gráfico 1 traz uma descrição do universo de liminares proferidas no âmbito das ações judiciais favoráveis aos quilombolas. Das 51 liminares levantadas, 44 são pró-autor e 7 pró-requerido. Em 86% desses casos, portanto, a liminar foi concedida em defesa dos interesses dos quilombolas.

No caso específico das ações que tem como objeto a regularização fundiária (tipo mais recorrente), foram 13 decisões pró-autor, de um total de 18 encontradas. Também no caso das ações com caráter possessório, bem como das ações que buscam defender comunidades ameaçadas por grandes empreendimentos, prevalecem decisões tomadas em prol dos quilombolas. Em alguns casos, foi justamente essa liminar que garantiu a permanência dos quilombolas em suas terras, direito que se encontrava ameaçado em função das disputas com terceiros.



30 A parte requerida é aquela contra a qual uma ação judicial foi proposta. Optamos por utilizar o termo “requerido”, ao invés de “réu”, devido à conotação criminal que o segundo apresenta.

31 Há vários motivos pelos quais uma ação pode ser extinta sem que o seu pedido (mérito) seja de fato julgado pelo juiz. Entre eles estão: o abandono de causa ou desistência do autor, a perda do objeto da ação, a prescrição e a falta de pressupostos processuais para o seguimento de uma ação. O artigo 267 do Código de Processo Civil (Brasil, 1973) trata do assunto.



Em outros, foi uma decisão desse tipo que garantiu que equipes dos INCRA, por exemplo, pudessem entrar na área da comunidade para realizar os trabalhos necessários ao procedimento de titulação.

Chama também atenção o fato de que todas as liminares encontradas nas ações que tem como objeto a proteção dos meios de subsistência, bem como a desapropriação de propriedades particulares, foram proferidas em prol do autor, ou seja, dos quilombolas ou seus representantes. No caso das desapropriações, essa é a decisão responsável por garantir a posse da terra por parte da comunidade até que o processo de desapropriação seja finalizado³². Quatro das sete liminares localizadas, estão em ações de desapropriação da área quilombola Família Silva (RS).

O Gráfico 2 apresenta uma descrição do universo de sentenças proferidas no âmbito das ações judiciais favoráveis aos quilombolas. De um total de 37 decisões³³, 21 são pró-autor (55%) e 16 pró-requerido (45%).

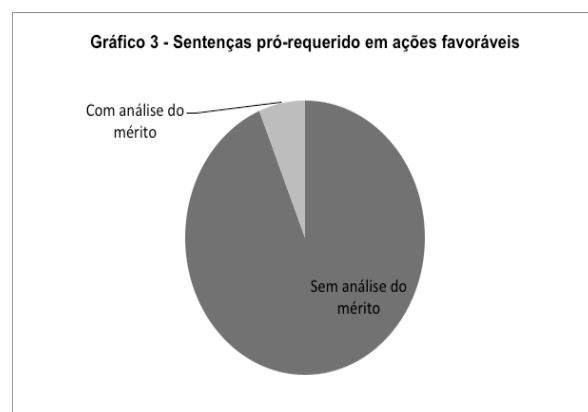
Em comparação aos resultados das liminares, é pequena a diferença quantitativa entre o total de sentenças proferidas em prol dos autores e as proferidas em prol dos requeridos. Apenas no grupo das ações que envolvem a proteção aos meios de subsistência que a quantidade de sentenças favoráveis levantada pela pesquisa foi significativamente superior: foram seis decisões pró-autor e apenas uma pró-requerido.

32 Estamos aqui nos referindo às decisões de “imissão de posse”.

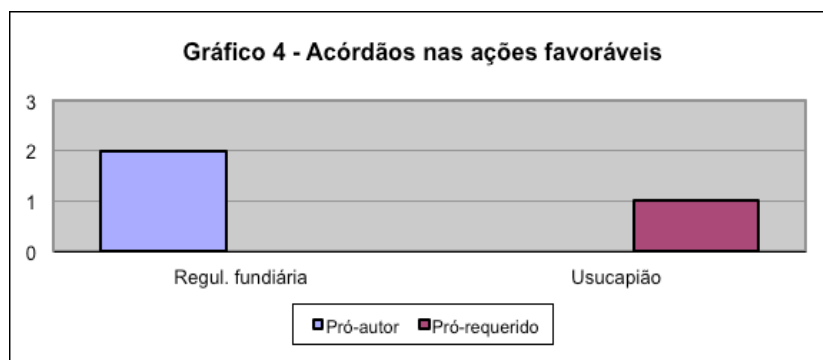
33 Desse universo, estamos excluindo duas sentenças judiciais anteriormente mencionadas no cômputo total. Tais decisões consistem na homologação de um acordo celebrado pelas partes. Desse modo, não é possível o cômputo como pró-autor ou pró-requerido. Afinal, trata-se de uma resolução negociada entre as partes.

Sentenças em prol dos autores em ações que dizem respeito à regularização fundiária foram encontradas em igual proporção que as proferidas em prol dos requeridos. No caso das ações de usucapião, bem como das classificadas como “outras”, houve inclusive uma inversão e verificam-se mais sentenças pró-requeridos que pró-autores.

O Gráfico 3 traz uma análise do teor das sentenças proferidas em prol dos requeridos. Apenas uma, das 16 sentenças pró-requerido, efetivamente analisou o mérito da ação. As restantes consistiram em julgamentos sem resolução do mérito.



Por fim, o Gráfico 4 traz uma descrição do universo de acórdãos nas ações judiciais favoráveis aos quilombolas. De um total de 3 decisões, 2 são pró-autor e 1 é pró-requerido. Um dos acórdãos pró-autor foi proferido na ação ordinária, mencionada anteriormente, que foi proposta no intuito de cobrar a titulação da área de Rio das Rãs (BA).



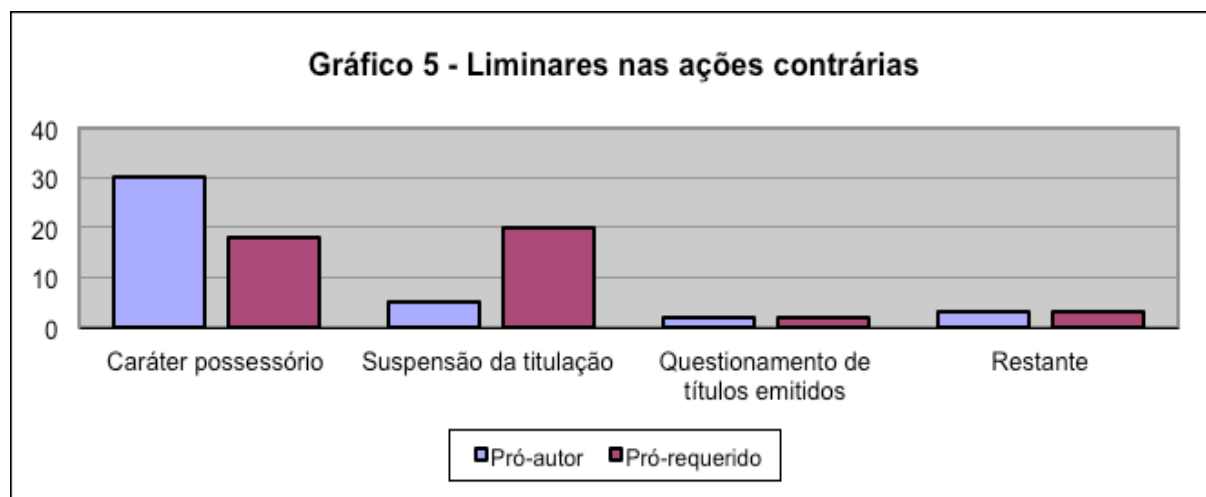
Já o outro diz respeito a uma ação ordinária proposta em defesa de Ivaporunduva (SP). A ação foi proposta em 1994 e consistiu justamente no segundo caso levado ao Judiciário brasileiro de cobrança pela efetivação dos direitos quilombolas.³⁴ Os dois únicos acórdãos pró-autor encontrados nas ações favoráveis, portanto, foram proferidos justamente no âmbito dos processos judiciais mais antigos. Já o acórdão pró-requerido encontra-se no âmbito do já citado caso da ação de usucapião de Sacopã (RJ), proposta em 1975.

6 Decisões nas ações judiciais contrárias

O Gráfico 5 apresenta o universo de liminares proferidas no âmbito das ações judiciais contrárias aos quilombolas. Das 83 liminares levantadas, 40 foram pró-autor – ou seja, contra os interesses dos quilombolas – e 43 pró-requerido – no caso, os quilombolas e seus representantes. Há, assim, proporcionalmente mais decisões liminares que beneficiam os quilombolas (52%) do que que os prejudica (48%).

Embora esses montantes representem uma divisão equilibrada, uma análise mais detalhada aponta, no entanto, para a distribuição desigual dessas decisões conforme o tipo de ação. Assim, no caso das ações de caráter possessório, há o predomínio de liminares pró-autor, enquanto no caso das suspensões de titulação a preponderância é pró-requerido.

Trinta, das 48 liminares levantadas nas ações de caráter possessório, foram concedidas em prol do pedido do autor (o que representa 63% do total). Nesses casos, a decisão do Judiciário foi tomada principalmente a partir do exame dos pressupostos formais que condicionam sua concessão, desconsiderando, assim, a identidade quilombola do grupo (CHASIN, 2010). Os conflitos vivenciados pelas comunidades, nesses casos, pouco diferem das demais situações de conflito e violência enfrentadas pelas demais populações rurais no Brasil. Em diversos casos, o MPF e o INCRA tentam intervir no curso da ação, mas não costumam obter êxito. A consequência imediata dessa decisão, geralmente, é a expedição de um mandado



34 Para saber mais acerca dessa ação e de seus resultados, ver CPI (2011) e Chasin (2010).

de reintegração de posse e a expulsão dos moradores de seu território, não raro de modo violento.

Barra do Parateca (BA) e Mata Cavalos (MT) são duas comunidades particularmente afetadas com esse tipo de decisão: no caso da primeira, foram expedidas liminares pró-autor em nove diferentes ações; na segunda, foram em quatro casos.

Já os dados referentes às liminares nas ações judiciais que questionam o procedimento administrativo do INCRA de titulação de territórios quilombolas revelam tendência oposta. Vinte, das 25 decisões localizadas, consistem na negação do pedido liminar requerido pelo autor (o equivalente a 80%). Das cinco liminares concedidas, quatro haviam sido, em dezembro de 2009, posteriormente revertidas: em duas delas, a sentença judicial decidiu de modo contrário, e em duas uma decisão dada em agravo também casou os efeitos da liminar. Apenas a liminar que envolve a titulação de Sabonete (PI) continuava valendo na época de realização da pesquisa. Uma possível explicação para essa baixa negativa dos pedidos nesses casos está relacionada à legalidade dos procedimentos que o INCRA realiza, pois estão todos previstos tanto no Decreto 4.887/2003 quanto em instruções normativas do próprio órgão.

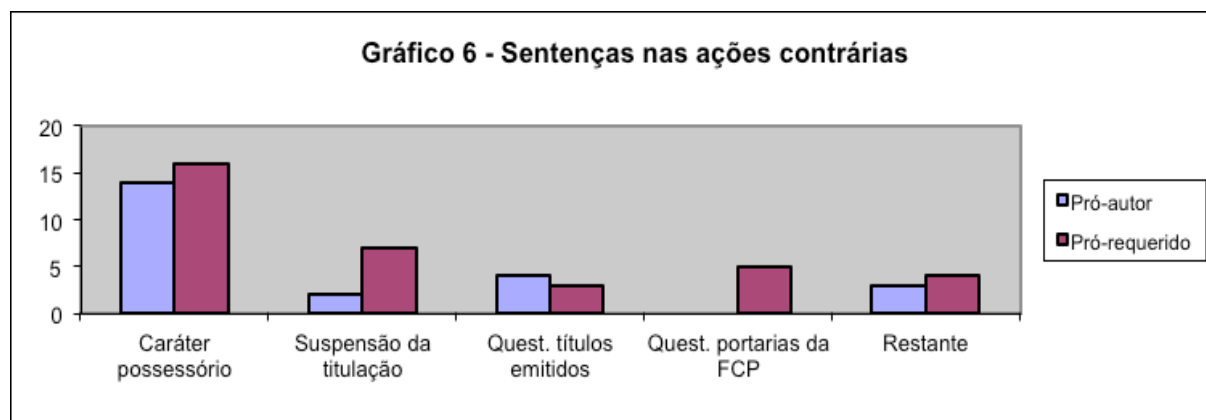
Os outros tipos de liminares localizadas nas ações contrárias, por fim, apresentam resultados 50% em prol de cada um dos lados. Foram duas decisões pró-autor e duas pró-requerido nas ações que questionam títulos já emitidos, e três liminares para cada lado nas demais ações.

23 são pró-autor e 35 pró-requerido. Os quilombolas e seus representantes são, assim, vitoriosos em 60% delas.

Novamente, aqui, o agrupamento dos casos por tipo de ação releva diferenças nas proporções encontradas. Apenas nos casos em que se questionam títulos emitidos é que a pesquisa localizou mais sentenças pró-autor que pró-requerido: foram 4 contra 3. Essas sentenças pró-autor envolvem as problemáticas titulações das comunidades Castainho (PE) e Mocambo (SE) mencionadas acima.

No caso das ações para suspender titulações, foram 7 sentenças pró-requerido contra 2 pró-autor. Essas duas dizem respeito à titulação de uma mesma comunidade – Picadinha (MS) – e paralisaram parcialmente o trabalho do INCRA. Já as sentenças dadas no caso das ações que questionam portarias da FCP foram todas contrárias ao autor.

Já no caso das ações de caráter possessório, embora a quantidade de sentenças pró-requerido seja proporcionalmente pouco superior a de sentenças pró-autor, é importante notar a inversão do resultado verificado na etapa do julgamento liminar. Foram 16 sentenças pró-requerido (53%), contra 14 (47%) pró-autor. Vale mencionar, no entanto, que esse resultado não revela, em si, uma possível tendência em favor dos direitos quilombolas. Metade das sentenças pró-requerido foi decidida sem o julgamento do



O Gráfico 6 traz uma descrição do universo de sentenças proferidas no âmbito das ações judiciais contrárias aos quilombolas. Das 58 decisões encontradas,

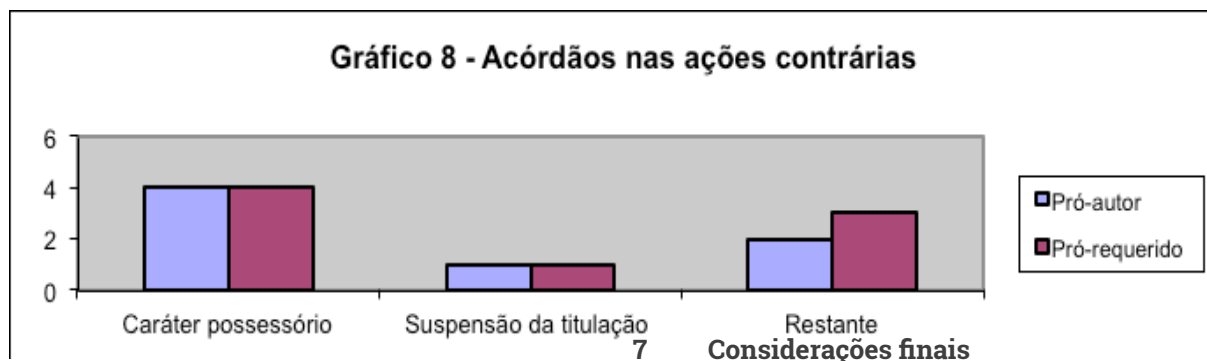
mérito, sendo que, em três casos, houve a reversão de uma liminar anteriormente concedida em benefi-

cio do autor. Dado que no caso de ações possessórias o objetivo da ação muitas vezes é contemplado com a concessão da liminar – que garante o mandato de reintegração de posse –, uma sentença favorável sem resolução do mérito pode simplesmente significar que o objeto da ação não mais precisa ser tutelado e ela pode, por isso, ser encerrada.

O Gráfico 7 apresenta dados gerais acerca do enfrentamento do mérito no caso de sentenças pró-requerido em ações contrárias. Ao contrário do que se verificou na análise do teor das ações favoráveis, há aqui o predomínio de julgamentos em que o mérito da ação foi de fato apreciado. Ao todo, foram 20 decisões com análise do mérito e 15 sem essa apreciação.



Por fim, o Gráfico 8 apresenta o total de acórdãos localizados nas ações contrárias aos quilombolas. Foram 7 acórdãos pró-autor e 8 pró-requerido. Embora a diferença seja pequena, também aqui há mais decisões beneficiando os quilombolas que os prejudicando.



Nas ações de caráter possessório, foram localizados 4 acórdãos pró-autor e 4 pró-requerido. Em 2 deles, a decisão de segunda instância contraria a de primeira, em 6 a confirma. No caso das ações que questionam a titulação, foi localizado um acórdão pró-requerido

e um acórdão pró-autor. Essa decisão pró-autor refere-se à titulação da comunidade de Linharinho (ES). A ação que originou a decisão foi proposta em agosto 2006 pela Aracruz Celulose contra o INCRA.³⁵ Foi julgada improcedente em primeira instância, mas a empresa apresentou recurso de apelação e Tribunal Regional Federal atendeu ao seu pedido, determinando a nulidade dos atos produzidos na fase de instrução do procedimento administrativo. O INCRA intentou propor Recurso Especial ao STJ e Recurso Extraordinário ao STF para reverter o julgamento, mas o Tribunal Regional Federal não admitiu os recursos.

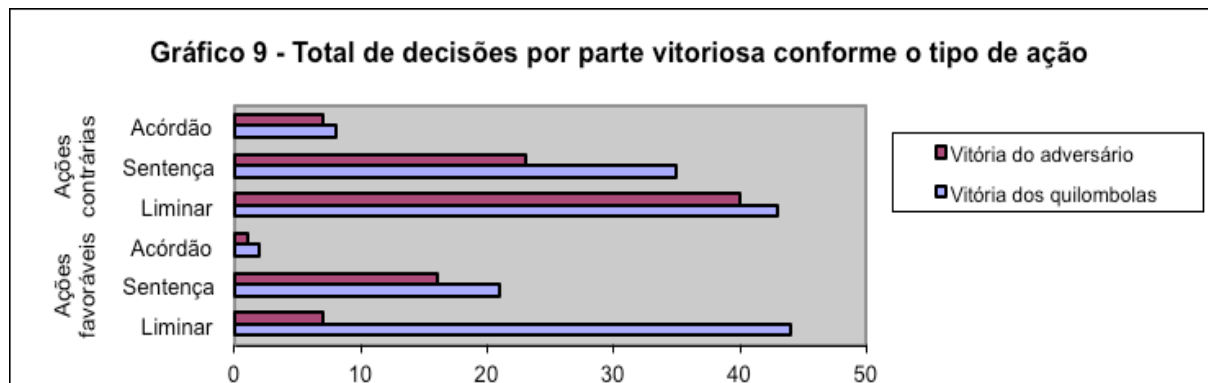
Além disso, foram também localizados 2 outros acórdãos pró-autor e 3 pró-requerido. Um dos pró-autor envolve a já mencionada ação que questiona a titulação de Mocambo (SE); o outro foi dado numa ação de despejo proposta contra os quilombolas de Pedra do Sal (RJ). Também nesse caso os requeridos – vários quilombolas – intentaram propor Recurso Especial ao STJ e Recurso Extraordinário ao STF para reverter o julgamento, mas o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não os admitiu. Já os três acórdãos pró-requerido envolvem uma ação, também já mencionada, que questiona portaria da FCP emitida para a comunidade de São Miguel (RS), uma ação reivindicatória proposta contra os quilombolas de Família Silva (RS) e uma antiga ação de desapropriação que o INCRA havia proposto no intuito de realizar reforma agrária em parte do território de Kalunga (GO).

O Gráfico 9 traz uma síntese dos dados apresentados

³⁵ A região em que a comunidade vive é majoritariamente ocupada por plantações de eucalipto. Comunidades quilombolas e etnias indígenas vivenciam situações de conflito acirrado com as empresas que realizam a atividade de produção de celulose (sendo a principal delas a Aracruz Celulose).

acima, agrupando os montantes totais de decisões segundo a parte vitoriosa. Apesar das variações, em todos os casos – liminares, sentenças e acórdãos, tanto das ações favoráveis quanto das contrárias – a pesquisa localizou mais decisões que representam vitórias dos quilombolas do que de seus adversários.

Esse total, inclusive, contrasta com o modo pelo qual os pedidos formulados nas ações contrárias costumam ser negados. Das 35 sentenças localizadas com julgamento em prol do requerido (no caso, os quilombolas ou seus representantes), apenas 17 são extinções sem julgamento de mérito.



Esses dados parecem apontar que, de um modo geral, tem predominado no Judiciário brasileiro uma tendência de reconhecimento dos direitos territoriais das comunidades quilombolas. Nas ações favoráveis, 86% das liminares, 55% das sentenças e 67% dos acórdãos beneficiam os quilombolas e seus representantes. Nas contrárias, esse mesmo lado é vitorioso em 52% das liminares, 60% das sentenças e 53% dos acórdãos.

Além disso, o fundamento a partir do qual as decisões são tomadas pode ser também um indicativo dessa tendência. Como dito, quase todas as sentenças que negam o pedido dos quilombolas e seus representantes, no caso das ações favoráveis, não chegam a considerar o mérito do pedido proposto. Mais exatamente, 15 das 16 sentenças com esse teor extinguem as ações sem julgar o mérito. Apenas uma sentença efetivamente se posiciona considerando o pedido “improcedente”. Esse dado parece indicar uma dificuldade, por parte do Judiciário, em justificar substancialmente a negativa dos direitos dos quilombolas. Na ausência de uma fundamentação que propicie um julgamento “improcedente”, recorre-se às questões processuais. Na prática o resultado obtido é semelhante: garante-se que o pedido do autor não seja atendido, sem que, no entanto, haja a necessidade de se assumir um posicionamento contrário aos dispositivos constitucionais.

As outras 18 efetivamente julgam o pedido como improcedente. Praticamente metade das negativas do pedido do autor ocorre, assim, a partir do enfrentamento substantivo do pedido em pauta. Quando a negativa implica uma vitória dos quilombolas, o Judiciário enfrenta mais diretamente a questão, sem precisar recorrer a saídas processuais que a viabilizem.

Percebemos, assim, que há maior disposição do Judiciário para se opor à pretensão do autor quando isso está alinhado aos interesses quilombolas, do que quando os nega. Tal constatação realça a tendência mencionada, qual seja, de que o Judiciário brasileiro tem predominantemente decidido em favor do reconhecimento dos direitos das comunidades quilombolas.

Conforme se sobe na hierarquia do Judiciário, no entanto, percebemos uma maior resistência à efetivação desses direitos. Ao agrupar indistintamente tanto decisões dadas para ações favoráveis quanto contrárias, percebemos que, embora em todos os marcos decisórios haja o predomínio de vitórias dos quilombolas, a frequência com que isso ocorre diminui conforme se avança no processo. Considerando-se o universo dos julgamentos levantados pela presente pesquisa, 55% dos acórdãos encontrados beneficiam os quilombolas, o que é proporcionalmente menor

do que os 59% de sentenças ou 65% de liminares. Nesse sentido, vale também mencionar que os 8 acórdãos localizados dando vitória aos adversários dos quilombolas enfrentam efetivamente o mérito da ação, demarcando um posicionamento mais explícito dos tribunais na negativa de tais direitos.

A pesquisa sinaliza, assim, que a segunda instância tem se mostrado ligeiramente menos disposta do que a primeira em reconhecer os direitos constitucionalmente atribuídos às comunidades quilombolas. Não obstante, um mistério ainda se apresenta com relação aos tribunais superiores. Restar-nos-ia, assim, conferir o futuro julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade proposto em 2004 visando impugnar o decreto federal que regulamenta o procedimento para titulação de áreas quilombolas (Decreto 4.887/2003) para ter uma ideia de qual seria o posicionamento do STF. A própria demora para se preferir a decisão, no entanto, já pode ser encarada com um indicativo do caminho escolhido. Afinal, enquanto a decisão não vem o INCRA está livre para dar prosseguimento a todos os procedimentos de titulação das terras quilombolas em andamento.

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

8 Referências

- Andrade, L.; Trecanni, G. (2000). Terras de quilombo. In: R. Laranjeiras (coord.). Direito Agrário Brasileiro, 593-656. São Paulo: LTr.
- Associação Brasileira De Antropologia (1994). Documento do grupo de trabalho sobre comunidades negras rurais. Rio de Janeiro.
- Brasil. (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 29 jun 2011.
- Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2011.
- Brasil. (2003). Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em 29 jun 2011.
- Chasin, A. C (2009). 20 anos de regularização fundi-

ária de territórios quilombolas: um balanço da implementação do direito à terra estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Revista Política Hoje, 18(2), 158-183.

- Chasin, A. C. (2010). Direitos étnicos, conflitos fundiários: a judicialização da disputa por territórios quilombolas. In: Workshop/Seminário Repensando o Acesso à Justiça no Brasil. Belo Horizonte. 2010. http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/direito_etnicos_conflictos_fundiarios_ana_chasin_2010_.pdf.
- CONAQ - Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (2011). CONAQ: Reunidos no Rio a partir desta noite, 500 quilombolas de todo o País discutem avanços e estratégias. <http://quilombosconaq.blogspot.com.br/2011/08/conaq-reunidos-no-rio-partir-desta.html>.
- CPI – Comissão Pró-Índio de São Paulo (2006). Comunidades Quilombolas do Estado da Bahia. Rio das Rãs: um exemplo de luta e conquista. http://www.cpis.org.br/comunidades/html/i_brasil_ba.html.
- CPI – Comissão Pró-Índio de São Paulo (2010). Terras Quilombolas: Balanço 2009. São Paulo. <http://www.cpis.org.br/acoess>.
- CPI – Comissão Pró-Índio de São Paulo (2011). Ações Judiciais e Terras de Quilombo. <http://www.cpis.org.br/acoess>.
- CPI – Comissão Pró-Índio de São Paulo. Sítio eletrônico, [s.d.]. <http://www.cpis.org.br>.
- FCP – FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES (2011). Sítio eletrônico. <http://www.palmars.gov.br>.

Data de submissão 24 de janeiro de 2014

Data de aprovação 7 de maio de 2014

PARTICIPAÇÃO SOCIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO E CONSTITUIÇÃO:

Uma análise do perfil dos Conselhos Municipais de Ribeirão Preto - SP

// *André Luis Gomes Antonietto¹ & Fabiana Cristina Severi²*

Palavras-chave:

conselhos municipais / perfil institucional / Ribeirão Preto

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

Sumário:

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 OS CONSELHOS MUNICIPAIS NO BRASIL**
- 3 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO E A CONSTRUÇÃO DAS VARIÁVEIS**
- 4 RESULTADOS**
 - 4.1 Evolução histórica dos Conselhos
 - 4.2 O Perfil Institucional
 - 4.2.1 Características Gerais
 - 4.2.2 Processo Decisório
 - 4.2.3 Composição e representação
- 5 CONCLUSÕES**
- 6 REFERÊNCIAS**

Resumo

Nosso trabalho tem como principal objetivo determinar o perfil institucional dos Conselhos Municipais de Políticas Públicas de Ribeirão Preto/SP, por meio da análise dos atos normativos que os criam e regulamentam e com base na aplicação de variáveis identificadas na literatura recente sobre o tema. O estudo identificou que, na história do município, foram criados 47 Conselhos, sendo escolhidos para compor a amostra 23 deles, a partir de critérios que identificam quais deles estavam em atividade em 2014. Na literatura científica foram identificadas variáveis que representam as características que mais influenciam a efetividade dos Conselhos, divididas em três categorias: características gerais, processo decisório e composição/representação. Os resultados indicaram grande falta de transparência quanto ao funcionamento dos Conselhos e que eles, em geral, integraram em seus formatos algumas características consideradas a princípio como essenciais para sua efetividade, mas que outras características recentes, identificadas em função das limitações das anteriores, são implementadas em poucos deles. Esperamos que os resultados deste trabalho contribuam para o aprofundamento democrático dos Conselhos de Políticas Públicas de Ribeirão Preto.

* Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Contato: antonietto@gmail.com.

* Professora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Contato: fabianaseveri@usp.br.

SOCIAL PARTICIPATION, DEMOCRATIC STATE AND

CONSTITUTION: A analisys of the profile of the Municipal Councils

in Ribeirão Preto - SP// *André Luis Gomes Antonietto & Fabiana Cristina Severi*

Keywords

Municipal Councils, Institutional Profile, Ribeirão Preto/SP.



Abstract

Our study aims to determine the institutional profile of the Municipal Councils of Public Policy in Ribeirão Preto/SP, by analyzing the normative acts that create and regulate them and applying variables chosen from the recent literature on the topic. The study found that, in the history of the city, 47 councils have been created, chosen as the sample 23 of them, based on criteria that define the meaning of Council that we adopted and identify those who are working today. In the scientific literature, variables that represent the characteristics that influence the effectiveness of councils were identified, divided into three categories: general characteristics, decision-making and composition/representation. The results substantiate the lack of transparency regarding the functioning of the Councils and that the Municipal Councils generally integrated in their shapes some features initially considered as essential to their effectiveness, but other recent features, identified in terms of the limitations from the previous ones are implemented in a few of them. We expect the results of this work contribute to deepening democracy within the Public Policy Councils of Ribeirão Preto.

1 Introdução

Não há dúvidas que uma das inovações mais marcantes da Constituição de 1988 tenha sido o novo sentido dado à ideia de participação, elevada ao patamar de valor fundamental na nova ordem jurídica que se estabelecia. Isso permitiu uma expansão do alcance dado até então para o exercício da cidadania no Brasil e está expresso no texto constitucional através de diversas referências à participação direta da sociedade¹, seja enquanto “dever” dos cidadãos de colaborar com o Poder Público, seja como garantia frente a ele, ou ainda como forma de gestão participativa institucionalizada (IPEA, 2014).

Inúmeros foram os modelos criados ou aprimorados que buscavam dar forma a instituições que possibilitassem a participação dos cidadãos nos processos de formulação e implementação de Políticas Públicas, como Conselhos, Orçamentos Participativos, Audiências Públicas, Ouvidorias, Processos Conferencistas, dentre outras (Avritzer, 2008; Cortes, 2011).

Os Conselhos, foco deste artigo, caracterizam-se como um espaço deliberativo institucionalizado e permanente, composto por representantes do Governo e da Sociedade Civil, eleitos ou nomeados para um mandato e que deliberam acerca de determinada política pública. A principal inovação destes espaços é possibilitar um contato direto e permanente entre o Governo e atores sociais, propiciando uma nova arena deliberativa, voltada a elaborar, aprovar e fiscalizar essas políticas. Assim, como efeito da promulgação da Constituição e da progressiva regulamentação de suas previsões por legislação infraconstitucional, diversos Conselhos foram criados em nível federal, estadual e municipal.

O presente artigo pretende somar-se a um grande esforço teórico que vem sendo realizado nos últimos anos visando melhor compreender os limites e possibilidades dos Conselhos enquanto instituições participativas. Nosso estudo privilegiou a abordagem teórica de análise do perfil institucional para analisar os Conselhos do município de Ribeirão Preto.

1 Arts. 10; 18, § 3º e 4º; 29, XII; 37, § 3º; 74, §2º; 173, §1º, I; 187; 194, VII; 198. III; 204, II; 205; 206,VI; 216, §1º; 225; 227 e 230 da Constituição Federal de 1988.

A análise em nível local do perfil institucional dos Conselhos permite a identificação dos diferentes formatos que eles assumem em função das especificidades da participação em âmbito municipal, possibilitando a identificação de fatores que podem indicar para uma maior ou menor eficiência da participação. Ademais, é mais comum que nos municípios as informações sobre as formas de participação sejam menos disponíveis à sociedade civil quando comparamos com a disponibilidade de informações sobre Conselhos estaduais ou nacionais, algo paradoxal quando pensamos que é no plano local que a participação é mais viável.

O recorte geográfico nos Conselhos municipais de Ribeirão Preto é reflexo de problemáticas vivenciadas no âmbito das práticas de pesquisa e extensão desenvolvidas na região pelo Núcleo de Assessoria Jurídica Popular de Ribeirão Preto (NAJURP), da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Como grupo de pesquisa e extensão voltado à prática de assessoria jurídica popular em direitos humanos e à educação em direitos, a atuação em temas como moradia, educação, judicialização da saúde, política de resíduos sólidos e questão de gênero, dentre outras, possuía diversas interfaces com pautas dos Conselhos Municipais. Deste modo, algumas dessas instituições participativas tornaram-se frentes de atuação do núcleo, dada a importância que tem para a definição dessas políticas e também pela aproximação que essas instituições propiciam com atores populares.

O NAJURP atua junto a atores populares e movimentos sociais, aos quais as estruturas institucionais, não raramente, oferecem resistência. A experiência de aproximação dos Conselhos se deu, portanto, a partir da perspectiva da sociedade civil organizada que procura estes espaços para levar suas demandas. Essa forma de aproximação permite identificar as dificuldades impostas ao indivíduo comum que, no exercício de seus direitos, pretende participar da gestão pública, fiscalizá-la ou mesmo obter informações sobre seu funcionamento.

Deste modo, nossa percepção da realidade dos Conselhos e mesmo a metodologia adotada neste estudo

foi estruturada considerando-se os caminhos que a sociedade civil tem que percorrer para conseguir deles participar ou obter informações sobre seu funcionamento.

Além do contexto local, a temática da participação social esteve novamente em destaque no cenário nacional em função do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, publicado durante a elaboração deste trabalho. Dentre os vários impactos políticos que sua publicação causou, um dos principais foi criar um momento propício ao debate e a proposições de melhorias na experiência dos Conselhos. No entanto, a efetiva compreensão dessa discussão com a sociedade será maior na medida em que ela tenha informações suficientes para compreender não apenas a importância dessas instituições, mas também algumas das características básicas de seu funcionamento e seus significados.

Assim, um dos interesses que orientaram a pesquisa que deu origem ao presente artigo é a necessidade de criar uma base sólida de informações que possa ensejar outros estudos mais específicos ou práticas políticas por parte de grupos e movimentos sociais locais, de acordo com as demandas sociais específicas que estejam a eles relacionados. Nesse sentido, o estudo pode ser uma fonte propositiva para eventuais alterações na estrutura formal dos Conselhos, visando melhorar seu funcionamento.

2 Os Conselhos Municipais no Brasil

Por ser um termo bastante polissêmico, é necessário partir de um conceito para delimitar o tipo de Conselho que buscamos analisar neste artigo. A definição proposta por Tatagiba nos fornece um bom parâmetro para analisá-los: “espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil, de natureza deliberativa, cuja função é formular e controlar a execução das políticas públicas setoriais” (Tatagiba, 2002, p. 54).

De acordo com a definição proposta, devem ser eles *espaços de composição plural e paritária*. Assim, órgãos e agências do Estado dividirão espaço com organizações da sociedade civil ou cidadãos indivi-

dualmente, representando diferentes segmentos ou entidades. Articular essa pluralidade dentro de um órgão paritário traz como principal desafio a criação de mecanismos que garantam equilíbrio entre as representações, de modo que todas tenham instrumentos e estejam aptas a influenciar os resultados do processo deliberativo. Destacamos que a noção de paridade também apresenta diferentes sentidos, podendo representar paridade *numérica*, quando há igual número de representantes de cada categoria, ou paridade *política*, quando se busca um equilíbrio das forças que cada categoria tem para influenciar as deliberações do Conselho.

Outra característica que devem ter é a utilização do *processo dialógico* para a resolução dos conflitos que naturalmente emergem em um espaço plural no qual há interesses em jogo. Assim, as decisões do Conselho devem ser pautadas em princípios da ética pública, em contrapartida às práticas clientelistas, trocas de favores ou cooptações, ou, dito de outro modo, devem ser passíveis de serem sustentadas publicamente. Há importantes elementos do desenho institucional que influenciam a efetividade desse processo a partir do grau de democratização das relações internas e externas do Conselho.

Por fim, a autora identifica que devem ser *deliberativos*, ou seja, capazes de formular e fiscalizar a implementação de políticas, interferindo de forma direta nos órgãos governamentais responsáveis pela sua execução. Esta capacidade é apontada como “a principal força dos Conselhos enquanto espaços potencialmente capazes de induzir a reforma democrática do Estado” (Tatagiba, 2002, p. 55).

A criação de Conselhos pelos municípios brasileiros ocorreu em ritmos variados de acordo com Política Pública a eles vinculada. A Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) desde 2001, possibilita a visualização da quantidade de Conselhos que têm sido implementados nos últimos anos. Na Tabela 1, compilamos os dados que indicam a porcentagem de municípios que possuem Conselhos vinculados a diferentes Políticas Públicas.

Tabela 1 - Presença dos Conselhos nos municípios brasileiros			
Conselho	Presença (%)	Conselho	Presença (%)
Saúde	99,7	Política Urbana	22,1
Acompanhamento do FUNDEB	98,1	Turismo	22,1
Direitos da Criança e Adolescente	97,9	Direitos da Mulher	17,5
Alimentação Escolar	95,3	Desenvolvimento Econômico	16,6
Assistência Social	93,1	Direitos da Pessoa com Deficiência	14,2
Educação	84,8	Esporte	11,2
Escolar	76,2	Segurança	10,4
Meio Ambiente	67,9	Transporte	6,4
Habitação	58,2	Juventude	5,4
Direitos do Idoso	51,5	Orçamento	4,9
Emprego/Trabalho	33,9	Igualdade Racial	3,5
Defesa Civil	25,3	Saneamento	3,5
Cultura	24,7	Direitos Humanos	2,2
Transporte Escolar	24,6	Direitos LGBTQT	0,2

Fonte: MUNIC-IBGE, 2001-2013.

A análise destes dados nos permite fazer algumas afirmações. Com base neles é possível estimar que existam cerca de 60.000 Conselhos nos municípios brasileiros. Considerando ainda que vários sujeitos compõem esses Conselhos, é possível dizer que eles possibilitaram a inclusão de centenas de milhares de pessoas nos processos decisórios das políticas públicas, o que, em uma análise meramente quantitativa, aponta para o sucesso da consolidação desta instituição enquanto mecanismo de participação.

Entretanto, embora os Conselhos existam há mais de duas décadas enquanto instituições participativas, não havia, até o ano de 2014, um marco normativo geral sobre o tema.

Diante do contexto das grandes manifestações ocorridas a partir de junho de 2013 por todo o Brasil², cuja pauta, embora genérica, apontava para um interesse social na participação, uma das respostas políticas que emergiram foi a publicação do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS). Este decreto, além de tornar normativos conceitos que antes estavam apenas no campo teórico – como o conceito de “sociedade civil” e “Conselho de Política Pública” – também definia objetivos relacionados à consolidação da participação social como método de governo.

Em seu texto, regulamentava também algumas das instituições participativas já existentes, estabelecen-

² Há certo consenso de que as manifestações se baseavam em pautas genéricas relacionadas ao sentimento de pouca representatividade das instituições políticas formais frente à sociedade.

do algumas diretrizes específicas para a implementação ou reforma dos Conselhos de políticas públicas:

Art.10. Ressalvado o disposto em lei, na constituição de novos Conselhos de políticas públicas e na reorganização dos já constituídos devem ser observadas, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I - presença de representantes eleitos ou indicados pela sociedade civil, preferencialmente de forma paritária em relação aos representantes governamentais, quando a natureza da representação o recomendar;

II - definição, com consulta prévia à sociedade civil, de suas atribuições, competências e natureza;

III - garantia da diversidade entre os representantes da sociedade civil;

IV - estabelecimento de critérios transparentes de escolha de seus membros;

V - rotatividade dos representantes da sociedade civil;

VI - compromisso com o acompanhamento dos processos conferenciais relativos ao tema de sua competência; e

VII - publicidade de seus atos.

Em que pese este Decreto tivesse como principal objetivo apenas colocar em moldes jurídicos mais claros uma experiência já consolidada na prática, houve grande resistência política à sua publicação, de modo que, apenas na Câmara dos Deputados, houve quatro projetos de Decretos Legislativos³ que visavam à derrubada do Decreto expedido pelo Planalto, intento que se concretizou em 28 de Outubro de 2014, logo após a realização das eleições daquele ano.

É evidente que o contexto eleitoral do ano de 2014 influenciou as ações políticas envolvendo o Executivo e o Legislativo nacionais, mas a resistência apresen-

tada pelo Congresso ao tema reforça a percepção de Tatagiba (2002) de que os atores governamentais ainda têm dificuldade de lidar com a pluralidade e com a democratização dos mecanismos de gestão pública.

Diante dos desafios que se colocavam – e ainda se colocam – para a efetividade dos Conselhos, houve grande esforço teórico com o objetivo de analisá-los nas últimas duas décadas. Vaz (2011) desenvolve uma análise panorâmica sobre esses estudos, identificando que no decorrer desse período houve uma mudança de foco das investigações. Segundo o autor, os primeiros estudos sobre os Conselhos pautavam-se em uma análise categórica e quantitativa, ou seja, na identificação do modo pelo qual essas experiências se espalhavam, buscando melhor compreender de que forma sua implementação contribuiria para o aprofundamento democrático. A premissa que se buscava confirmar era a de que a participação direta possibilitaria o aprendizado político-democrático necessário para que esse novo projeto de democracia se consolidasse.

Em um estudo de transição entre esses dois momentos, Tatagiba (2002) contesta as avaliações pessimistas sobre o potencial democratizante do encontro institucionalizado entre Governo e Sociedade Civil e afirma que a aposta dos setores progressistas neles enquanto campo estratégico de luta não é excludente, mas sim complementar a outras formas de atuação e pressão frente ao Governo. Assim, os principais desafios desse contexto seriam a necessidade de articular ambas as estratégias e também a de identificar e combater os entraves que diminuem a eficácia da participação institucionalizada.

Este estudo está entre aqueles que inauguram a segunda fase identificada por Vaz (2011, p. 92), momento em que “a participação deixa de ser tratada em termos de ‘ter’ ou ‘não ter’ e em quantidade, para ser tratada em termos de *qualidade* do seu processo, isto é, ‘o que a faz melhor ou pior’”. Nessa fase, houve ênfase na tentativa de compreender as dificuldades de implementação e funcionamento dessas instituições, diante da expansão e diversificação, reorientando as pesquisas para a busca por meios que garantissem maior efetividade no seu funcionamento.

3 PDC 1491/2014, PDC 1492/2014, PDC 1494/2014 e PDC 1495/2014.

São identificados três temas centrais que formam a atual agenda de pesquisa sobre os Conselhos: a) a Efetividade Deliberativa; b) a Representação e Representatividade e c) o Desenho Institucional.

A temática da efetividade deliberativa tem sobressaído nos últimos anos, sob a perspectiva de que o caráter deliberativo destes espaços potencializa em grande medida a redistribuição dos investimentos e de políticas públicas específicas. Assim, a análise volta-se para a dinâmica interna dessas instituições, com o objetivo de compreender a efetividade dessa participação no sentido de influenciar a elaboração e execução das Políticas Públicas. Nesse contexto, a efetividade é compreendida como a capacidade das instituições em incluir novas e diferentes vozes no processo participativo e de expandir, de forma igualitária, o acesso aos bens públicos nelas envolvidos (Cunha, 2007). Esse entendimento passa também pela questão do reconhecimento da existência de desigualdades no interior das instituições em diferentes variáveis, como, por exemplo, conhecimento técnico e capacidade comunicativa dos participantes.

Por outro lado, estudos sobre representação e representatividade enfrentam a questão de que o princípio de paridade, que orienta a composição dos Conselhos, está sujeito ao fato de que a Sociedade Civil será representada necessariamente por indivíduos, sejam eleitos ou indicados. Nesse sentido, várias são as dificuldades para equacionar essa representação com a legitimidade que dela se espera, sendo influenciada pelos processos de escolha desses representantes e pelo modo pelo qual eles exercem sua representatividade. Entretanto, Vaz (2011) aponta que esses estudos ainda carecem de alternativas metodológicas e analíticas capazes de aprofundar essa perspectiva teórica, em virtude do aparente esgotamento dos métodos tradicionais de atribuição de legitimidade.

Por fim, identifica-se a perspectiva do desenho ou perfil institucional, foco deste artigo, que enfatiza a análise das regras que modelam o funcionamento dos Conselhos, oferecendo um importante instrumento para identificar como a estrutura normativa que oferece sustentação aos Conselhos pode influenciar no seu funcionamento e em seus resultados. En-

tretanto, é importante destacar as limitações desta perspectiva, que não permite uma análise aprofundada sobre como essa estrutura normativa é “apropriada, interpretada e traduzida pelos diferentes sujeitos na dinâmica das disputas políticas no interior dos Conselhos” (Tatagiba, 2004, p. 324). Ciente destas limitações, busca-se com a elaboração do perfil institucional criar uma fonte de informação que possa tanto auxiliar outras pesquisas em nível local quanto dar suporte à própria participação da sociedade civil ao dar maior transparência aos principais fatores que dão forma a essas instituições.

3 Procedimento metodológico e a construção das variáveis

O procedimento metodológico consistiu na identificação dos Conselhos Municipais em atividade e no uso de variáveis identificadas como importantes na literatura para elaborar seu perfil institucional.

Para identificar os Conselhos em atividade, inicialmente recorreremos à Lei Municipal nº 12.389/10, que obriga a Prefeitura a disponibilizar diversas informações sobre os Conselhos no portal do município na internet.

Entretanto, diante da constatação de que o referido portal não estava sendo atualizado, realizamos um levantamento no portal de legislação do município⁴ de todos os atos normativos relacionados a Conselhos para identificar aqueles que os instituem ou os regulamentam, ou seja, aqueles que definem seus desenhos institucionais. Esses atos foram sistematizados para a elaboração de um histórico evolutivo das normativas destes Conselhos, e permitir a compilação da legislação vigente. Com base no levantamento realizado, requeremos novamente⁵ à Prefeitura Municipal informações sobre quais desses Conselhos estavam efetivamente em funcionamen-

4 <http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/leis/pesquisa/j321pesquisa.htm>

5 Para responder ao novo requerimento, a Prefeitura Municipal expediu ofício a todas as Secretarias Municipais, o que demonstra que não havia um controle ou informações sistematizadas pela Prefeitura nem mesmo sobre quais conselhos estavam em atividade na cidade, e o que fez o pedido ser respondido no dobro do prazo máximo de 30 dias previsto em lei.

to, para a composição da amostra a ser utilizada para a elaboração do perfil institucional.

selhos, além de reformas em grande número daqueles existentes.

A definição das variáveis a serem consideradas para a elaboração do perfil institucional foi realizada com base em estudos que adotaram esta perspectiva de análise para avaliar Conselhos em nível nacional e municipal (TATAGIBA, 2002 e 2004; ALMEIDA, 2009; FARIA E RIBEIRO, 2010 e 2011; LIMA et al, 2014). Elenca-amos as variáveis que constam da Tabela 2, como as mais relevantes para a definição do perfil institu- cional:

Tabela 2 - Variáveis para a determinação do perfil institucional dos Conselhos		
Características Gerais	Processo Decisório	Composição e Representação
Natureza do Ato Normativo	Caráter Decisório	Número de integrantes
Periodicidade de reuniões	Quórum de Instalação	Duração do mandato
Convocação Extraordinária	Escolha do Presidente	Proporção entre Governo e SC*
Conferências	Definição da Pauta	Composição da representação da SC*
Garantia de voz aos presentes		
*Sociedade Civil		

Fonte: Autor, 2014.

4 Resultados

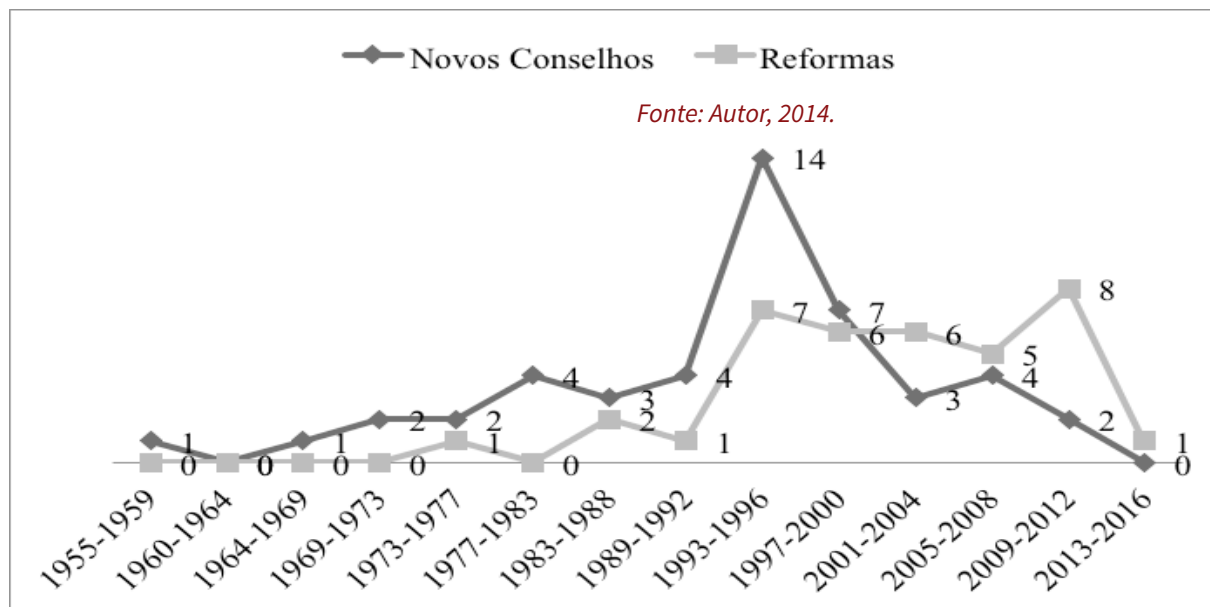
4.1 Evolução histórica dos Conselhos

No levantamento inicial, identificamos 442 atos normativos – Leis Complementares, Leis Ordinárias e Decretos – relacionados a Conselhos, dentre os quais 84 eram relacionados ao seu desenho institucional. A análise desses atos normativos permitiu identificar quais desses atos instituíam novos Conselhos e quais apenas alteravam o desenho daqueles já existentes. No Gráfico 1 podemos visualizar quantos Conselhos foram criados e quantos foram alterados através do tempo por meio de reformas.

Assim, identificamos a criação de 47 Conselhos na história do município e, ao analisar a criação e alteração desses Conselhos a cada mandato do governo municipal, verificamos que no governo correspon- dente aos anos de 1993 a 1996, houve a criação de uma quantidade significativamente superior de Con-

Avritzer (2010) relaciona esse aumento com dois fa- tores. O primeiro foi o início do surgimento de legis- lações locais sobre Conselhos no mesmo período, que ampliou a presença da participação no Brasil para além das grandes capitais do Sul e do Sudeste. O segundo relaciona-se com a grande expansão que o Partido dos Trabalhadores (PT) teve a partir do final da década de 1980, elegendo candidatos em cidades importantes e estimulando formas específicas de participação local. A análise de Avritzer corresponde com o histórico dos Conselhos de Ribeirão Preto, ten- do em vista que esta gestão foi a primeira com o PT à frente da Prefeitura Municipal.

Gráfico 1 - Evolução dos Conselhos a cada mandato municipal



Fonte: Autor, 2014.

Ao considerar apenas os Conselhos incluídos na nossa amostra para a elaboração do perfil institucional, ou seja, aqueles em atividade no ano de 2014 (Gráfico 2), percebe-se que muitos dos que permaneceram ativos foram criados nesse mesmo período, e que muitos dos criados em gestões anteriores não tiveram continuidade. Além disso, após a gestão 1993-1996 predominaram alterações nos Conselhos criados no neste período, em vez da criação de novos Conselhos.

A identificação dos Conselhos em atividade foi feita com base em informações prestadas pela Prefeitura. Assim, foram identificados 23 Conselhos em atividade, listados na Tabela 1 juntamente com os atos normativos analisados para a criação do Perfil Institucional.

Gráfico 2 - Evolução dos Conselhos a cada mandato municipal ainda em atividade

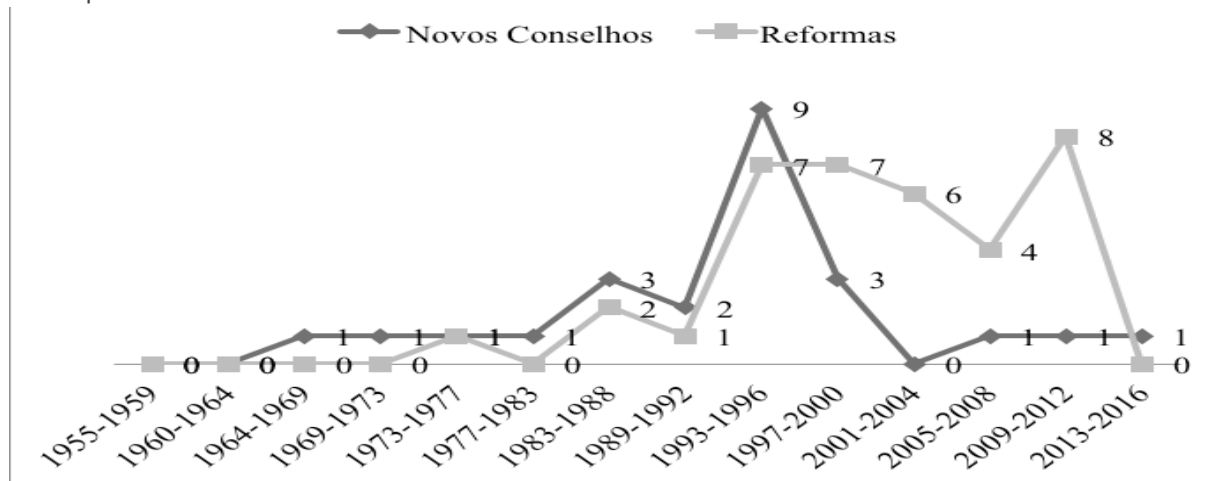


Tabela 3 – Conselhos incluídos no erfil institucional

Conselho Municipal	Lei Instituidora	Alterações e Regulamentações	R e g i m e n t o Interno
Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB	LC 2188/07		
Álcool e Drogas	LC 2429/10	LC 2425/11 e LC 2579/13	Dec 35/13
Alimentação Escolar	LC 2387/10	LC 2522/12	Dec 276/10
Assistência Social	LC 2386/10		
Atenção à Diversidade Sexual	LC 2403/10		Dec 304/10
Cultura	LC 1534/03		Dec 263/04 e Dec 79/08
Defesa do Consumidor	LC 403/94	LC 2098/06	
Defesa do Meio Ambiente	LC 287/93	LC 2381/10	
Desenvolvimento Rural	LC 1895/05	LC 2330/08	Dec 41/06
Direitos da Mulher	LC 2512/12		
Direitos das Crianças e Adolescentes	LC 2616/13	LC 2636/13	
Educação	LC 1686/04		Dec 173/06
Idoso	LC 2467/11	LC 2603/13	
Juventude	LC 628/97	LC 1571/03 e LC 2626/13	
Moradia Popular	LC 2351/09	Dec 9/10	Dec 23/10
Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra	LC 1117/00		
Preservação do Patrimônio Cultural	LC 2211/07		Reg. Interno
Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência	LC 348/94	LC 550/96	
Saúde	LO 12929/12		Dec 52/90
Segurança Alimentar e Nutricional	LC 1496/03		
Segurança Pública	LC 2007/06	LC 2391/10 e LC 2638/13	
Turismo	LO 8807/00	LO 10326/05, LO 10379/05 e LO 12210/09	Dec 417/00
Urbanismo	LC 695/97		Dec 225/98
LC: Lei Complementar / LO: Lei Ordinária / Dec: Decreto.			

Fonte: Autor, 2014.

Seguiremos com a apresentação, uma a uma, dos resultados relativos a cada uma das variáveis identificadas como relevantes, a partir dos apontamentos teóricos e metodológicos apresentados, com base na Tabela 2. Faremos primeiro a análise das variáveis acerca de características gerais dos Conselhos, passando, a seguir, com a análise de características acerca de seu processo decisório e, por fim, daquelas acerca da composição e representação. Os dados sobre cada um dos Conselhos, individualmente, constam dos anexos A, B e C.

4.2 O Perfil Institucional

4.2.1 Características Gerais

Quanto aos atos normativos que instituem os Conselhos, identificou-se que 21 dos 23 Conselhos (91,3%) são instituídos por Lei Complementar e apenas dois deles, os Conselhos Municipais de Saúde e Turismo (8,7%), são instituídos por Lei Ordinária, ou seja, são instituídos por ato normativo de natureza “forte”, evitando rupturas drásticas em sua existência (Lima *et al.*, 2014).

A periodicidade das reuniões também apresentou certa homogeneidade, sendo que 16 Conselhos (69,6%) preveem a realização de reuniões ordinárias mensalmente. Dois deles (8,7%), os Conselhos Urbanismo e Defesa do Consumidor, determinam que o calendário será definido pelos membros e um (4,3%), o Conselho de Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, determina reuniões quinzenais. Em quatro casos (17,4%), Segurança Alimentar, Direitos da Mulher, Segurança Pública e de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, não há informações sobre a periodicidade das reuniões. A frequência relativamente alta da maioria dos Conselhos é um bom indicativo de institucionalização, pois permite a melhor organização de uma rotina administrativa (Lima *et al.*, 2014).

Quanto à convocação de reuniões extraordinárias, a fração de integrantes necessária varia bastante. Dez dos Conselhos analisados (45,3%) exigem que a convocação realizada pelos membros do Conselho seja assinada por ao menos um terço dos seus integrantes, embora em um deles, o Conselho de Juventude, a convocação deva ser autorizada pelo presidente.

Em quatro Conselhos (17,4%), o de Cultura, Saúde, Assistência Social e Atenção à Diversidade Sexual, a convocação deve ser assinada por pelo menos metade dos conselheiros, e em outros quatro (17,4%), Moradia Popular, Desenvolvimento Rural, Alimentação Escolar e Preservação do Patrimônio Cultural exige-se a fração de 2/3. Não havia informação disponível sobre este quesito em cinco Conselhos (21,7%).

No tocante à previsão de conferências, ainda são poucos os Conselhos, apenas 7 dos 23 (30,4%), que preveem sua realização: os de Assistência Social, Cultura, Direitos da Mulher, Moradia Popular, Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, Saúde e Urbanismo.

Por fim, quanto à previsão de direito à voz nas reuniões, os Conselhos de Preservação do Patrimônio Cultural, Desenvolvimento Rural, Urbanismo e Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência (17,4%), garantem expressamente o direito de manifestação a qualquer pessoa presente às reuniões. Doze Conselhos (52,2%) não trazem nos atos normativos analisados informações sobre direito de manifestação e seis Conselhos (26,1%) estabelecem expressamente apenas que suplentes têm direitos à voz nas reuniões. São eles o Conselhos de Segurança Alimentar e Nutricional, Assistência Social, Juventude, Turismo, Atenção à Diversidade Sexual e Cultura. O Conselho do Idoso limita manifestações, restringindo-as apenas a membros e convidados.

4.2.2 Processo Decisório

No tocante ao caráter decisório, 16 Conselhos (69,5%) são deliberativos⁶, enquanto 5 Conselhos (21,7%) preveem em seus atos normativos apenas caráter *consultivo*, *propositivo* e ou *de assessoramento*, quais sejam: os Conselhos Municipais das áreas Álcool e

⁶ Quando o ato que institui o conselho o prevê como deliberativo, suas deliberações terão efeito vinculante para a governo, ou seja, ele não poderá agir contrariamente ao que for deliberado pelo conselho. Entretanto, há situações em que essa regra não é respeitada. Foi o caso do Plano Municipal de Educação de Ribeirão Preto, aprovado pelo Conselho Municipal de Educação em 2008 e não efetivado pela Prefeitura Municipal até a publicação deste artigo. O documento base para a construção do PME, bem como o documento final aprovado, encontram-se disponíveis no portal do Conselho Municipal de Educação, no link: <http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/seducacao/conselho/pmeduca/i15ind-pmeduca.php>

Drogas, Desenvolvimento Rural, Atenção à Diversidade Sexual, Segurança Pública e Urbanismo. Apenas o Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB previa natureza apenas fiscalizadora, que entendemos ser distinta das demais, pois aponta para outras características na atuação do Conselho. Por fim, apenas o Conselho de Defesa do Consumidor (4,3%) não traz em seu ato instituidor qualquer qualificadora para suas decisões.

Quanto ao quórum para primeira convocação das reuniões, onze dos Conselhos (48,7%) exigem que esteja presente, em primeira chamada, a maioria simples de seus membros para que as reuniões possam ter início. Em quatro deles - Conselhos de Desenvolvimento Rural, Preservação do Patrimônio Cultural, Urbanismo e Alimentação Escolar - é exigido um quórum maior, de 2/3 dos membros.

Como em muitos casos a dinâmica de órgãos colegiados faz com que as convocações em primeira chamada assumam caráter meramente protocolar, é importante analisar também as regras para a segunda convocação de uma mesma reunião, que, em geral, não exigem quórum mínimo para instalação. Onze Conselhos (47,8%) preveem que, não atingido o quórum em primeira convocação, haverá nova convocação em um período que varia entre quinze e trinta minutos. Destes, apenas os Conselhos de Desenvolvimento Rural e o de Urbanismo exigem um quórum mínimo para a segunda convocação, de um terço de seus membros, e os outros nove autorizam o início das reuniões em segunda chamada com qualquer número de membros. Há também outros quatro Conselhos (18,2%) - Defesa do Meio Ambiente, Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, Defesa do Consumidor e Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB - nos quais as reuniões em segunda convocação devem ser convocadas para outro dia, mas também sem a exigência de um número mínimo de membros.

Quanto à forma de escolha do presidente, a mais difundida é a eleição entre os todos os membros, presente em 17 Conselhos (74%). Nos demais, três (13%) estabelecem que deve ser priorizada ou obrigatória a ocupação do cargo de Presidente por um represen-

tante da Sociedade civil (Conselhos de Cultura, de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB e de Alimentação Escolar) enquanto outros três estabelecem que seus presidentes serão os Secretários da Pasta à qual o Conselho está vinculada ou a pessoa por ele indicada (Conselhos de Moradia Popular, Defesa do Consumidor e Defesa do Meio Ambiente).

Por fim, a definição das pautas das reuniões nos Conselhos de Juventude, Alimentação Escolar, Cultura e Alcool e Drogas (17,4%), a construção da pauta é realizada pelo Plenário, ou seja, inclui todos os membros. Já os Conselhos de Saúde e Assistência Social (8,7%) elaboram suas pautas com base em proposição direta dos membros. Os Conselhos de Educação, Turismo e Atenção à Diversidade Sexual (13%), estabelecem a competência do Presidente para elaborá-la, e os de Urbanismo e Desenvolvimento Rural (8,7%), que estabelecem a competência do Secretário. A falta de informação sobre a elaboração da pauta em 12 Conselhos (52,2) pode ser explicada pela falta dos Regimentos Internos, explicada na metodologia, tendo em vista que os assuntos referentes à dinâmica das reuniões estão, em regra, nesses documentos.

4.2.3 Composição e representação

Identificamos que existem ao menos 462 cadeiras para serem ocupadas por representantes titulares apenas nos Conselhos considerados em atividade em Ribeirão Preto. Esse número pode ser ainda maior em função de Conselhos que não estabelecem um número fixo de membros. A quantidade de integrantes em cada Conselho varia bastante, de apenas 6 membros, como é o caso do Conselho de Defesa do Consumidor, para até mais de 34 membros, como no Conselho de Cultura.

Quanto à duração do mandato, a significativa maioria dos Conselhos de Ribeirão Preto (69,6%) adota o período de dois anos para os mandatos de seus integrantes. Outros Conselhos adotam diferentes períodos, como o de Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, com mandato de um ano; os de Preservação do Patrimônio Cultural e de Saúde, com mandato de três anos e os de Educação e Alimentação Escolar, cujos mandatos duram quatro anos.

A proporção entre Governo e Sociedade Civil apresenta paridade numérica em doze Conselhos (52,2%). Em nove deles (39,1%), há uma quantidade maior de representantes da Sociedade Civil frente ao Governo e apenas um Conselho, o de Segurança Pública, tem uma representação maior de atores governamentais, em função da inclusão de grande número de autoridades policiais e do sistema de justiça em sua composição. O Conselho de Urbanismo não prevê a quantidade de representantes.

Quanto à representação da Sociedade Civil, há predominância de Conselhos nos quais a Sociedade Civil é representada por Entidades, totalizando doze Conselhos (52,2%) enquanto uma minoria, apenas quatro Conselhos (17,4) é composta apenas por segmentos sociais. Em sete deles, a Sociedade Civil é representada tanto por entidades quanto por segmentos.

5 Conclusões

Algumas conclusões deste artigo confirmaram diretamente suas motivações iniciais. O procedimento metodológico adotado revelou, em diversos momentos, a grande falta de transparência que existe sobre os Conselhos de Políticas Públicas de Ribeirão Preto. A Lei Municipal nº 12.389/10, que exige que informações sobre eles sejam disponibilizadas na internet, não é cumprida; a Prefeitura Municipal, mesmo quando provocada por solicitação formal, não prestou todas as informações solicitadas no prazo previsto em lei; e até mesmo a consulta às Leis Municipais é dificultada, pois os sistemas de consulta não disponibilizam a legislação compilada, o que dificulta a identificação das alterações ocorridas no decorrer do tempo. Os entraves encontrados no acesso à informação, que poderiam ser resolvidos com relativa facilidade pelo Poder Público, demonstram que as estruturas permanentes criadas para prestação de informações são bastante precárias e não priorizadas.

A gravidade maior da falta de transparência, nesse caso, está no fato de que a Sociedade Civil precisa ter acesso às informações sobre os Conselhos para poder consolidar a ideia de participação que eles propõem. É evidente que diante da ausência de in-

formações sobre o local das reuniões, as pautas, os calendários, as atas, dentre outras, a participação fica prejudicada.

Apesar do obstáculo da não transparência ter marcado nossa pesquisa, a elaboração do Perfil Institucional nos permite afirmar que o processo de constantes mudanças nos atos normativos dos Conselhos, identificados na incursão histórica, possibilitou algumas conquistas em termos de variáveis institucionais.

Há um número considerável de Conselhos que apresentam resultados positivos em algumas variáveis consideradas importantes para aumentar a efetividade de suas deliberações. Verificamos que todos eles são instituídos por Lei, a grande maioria Lei Complementar, a de maior força normativa no âmbito municipal; a maior parte é deliberativa, apresenta composições paritárias numericamente ou com maior representação da sociedade civil e realizam eleições para a presidência. Essas características foram algumas das principais pautas dos setores progressistas e movimentos sociais no início do processo de implementação dos Conselhos (Tatagiba, 2002).

Entretanto, o perfil demonstrou que ainda persistem desenhos institucionais com algumas características que são um óbice à efetividade da participação. Conselhos em que a presidência é ocupada por pessoa indicada pelo Governo; em que há mais representantes do governo do que da sociedade civil; que exigem autorização do presidente para a convocação de reuniões extraordinárias; que são deliberativos mas não tem suas deliberações acatadas pelo governo. São algumas características encontradas no perfil que claramente limitam a experiência democrática desses espaços.

Além disso, apesar da maioria dos Conselhos municipais terem caráter deliberativo, parece ser importante, também, um aprofundamento maior sobre o conteúdo ou temas sobre os quais eles terão competência para deliberar. Ou seja, mais do que ser deliberativo, é importante que o seja em questões centrais para definição das políticas públicas ou ações governamentais nos temas em que atuam. Além disso, a falta de orçamento próprio, quadro de pessoal ou

infraestrutura mínima que garanta o funcionamento das atividades dos Conselhos também são conhecidos obstáculos para que eles possam fortalecer seu papel de instituição democrática e sua capacidade deliberativa.

Percebe-se também em alguns Conselhos uma relativa tendência de aprofundamento do papel da sociedade civil, mediante a criação de regras que tentam apostar, por exemplo, em novas formas de paridade para além da numérica; favorecimento de que o presidente seja escolhido entre os representantes da Sociedade Civil ou maior democratização na escolha da representação societária, com a diminuição da previsão de entidades específicas e favorecimento da escolha por eleição a partir de segmentos da Sociedade Civil. A consolidação dessas características nos demais Conselhos está entre os novos desafios colocados aos movimentos progressistas que apostam neles enquanto instituições participativas.

Esperamos que este estudo possa oferecer subsídios para que a Sociedade Civil, ao menos no campo do desenho institucional, exija de cada Conselho desenhos que favoreçam cada vez mais a democracia participativa nas formas de deliberação, sem desconsiderar as tensões entre democracia direta e representativa que estão imbricadas em sua dinâmica. Alterar o desenho institucional dessas instituições participativas depende de alterar seus atos normativos, sejam eles regimentos internos, que podem ser alterados no interior dos Conselhos, ou leis, que exigem deliberação da Câmara Municipal. Em todos os casos, exigirá que os movimentos sociais e entidades da Sociedade Civil se organizem e provoquem o Poder Público, cobrando essas mudanças, como tem feito em praticamente todos os progressos obtidos relativos aos Conselhos.



6 Referências

Almeida, D. R. (2009). Os Conselhos Municipais e sua estrutura normativa e institucional. In Avritzer, L. (Coord.), *Democracia, Desigualdades e Políticas Públicas no Brasil*. vol. 2. 54-72. Belo Horizonte.

Avritzer, L. (2008) Instituições participativas e dese-

inho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. *Revista Opinião Pública*. (14) 1, 43-64.

Avritzer, L. (2010). Introdução. In L. Avritzer, *A dinâmica da participação local no Brasil*. 7-56. São Paulo: Cortez.

Cortes, S. V (2011). As diferentes instituições participativas existentes nos municípios brasileiros. In R. R. C. Pires, *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: IPEA.

Faria, C. F.; Ribeiro, U. C. (2011) Desenho Institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In R. R. C. Pires, *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. 125-135. Brasília: IPEA.

Faria, C.; Ribeiro, U. C. (2010). Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os Conselhos municipais de políticas públicas? In L. Avritzer (Org.), *A participação local no Brasil*. São Paulo: Editora Córtes.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Brasília: IBEG, 2001-2013.

Lima, P. P. F. et. al. (2014). *Conselhos Nacionais: Elementos Constitutivos para a sua Institucionalização*. Brasília: IPEA.

Tagatiba, L. (2004) A institucionalização da participação: os Conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo. In L. Avritzer (Org.), *A participação em São Paulo*. 323-370. São Paulo: Editora UNESP.

Tagatiba, L. (2002). Os Conselhos gestores e a democratização das políticas no Brasil. In E. Dagnino (Org.), *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. 47-103. São Paulo: Paz e Terra.

Vaz, A. C. N. (2011) Da participação à qualidade da deliberação em fóruns públicos: o itinerário da literatura sobre Conselhos no Brasil. In: R. C. C. Pires (Org.), *Efetividade das Instituições Participativas no Brasil: Estratégias de Avaliação*. 91-107. Brasília: IPEA.

Data de submissão 19 de março de 2014

Data de aprovação 16 de abril de 2015

ANEXO A - CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS CONSELHOS DE RIBEIRÃO PRETO					
Conselho	Lei Instituído- ra	Periodicidade	Extraordinária	Conferência	Garantia de Voz
Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB	LC 2188/07	Mensal	1/3 dos membros	Não	Sem previsão
Álcool e Drogas	LC 2429/10	Mensal	1/3 dos membros	Não	Sem previsão
Alimentação Escolar	LC 2387/10	Mensal	2/3 dos membros	Não	Sem previsão
Assistência Social	LC 2386/10	Mensal	1/2 dos membros	Sim	Suplentes
Atenção à Diversidade Sexual	LC 2403/10	Mensal	1/2 dos membros	Não	Suplentes
Cultura	LC 1534/03	Mensal	1/2 dos membros	Sim	Suplentes
Defesa do Consumidor	LC 403/94	Definida pelos Membros	<i>Sem informação</i>	Não	Sem previsão
Defesa do Meio Ambiente	LC 287/93	Mensal	1/3 dos membros	Não	Sem previsão
Desenvolvimento Rural	LC 1895/05	Mensal	2/3 dos membros	Não	Sim
Direitos da Mulher	LC 2512/12	<i>Sem informação</i>	<i>Sem informação</i>	Sim	Sem previsão
Direitos das Crianças e Adolescentes	LC 2616/13	Mensal	1/3 dos membros	Não	Sem previsão
Educação	LC 1686/04	Mensal	1/3 dos membros	Não	Sem previsão
Idoso	LC 2467/11	Mensal	1/3 dos membros	Não	Convidados
Juventude	LC 628/97	Mensal	1/3 dos membros	Não	Suplentes
Moradia Popular	LC 2351/09	Mensal	2/3 dos membros	Sim	Sem previsão
Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra	LC 1117/00	<i>Sem informação</i>	<i>Sem informação</i>	Não	Sem previsão
Preservação do Patrimônio Cultural	LC 2211/07	Mensal	2/3 dos membros	Não	Sim
Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência	LC 348/94	Quinzenal	1/3 dos membros	Sim	Sim
Saúde	LO 12929/12	Mensal	1/2 dos membros	Sim	Sem previsão
Segurança Alimentar e Nutricional	LC 1496/03	<i>Sem informação</i>	<i>Sem informação</i>	Não	Suplentes
Segurança Pública	LC 2007/06	<i>Sem informação</i>	<i>Sem informação</i>	Não	Sem previsão
Turismo	LO 8807/00	Mensal	1/3 dos membros	Não	Suplentes
Urbanismo	LC 695/97	Definida pelos Membros	1/3 dos membros	Sim	Sim

Fonte: Autor, 2014.

ANEXO B - PROCESSO DECISÓRIO DOS CONSELHOS DE RIBEIRÃO PRETO					
Conselho	Caráter Decisório	Quorum Instalação	2ª Convocação	Escolha do Presidente	Definição da pauta
Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB	Fiscalizatório	1/2 dos membros	Outro dia (qualquer número)	Eleição (SC)	Sem informação
Álcool e Drogas	Consultivo	1/2 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Eleição (alternância)	Plenário
Alimentação Escolar	Deliberativo	2/3 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Eleição (SC)	Plenário
Assistência Social	Deliberativo	1/2 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Eleição (alternância)	Proposição de membros
Atenção à Diversidade Sexual	Consultivo	1/2 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Eleição (alternância)	Presidente
Cultura	Deliberativo	1/2 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Eleição (pref. SC)	Plenário
Defesa do Consumidor	Sem previsão	1/2 dos membros	Outro dia (qualquer número)	Secretário da Pasta	Sem informação
Defesa do Meio Ambiente	Deliberativo	1/2 dos membros	Outro dia (qualquer número)	Secretário da Pasta	Sem informação
Desenvolvimento Rural	Consultivo	2/3 dos membros	15-30 min (1/3 dos membros)	Eleição	Secretário
Direitos da Mulher	Deliberativo	Sem informação	Sem informação	Eleição	Sem informação
Direitos das Crianças e Adolescentes	Deliberativo	Sem informação	Sem informação	Eleição (alternância)	Sem informação
Educação	Deliberativo	1/2 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Eleição	Presidente
Idoso	Deliberativo	Sem informação	Sem informação	Eleição	Sem informação
Juventude	Deliberativo	1/2 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Eleição	Plenário
Moradia Popular	Deliberativo	1/2 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Secretário da Pasta	Sem informação
Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra	Deliberativo	Sem informação	Sem informação	Eleição	Sem informação
Preservação do Patrimônio Cultural	Deliberativo	2/3 dos membros	15-30 min (qualquer número)	Eleição	Sem informação
Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência	Deliberativo	1/2 dos membros	Outro dia (qualquer número)	Eleição	Sem informação
Saúde	Deliberativo	Sem informação	Sem informação	Eleição	Proposição de membros
Segurança Alimentar e Nutricional	Deliberativo	Sem informação	Sem informação	Eleição	Sem informação
Segurança Pública	Consultivo	Sem informação	Sem informação	Eleição	Sem informação
Turismo	Deliberativo	Sem Informação	Sem Informação	Eleição	Presidente
Urbanismo	Consultivo	2/3 dos membros	15-30 min (1/3 dos membros)	Eleição	Secretário

Fonte: Autor, 2014.

ANEXO C - COMPOSIÇÃO E REPRESENTAÇÃO DOS CONSELHOS DE RIBEIRÃO PRETO				
Conselho	Quantidade de membros	Mandato	Proporção SC e Governo	Entidades ou Segmentos
Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB	11	2 anos	Maior para SC	Segmentos
Álcool e Drogas	26	2 anos	Paritário	Entidades
Alimentação Escolar	14	4 anos	Maior para SC	Entidades
Assistência Social	18	2 anos	Paritário	Ambos
Atenção à Diversidade Sexual	18	2 anos	Paritário	Segmentos
Cultura	34	2 anos	Maior para SC	Ambos
Defesa do Consumidor	6	Sem informações	Paritário	Entidades
Defesa do Meio Ambiente	26	2 anos	Paritário	Entidades
Desenvolvimento Rural	11	2 anos	Maior para SC	Entidades
Direitos da Mulher	28	2 anos	Paritário	Ambos
Direitos das Crianças e Adolescentes	16	2 anos	Paritário	Entidades
Educação	21	4 anos	Maior para SC	Segmentos
Idoso	20	2 anos	Paritário	Ambos
Juventude	24	2 anos	Paritário	Entidades
Moradia Popular	22	2 anos	Paritário	Ambos
Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra	17	2 anos	Maior para SC	Ambos
Preservação do Patrimônio Cultural	21	3 anos	Maior para SC	Entidades
Promoção e Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência	12	1 ano	Paritário	Segmentos
Saúde	32	3 anos	Maior para SC	Ambos
Segurança Alimentar e Nutricional	24	2 anos	Paritário	Entidades
Segurança Pública	27	2 anos	Maior para Governo	Entidades
Turismo	34	2 anos	Maior para SC	Entidades
Urbanismo	Indefinido	Sem informações	Não se aplica	Entidades

Fonte: Autor, 2014.

A DOGMÁTICA JURÍDICA DA “EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS” NO BANCO DOS RÉUS: reflexões

metodológicas a partir de uma abordagem contextualista //

*Charles Borges Rossi*¹

Palavras-chave:

efetivação de direitos sociais e econômicos / metodologia da pesquisa em direito/ estudos empíricos em direito.

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

Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **O discurso da “Ciência do Direito” preso na cultura da dupla dualidade estrita**
- 3 **A “mudança de contexto” que aprisionou o discurso científico em direito em matéria de efetivação dos direitos sociais e econômicos**
- 4 **A instrumentalização da velha “hermenêutica jurídica”**
- 5 **Fazer ciência não é elaborar parecer**
- 6 **A dificuldade em produzir sentido na elaboração do discurso científico em direito no contexto de atribuição**
- 7 **O problema do cobertor curto: novas patologias metodológicas a vista**
- 8 **A objetividade como valor e a metodologia como fonte de validação do discurso científico dedicado a objetos de natureza deontológica**
- 9 **A insuficiência do compromisso metodológico: o problema da causalidade nas ciências sociais e o abismo em relação à comunidade política**
- 10 **A apreensão da realidade pode viabilizar a efetivação do direito, mas o seu fundamento filosófico sempre será moral**
- 11 **Considerações finais**
- 12 **Referências**

Resumo

No campo do direito, têm proliferado nos últimos anos discursos acadêmicos materializados em artigos, livros, e mesmo peças processuais e decisões judiciais voltados a propor soluções jurídicas para o problema da efetivação dos direitos sociais e econômicos no Brasil. Na maior parte das vezes, porém, esses esforços desconsideram os critérios objetivos e subjetivos de validação do discurso científico destinados a preencher de sentido os enunciados que o compõem, resultando na sua baixa capacidade de convencimento no contexto da produção científica considerada como um todo. Partindo da premissa da predominância da tese da dupla dualidade estrita na epistemologia do direito no Brasil em contraposição ao que se observa no cenário metodológico mais amplo, este ensaio teórico busca identificar algumas dificuldades metodológicas enfrentadas pelo jurista interessado em produzir um discurso acadêmico destinado a propor soluções jurídicas para os problemas relacionados à efetivação de direitos sociais e econômicos. Para tanto, este trabalho utiliza o arcabouço conceitual da filosofia analítica da linguagem combinada com a literatura em epistemologia das ciências humanas para defender a consideração e ponderação, nos estudos em direito, de princípios corriqueiros nos processos de investigação científica nas disciplinas relacionadas a essa problemática.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo.

Contato: charles.rossi@usp.br.

THE BRAZILIAN LEGAL DOGMATICS OF THE “REALIZATION OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS” UNDER TRIAL: Methodological reflections based on a contextualist approach // *Charles Borges Rossi*

Keywords

Brazilian legal culture/ Law effectiveness/ Methodology of legal research / Empirical legal studies.



Abstract

The Brazilian law community has seen a proliferation of legal essays and academic papers in recent years focused on proposing legal solutions to the problem of realization of social and economic rights. In most cases, however, these efforts ignore the epistemological and methodological difficulties imposed on the task of giving meaning to the statements that compose them, resulting in a semantic emptiness of the discourse as a whole. This article surveys some recent contributions on philosophy of language, on contextualist epistemologies, on theory of law and on development studies, fields directly linked to the problem addressed here, to identify the methodological challenges imposed on the discourse building process that engage the scientist of law devoted to the problem of the realization of the social and economic constitutional rights in the Brazilian context, arguing that its meaning depends on the weighing and balancing of methodological principles observed by scientists of other fields, but still ignored by most of the Brazilian legal community.

1 Introdução

Já é de certo modo antiga a constatação de que houve um gradativo desvirtuamento do processo de elaboração do discurso científico no âmbito do direito em países como o Brasil. Para alguns, o principal culpado por esse vício foi o fenômeno da positivação do direito, que colocou na vontade humana o único parâmetro para definir os limites e possibilidades do que poderia ser coletivamente alcançado pela empreitada social a que aprendemos a denominar de Estado. Para T. Ferraz Jr. (1997, p. 168), por exemplo, a positivação “castrou” os fundamentos de legitimação requeridos pelo direito, que, antes função de princípios metafísicos muitas vezes de origem religiosa, passaram a ser elaborados com base na busca pela legitimação de interesses e “posições partidárias”, em sacrifício do ideal de verdade científica.

À medida, porém, que o processo de construção deste discurso “deixou de procurar a verdade como condição para o consenso para passar a buscar o consenso como condição de verdade” (idem, p. 168), num contexto crescentemente marcado pela fragmentação dos diversos ramos e subdivisões do direito e, conseqüentemente, da gradativa redução do universo no qual se busca este consenso, consolidou-se neste campo do saber uma cultura científica fundada no que denomino aqui de “ditadura da tese da dupla dualidade estrita”, que isolou epistemologicamente a produção do discurso científico em direito em relação às outras ciências que ditam a produção da verdade científica de objetos aos quais o direito necessariamente se refere.

Cada vez menos, porém, o consenso dos partícipes do debate científico em direito consegue suprir a necessidade da busca pela verdade a que todo discurso científico se volta. Ocorre, usando os conceitos da linha contextualista da epistemologia das ciências humanas², uma “mudança de contexto” que ameaça os critérios que conferem “valor de verdade” ao discurso científico por eles chancelado nos ambientes em que se produzem esses “consensos partidários”. Nesta mudança, os “padrões convencionais de justificação” se tornam mais exigentes e passam

² Alguns textos que abordam o contextualismo epistemológico a que fazemos referência neste trabalho incluem Jackman (2010), Neta (2003) e Cohen (2000).

a incluir novas regras até agora desconhecidas pela grande massa de “cientistas do direito”.

Este trabalho busca elucidar uma variante desta mudança de contexto no âmbito específico da produção do discurso da ciência do direito no que se refere ao problema da efetivação dos direitos sociais e econômicos previstos na CF/1988. Para tanto, iniciaremos com a discussão em torno do que entendemos por “discurso científico em direito”, explicitando o problema da consolidação da “tese da dupla dualidade estrita” na epistemologia da ciência do direito no Brasil no contexto do cenário contemporâneo da epistemologia das ciências humanas. Posteriormente, apresentaremos duas facetas da supracitada “mudança de contexto” verificadas no âmbito da teoria do direito e nas ciências do desenvolvimento nos anos recentes, utilizando este novo cenário como pano de fundo para explicitar alguns problemas metodológicos no processo de construção desta espécie de discurso científico. Por fim, alguns comentários serão destinados a explicitar limites à superação dos problemas anteriormente apontados.

2 O discurso da “Ciência do Direito” preso na cultura da dupla dualidade estrita

O discurso científico em direito foi analisado por diversos autores no Brasil e no exterior, explicitando conflitos de diversas naturezas na sua conceituação. Este trabalho, porém, limita-se a adotar como premissa que esse discurso particulariza-se por voltar-se a contribuir para o sistema de conhecimento a respeito da realidade jurídica, devendo, para tanto, submeter-se a um conjunto de critérios metodológicos aptos a garantir sua aceitabilidade como “conhecimento”, ainda que este seja provisório e questionável sob aspectos que variam no tempo e no espaço. Na abordagem que se propõe aqui, tanto a realidade como o modo de interpretá-la exercem papel disciplinador fundamental na validação dos argumentos que compõem esse discurso, reconhecendo que os termos e enunciados que compõem o direito e a ciência dedicada ao seu estudo conectam-se a elementos exteriores ao direito.

Admite-se neste trabalho, deste modo, que o conjun-

to de “padrões convencionais de justificação” que se encontram materializados na metodologia utilizada na elaboração e validação desse discurso é cada vez menos de domínio exclusivo de “juristas”, originando-se de debates travados no âmbito de diversas ciências que compartilham a mesma preocupação com a produção de um discurso com “valor de verdade”, ainda que a respeito de objetos de natureza muitas vezes distinta.

Quando utilizamos a expressão “cada vez menos” no parágrafo precedente, fazemos alusão à premissa de que ocorre uma instabilidade no que diz respeito ao contexto relevante para a validação do discurso científico em direito. Primeiro, na parte que diz respeito às conexões de termos e enunciados com elementos externos ao direito, objeto de preocupação, no campo metateórico, da teoria semântica da referência sistematizada na obra de Frege (1978) e complementada pela obra de outros autores que incluem Kripke (1977), Davidson (1972), dentre outros. Depois, naquilo que se refere aos supracitados questionamentos a respeito das convenções sociais sobre “padrões de justificação”, entendidos como os critérios socialmente aceitos para conferir “valor de verdade” ao discurso científico, preocupação das teorias contextualistas da epistemologia das ciências humanas, sistematizadas nas obras de autores como os já citados Jackman (2010), Neta (2003) e Cohen (2000).

Outra premissa que se adota neste trabalho é o compromisso³ historicamente firmado da parte da comunidade de juristas encarregados da produção do discurso científico em direito no Brasil com o que se denomina de “tese da dupla dualidade estrita”, expressão que se dá neste trabalho à postura de defender duas ordens de separação radical no campo metodológico: uma das ciências humanas em relação ao das ciências da natureza e outra da ciência do direito em relação ao restante das ciências comportamentais e sociais do ponto de vista dos princípios

³ O termo “compromisso” neste contexto se aproxima da noção de “convenção” quando utilizada no contexto da expressão “padrões convencionais de justificação”, presente na literatura epistemológica da filosofia da linguagem para se referir ao conjunto de critérios aceitos como necessários e suficientes para que o discurso que os observa garanta seu “valor de verdade” (Martin, 2010; Tarski, 1944, 1956).

epistemológicos, da metodologia e do uso de métodos e técnicas de investigação e de produção de sentido. Entendida de forma caricaturada, esta postura epistemológica só se faz presente em ciências estritamente formais como a matemática pura e a física teórica, ciências que rejeitam a vinculação metodológica com a realidade empírica e com valores morais, supostas “fontes de ilusões de ótica do mundo sensível” (Artstein, 2014). No direito, entretanto, esta postura se associou a um modo de produção do discurso científico comprometido com partes interessadas desejosas de garantir sua legitimação na esfera de interesses tutelados pela ordem jurídica, comprometendo a principal fonte da legitimidade da própria ciência que é justamente o ideal da busca da verdade desinteressada (Ferraz Junior, 1997). Na sua pior versão, a adoção da tese da dupla dualidade estrita implicou na rejeição acrítica das conclusões extraídas das ciências empíricas com base na ideia maniqueísta de que a ciência do direito possui epistemologia, metodologia e ontologia próprias e desvinculadas daquelas das outras ciências.

3 A “mudança de contexto” que aprisionou o discurso científico em direito em matéria de efetivação dos direitos sociais e econômicos

Muitos são os debates travados em torno da produção de significado pelos múltiplos discursos da chamada “Ciência do Direito”. Dito de maneira abrangente e retomando uma ideia apresentada no tópico precedente, essa ciência consistiria num bem articulado “sistema de conhecimentos sobre a realidade jurídica” (Ferraz Junior, 1997, p. 147), ainda que, por “sistema”, “conhecimento”, “realidade” e “jurídico” parem longas tradições de debates travados no campo da epistemologia e da metodologia. Neste contexto, como regra, o cientista do direito no Brasil se manteve afastado dos desdobramentos desses debates, permanecendo fiel aos princípios epistemológicos em voga no pensamento positivista dos séculos XVIII e XIX, que buscava estruturar o conhecimento científico em sistemas estáticos e formalizados do seu objeto, no caso, a “lei positivada”⁴. A ciência do

⁴ Esta orientação epistemológica a que fazemos referência inspira-se, em primeiro lugar, na preservação do essencialismo viabilizada pela separação rígida entre a metodologia das ciências huma-

direito equiparou-se, nesse paradigma, a uma “ciência dogmática do direito”, na qual a veracidade das suas proposições se basearia no significado intrínseco dos termos que as compõem (essencialismo) independentemente de qualquer conexão com o mundo exterior, onde habitam a experiência e os valores morais. Muito se buscou, com esse compromisso, aproximar a ciência do direito das ciências formais, para as quais a “prova” de uma proposição consiste na dedução lógica feita a partir de definições preconcebidas.

Desses traços gerais se originaram as convenções sociais compartilhadas por muitos juristas para conferir “valor de verdade” ao discurso científico na área do direito sintetizadas na noção anteriormente apresentada da tese da dupla dualidade estrita. Se, de um lado, esse compromisso sobrevive em comunidades de juristas de países como o Brasil, de outro, já se constata há pelo menos cinquenta anos a discussão no âmbito da teoria do direito sobre a crise do juspositivismo e sobre as suas limitações para a concretização da justiça na sociedade contemporânea (ver quadro abaixo). Nestas discussões, consolida-se a convicção de que a redução do direito a uma estrutura formal apartada da moral e de conteúdo com pretensão universal e atemporal deflagrou a sua insuficiência para cumprir com sua função de oferecer resposta às grandes questões de repercussão social e moral que estão na raiz de alguns dos principais problemas da sociedade contemporânea.

nas em relação às das outras ciências, identificada, por exemplo, na obra de W. Dilthey (1979), que dedica parte importante da sua obra ao projeto de formular uma metodologia própria e específica para as ciências humanas negando a estas a noção de explicação causal, comum nas ciências da natureza (Schmidt, 2006, p. 29-48). Depois, no juspositivismo da tradição jurídica românica, que separou radicalmente a metodologia da ciência do direito em relação às das outras ciências sociais, com base na distinção idealizada apriorística das noções de “ser” e “dever ser” presente na “Doutrina do Direito” de I. Kant (1785) e posteriormente incorporada por H. Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito” (1939). Por fim, nos métodos clássicos de classificação elaborados originalmente por Carl Linnaeus em seu *Sistema Naturae* (1735), que, inaugurando a taxonomia clássica no âmbito da biologia, passou posteriormente a influenciar outras áreas do conhecimento. O advento de outras influências intelectuais (como as teorias darwiniana e newtoniana), contudo, tornou mais questionáveis estas posturas metodológicas com o passar do tempo nas mais diversas áreas do conhecimento. Para um estudo mais abrangente destes tópicos, consultar Ereshefsky (2000).

Nestes debates, portanto, a ciência do direito concebe o seu objeto como dotado de uma função, que pode ser bem ou mal desempenhada. A partir desta constatação, patrocinou-se a abertura da teoria do direito, de um lado, aos valores ético-políticos, defendendo a indissociabilidade entre direito e moral e a inclusão dos princípios como forma de garantir respostas fundamentadas num discurso racional, coerente e universal. De outro, aos fatos, entendendo o direito não como uma construção abstrata, mas como uma complexa realidade empírica de natureza deontológica, criada pela atividade humana, formado por entidades linguísticas (como as diretrizes normativas⁵) e extralinguísticas (como as crenças e comportamentos), determinadas por fatores psíquicos, culturais e históricos e com impactos significativos sobre a realidade social entendida de maneira mais ampla (Faralli, 2006).

Esta abertura epistemológica trouxe profundas consequências para a forma que se concebe o direito na literatura teórica. Muitos conceitos que antes eram considerados elementos externos ao direito passaram ou voltaram a figurar como verdadeiros pilares de sustentação de sistemas conceituais atualmente muito influentes. Verificou-se este fenômeno, por exemplo, a partir da introdução da noção de “convenção social” no pensamento de juspositivistas como H. Hart (2012); de “fato social” no pensamento de realistas como N. Llewellyn (2011); de “impactos econômicos” na concepção das escolas de análise econômica do direito, como a representada por R. Posner (2004); de “hegemonia política”, nas abordagens dos Critical Legal Studies; de “princípios do direito natural”, nas abordagens da teoria de direito natural, como por exemplo, de J. Finnis (2011); de “instituições”, na abordagem de N. MacCormick (1986); e de “princípios morais”, na teoria de R. Dworkin (1986)⁶, para citar somente alguns.

Em contrapartida, permanece forte e dominante no Brasil o compromisso dos juristas com as supracitadas teses epistemológicas radicais que negam o caráter aplicado e dependente do direito em relação a esses elementos externos admitindo, no máximo,

⁵ No sentido conferido por A. Ross (1971).

⁶ Para uma visão panorâmica dos principais conceitos dessas escolas, consultar Golding (2008).

a incorporação do universo empírico da própria lei e de suas possíveis interpretações feitas a partir de sua literalidade. Alegam, para sustentar sua posição, que os critérios que conferem “valor de verdade” ao discurso jurídico são oriundos do próprio discurso da norma positivada, que, por meio de uma metodologia apropriada, sistematizada na chamada “hermenêutica jurídica”, pode ser revelada e imposta a situações fáticas que demandam uma “decisão jurídica”. Em ciências com essas características, tomadas ao extremo, não há confronto do discurso científico com a realidade a ele vinculada, e, desse modo, não há verificação e superação de teorias⁷. Também há pouca consideração das conexões envolvendo a linguagem jurídica e os elementos do mundo externo a que faz muitas referências, exceto para, uma vez revelada a “prescrição verdadeira” oriunda da “lei pura”, a ele se impor com o aval do Estado, detentor do monopólio da força.

Por outro lado, os desdobramentos dos debates metodológicos travados em diversas ciências têm municiado um crescente questionamento a essas convenções que ainda sobrevivem entre os produtores do discurso científico no direito que adotam o dogmatismo como postura epistemológica, dadas as transformações recentes do contexto relevante para a validação desse tipo de discurso. Consideremos, para esclarecer essa ideia, a noção de “conhecimento em direito” como sendo o discurso composto por proposições que atendem dois critérios de validação que lhes conferem “valor de verdade”: um no plano objetivo do que “deve ser” para uma dada sociedade, parcialmente incorporada no direito vigente e que inclui as conexões entre os seus termos e o mundo externo; e outro no plano subjetivo dos “padrões convencionais de justificação” compartilhados entre os usuários desse discurso⁸.

No dogmatismo, esses critérios são fixos para qualquer proposição dada⁹, isto é, há uma metodologia relativamente rígida para a apreensão do sentido do “dever ser” dado pelo direito, os elementos externos são internalizados e traduzidos de modo a se adaptar a essa linguagem prescritiva apriorística¹⁰; e a comunidade de juristas que depende dessa construção científica se encarrega de convencionar no seu interior os critérios de justificação para a demarcação do discurso científico no campo. No âmbito do contextualismo epistemológico, contudo, o valor de verdade de uma dada proposição é função do contexto no qual ela é produzida, havendo múltiplos níveis de “verdade”, a depender dos critérios em uso e da função que a proposição desempenha nesse contexto (Cohen, 2000; Jackman, 2010; Neta, 2003). Numa tal linha de argumentação, é “verdadeira” a proposição que, num dado contexto, cumpre com a função esperada pelos atores do ato comunicativo. Conforme este ato produz resultados mais disseminados, abrange um conjunto mais amplo de atores ou o contexto exige uma maior segurança no ato de lhe conferir “valor de verdade” para evitar prejuízos indesejados, os critérios de justificação se tornam mais exigentes e um mesmo enunciado anteriormente “verdadeiro” pode ter sua validade questionada e revogada pela “comunidade relevante” (Jackman, 2010, p. 94-95).

O predomínio das teses epistemológicas dogmatistas no campo da produção do discurso científico em direito condenou os seus criadores a reproduzir padrões de justificação relativamente baixos e de consistência insuficiente no trato das conexões entre os termos/enunciados e os elementos a eles vinculados provenientes do mundo externo ao direito. Esse argumento é especialmente válido para o discurso científico voltado a oferecer condições suficientes de

decidibilidade para problemas complexos como os

7 Nas palavras de Ferraz Jr. (1997, p. 148), historicamente o jurista foi conduzido “a cuidar apenas das relações lógico-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado o seu conteúdo empírico e axiológico”.

8 Neste trecho, adota-se a noção de “conhecimento” da filosofia analítica da linguagem tal como descrito em Barber & Stainton (2010, p. 94-96, p. 189-191).

9 A tese da rigidez dos critérios de demarcação do que constitui um “enunciado verdadeiro” é compartilhada entre os dogmatistas e os invariantistas, com a diferença que os padrões invariantistas são relativamente mais exigentes do que aqueles observados pelos dogmatistas, já que, ao contrário daqueles, estes não admitem questionamentos céticos em relação aos dogmas que incorporam no seu discurso (Jackman, 2010, p. 94).

10 É o que Ferraz Jr. (1997, p. 149) denomina de “ciência dogmática” do direito.

Quadro 1. Fundamentos teórico-epistemológicos da recente abertura da ciência do direito aos valores e ao mundo empírico

	Ciência do direito no paradigma da dogmática jurídica	Abertura da ciência do direito aos valores ético-morais	Abertura da ciência do direito ao mundo empírico
Paradigma teórico no direito e algumas obras de referência	- Dogmática jurídica com base no direito positivo (Kelsen, 1939)	- Teoria de direito natural (Alexy, 1989, 2009, 2010; Finnis, 2011), - Pós-positivismo (Dworkin, 1978, 1985, 1986)	- Realismo jurídico norte-americano (Cook, 1927, 1933, 1949; Holmes Jr, 1899a, 1899b, 2009a, 2009b; N. K. Komesar, 1984; Llewellyn, 1930, 1940, 1996, 2011a, 2011b; Nourse & Shaffer, 2009) - Análise econômica do direito (Calabresi, 1985, 1991; Calabresi & Bobbitt, 1978; Coase, 1960, 1992, 2012; N. K. Komesar, 1984, 1994, 1997a, 1997b; Posner, 1972, 1983, 1993, 2004, 2007, 2014) - Critical legal studies (Duncan Kennedy, 1973, 1976, 1981, 1986; Tushnet, 1983, 2000; Unger, 1976, 1983, 1996)
Paradigma epistemológico	Lógica e hermenêutica. Herança das Institutas de Gaio e das Institutas do Corpus Juris Civilis. Reelaborações contemporâneas incluem, no Brasil, Pontes de Miranda (1972) e Ferraz Jr. (1997). No exterior, Aarnio (1987, 2011) e MacCormick (1992) merecem destaque.	Lógica, hermenêutica e metafísica (Alexy, 1989; Dilthey, 1979; Heidegger, 2002, 2010; Marmor, 1991; Pavlakos & Alexy, 2007; F. Schleiermacher & Bowie, 1998; F. D. E. Schleiermacher, 1986)	Ciências empíricas, incluindo a antropologia, a sociologia, a ciência política, a economia e a psicologia. A fundamentação epistemológica aqui é subdividida em três principais vertentes: a analítica (Durkheim, 2014; Mill, 1974; Quetelet, 1835, 1869, 1870; Spencer, 1873, 1895), a compreensiva (Sombart, 1929; Sombart & Nussbaum, 1933; Tonnies, 1940, 1957, 2014; Weber, 1978, 2004, 2009) e a dialética (Engels, 2010; Lukács; Marx, 1876, 1892).

Fonte: Elaboração do autor com base em Borgatta & Montgomery (2000); Porter, Porter, & Ross (2003); Golding & Edmundson (2008); Schmidt (2006); Gray (1999); Faralli (2006), Oliveira (1976; 1995) e nos textos originais citados no quadro.

Quadro 2. Atributos dos critérios de demarcação do discurso científico em direito no contexto da recente abertura epistemológica

	<i>Ciência do direito no paradigma da dogmática jurídica</i>	<i>Abertura da ciência do direito aos valores ético-morais</i>	<i>Abertura da ciência do direito ao mundo empírico</i>
<i>Critérios de demarcação do discurso com "valor de verdade"</i>	<i>Capacidade de legitimação axiológica</i>	<i>Baixa (construção formal apartada de valores)</i>	<i>Alta (facilita a fundamentação axiológica do discurso)</i>
	<i>Sensibilidade às especificidades do objeto no tempo e no espaço</i>	<i>Baixa (pouca vinculação entre o discurso e a realidade condicionada por variáveis localizadas no tempo e no espaço – foco na validade formal)</i>	<i>Baixa (pouca vinculação entre o discurso e a realidade condicionada por variáveis localizadas no tempo e no espaço – foco em valores universais)</i>
	<i>Grau de generalidade e universalidade</i>	<i>Baixa (critérios de validação restritos ao âmbito de validade da norma – ex: território nacional)</i>	<i>Alta (critérios de demarcação assentados em valores universais e atemporais)</i>

Fonte: Elaboração do autor.

que envolvem a concretização de objetivos constitucionais e a efetivação de direitos sociais e econômicos. Em poucas palavras, o modo pelo qual o jurista brasileiro aprendeu a conferir sentido ao seu discurso científico no campo do direito desconsiderou a evolução do debate metodológico em matéria de produção de enunciados com pretensão de expressar verdades científicas sobre o seu objeto, minando a sua capacidade de influência, legitimidade e convencimento em esferas argumentativas mais amplas.

Nos próximos tópicos, exploraremos essa ideia a partir da adoção de um recorte específico para “discurso científico em direito” que abranja somente o problema da efetivação dos direitos sociais e econômicos previstos na Constituição Federal de 1988. Trabalharemos algumas dificuldades metodológicas apontadas na literatura envolvidas na problemática tarefa de conferir sentido aos enunciados normativos dos textos

Fundamentos teórico-epistemológicos da recente abertura da ciência do direito aos valores e ao mundo empírico-legais ao mesmo tempo evitando o seu hermetismo em relação à realidade social ou o seu esvaziamento semântico quando articula conceitos epistêmicos ou argumentos causais.

4 A instrumentalização da velha “hermenêutica jurídica”

A Constituição de 1988 elenca os objetivos do Estado brasileiro em seu artigo 3º, supostamente vinculando o sentido da sua ação. A doutrina constitucionalista classifica esse artigo como uma “norma de eficácia limitada por princípios programáticos” dependente da elaboração de políticas públicas. Caso tais políticas sejam inexistentes ou insuficientes, isso dá ao eventual prejudicado o direito de exigir judicialmente a sua concretização (da Silva, 2007). Dentre os objetivos previstos nesse artigo está a busca do desenvolvimento apto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza e marginalização e tendente à redução das desigualdades¹¹. Além do artigo 3º, diversos outros dispositivos constitucionais

dispõem sobre os direitos sociais e econômicos, incluindo os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, à moradia, à segurança, ao lazer, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos menos favorecidos, além de vários outros preceitos destinados a prever finalidades, programas, tarefas, diretrizes e normas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. Essa gama de dispositivos é considerada por muitos “um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais” (Piovesan & Vieira, 2006, p. 130), devendo o Poder Judiciário garantir a sua efetivação por meio de suas decisões, devidamente provocadas pelos detentores desses direitos, no caso, todos nós. Trata-se do que alguns têm denominado de “justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos” (Alves, 2013; Courtis, 2008; Cunha, 2005; Piovesan & Vieira, 2006).

Toda essa construção interpretativa estruturada em torno desses dispositivos constitucionais fundamenta uma infinidade de discursos da “ciência do direito”, materializados não somente em artigos e livros, mas também em peças e decisões judiciais que utilizam esses discursos em suas estruturas argumentativas, muitos dos quais com efeitos significativos sobre a atividade do Estado e sua efetividade, sobre o comportamento do cidadão no exercício dos seus direitos e sobre o restante da sociedade que, mesmo excluída dos seus efeitos diretos, arca com suas consequências de maneira difusa.

Apesar dessa relevância, muitos desses discursos não incorporam na sua estrutura qualquer consideração metodológica que lhes permita alcançar um nível de validade superior a uma mera opinião, ainda que fundada em conclusões de estudiosos da área do direito e de outras disciplinas. Quando muito, extraem o sentido dos seus conceitos segundo os preceitos do essencialismo aristotélico resgatado pelo idealismo de Pufendorf, Grotius e Kant (Wieacker, 1995), posteriormente complementados pelos princípios da tradição hermenêutica da filosofia continental¹², que, no campo epistemológico, adotam a tese da dupla dualidade estrita, muito questionada nos atuais debates metodológicos. Nas suas versões mais per-

¹¹ Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil nos termos do art. 3º da CF de 1988.

¹² Refiro-me aqui à tradição iniciada nos trabalhos de F. Schleiermacher, W. Dilthey, M. Heidegger, H. Gadamer, dentre outros, didaticamente abordados no texto panorâmico de Schmidt (2006).

niciosas, resvalam para relativizações reducionistas fundadas na noção de “direito como comunicação, mas fora da linguística” (Ferraz Jr., 2000) para, pelo menos no nível retórico, lidar com as complexidades do mundo real ignorados pela estrutura hermética desta “ciência essencialista do direito”. O “caráter jurídico” destes discursos encontra lastro na observância dos “princípios operacionais da teorização jurídica” (Ferraz Jr., 2000), construídos, contudo, em total desconexão com qualquer debate metodológico destinado à descrição da realidade.

Com esta estratégia discursiva, o jurista foge ao mesmo tempo da camisa de força imposta pelos “limites fechados dessa Ciência do Direito” (Grau, 1982, p. 231) e das contingências metodológicas impostas pela difícil tarefa de lidar com o mundo empírico, deixando aberto o caminho para as arbitrariedades na construção semântica do saber jurídico que pauta a efetivação (ou não) do direito. Ao tratar o direito como sistema semiótico povoado de conceitos abertos e indeterminados, disponibiliza-se aos operadores do direito ampla liberdade para expressar qualquer vontade sob a roupagem da legitimidade científica, sem a correspondente submissão aos imperativos metodológicos construídos para garantir a fidelidade na interpretação de suas dimensões empírica e axiológica.

Não é por acaso que a vigente pluralidade de abordagens que atualmente disputam a primazia na tarefa de identificar os elementos originadores de “sentido” para discursos que carregam alguma pretensão de cientificidade ainda não é refletida na construção do discurso científico em direito. No caso específico dos discursos fundamentados nos dispositivos constitucionais relativos aos direitos sociais e econômicos, notamos que a sua construção na maioria das vezes serve unicamente para fundamentar pretensões subjetivas a direitos fundamentais (o acesso à saúde, à moradia, ao salário digno, dentre outras), confundindo o interesse desse sujeito abstrato (subjetivo) ao interesse geral da sociedade (objetivo), sem considerar as consequências oriundas de sua eventual efetivação. Por exemplo, abundam em decisões judiciais do STF enunciados como:

“O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em

tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 763.667 AGR / CE, Relator: Min. Celso de Mello, 2013).

Nesses enunciados, são frequentes as arbitrariedades que só um sistema linguístico livre das amarras metodológicas¹³ próprias da ciência permite expressar, revelando a estreiteza do alcance do princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais na mais alta corte brasileira. Nestes, o problema da efetivação dos direitos sociais e econômicos é um defeito moral de um ente personificado (o Poder Público) que se recusa a se comportar aceitavelmente, sendo papel da autoridade judicial obrigá-lo a se moldar ao que manda a Constituição. Nesta toada, a “doutrina real do direito¹⁴” (Grau, 1982, p. 230-234), pretensamente dotada de legitimidade científica, viabiliza a consideração do direito como um amplo catálogo de conceitos, enunciados e discursos (sistema semiológico) flexivelmente associáveis entre si com o fim de permitir a aplicação do direito segundo critérios inacessíveis, somente inscritos no íntimo da (in)consciência de cada autoridade jurisdicional. Acaba sobrando pouca margem para a construção de discursos protegidos contra as suas arbitrariedades.

Raros são os argumentos que escancaram as consequências do predomínio da tese da dupla dualidade estrita na atividade de preencher o direito de sentido, já há muito tempo discutidas nas ciências sociais. Para preservar sua legitimidade científica, o discurso acadêmico no campo do direito contenta-se com a mera incorporação de ideias isoladas de renomados cientistas (que, na melhor das hipóteses, corresponde a mais resumida versão da sua essência), sem reconhecer que sua legitimidade decorre em grande medida justamente do modo como articulam metodologicamente os seus argumentos, observando,

¹³ Refiro-me às técnicas de preenchimento de sentido de conceitos e enunciados que gozam de legitimidade científica.

¹⁴ Noção criada por E. Grau em contraposição à de “ciência formal do direito” para defender o caráter pluridimensional do direito, o que significa reconhecer seu conteúdo empírico e axiológico.

questionando e reinventando os padrões convencionais de justificação que viabilizam sua validação na esfera científica. Deste modo, autores como A. Sen, E. Ostrom, T. Piketty, R. Posner, dentre outros, são citados do mesmo modo que outros doutrinadores, como se sua autoridade argumentativa também decorresse do seu status social no meio jurídico ou da sua competência jurisdicional¹⁵.

Atualmente diversos autores do campo do direito reconhecem a importância desse tipo de reflexão. Não por acaso, mesmo no âmbito de algumas das principais escolas de pensamento da teoria do direito excluídas dos grandes movimentos de “estudos empíricos em direito”, como é o caso do positivismo jurídico contemporâneo, é crescente a incorporação de esforços para “explicar a existência de normas e instituições legais” evitando as “armadilhas do idealismo” (MacCormick & Weinberger, 1986, p. 6-9). Isso sem falar na crescente importância do trabalho de autores agrupados em categorias que incluem o denominado “novo realismo jurídico” (Nourse & Shaffer, 2009), o movimento da Law and Society (Friedman, 1986), e a escola da Law and Economics (Cooter & Ulen, 2013), inquestionavelmente comprometidas com as conexões entre o direito e fenômenos do mundo real¹⁶.

Komesar (2013; 1997a, 1997b), por exemplo¹⁷, ao longo de muitos anos, tem adotado uma postura metodológica robusta para defender que só se pode falar em análise jurídica quando se realiza uma análise de escolhas institucionais, já que as instituições são necessariamente a ligação entre o direito e os objetivos por ele pretendidos. Para esse autor, entre o direito abstratamente considerado e a sua concretização no

mundo dos fatos¹⁸, encontram-se as instituições, que devem ser analisadas por meio de estudos comparados de escolhas institucionais. Como veremos em diversos outros exemplos adiante, essa não é a única forma de preencher de sentido um discurso científico em direito levando em conta padrões convencionais de justificação corriqueiros em diversas ciências, já que cada sistema teórico articulado metodologicamente com métodos e técnicas de investigação tem seu próprio modo de fazê-lo. No Brasil e em outros países de tradição românica, porém, essa preocupação é escassa, contribuindo para o atual cenário de ausência de paradigma teórico no campo do direito, como esclarece Spector (2004, p. 264).

A construção de discursos científicos em direito destinados a oferecer soluções jurídicas para a efetivação de direitos sociais e econômicos parece, entretanto, uma tarefa hercúlea. Isso porque outros diversos campos disciplinares correlatos ao direito também vivenciaram recentemente aberturas epistemológicas do mesmo modo que se verificou no âmbito da supracitada teoria do direito. Nos estudos de desenvolvimento econômico, por exemplo, tem sido muito discutida a recente flexibilização das suas antes pouco questionadas prescrições de política (portanto, do mundo do dever-ser), baseadas nas premissas universais e atemporais da microeconomia neoclássica e no seu fundamentalismo de mercado¹⁹. Agora, crescentemente se admite a incorporação de interpretações até então marginalizadas a respeito de como ocorre o processo de desenvolvimento, evidenciando um novo pluralismo teórico-metodológico²⁰.

5 Fazer ciência não é elaborar parecer

Dito de maneira provocativa, a construção do discurso científico em direito ou em qualquer outra área do saber em nada se assemelha ao processo de elaboração de um parecer jurídico, pelo qual se busca

15 Exemplos deste tipo de construção argumentativa incluem inúmeras decisões judiciais recentes proferidas pelo STF, como se pode consultar em BRASIL (2012, 2013a, 2013b).

16 Ver quadro 1.

17 Komesar é um dos autores que costuma ser incluído na categoria de autores do “novo realismo jurídico”, defendendo uma abordagem interdisciplinar nos estudos em direito, ainda escassos como o próprio autor admite em seus textos (Nourse e Shaffer, 2009, p. 85-86). O “novo realismo jurídico” no âmbito da ciência do direito é associado à percepção da insuficiência das abordagens formalistas alheias ao caráter institucional das relações humanas e à liberdade de autodeterminação da sociedade cuja proeminência estaria associada a graves problemas sociais tais como a crise econômica eclodida em 2008 (Nourse e Shaffer, 2009, p. 63-71).

18 O direito se materializa no mundo dos fatos quando são proferidas decisões judiciais eficazes ou quando tomam a forma de políticas públicas, por exemplo.

19 Ver Williamson (1989).

20 Textos que abordam a ascensão desse pluralismo incluem, na literatura internacional, World Bank (2005, 2008) e Rodrik (2006). Na literatura nacional, mais sensível às especificidades brasileiras, os trabalhos de Bianchi (2010) e de Gala e colaboradores (2003) merecem destaque.

fundamentar uma convicção predeterminada, normalmente o interesse subjetivo de quem paga pela sua elaboração. Não se pretende negar aqui a sua importância para a prática profissional do advogado e para o funcionamento do sistema jurisdicional, mas somente distinguir suas funções e contextos relevantes de validação.

O discurso científico busca o ideal de verdade e é validado em contextos funcionalmente especializados na produção e avaliação de teorias científicas, que não necessariamente obedecem às divisões disciplinares reforçadas pelos juristas cultores da tese da dupla dualidade estrita. É julgado segundo o critério “verdade/não verdade”. O discurso dos pareceres não precisa buscar se aproximar de nenhum ideal de verdade, porque destina-se tão somente ao convencimento num contexto de validação específico com relação direta com o interesse do seu elaborador. É julgado segundo o critério do “funciona/não funciona”. Claro que essa divisão não se apresenta de forma tão caricaturada na realidade, ainda mais numa cultura jurídica que sempre acreditou no “direito como ciência” (graças a Kelsen e suas inspirações) e em que nos acostumamos a ver as figuras de advogados, juízes e promotores confundidas com as de acadêmicos nas principais escolas do país.

Ao contrário do que prescrevem os princípios da “doutrina real do direito” (Grau, 1982), o preenchimento dos conceitos e enunciados jurídicos no âmbito da ciência do direito não é ditado pela “finalidade de viabilizar a aplicação de normas jurídicas” em favor de alguém que teve seu direito lesado (o que delimita, nesta visão, o contexto relevante de sua validação, que decidirá se o discurso funcionará ou não para esse fim). É, isso sim, ditado pelo seu grau de aderência à realidade que delimita o seu objeto, mesmo reconhecendo que a sua demarcação (da realidade) inevitavelmente dependerá do olhar do cientista que produz esse preenchimento.

Este grau de aderência vincula-se ao argumento, defendido neste trabalho, de que o significado dos enunciados do discurso científico depende diretamente das evidências a favor e contra a sua demarca-

ção como “verdadeira”²¹. Vincula-se também à ideia de que, sendo uma ciência aplicada, tem seu discurso formado tanto por sentenças analíticas, que extraem o seu “valor de verdade” a partir de deduções lógicas feitas a partir de suas definições apriorísticas, quanto as sintéticas, que o extraem da sua correspondência em relação aos fatos do mundo empírico.

A implicação direta desses argumentos para o discurso científico é que o método de verificação dos seus argumentos é fator determinante para o seu significado, que só pode existir se determinadas condições epistêmicas capazes de conferir aos seus enunciados o atributo de “verdadeiro” estiverem presentes (Callaghan & Lavers, 2010, p. 403-405). Ter ou não esse atributo, contudo, depende diretamente do contexto no qual este discurso é produzido (Neta, 2003), o chamado “contexto relevante” mencionado anteriormente que, à medida que se amplia no tempo e no espaço, eleva seus padrões de exigência. Essa ampliação decorre da natureza da atividade científica, que constantemente persegue o ideal de universalidade e irrefutabilidade sujeitando-se às imposições resultantes do compromisso com a aderência do seu discurso à realidade, independentemente de como esta seja compreendida. No caso de uma ciência social aplicada, como é o caso do direito, a aderência do discurso científico à realidade demanda a sua vinculação a termos e referências originados fora do universo discursivo jurídico sempre que a realidade exija novos modos para a sua compreensão, tarefa que pode demandar mecanismos mais sofisticados de depuração de seus limites e alcance.

A dinâmica que envolve a mudança de contextos relevantes na produção de sentido para o discurso científico em geral é estudada pela corrente contextualista da epistemologia, que compreende esta dinâmica por meio da identificação de pelo menos três contextos distintos e interdependentes de significação, que interagem entre si no processo de atribuição de “valor de verdade” aos enunciados que o compõem (Jackman, 2010). Primeiro, o contexto no qual aquele que produz o enunciado se insere (Annis, 1978), chamado de “contexto do sujeito”. Segundo, o

21 Tese proposta por R. Carnap (1968, 1988), cujas ideias foram descritas na epistemologia como a teoria semântica verificacionista (Callaghan & Lavers, 2010).

contexto no qual se avalia se aquele que produziu o enunciado conhece ou não o seu significado (DeRose, 2002; Hawthorne, 2004), denominado de “contexto de atribuição”. Por fim, o contexto no qual se avalia como “verdadeiro” ou “falso” a conclusão extraída do segundo contexto (MacFarlane, 2005), que denominamos aqui de “contexto de avaliação em última instância”, que opera, nessa abordagem, como um ideal de objetividade.

Neste trabalho, podemos rerepresentar esse argumento usando como exemplo o seguinte enunciado, adaptado a partir do texto de Piovesan e Vieira (2006):

Enunciado: É fundamental que o cidadão acione de forma crescente o Poder Judiciário para garantir a efetividade do direito à saúde, tornando real a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais como verdadeiros direitos públicos subjetivos.

Quadro 3

	Contexto do sujeito	Contexto de atribuição	Contexto de avaliação em última instância
Grau de abrangência	Círculo acadêmico restrito que produz o discurso científico numa determinada área do direito, no caso, na área dos direitos humanos.	Círculo acadêmico mais amplo em que se avalia a relação entre os termos e elementos do mundo exterior ao discurso científico do contexto do sujeito, incluindo os valores morais e o mundo dos fatos.	Ideal inacessível, mas impossível de ser descartado: A ciência tomada como um todo indivisível e coerente capaz de identificar a verdade de qualquer argumento num dado momento.
Atribui “valor de verdade” ao enunciado?	Sim	Não	Não

Tese epistemológica dominante	Monismo: O sentido do discurso científico em direito só pode ser acessado por meio de um método hermenêutico próprio do direito, essencialmente diferente dos métodos das outras ciên-	Pluralismo: O sentido do discurso científico em direito depende do uso de métodos de diversas ciências, cada qual melhor adaptado para captar aspectos complementares que, em conjunto, garantem o seu “valor de verda-	Monismo ideal, inexistente: Consiste no ideal de consenso metodológico na ciência fruto do processo de diálogo entre todos os participantes dos debates epistemológicos.
Universo de pesquisa	Lei positivada, dogmática jurídica, filosofia moral.	Lei positivada, filosofia, sociologia, psicologia, economia, estatística, matemática, dentre outros.	A realidade em toda a sua complexidade tomada como um todo.

Fonte: Elaboração própria, adaptado a partir de Jackman (2010), Annis (1978), DeRose (2002), Hawthorne (2004) e MacFarlane (2005).

No enunciado que adaptamos a partir do texto de Piovesan & Vieira (2006), identificamos uma proposta de solução para o problema da efetividade de um dos direitos sociais e econômicos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde. Na sua estrutura, identifica-se uma relação de causa e efeito envolvendo o acionamento crescente do Judiciário da parte do cidadão e a maior efetividade do direito à saúde. Esse argumento, no contexto subjetivo formado pelo círculo acadêmico restrito que produz o discurso científico na área de direitos humanos, tem “valor de verdade”, uma vez que observa os princípios e regras metodológicos aceitos pela respectiva comunidade relevante.

Porém, à medida que reconhecemos a ampliação do contexto relevante para a atribuição de valor de verdade à relação de causalidade explicitada no enun-

ciado²², aumenta também o grau de exigibilidade dos respectivos critérios de validação, tornando falsos enunciados antes identificados como verdadeiros num contexto mais restrito. No nosso caso, isso pode ocorrer, por exemplo, quando a comunidade relevante passa a constituir um círculo acadêmico mais amplo que se importa com a relação entre elementos do mundo exterior (as variáveis do mundo empírico) e o discurso científico do contexto mais restrito. Esse processo de ampliação contextual pode se estender indefinidamente até um limite inatingível representativo da objetividade científica entendida como um ideal, que forma o contexto de avaliação em última instância²³.

6 A dificuldade em produzir sentido na elaboração do discurso científico em direito no contexto de atribuição

Os argumentos colocados até este momento evidenciam diversas dificuldades metodológicas que passam a ser enfrentadas pelo cientista do direito que elabora o seu discurso no contexto ampliado de atribuição (ver quadro anterior), em que ganha importância a relação envolvendo os enunciados e os elementos exteriores ao sistema semiológico a que aprendemos a denominar no passado de “ciência do direito”. É importante destacar neste ponto que o conhecimento acerca dos fenômenos jurídicos e, mais especificamente, a interpretação do sentido da norma jurídica, não é prerrogativa privativa do que se denomina “comunidade jurídica”, sendo o contexto relevante para a consolidação de critérios de validação do discurso com “valor de verdade” mais amplo

22 As relações de causalidade constituem parte fundamental da linguagem, tanto quando a entendemos de maneira ampla quanto quando nos referimos especificamente à linguagem científica. Deste modo, a forma pela qual se estabelecem os critérios de validação dessas relações, a depender da natureza do objeto que se analisa, abrange construções linguísticas originadas em múltiplos círculos acadêmicos, cujo uso raramente se limita ao contexto subjetivo que elabora o discurso que as utiliza (Sullivan, 2010).

23 Na atividade científica, a impossibilidade de alcançar o ideal de conhecimento universal e irrefutável não justifica o abandono deste esforço, o que constitui um valor fundamental de qualquer atividade investigativa que adota a postura epistemológica de combate ao ceticismo extremado. Entende-se por ceticismo extremado neste contexto o pensamento que considera ser impossível a aproximação de uma “verdade científica” (Cohen, 2000; Feldman, 2001; Neta, 2003).

do que muitos colegas estão dispostos a admitir²⁴.

No âmbito da filosofia da linguagem, a produção de sentido por termos, enunciados e discursos relacionados a elementos do mundo exterior à própria linguagem é objeto de estudo de autores como Frege (1978), para quem o “sentido” é entendido como o “significado passível de ser comum a toda a comunidade relevante” que está por sua vez associado a uma “referência” que lhes confere uma “pretensão de verdade” valorável como sendo “verdadeiro” ou “falso”, ainda que provisoriamente²⁵. Apesar de sua insuficiência para a compreensão de diversas variantes de linguagem (Martin, 2010), essa abordagem nos permite aproximar o conteúdo desses enunciados de um ideal de objetividade perseguido pela atividade investigativa, afastando-nos de construções argumentativas assentadas em meras “representações” de enunciados extraídos de diversas fontes, ainda que estas sejam teorias sociais, econômicas ou filosóficas.

Apresentados esses argumentos, podemos voltar o foco da análise para o problema da produção de sentido do discurso científico em direito em matéria de efetivação de direitos sociais e econômicos para concluir que se trata de tarefa complexa e minuciosa. Tarefa que esbarra, antes de tudo, nas dificuldades metodológicas decorrentes da maior extensão dos universos de pesquisa abrangidos pelas disciplinas científicas relevantes para o tema e que compõem o contexto ampliado de validação do discurso científico voltado a este objeto, de natureza transdisciplinar. Estes universos ampliados exigem a consideração de uma grande pluralidade de sistemas teóricos no seu interior, cada qual com seus próprios fundamentos, conceitos, hipóteses, métodos e técnicas de investigação. Desta pluralidade também emergem múltiplas linguagens científicas, cada qual com sua própria sintaxe e sistema de significados, que tornam

24 Para uma defesa apaixonada e bem fundamentada dessa ideia para a realidade jurídica norte-americana no que se refere à Constituição dos EUA consultar, por exemplo, Tushnet (1983, 2000).

25 No pensamento de G. Frege, o “sentido” de um enunciado, ainda que essencialmente distinto do enunciado em si (a referência) tem caráter objetivo em relação à sua mera “representação”, que tem caráter puramente subjetivo, não sendo esta (a representação) passível de valoração quanto à sua objetividade ou poder de transmitir uma mensagem relevante (Frege, 1978).

complicada a tarefa de interpretar suas diversas contribuições. Além disso, a efetivação desses direitos envolve questões epistemológicas presentes na teoria do direito e nas ciências do desenvolvimento, ciências ao mesmo tempo diversas e complementares, sem falar nos desafios que se associam ao processamento das conclusões empíricas. Por fim, também pesa a expectativa imposta ao cientista do direito para que sempre apresente proposições normativas condizentes com o ordenamento jurídico vigente, o que demanda a combinação de uma apreensão correta dos limites das conclusões sistematizadas no âmbito das ciências empíricas com um posicionamento axiológico e procedimental condizente com o sistema normativo, sem deixar de considerar os potenciais efeitos (os desejados e os colaterais) da sua adoção²⁶ sobre a realidade social²⁷.

7 O problema do cobertor curto: novas patologias metodológicas a vista

O “problema do cobertor curto” se coloca toda vez que a busca pela solução de um tipo de problema cria novas frentes de vulnerabilidade antes imperceptíveis. Ao buscar cobrir os braços, os pés ficam descobertos. O enfrentamento dos desafios metodo-

26 Não se pretende com este argumento defender uma abordagem “de ponto de chegada” para a prática científica na área de direito para o problema da efetivação dos direitos sociais e econômicos, tal como identificada na literatura do *Law and Development* (Schapiro & Trubek, 2012). Nesta literatura, consideram-se fracassadas diversas experiências históricas de criação de arranjos institucionais de desenvolvimento racionalizados nos termos da microeconomia ortodoxa tal como expressos no “Consenso de Washington”, nas políticas de “desestatização” e na crença acrítica nas “instituições de mercado”. Não há dúvidas de que essa constatação impõe restrições para a extração de conclusões e atribuição de “valor de verdade” às proposições articuladas no discurso científico que já sustentou sua universalização. Atualmente, a consideração dos argumentos metodológicos presentes nas diversas literaturas relacionadas a essa problemática permite vislumbrar novas e promissoras agendas científicas que incorporam o experimentalismo, o aprendizado e a descoberta na sua construção. Exemplos atuais neste sentido incluem Burman & MacLure (2005), Greene, Kreider, & Mayer (2005) e Lankshear & Leander (2005).

27 É possível que o processo de concretização de uma proposta criada nesses termos acabe por produzir um efeito indesejado suficientemente relevante para subverter o objetivo originalmente pretendido, ocasião na qual seu valor de verdade precisa ser relativizado, como ocorreu com a tentativa de universalização das prescrições de política originadas da microeconomia clássica citada na nota anterior.

lógicos até agora postos para a construção do discurso científico voltado ao tema da efetivação dos direitos sociais e econômicos coloca o cientista do direito diante de uma nova gama de fragilidades. A escolha por comentar esses problemas neste ponto decorre do reconhecimento de que não existe solução simples para os problemas levantados, e, na defesa de uma postura pluralista, da fundamental importância da ponderação entre princípios epistemológicos que para muitos problemas do mundo real se mostrarão inevitavelmente conflitantes. Neste ponto, apoio-me na noção de “patologia metodológica” construído por Oliveira Filho (1995) com base nos seus estudos sobre os fundamentos epistemológicos dos processos de investigação social das ciências sociais. Por “patologia” aqui se entende os tipos de vulnerabilidade que o discurso científico adquire quando incorpora vícios no processo de acoplamento entre sistema teórico, métodos e técnicas de pesquisa, que precisam guardar certa harmonia entre si.

Nesta linha, o autor identifica em primeiro lugar o indesejável “ecletismo”, que pode ser entendido de duas formas. De um lado, como a confusão entre a palavra (sinal) que expressa um conceito e o próprio conceito, o que está frequentemente associado ao seu uso fora do seu esquema conceitual; e, de outro, como uma confusão de funções, em que se atribui função teórica a expressões descritivas²⁸ e função descritiva a expressões teóricas²⁹. Depois, do tão frequente “reducionismo”, que também aparece sob duas roupagens. A primeira, consistindo na adoção pouco criteriosa de procedimentos metodológicos das ciências naturais nas ciências humanas como fundamento para uma argumentação pretensamente objetiva e inquestionável; e a segunda, que consiste na rejeição acrítica das concepções empiristas na construção dos enunciados científicos nas ciências sociais (dualismo extremado), amplamente disseminada entre alguns adeptos das abordagens metodológicas “dialéticas” e “hermenêuticas”.

28 Por exemplo, quando se pressupõe conclusões com pretensão universal e atemporal com base em observações extraídas da realidade empírica especificamente situadas no tempo e no espaço.

29 Por exemplo, quando se pressupõe a existência de uma estrutura econômica injusta num determinado setor produtivo específico com base em ideais gerais e abstratas de mercado perfeitamente competitivo e com livre fluxo de informações e de fatores.

Quadro 4 - Metodologia e epistemologia das principais correntes teóricas no campo do direito.

Corrente na teoria do direito	Fonte de validade do enunciado jurídico	Pressupostos metodológicos: Conhecer o direito é...	Abordagens metodológicas pre-dominantes	Afinidade teórico-metodológica	Influência dos desdobramentos metodológicos nas ciências da natureza¹
Direito natural	Adequação aos princípios inerentes à natureza humana.	Identificar a sua razão de ser, o elemento que o define e justifica a sua existência independentemente de qualquer ato de vontade.	Hermenêutica/interpretativa, dogmática.	Metafísica, filosofia moral, filosofia política.	Dupla dualidade estrita.
Positivismo jurídico	Adequação formal ao ordenamento. Regra de reconhecimento e regra secundária (Hart).	Identificar e compreender os enunciados prescritivos emanados do poder competente.	Formalismo lógico, hermenêutica/interpretativa, dogmática.	Com as ciências formais, no âmbito da filosofia analítica, filosofia da linguagem e da lógica.	Dualismo (separação em relação às ciências empíricas, mas não às formais). Construção do discurso restrito ao método lógico-dedutivo.
Realismo jurídico	Capacidade de prever a decisão (imposição) dadas as características do caso concreto.	Explicar e compreender o comportamento dos envolvidos nas instâncias decisórias.	Modelos formais de escolha racional, análise institucional, etnografia.	Com as ciências empíricas, no âmbito da psicologia, sociologia, ciência política e antropologia.	Posições monistas e dualistas, em versões atenuadas.
Análise econômica do direito	Adequação ao princípio de maximização do resultado desejado.	Identificar e explicar a solução institucional mais vantajosa para o fim que se pretende alcançar.	Modelos formais de escolha racional, análise institucional e análise da dinâmica social subjacente ao direito.	Com as ciências empíricas, no âmbito da economia, ciência política, sociologia econômica e história econômica.	Predominância das teses monistas, em versões extremadas e atenuadas, mas também com a presença das teses dualistas, especialmente nas correntes mais próximas da sociologia e da história.
Critical legal studies	Denúncia da subordinação à vontade política hegemônica.	Identificar soluções para a emancipação em relação ao poder hegemônico opressor.	Dialético marxista e fenomenologia.	Metafísica, filosofia, sociologia, história, antropologia.	Predominância das teses dualistas.
Feminismo	Denúncia das diversas modalidades de opressão decorrentes das relações de gênero.	Identificar soluções para a emancipação dos oprimidos em decorrência das relações de gênero.	Dialético marxista e fenomenologia.	Metafísica, filosofia, sociologia, história, antropologia.	Predominância das teses dualistas.

Fonte: Elaboração própria.

Essas fragilidades consistem em novos obstáculos que a busca pelo valor de verdade no contexto de atribuição trará e que sempre se mantiveram invisíveis diante da predominância da concepção de ciência do direito como um sistema semiótico abstrato, flexível e hermético, separado dos elementos exteriores a que faz referências.

O estudo sistemático dessas patologias metodológicas para as denominadas “ciências morais” foi pioneiramente proposto por J. S. Mill (1974)³⁰, que dedicou uma importante parte de sua obra a reflexões sobre o sentido e sobre a objetividade dos enunciados que as compõem. Ao fazê-lo, tentou identificar os princípios metodológicos mais adequados à investigação da natureza humana e das realizações do homem em sociedade em contraposição à tradição até ali predominantemente baseada no pensamento meramente especulativo, sustentando a sua teoria geral da causalidade no âmbito das ações humanas e inspirando de maneira irreversível toda a tradição que coloca na busca do “valor de verdade” seu valor supremo na elaboração de “enunciados dotados de sentido”. Superar o esvaziamento do discurso nessas ciências, para o autor, sempre implicou no tratamento das indispensáveis bases metodológica e empírica.

8 A objetividade como valor e a metodologia como fonte de validação do discurso científico dedicado a objetos de natureza deontológica

Apesar dos muitos e, pelo menos aparentemente, insuperáveis desafios epistemológicos impostos à tarefa de fazer ciência do direito em matéria de efetivação de direitos sociais e econômicos, diversos autores têm conquistado avanços importantes nesse sentido, colocando no cerne de seus trabalhos a preocupação com as relações envolvendo teoria e metodologia na tentativa de avaliar os critérios de validação do seu discurso.

Um primeiro exemplo pode ser identificado na obra de R. Posner (2007), que, em seu *Problemas de Filosofia do Direito*, trata de vários desses pontos propondo como solução uma teoria do direito cujo

fundamento coincida com aquele da microeconomia neoclássica, com seus mesmos pressupostos lógicos, epistemológicos e ontológicos, esquema conceitual e processos de investigação. Ao adotar esse posicionamento, o autor reduz ao mínimo os problemas de coerência interna e de adequação do sistema teórico aos processos de investigação que fornecem a base empírica para a sustentação de suas proposições. Convém destacar que este campo da teoria econômica constrói seu discurso usando modelos formais elaborados com base no método lógico-dedutivo acoplados com técnicas de testes de hipóteses em consonância com os princípios epistemológicos observados nas ciências naturais (predomínio das teses monistas).

Deste modo, esta linha teórica no campo do direito aproveita-se da longa tradição da escola clássica da economia que já desenvolveu um arsenal teórico-metodológico que combina a precisão conceitual e lógica desses modelos com métodos sofisticados de depuração de relações causais da estatística e da econometria, capazes de conferir alto grau de aderência de suas diversas proposições positivas e normativas em relação à realidade empírica.

Nesta proposta, como consequência lógica extraída de um sistema teórico bem compreendido nas suas limitações, a máxima efetivação do “valor justiça” depende de que todo o ordenamento jurídico se submeta à função de maximizar o bem-estar da sociedade, operando em harmonia com a grande força motriz da sociedade, o interesse individual que nos caracteriza. A função do ordenamento, nesse contexto, é deduzida da solução de um problema de otimização em que se busca o máximo de bem-estar social (composto pela riqueza e sua respectiva distribuição), viabilizada por uma divisão de funções entre o legislativo e o judiciário, em que o primeiro, dado seu poder de tributação e de alocação de recursos, deve concentrar sua atividade nos problemas distributivos, ao passo que o segundo, dada a sua relativa neutralidade em relação à atuação dos grupos de interesse, deve se concentrar na maximização da riqueza social. A sua proposta cuida de garantir, assim, a harmonização teórica das funções dos três poderes republicanos em prol do objetivo comum de maximi-

³⁰ Em especial no Livro VI, *A Lógica das Ciências Morais* (Mill, 1974).

zação do bem-estar social, bem ao modo das teorias da convergência aplicados ao tema das estruturas e arranjos institucionais dos modos de produção e de alocação de recursos³¹.

Por mais absurda que essa proposta possa parecer ao jurista brasileiro dadas as suas predisposições de natureza mais moral do que epistemológica, é inegável que essa corrente teórica incorpora um modelo explicativo para o comportamento humano metodologicamente adaptado para receber e se adaptar a algumas das mais recentes contribuições das ciências empíricas (não somente da economia, mas também do restante das ciências sociais e do comportamento). Neste paradigma, busca-se ao mesmo tempo reduzir ao máximo a influência das crenças e das opiniões infundadas no processo de elaboração e de aplicação do direito, e de maximizar a eficiência e previsibilidade de todo o sistema normativo. Não é pouco para uma teoria do direito que se pretenda comprometida com a “justiça”, razão que explica a sua predominância como paradigma teórico no cenário norte-americano e, crescentemente, também em outros em outros países do mundo.

Aos olhos da filosofia moral, que muito influenciou nossa cultura jurídica, pode parecer que o protagonismo que esta corrente exerce nesta sociedade reflete simplesmente sua escolha axiológica a respeito do que a sociedade “deva ser”: uma sociedade dominada pelos princípios da economia de mercado na qual a tutela estatal se submete aos seus interesses e desígnios, muitas vezes em sacrifício de outros valores fundamentais que em determinadas situações com eles conflitam. Numa visão mais cautelosa e mais próxima do que se propõe aqui, entretanto, esta postura também revela uma opção valorativa que reconhece que as decisões que instauram a elaboração de enunciados dotados de sentido, na acepção de Frege (1978), não ocorrem fundamentalmente entre valores, mas no nível racional da ordenação do “cosmo” instaurado pela atividade científica, não aparecendo ao sujeito interessado de maneira imediatamente apreensível. Em simples palavras, o direito

31 Mais informações sobre as teorias de convergência (*convergence theories*) podem ser consultadas diretamente em Borgatta e Montgomery (2000).

jamais poderá ignorar ou se sobrepor à própria natureza humana revelada na realidade empírica delimitada pelo comportamento dos indivíduos ao buscar a tutela dos seus valores mais nobres.

Outro autor que compartilha desse compromisso metodológico, mas no âmbito do discurso científico em direito no Brasil é mais citado e aceito em função da sua contribuição para a filosofia moral e para os direitos humanos, é A. Sen. Assim como Posner, Sen também revela na sua obra que o valor de verdade dos seus enunciados não se origina do seu compromisso moral com os valores em que acredita, mas, antes de tudo, do compromisso metodológico com a verdade científica. Dentre várias passagens semelhantes, esta postura fica clara quando o autor, ao mesmo tempo em que defende uma concepção de desenvolvimento fundada no “processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (Sen, 2000, p. 17-26), apoia-se nos “encadeamentos empíricos e causais” sem os quais não ocorre a sua efetivação³². Além disso, o poder explicativo e capacidade de convencimento das suas proposições³³ desaparecem caso não se verificarem esses encadeamentos (perdem seu significado enquanto discurso científico).

Um exemplo ajuda a esclarecer esse posicionamento. Para A. Sen (2000), mais desenvolvimento é sinônimo (e causa) de mais liberdades reais de que as pessoas podem desfrutar. Por outro lado, para o jurista da nossa tradição, é natural concluir que é inaceitável a validade do enunciado que considera legal e justo a restrição à liberdade para se aposentar, por exemplo, sob o fundamento de promoção do desenvolvimento. Poderia significar uma afronta aos princípios do direito adquirido, de proibição de retrocesso social no direito, dentre outros. Considerando os encadeamentos empíricos e causais conhecidos,

32 Esse argumento é colocado, por exemplo, quando o autor trata da expansão da liberdade como um meio para a promoção do desenvolvimento - o papel instrumental da liberdade no desenvolvimento (Sen, 2000, p. 51-71).

33 Nas suas palavras, “se o ponto de partida da abordagem é identificar a liberdade como o principal objetivo do desenvolvimento, o alcance da análise de políticas depende de estabelecer os encadeamentos empíricos que tornam coerente e convincente o ponto de vista da liberdade como a perspectiva norteadora do processo de desenvolvimento” (Sen, 2000, p.10).

entretanto, A. Sen claramente defende, no atual contexto da União Europeia, a urgente necessidade de reformas fiscais voltadas ao reequilíbrio das contas públicas mesmo quando implique justamente no aumento da idade mínima para aposentadoria³⁴, sem que isso signifique defender a redução das liberdades reais das pessoas. O fundamento para essa aparente contradição está justamente na identificação das relações causais que envolvem esses fenômenos sociais que, em última instância, sustentam o valor de verdade das suas proposições.

9 A insuficiência do compromisso metodológico: o problema da causalidade nas ciências sociais e o abismo em relação à comunidade política

O supracitado compromisso metodológico na construção dos argumentos que sustentam o discurso científico em matéria de direitos sociais e econômicos, apesar de constituir condição necessária, não bastará para garantir a efetividade desses direitos na hipótese em que esse discurso venha a ser implementado, seja na forma de uma política pública, seja na forma de decisões judiciais reiteradas. Além da já muito debatida distância entre planejamento e concretização (ou intenção e realidade) decorrente de efeitos inesperados ou mal dimensionados, pesará ainda, no plano metodológico, a insuficiência atrelada ao quadro de relativo enfraquecimento da tese do monismo na epistemologia das ciências do desenvolvimento.

Em outras palavras, a realidade é complexa demais para ser adequadamente projetada num único e coeso sistema teórico, de modo que mesmo os meios acadêmicos mais refratários ao pluralismo atual-

34 Nas palavras de Sen, “...serious consideration of the kinds of institutional reforms badly needed in Europe – not just in Greece – has, in fact, been hampered, rather than aided, by the loss of clarity on the distinction between reform of bad administrative arrangements on the one hand (such as [...]unviably low retiring ages being preserved), and on the other, austerity in the form of ruthless cuts in public services and basic social security. The requirements for alleged financial discipline have tended to amalgamate the two in a compound package, even though any analysis of social justice would assess policies for necessary reform in an altogether different way from ruthless cuts in important public services” (Sen, 2012).

mente admitem uma gama abrangente de teorias, métodos e técnicas como forma de explicar os fatores determinantes e condicionantes do processo de desenvolvimento. O fato é que cada fenômeno social estudado pela ciência mobiliza seus próprios métodos e técnicas de pesquisa, articulados a seus próprios sistemas teóricos que, por sua vez, se fundamentam em pressupostos com natureza muitas vezes distinta.

Assim, o discurso científico que proponha uma solução jurídica fundada nos preceitos da microeconomia neoclássica para o problema da desigualdade econômica no Brasil pode não levar em consideração no seu processo de elaboração os respectivos efeitos sobre a evolução dos agregados macroeconômicos decorrentes de sua efetivação, uma vez que a análise desses efeitos foge do escopo desta disciplina científica³⁵. O reconhecimento das limitações oriundas deste tipo de incompatibilidade força o jurista interessado na temática dos direitos sociais e econômicos a adotar uma postura de abertura para o diálogo com correntes diversas no âmbito das ciências do desenvolvimento, respeitando a pluralidade de perspectivas e as relações de causalidade por elas identificadas.

Deve considerar, nesse sentido, que do extremo representado pela abordagem fincada nas rígidas premissas lógico-matemáticas do comportamento maximizador, até o outro em que se combinam abordagens mais identificadas com os princípios do indutivismo e mais sensíveis ao problema do reducionismo³⁶, forma-se um rico continuum metodológico

35 A análise das relações de causalidade envolvendo fatores determinantes e condicionantes da evolução dos agregados macroeconômicos é objeto de estudo da microeconomia, que possui diferenças substanciais em relação à microeconomia no que se refere aos seus fundamentos e pressupostos teóricos, bem como aos métodos e técnicas utilizados nos sistemas de verificação de suas hipóteses (Heijdra & Der Ploeg, 2002, p. 1-29). Defensores mais radicais do individualismo metodológico e das teses monistas na ciência econômica, contudo, sustentam a projeção das conclusões extraídas no âmbito da microeconomia para o todo da sociedade, negando à microeconomia seu status de ciência.

36 Extremos identificados com a postura desqualificadora do conhecimento empírico e científico da realidade social construído com base em sistemas de verificação divergentes daqueles aceitos no âmbito das ciências naturais, no caso do primeiro extremo (monismo extremado), e com eles convergentes, no caso do se-

inspirador das regras de investigação que lastreiam os sistemas de verificação das hipóteses das teorias do desenvolvimento que formam o paradigma científico atualmente vigente nessa área³⁷.

Diante desse contexto, mesmo o jurista aberto ao mundo empírico não protegerá seu discurso dos problemas metodológicos anteriormente identificados se não compreender as implicações das diferenças existentes entre um sistema teórico que parte das premissas do individualismo metodológico (fundamento de boa parte da Law and Economics), e um sistema teórico que parte do compromisso com a irreduzibilidade da complexidade das inter-relações do social, do político e do econômico (base de outras correntes da teoria do direito como o New Legal Realism)³⁸. O primeiro tem seus pilares na figura abstrata do indivíduo cujas ações são coordenadas num ambiente de mercado caracterizado pela concorrência perfeita, informação completa e plena mobilidade de fatores, princípios que constituem um conjunto de postulados gerais e abstratos de aplicabilidade universal e atemporal. O segundo busca apreender a realidade empírica por meio de métodos e técnicas mais apropriados para lidar com o caráter evolucionário, histórico e cultural dos processos de desenvolvimento. O modo pelo qual a ciência do direito concebe o conjunto de postulados que estruturam o dever-ser da sociedade dependerá em grande medi-

gundo (dualismo extremado). Popper (1957), em seu *A Miséria do Historicismo*, faz uma reconstrução das ideias centrais da tese do dualismo para posteriormente, adotando uma posição favorável ao monismo, criticá-las.

37 A literatura atual em desenvolvimento econômico caracteriza-se pela maior abertura do seu universo de pesquisa no que se refere aos seus fundamentos epistemológicos, teorias e métodos de pesquisa. Deste modo, é crescente o entendimento de que vigora no “estado da arte” dessa disciplina um pluralismo metodológico oriundo do recente interesse em relação a fenômenos antes excluídos do pensamento hegemônico na economia, reforçando as bases de sustentação de sistemas conceituais antes marginalizados do debate acadêmico. Entre esses fenômenos, podemos destacar o papel das instituições, da inovação e do sistema de hierarquização de moedas no processo de desenvolvimento (Fullbrook, 2008). 38 Trata-se aqui do que se tem denominado na literatura da teoria do direito como o “princípio da simultaneidade”, tradução literal do “*principle of simultaneity*”. O princípio da simultaneidade estabelece a irreduzibilidade da lei, da política, dos mercados e dos governos entre si, sendo conceitos inseparáveis para a compreensão de como a lei opera na realidade social (Nourse & Shaffer, 2009, p. 62).

da desses compromissos epistemológicos.

Também não o conseguirá se ignorar a clássica dicotomia que distingue as concepções que entendem o desenvolvimento como um problema microeconômico, ou, em outras palavras, como um problema de saneamento de falhas de mercado³⁹, daquelas que o concebem como um problema macroeconômico, mais associado à dinâmica e composição dos agregados econômicos. No primeiro caso, a solução para a efetividade dos direitos sociais e econômicos dependerá essencialmente das características institucionais internas do aparato estatal e do modo pelo qual lida com o complexo das relações sociais e econômicas. No segundo, dependerá muito mais (mas não exclusivamente) das características das relações com o “resto do mundo”, que potencializam ou inviabilizam estratégias internas de efetivação desses direitos, dada a grande interdependência entre economias cada vez mais abertas entre si.

Tomemos, a título ilustrativo, um aspecto da discussão econômica que tem por objeto as causas do subdesenvolvimento brasileiro, raiz do problema da escassez de direitos sociais e econômicos na nossa sociedade: o problema da restrição externa ao crescimento. Esse fator foi extensivamente analisado por Celso Furtado em sua obra⁴⁰ quando analisa a evolução histórica da economia brasileira. A depender do olhar que se assume, representado por cada um dos sistemas teóricos mencionados anteriormente, a solução para o problema que se busca analisar

39 Insere-se nesse contexto o trabalho que identifica de forma pioneira o problema da assimetria de informações e de suas consequências sobre diversos mercados, como o problema da seleção adversa (bens de qualidade baixa expulsam os bens de qualidade alta do mercado) e o problema do perigo moral (insuficiência de incentivos para o comportamento esperado), devendo ambos serem combatidos para uma maior aproximação em relação ao mercado plenamente eficiente (Akerlof, 1970).

40 Em toda a literatura cepalina de antes de 1990 o fenômeno do “estrangulamento externo” é identificado como uma das principais causas do subdesenvolvimento brasileiro. Na obra de C. Furtado, fica evidente que a evolução histórica da economia brasileira ocorreu na ausência das premissas necessárias para o seu desenvolvimento econômico em função da sua inserção periférica desfavorável e da reprodução das grandes assimetrias sociais, que inviabilizou a endogeneização dos fatores que o sustentam (incorporação e difusão do progresso técnico e atividade inovativa) (Furtado, 2007).

aqui demanda soluções incompatíveis entre si. De um lado, políticas de desincentivo ao consumo e de incentivo à poupança, se entendemos que se trata de um problema de escassez de poupança ou excesso de consumo. De outro, um conjunto de políticas direcionadas à promoção da indústria (em especial de bens de capital) e à criação de um padrão de comércio internacional caracterizado pela proximidade entre a intensidade tecnológica das importações e das exportações, caso se entenda que a causa para o problema está na verdade na deficiência da estrutura produtiva, incapaz de fornecer os bens necessários ao investimento⁴¹.

Ambas as interpretações têm respaldo em sistemas teóricos coerentes e empiricamente embasados. Para ambas as interpretações, há um conjunto de soluções legais possíveis de serem adotadas em relação ao problema de efetivação dos direitos sociais e econômicos. Fica evidente com esse raciocínio que soluções para essa questão podem significar coisas totalmente distintas e com efeitos muitas vezes conflitantes entre si, mesmo quando ambas as visões tenham um mesmo objetivo imediato, como, por exemplo, o de promover o crescimento econômico⁴². No contexto de atribuição, as “ciências morais” (expressão de J. S. Mill) não podem ignorar esse conhecimento dos fenômenos empíricos, ainda que seu processamento seja tarefa desafiadora⁴³.

41 Esse problema foi especificamente tratado nos modelos de crescimento econômico com oferta limitada de divisas denominados de “modelo de dois hiatos” e de “modelo de três hiatos”, propostos pelo economista brasileiro E. Bacha (1982, 1990).

42 Isso porque, sendo Produto Interno Bruto (PIB) resultado do equilíbrio entre a oferta e a demanda agregadas num dado nível de preços, as “soluções contracionistas” tendentes a reduzir o consumo agregado tendem a reduzir o PIB de equilíbrio, ao passo que aquelas “expansionistas” tendentes a aumentar o nível de oferta agregada, por sua vez, tem o efeito oposto sobre a mesma variável.

43 Como já esclarecia J. S. Mill ao comparar as ciências humanas com as naturais: “*in astronomy the causes influencing the result are few, and change little, and that little according to known laws; we can ascertain what they are now, and thence determine what they will be at any epoch of a distant future. The data, therefore, in astronomy, are as certain as the laws themselves. The circumstances, on the contrary, which influence the condition and progress of society, are innumerable, and perpetually changing; and though they all change in obedience to causes, and therefore to laws, the multitude of the causes is so great as to defy our limited powers of calculation. Not to say that the impossibility of applying precise numbers to facts of such a description, would set an impassable limit to the possibility*”

Isso sem falar na discrepância existente entre o processo de construção do conhecimento científico sobre esse tema e o processo decisório que cria soluções específicas em matéria de efetivação de direitos sociais e econômicos em casos concretos, que sofre influências de outras naturezas⁴⁴. Deste modo, mesmo soluções consensualmente defendidas por toda a “comunidade relevante” finalisticamente orientada à elaboração de discursos científicos com “valor de verdade” aptos a produzir resultados desejados claramente identificados a priori podem não encontrar seu caminho de efetivação em função das dificuldades de sua incorporação nesse processo decisório.

10 A apreensão da realidade pode viabilizar a efetivação do direito, mas o seu fundamento filosófico sempre será moral

Não se pode deixar de admitir, por outro lado, que foi justamente a crença extremada na cientificidade do direito propagada por juspositivistas como H. Kelsen⁴⁵ que deflagrou a sua insuficiência no cumprimento de sua função na sociedade contemporânea, instaurando a crise que forçou a abertura da teoria do direito para os valores morais e para o mundo dos fatos.

Na abertura empírica, o compromisso epistemológico com a busca do “valor de verdade” para o discurso científico manteve seu protagonismo, criando-se uma rejeição à retórica meramente principiológica causadora do seu esvaziamento semântico (na concepção de Frege).

Por outro lado, a abertura para os valores morais reforçou a tese kantiana da natureza axiológica e universal do direito, cujo discurso só pode ser preen-

of calculating them before-hand, even if the powers of the human intellect were otherwise adequate to the task” (1974, p. 877-878).

44 Por exemplo, em função da pressão exercida pela ação de movimentos sociais (Kennedy, 2001).

45 Não se pode deixar de considerar, entretanto, que, no plano metodológico, entende-se por “objetividade científica” no contexto contemporâneo algo muito distinto do que se entendia no contexto em que escrevia H. Kelsen, tendo havido diversas transformações no modo pelo qual a realidade é compreendida no âmbito dos múltiplos discursos científicos que incorporam o fenômeno jurídico como objeto de investigação.

chido a partir da busca pelas essências de princípios idealizados que, com o direito, formam um todo inseparável. Nesse contexto, para fins de sua efetivação, a objetividade científica deve ser avaliada e ponderada dentro do complexo normativo de princípios e regras cuja interpretação se processa a partir do seu significado tal como presente no mundo das ideias ou da sua manifestação linguística nas constituições e códigos. Volta-se o foco da análise, nesta abertura, para o fundamento último do direito e para a fonte de sua legitimidade, intimamente associado aos ideais e valores públicos compartilhados pela sociedade, sejam eles construídos por meio de um processo histórico-cultural ou inerentes à própria natureza humana. Não se pode negar que esta concepção de direito e de discurso científico protagoniza um papel de destaque nos trabalhos mais recentes sobre o tema da efetivação dos direitos sociais e econômicos no Brasil.

É nesta perspectiva que se inserem trabalhos como o de O. Fiss (1986), no qual o autor se posiciona em contraste com duas das principais correntes teóricas oriundas da “abertura do direito aos fatos” – o Critical Legal Studies e o Law and Economics, defendendo a restauração do direito enquanto força geradora da vida pública, dos valores e da moralidade pública⁴⁶.

11 Considerações finais

Este trabalho teve por finalidade apresentar um ensaio epistemológico com o objetivo de identificar alguns elementos que conferem sentido ao discurso científico em direito no que se refere à efetivação dos direitos sociais e econômicos, enfatizando a instabilidade no contexto relevante para a consolidação dos seus critérios de demarcação no cenário contemporâneo brasileiro. Para tanto, articulou-se uma revisão da literatura metodológica nas áreas de teoria do

46 Também nessa linha de argumentação encontra-se o trabalho de H. Berman (2006), que a faz valendo-se de uma reconstrução narrativa da história para projetar o futuro do direito na tradição jurídica ocidental. Baseando-se na premissa de que o vetor orientador de desenvolvimento histórico da sociedade teria se formado com a “revolução consciente” centrada na visão da “evolução orgânica das instituições”, o autor defende que o direito converge para uma crise já em curso em que se nega a origem e influência moral do direito colocando em risco a sua sobrevivência enquanto tal.

direito e de ciências do desenvolvimento utilizando por base o arcabouço conceitual e analítico da filosofia da linguagem, com especial ênfase nas literaturas contextualista, verificacionista e nas teorias referencialistas. Buscou-se com esse esforço identificar os fundamentos dos critérios de demarcação do “valor de verdade” no discurso científico, que goza de ampla legitimidade na cultura ocidental pelo menos desde o Iluminismo.

Como visto, esses elementos incorporam princípios epistemológicos presentes nas ciências da natureza, nas ciências sociais e na filosofia moral, sendo tarefa do cientista do direito combinar suas diversas contribuições para o propósito de buscar soluções para problemas tão complexos como aqueles discutidos aqui.

Privilegiou-se neste trabalho a defesa de uma perspectiva pluralista em matéria de fundamentação científica do discurso em direito, reconhecendo que posturas metodológicas que combinam a busca pela objetividade científica com o protagonismo dos valores morais são atualmente admitidas até pelos mais radicais defensores do pragmatismo no direito, como R. Posner⁴⁷. O pluralismo aqui defendido, porém, assume um posicionamento crítico em relação à abordagem epistemológica defendida por O. Fiss (1986) e por H. Berman (2006), defendendo a existência de um continuum em matéria de robustez e capacidade de convencimento do discurso científico, cujos extremos variam do seu total esvaziamento retórico até o mais alto nível de poder de explicação e aderência à realidade da qual depende a efetivação de qualquer direito⁴⁸. Discute-se aqui que essa escala é função

47 O autor admite essa tese, por exemplo, quando atesta que “talvez seja impossível assentar bases filosóficas sólidas num sistema [normativo] regido pela maximização da riqueza, assim como talvez seja impossível assentar bases filosóficas sólidas num sistema regido pelas ciências naturais, mas essa seria uma razão medíocre para rejeitar a maximização da riqueza, assim como a existência de problemas intratáveis na filosofia da ciência constituiria uma razão medíocre para abrir mão da ciência” (Posner, 2007, p. 515-516).

48 Sensível à importância desta aderência para o caso da sociedade brasileira, Faoro (1975) defende que é justamente a incapacidade de reconhecer que o direito apartado da realidade social, retoricamente elaborado em torno de princípios morais e sem compromisso com o mundo real é a grande responsável por manter intacta, ao longo da nossa história, uma máquina estatal “hipo-

das particularidades das comunidades relevantes mobilizadas na sua validação enquanto ciência, não devendo o discurso científico na matéria que aqui se avalia continuar restrito a uma ideologia centrada na noção de direito enquanto linguagem cujo preenchimento semântico dos conceitos e enunciados fica a cargo da interpretação (muitas vezes arbitrária) de doutrinadores comprometidos em ignorar a realidade dos fatos.



12 Referências

- Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*: Springer.
- Aarnio, A. (2011). *Essays on the Doctrinal Study of Law*: Springer.
- Aarnio, A., & MacCormick, N. (1992). *Legal reasoning*: New York University Press, Reference Collection.
- Akerlof, G. (1970). The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 84.
- Alexy, R. (1989). *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*: Clarendon Press.
- Alexy, R. (2009). *A Theory of Constitutional Rights*: Oxford University Press.
- Alexy, R. (2010). *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*: Oxford University Press.
- Alves, C. L. (2013). *Direito à Saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social*: Editora D'Plácido.
- Annis, D. B. (1978). A contextualist theory of epistemic justification. *American Philosophical Quarterly*, 213-219.
- Artstein, Z. (2014). *Mathematics and the Real World: The Remarkable Role of Evolution in the Making of Mathematics*: Prometheus Books.
- Bacha, E. L. (1982). Crescimento com oferta limitada de divisas: Uma reavaliação do modelo de dois hiatos. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Agosto 01, 285-310.
- Bacha, E. L. (1990). A three-gap model of foreign transfers and the GDP growth rate in development countries. *Journal of Development Economics*, 279-296.
- Barber, A., & Stainton, R. J. (2010). *Concise Encyclopedia of Philosophy of Language and Linguistics*: Elsevier Science.
- Berman, H. J. (2006). *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*: Unisinos.
- Bianchi, A. M. (2010). Reflexões sobre o Passado e Especulações sobre o Futuro da Metodologia Econômica. *Revista EconomiA*.
- Borgatta, E. F., & Montgomery, R. J. V. (2000). *Encyclopedia of sociology (Vol. 5)*: Macmillan Library Reference.
- Brasil. (2012). Supremo Tribunal Federal, Inq 3412/AL. Relator para acórdão: Min. Rosa Weber. Brasília.
- Brasil. (2013a). Supremo Tribunal Federal, ADI 1842/RJ. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes.
- Brasil. (2013b). Supremo Tribunal Federal, ADI 2340/SC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.
- Burman, E., & MacLure, M. (2005). *Deconstruction as a Method of Research*. In S. Bridget & L. Cathy (Eds.), *Research Methods in the Social Sciences*. Thousand Oaks: SAGE Publications.
- Calabresi, G. (1985). *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem*: Syracuse University Press.
- Calabresi, G. (1991). The pointlessness of Pareto: carrying Coase further. *Yale Law Journal*, 1211-1237.
- Calabresi, G., & Bobbitt, P. (1978). *Tragic choices*: Norton New York.
- Callaghan, G., & Lavers, G. (2010). *Logic and Language: Philosophical Aspects*: Elsevier Science.
- Carnap, R. (1968). *The logical structure of the world*: Univ of California Press.
- Carnap, R. (1988). *Meaning and necessity: a study in semantics and modal logic*: University of Chicago Press.
- Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1.
- Coase, R. H. (1992). The institutional structure of production. *The American Economic Review*, 713-

- 719.
- Coase, R. H. (2012). *The firm, the market and the law*: University of Chicago Press.
- Cohen, S. (2000). Contextualism and skepticism. *Philosophical issues*, 10(1), 94-107.
- Cook, W. W. (1927). Scientific method and the law. *American Bar Association Journal*, 303-309.
- Cook, W. W. (1933). "Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws. *Yale Law Journal*, 333-358.
- Cook, W. W. (1949). *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*: Harvard University Press.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2013). *Law and Economics: Pearson New International Edition*: Pearson Education, Limited.
- Courtis, C. (2008). Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In D. Sarmento & C. P. d. Souza Neto (Eds.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. São Paulo: Editora Lumen Juris.
- Cunha, J. R. (2005). Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Revista internacional de direitos humanos*: SUR.
- da Silva, J. A. (2007). *Aplicabilidade das normas constitucionais (7ª ed.)*. São Paulo: Malheiros Editores.
- Davidson, D., & Harman, G. (1972). *Semantics of natural language (Vol. 40)*: Reidel Dordrecht.
- DeRose, K. (2002). Assertion, knowledge, and context. *Philosophical Review*, 167-203.
- Dilthey, W. (1979). *Dilthey: Selected Writings*: Cambridge University Press.
- Durkheim, E. (2014). *The rules of sociological method: and selected texts on sociology and its method*: Simon and Schuster.
- Dworkin, R. (1978). *Taking rights seriously*: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985). *A matter of principle*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Boston: Harvard University Press.
- Engels, F. (2010). *The Origin of the Family, Private Property and the State*: Penguin Books Limited.
- Ereshefsky, M. (2000). *The Poverty of the Linnaean Hierarchy: A Philosophical Study of Biological Taxonomy*: Cambridge University Press.
- Faoro, R. (1975). *Os donos do poder*. São Paulo: EDUSP.
- Faralli, C. (2006). *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*: WMF Martins Fontes.
- Feldman, R. (2001). Skeptical Problems, Contextualist Solutions. *Philosophical Studies*, 103(1), 61-85. doi: 10.1023/A:1010393022562
- Ferraz Júnior, T. S. (1997). O discurso da ciência do direito. In T. S. Ferraz Júnior (Ed.), *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*: Saraiva.
- Ferraz Júnior, T. S. (2000). *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*: Editora Forense.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Fiss, O. M. (1986). Death of the Law. *Cornell Law Review*, 72.
- Frege, G. (1978). Sobre o sentido e a referência. In P. t. Alcoforado (Ed.), *Lógica e Filosofia da Linguagem (pp. 59-86)*. São Paulo: Cultrix.
- Friedman, L. M. (1986). The law and society movement. *Stanford Law Review*, 763-780.
- Fullbrook, E. (2008). *Pluralist Economics*. Londres: Zed Books.
- Furtado, C. (2007). *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Gala, P., Rego, J. M., & Arida, P. (2003). *A história do pensamento econômico como teoria e retórica: ensaios sobre metodologia em economia*: Editora 34.
- Golding, M. P., & Edmundson, W. A. (2008). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*: Wiley.
- Grau, E. R. (1982). Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 77, 221-234.
- Gray, C. B. (1999). *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*: Garland.
- Greene, J. C., Kreider, H., & Mayer, E. (2005). *Combining Qualitative and Quantitative Methods in Social Inquiry*. In S. Bridget & L. Cathy (Eds.), *Research Methods in the Social Sciences*. Thousand Oaks: SAGE Publications.
- Hart, H. L. A., Raz, J., Green, L., & Bulloch, P. A. (2012). *The Concept of Law (3ª ed.)*: Oxford University Press.
- Hawthorne, J. (2004). *Knowledge and lotteries*.

- Oxford: Clarendon.
- Heidegger, M. (2002). *The Essence of Truth: On Plato's Parable of the Cave and the Theaetetus*: Bloomsbury Academic.
- Heidegger, M. (2010). *Being and Time*: State University of New York Press.
- Heijdra, B. J., & Der Ploeg, F. V. (2002). *Foundations of Modern Macroeconomics*. Oxford: Oxford University Press.
- Holmes Jr, O. W. (1899a). Law in science and science in law. *Harvard Law Review*, 443-463.
- Holmes Jr, O. W. (1899b). The theory of legal interpretation. *Harvard Law Review*, 417-420.
- Holmes Jr, O. W. (2009a). *The common law*: Harvard University Press.
- Holmes Jr, O. W. (2009b). *The path of the law*: The Floating Press.
- Jackman, H. (2010). Contextualism in epistemology. In A. Barber & R. J. Stainton (Eds.), *Concise Encyclopedia of Philosophy of Language and Linguistics*, 94-96: Elsevier Science.
- Kant, I. (1785). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.
- Kelsen, H. (1939). *Teoria Pura do Direito*, trad. José Cretella Júnior (9 ed.): Saraiva.
- Kennedy, D. (1973). Legal formality. *The Journal of Legal Studies*, 351-398.
- Kennedy, D. (1976). Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, 1685-1778.
- Kennedy, D. (1981). Cost-benefit analysis of entitlement problems: a critique. *Stanford Law Review*, 387-445.
- Kennedy, D. (1986). Freedom and constraint in adjudication: A critical phenomenology. *J. Legal Educ.*, 36, 518.
- Kennedy, D. (2001). The International Human Rights Movement: Part of the Problem? *European Human Rights Law Review*.
- Komesar, N. (2013). Logic of the Law and the Essence of Economics: Reflections on Forty Years in the Wilderness. *The Wisconsin Law Review*, 265-338.
- Komesar, N. K. (1984). Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. *The University of Chicago Law Review*, 366-446.
- Komesar, N. K. (1994). *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*: University of Chicago Press.
- Komesar, N. K. (1997a). Exploring the Darkness: Law, Economics, and Institutional Choice. *Wis. L. Rev.*, 465.
- Komesar, N. K. (1997b). The Perils of Pandora: Further Reflections on Institutional Choice. *Law & Social Inquiry*, 22(4), 999-1009.
- Kripke, S. (1977). Speaker's reference and semantic reference. *Midwest studies in philosophy*, 2(1), 255-276.
- Lankshear, C., & Leander, K. M. (2005). Social Science Research in Virtual Realities. In S. Bridget & L. Cathy (Eds.), *Research Methods in the Social Sciences*. Thousand Oaks: SAGE Publications.
- Llewellyn, K. N. (1930). A Realistic Jurisprudence--The Next Step. *Columbia Law Review*, 431-465.
- Llewellyn, K. N. (1940). The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method. *Yale Law Journal*, 1355-1400.
- Llewellyn, K. N. (1996). *The common law tradition: Deciding appeals*: WS Hein.
- Llewellyn, K. N. (2011a). *Jurisprudence: Realism in theory and practice (Vol. 1)*: Transaction publishers.
- Llewellyn, K. N. (2011b). *The Theory of Rules*. Chicago: University of Chicago Press.
- Llewellyn, K. N., & Schauer, F. (2011). *The Theory of Rules*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lukács, G. (1980). *The ontology of social being*.
- MacCormick, N., & Weinberger, O. (1986). *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*: D. Reidel Publishing Company.
- MacFarlane, J. (2005). The assessment sensitivity of knowledge attributions. *Oxford studies in epistemology*, 1, 197-233.
- Marmor, A. (1991). Coherence, holism, and interpretation: The epistemic foundations of Dworkin's legal theory. *Law and Philosophy*, 10(4), 383-412.
- Martin, R. M. (2010). Meaning: Overview of Philosophical Theories. In A. Barber & R. J. Stainton (Eds.), *Concise Encyclopedia of Philosophy of Language and Linguistics* (pp. 433-437): Elsevier Science.
- Marx, K. (1876). *Capital*. Harmondsworth: Penguin Ed.
- Marx, K. (1892). *Poverty of philosophy*.

- Mello e Souza, L. d. (1999). *Raymundo Faoro - Os Donos do Poder Introdução ao Brasil: Um Banquete no Trópico* (pp. 337-355). São Paulo: SENAC.
- Mill, J. S. (1974). *A System of Logic Ratiocinative and Inductive Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation* (Vol. I-VI). Toronto: University of Toronto Press.
- Neta, R. (2003). Contextualism and the Problem of the External World. *Philosophy and Phenomenological Research*, 66(1), 1-31.
- Nourse, V., & Shaffer, G. (2009). Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order prompt a a New Legal Theory? *Cornell Law Review*, 95.
- Oliveira Fiho, J. J. (1976). Reconstruções metodológicas de processos de investigação social. Paper presented at the Mesa de Epistemologia da 28ª Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Brasília.
- Oliveira Filho, J. J. (1995). *Patologia e regras metodológicas - Caderno de Teoria das Ciências Humanas*. Estudos Avançados, 9.
- Pavlakos, G., & Alexy, R. (2007). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*.
- Piovesan, F., & Vieira, R. S. (2006). *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades(15), 128-146.
- Pontes de Miranda, F. C. (1972). *Sistema de ciência positiva do direito* (Vol. v. 1-3). Rio de Janeiro: Editor Borsoi.
- Popper, K. R. (1957). *A miséria do historicismo*. São Paulo: EDUSP.
- Porter, R., Porter, T. M., & Ross, D. (2003). *The Cambridge History of Science: Volume 7, The Modern Social Sciences*: Cambridge University Press.
- Posner, R. A. (1972). A theory of negligence. *The Journal of Legal Studies*, 29-96.
- Posner, R. A. (1983). *The Economics of Justice*: Harvard University Press.
- Posner, R. A. (1993). *The Problems of Jurisprudence*: Harvard University Press.
- Posner, R. A. (2004). *Frontiers of Legal Theory*. Boston: Harvard University Press.
- Posner, R. A. (2007). *Problemas da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Posner, R. A. (2014). *Economic Analysis of Law*: Wolters Kluwer.
- Quetelet, A. (1835). *Sur l'homme et le développement de ses facultés ou essai de physique sociale*: Bachelier.
- Quetelet, A. (1869). *Physique sociale*.
- Quetelet, A. (1870). *Anthropométrie: ou, Mesure des différentes facultés de l'homme*: C. Muquardt.
- Rodrik, D. (2006). Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion - Review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform. *Journal of Economic Literature*, 44(4).
- Ross, A. (1971). *Lógica de las Normas*. Madri: Tecnos.
- Schapiro, M. G., & Trubek, D. (2012). *Redescobrimo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal*. In M. G. Schapiro & D. Trubek (Eds.), *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. Sao Paulo: Saraiva.
- Schleiermacher, F., & Bowie, A. (1998). *Schleiermacher: hermeneutics and criticism: and other writings*: Cambridge University Press.
- Schleiermacher, F. D. E. (1986). *Foundations: General theory and art of interpretation*. Transl. J. Duke & J. Forstman. In K. Mueller-Vollmer (Ed.), *The hermeneutics reader: Texts of the German tradition from the enlightenment to the present*, 72-97.
- Schmidt, L. K. (2006). *Understanding Hermeneutics: Acumen*.
- Sen, A. (2000). *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Sen, A. (Producer). (2012). *Austerity is undermining Europe's grand vision*. *The Guardian*. <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/jul/03/austerity-europe-grand-vision-unity>
- Sombart, W. (1929). *Economic theory and economic history*. *The Economic History Review*, 2(1), 1-19.
- Sombart, W., & Nussbaum, F. L. (1933). *History of the economic institutions of modern Europe*.
- Spector, H. (2004). *The Future of Legal Science in Civil Law Systems*. *Louisiana Law Review*, 65, 255.
- Spencer, H. (1873). *The study of sociology* (Vol. 5): Henry S. King.
- Spencer, H. (1895). *The principles of sociology* (Vol. 1): Appleton.
- Sullivan, A. (2010). *Causal Theories of Reference and Meaning*. In A. Barber & R. J. Stainton (Eds.), *Con-*

- cise Encyclopedia of Philosophy of Language and Linguistics: Elsevier Science.
- Tarski, A. (1944). The semantic conception of truth: and the foundations of semantics. *Philosophy and phenomenological research*, 4(3), 341-376.
- Tarski, A. (1956). The concept of truth in formalized languages. *Logic, semantics, metamathematics*, 2, 152-278.
- Tonnies, F. (1940). *Fundamental concepts of sociology*.
- Tonnies, F. (1957). *Community and society*: Courier Dover Publications.
- Tonnies, F. (2014). *Custom: an essay on social codes (Vol. 1)*: Transaction Publishers.
- Tushnet, M. V. (1983). Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles. *Harvard Law Review*, 781-827.
- Tushnet, M. V. (2000). *Taking the Constitution away from the Courts*: Princeton University Press.
- Unger, R. M. (1976). *Knowledge and politics*: Simon and Schuster.
- Unger, R. M. (1983). The critical legal studies movement. *Harvard Law Review*, 561-675.
- Unger, R. M. (1996). *What Should Legal Analysis Become?*: Verso.
- Weber, M. (1978). *Economy and society: An outline of interpretive sociology*: Univ of California Press.
- Weber, M. (2004). *Ciência e política: duas vocações*: Editora Cultrix.
- Weber, M. (2009). *The theory of social and economic organization*: Simon and Schuster.
- Wieacker, F. (1995). *A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany*: Clarendon Press.
- Williamson, J. (1989). *What Washington Means by Policy Reform Latin American Readjustment: How Much has Happened*. Washington, D.C.: Institute for International Economics.
- World Bank, T. (2005). *Economic Growth in the 1990's: Learning from a Decade of Reform*. Washington, DC: The World Bank.
- World Bank, T. (2008). *The Growth Report: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development*: The World Bank.

Data de submissão 23 de agosto de 2013

Data de aprovação 27 de fevereiro de 2014

PERCEPTIONS ABOUT COMPLIANCE WITH LAW AND VULNERABLE GROUPS IN BRAZIL // *Luciana Gross Cunha¹, Rodrigo Losso da Silveira*

Bueno², Joelson Oliveira Sampaio³ & Luciana de Oliveira Ramos⁴

Keywords:

Confidence in Justice / Compliance with Law / Institutions / Judiciary



Summary:

- 1 Introduction
- 2 Sample and Research Design
- 3 Empirical Results
- 4 Concluding Remarks
- 5 References

Abstract

This paper investigates the degree of effectiveness of the rule of law in Brazil by analyzing how some vulnerable social groups, such as women and black people, deals with the compliance with law and with some authorities' orders in Brazil. We created the Brazilian Confidence in Justice Index (BCJI) as a validate argument for our confidence measure and the Brazil Perception of Compliance with Law Index" (BPCLI) that measure perceptions, attitudes and habits of Brazilians concerning compliance to law. We identified some reasons that could explain the perceptions of these specific social groups. We found that there is a positive and significant relationship between the Brazilian Confidence in Justice Index (BCJI) and Perception of Compliance with Law Index (BPCLI). This paper innovates when it shows some patterns regarding two vulnerable groups analyzed here: women and blacks believe that there are few reasons for a person like them obey the laws. In addition, we concluded that women have a higher level of BPCLI than men, which means, women comply with the law more than men; and blacks have a worst perception of the compliance with law comparing with whites, since they understand that Brazilian society seldomly comply with law. We also found a positive relationship of BPCLI with variable age and income.

1 Professor at São Paulo Law School (DIREITO-FGV).
Contact: luciana.cunha@fgv.br

2 Professor at University of Sao Paulo (USP) - Department of Economics. Contact: delosso@usp.br

3 Professor at Fundação Armando Alvares Penteado.
Contact: joelson.sampaio@usp.br

4 Professor at São Paulo Law School (DIREITO-FGV).
Contact: luciana.ramos@fgv.br

GRUPOS VULNERÁVEIS NO BRASIL // Luciana Gross Cunha, Rodrigo Losso da Silveira Bueno, Joelson Oliveira Sampaio & Luciana de Oliveira Ramos

Palavras-chave:

Confiança na Justiça / Confiança e Respeito às Leis / Instituições e Judiciário

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

Resumo

Este artigo examina o grau de efetividade do Estado de direito no Brasil por meio de uma análise de como alguns grupos sociais vulneráveis, como mulheres e negros, lidam com as leis e as instituições da Justiça no Brasil. Criamos o Índice Brasileiro de Confiança na Justiça (IBCJ), a fim de validar o argumento para a nossa medida a confiança e o Índice Brasileiro de Percepção e Conformidade com a Lei (IBPCL) que mede as percepções, atitudes e hábitos dos brasileiros relativos ao cumprimento da lei. Nós identificamos algumas razões que poderiam explicar as percepções desses grupos sociais específicos. Descobrimos que existe uma relação positiva e significativa entre a o IBCJ e o IBPCL. Este artigo inova ao apresentar alguns padrões estatísticos de dois grupos sociais vulneráveis analisados aqui: mulheres e negros, os quais teriam poucas razões para obedecerem às leis. Além disso, nós concluímos que mulheres têm um nível mais alto de percepção de confiança e respeito às leis em relação aos homens; e também concluímos que negros têm a pior percepção de confiança e respeito às leis em comparação aos brancos, já que eles entendem que, no Brasil, raramente as pessoas seguem as leis. Nós também encontramos uma relação positiva entre o índice de percepção da confiança e respeito às leis e as variáveis de idade e renda.

1 Introduction

This paper aims at analyzing the perception of vulnerable social groups about the effectiveness of the rule of law in Brazil. Our main purpose is to investigate how women and black people deal with the compliance with the law and with some authorities' orders in Brazil: are their perceptions about compliance with the law different from men's and white people's perceptions? Then, the second purpose of this paper is to identify the reasons that could explain these specific social groups' perceptions.

The data presented in this paper are based on results of two indicators: the first one is called "Brazil Perception of Compliance with the Law Index" (BPCLI) and the second one "Brazilian Confidence in Justice Index" (BCJI), both coordinated by the Escola de Direito de São Paulo of the Fundação Getulio Vargas. The purpose of BPCLI is measuring, through a survey, the perception of the Brazilian population regarding the compliance with the law and to authorities who are directly involved with law enforcement, as well as identifying the drivers that help us to understand these perceptions. To discuss the degree of effectiveness of the rule of law in Brazil, a survey that measures perceptions, attitudes and habits of Brazilians regarding compliance with law has been conducted. The BCJI, in turn, is a measure of perception, which shows the opinion of the population about Brazil's judiciary. The respondents must issue their opinion on justice regarding nine features: confidence; speed in solving conflicts; cost of access; ease of access; political independence; honesty; ability to solve conflicts; panorama of the last 5 years and expectation for the next 5 years.

There is a strong connection between compliance with the law and confidence in the Judiciary, since if the law is enforced on fair grounds, people will be more likely to obey the law and to rely more on the judicial system. However, if people feel they receive an unfair treatment by those institutions, they will rely less on the justice system and will be less likely to obey the laws. Some authors emphasize this connection declaring that societies with more trust have better governance, stronger economic growth, spend more on redistribution, and have greater respect for

the law among the citizenry (Uslaner, 2002).

Considering that Brazil is one of the most unequal countries in the world, in terms of income inequality¹, gender diversity and race inequality, we assume that social groups commonly excluded from the decision-making processes have different perceptions about the rule of law than those groups that are part of the political and economic system as a rule. Gender and race inequalities are structural axes of social inequality in Brazil, which, in turn, is at the root of the reproduction of poverty and social exclusion (Abramo, 2006). So, this paper focuses on gender, income and race inequality.

Some authors in political theory have argued that modern societies based on the social contract have ignored gender and race inequality. Carole Pateman, one of the most well-known political theorists, and her co-author sustain that gender justice is neglected and racial justice is almost completely ignored by the contract theory (Pateman and Mills, 2007).

This is true for Brazil, since women do not have the same opportunities than men in the labor market, political system and also in the private sector. Brazil has one of the lowest rates of women in Parliament: there are only 9.9% female deputies in Brazilian Chamber, which places it in the 115th position out of 145 countries evaluated in the Inter-Parliamentary Union ranking (Alves, 2014). Also, only a few women reach high ranking positions in private companies, since the proportion of women in positions of senior management in Brazilian companies is currently around 8% (Di Miceli et al., 2014). Moreover, some studies have identified differences between men and women's wages as a result of gender discrimination (Nomura, 2010). According to the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), in 2011 women received only 70.4% of the labor income of men.

Regarding race inequality, there are many differences between black and white populations in most

1 Although Brazilian Institute of Geography and Statistics (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE) showed that Brazil in 2011 reached its lowest income inequality, since Gini coefficient in Brazil fell from 0.518 in 2009 to 0.501 in 2011, Brazil still remains one of the most unequal countries in the world.

dimensions of Brazilian society. Considering the 2010 Census developed by the IBGE, 50,7% of the Brazilian population are black and 47,7% declare themselves white, we have an overwhelming scenario of inequality in terms of education access, since only 8.3% of the black people between 18 and 24 years were at university in 2009, while 21.3% of young whites in the same age bracket went to the university in that same year (IPEA, 2011). In addition, black's wages are lower than the whites: in 2009, the income of blacks was equivalent to 57% of whites. Considering the relation between poverty and the distribution of income, current data shows that 20% of the white population in Brazil was below the poverty line, while 43% of the black population was in the same vulnerable situation (UNIFEM, IPEA, 2003).

This paper will be divided in four sections. The first section is the introduction, while section 2 is dedicated to describing the research methods and the presentation of our sample. In the third section, we present the main results of the research survey and analyze them. In the last section there is a brief conclusion.

2 Sample and Research Design

Our results are based on eleven waves of a survey conducted along 2012. We conducted this survey through telephone contact. Our sample consists of 6,049 respondents distributed by the states: Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Bahia, Rio de Janeiro, São Paulo and Distrito Federal, which together represent approximately 60% of the population, according to the Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (Brazilian Institute of Geography and Statistics) census of 2010. Table 1 provides an overview of the sample.

We used a method of proportional quota sampling, using the following quotas: gender, household income, education, age and economic status (economically active or not). The groups (strata) were proportionally distributed according to the 2010 Census and National Household Sample Survey 2009². Table 1

2 The National Household Sample Survey – NHSS investigates every year and on a continuous basis, overall population

provides an overview of the sample.

Table 1. Sample Description

The sample is distributed through 7 states, which according to 2010 census data together correspond to approximately 60% of the country's population. The sample size was determined by the number of inhabitants in each state. The sampling frame was constructed so as to have a range of 95% and an absolute sampling error of 2.5%.

States	Population	Sample
São Paulo	37.035.456	1614
Minas Gerais	17.905.134	1164
Rio de Janeiro	14.392.106	818
Bahia	13.085.769	792
Rio Grande do Sul	10.187.842	607
Pernambuco	7.929.154	572
Distrito Federal	2.051.146	482
Total	102.586.606	6049

Table 2, in turn, details the variables that control for individual's heterogeneity.

Table 2 - Definitions of Principal Variables

Woman	Dummy variable that takes value one when the respondent is female, and zero otherwise;
Black	Dummy variable that takes value one when the respondent is black, and zero otherwise;
0 to 2 Minimum Wages	Dummy variable that takes value one when the respondent's salary is between 0 and 2 minimum wages, and zero otherwise;
2 to 4 Minimum Wages	Dummy variable that takes value one when the respondent's salary is between 2 and 4 minimum wages, and zero otherwise;

characteristics, education, labor, income and housing, among others, for different periods according to the need of information about the country, as well as characteristics about migration, fertility and other topics.

4 to 12 Minimum Wages	Dummy variable that takes value one when the respondent's salary is between 4 and 12 minimum wages, and zero otherwise;
12 Minimum Wages	Dummy variable that takes value one when the respondent's salary higher than 8 minimum wages, and zero otherwise;
Age	is the respondent's age in years;
Schooling Years	is the respondent's education in years;
Had Previous Experience with the Judiciary	Dummy variable that takes value one when the respondent has had any previous experience with the judiciary, and zero otherwise;
Knowledge of the Judiciary	Dummy variable that takes value one when the respondent has knowledge of the judiciary, and zero otherwise;

Table 3 presents descriptive statistics for covariates. We found that 48% of respondents had experience with the Judiciary. In terms of demographic characteristics, 54% of respondents are women and 50.7% are blacks. Among different kind of incomes, people receive between 4 and 12 minimum wages have presented the highest rate (40%). The means of schooling years and age are 9.3 and 41, respectively. Our sample is similar to Brazilian demographic data in terms of gender and race. The black and brown population is 50.7% and the women population is 51%, according to the 2010 Census. In regard of income, the number of households with monthly per capita income between 0 and 2 minimum wages represent 63% of Brazilian population. In our sample, the proportion is 34.2%. Households with monthly per capita income between 2 and 4 minimum wages represent 32% of population. In our sample the proportion is 17%.

In parts, this difference in terms of per capita income can be explained by two reasons. Firstly, because we have some richest Brazilian states in our sample like

São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. The second reason regards the measure used for income. Despite Census uses per capita income per household, the survey conducted by São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas uses the total income per household. Finally, we also can observe that there is a difference in terms of schooling years. According to Census 2010, the mean of years of formal schooling is 7.9 for people who are older than 18 years old. In our sample, the mean of years of formal schooling is 9.3.

Table 3. Descriptive Statistics for Covariate

The upper figures denote the sample average of each variable. The lower figures denote the standard deviation. Wages are measured in terms of the 2012 Minimum Wage, which corresponds to 334 dollars.

Variables	Mean (Standard Deviation)
Woman	0.541 (0.412)
Black	0.434 (0.433)
Age	41.185 (15.424)
0 to 2 Minimum Wages	0.342 (0.533)
2 to 4 Minimum Wages	0.175 (0.533)
4 to 12 Minimum Wages	0.401 (0.348)
12 or more Minimum Wages	0.088 (0.244)
Schooling years	9.335 (5.332)
Had experience with the judiciary	0.484 (0.536)

1) The first line on table means the sample average of each variable. The second line reports the standard deviation. 3) Minimum Wage used in terms of 2012 values and it corresponds to 334 dollars.

2.1 Construction Trust Indexes: BCJI and BPCLI

The BCJI is calculated as the average from a set of nine questions covering the main aspects of confidence in justice. Each question has the same weight within the index. Thus, to compute the BCJI, we sum all 9 questions, and then divide by 9. The BCJI has a range between 0 and 10. For each question, we use the weighted average of responses. Thus, to compute weighted average of first question about confidence in justice we used four response categories that include: 1 = Unreliable, 2 = untrustworthy, 3 = reliable and 4 = very reliable. Table 4 describes the BCJI and their components.

The creation of BPCLI is based on Tyler's work (2006) and developed five indicators. The first one measures the dimension of behavior, which depicts the frequency with which respondents report having performed actions that somehow represent disobedience to the law. The second indicator measures fear of sanctions, in the instrumental perspective, indicating the perception of losses associated with the violation of the law. The third indicator is the morality one, which measures the perception of respondents about how much is right or wrong to engage in those situations.

The fourth indicator is the social control, which measures the perception of social disapproval of performing those actions. Last, but not least, the indicator of legitimacy, which measures the perception of obedience to the law and the commands of authorities that should enforce the law. The Brazil Perception of Compliance with Law Index (BPCLI) is calculated as the average from five indicators. Table 4 presents weighted average for each component of the BCJI and BPCLI.

Table 4 describes the BCJI and BPCLI and their components.

The questions that constitute the questionnaire admit either four or five responses. Each question is identified by assigning an index *n* to its response, which also corresponds to a value assigned to that response. Thus, the first response, i.e., the answer 0, is assigned the value 0. To the last response is assigned the maximum value, which can be either 3 or 4 depending on whether the question has four or five possible responses. The values are first normalized so as to range between 0 and 10, and then weighted according to

the proportion of each question. To compute the BCJI, we first sum the weighted responses for all 9 questions, and then divide by 9.

BCJI Weighted Average 2012		
P1	Confidence	4.38
P2	Speed in solving conflicts	1.91
P3	Costs access	4.80
P4	Ease of access	2.25
P5	Political independence	3.65
P6	Honesty	4.16
P7	Ability to solve conflicts	4.46
P8	Panorama of the last 5 years	5.85
P9	Expectation for the next 5 years	7.30
BPCLI Indicator of Legitimacy		
The indicator of legitimacy measures the perception of obedience to the law and the commands of authorities that should enforce the law. We presented eight statements about people's behavior to the law and the orders of officials and asked respondents to say how much they agreed with each statement, with possible responses being: strongly agree, somewhat agree, somewhat disagree or strongly disagree.		
Q1	People should obey the law even if it goes against what they think is right;	6.89
Q2	Disobeying the law is seldom justified	5.13
Q3	Someone who disobeys the law is poorly viewed by others	7.62
Q4	If a person goes to court because of a dispute with another person, and the judge rules them to pay the other person money, they should pay that person money even if they disagree with judge's decision	4.88
Q5	If a person is doing something and a police officer tells them to stop, they should stop even if they disagree with the public authority	2.36
Q6	There are few reasons for a person like me obey the law in Brazil	2.53
Q7	It's easy to disobey the law in Brazil	7.75
Q8	Whenever possible people choose to take a "knack" (jeitinho) instead of following the law	3.17
Indicator of Behavior		

<p>The indicator of behavior measures the frequency with which respondents report having performed actions that somehow represent disobedience to the law. This indicator is developed based on ten different situations, to which we ask respondents how often they performed each in the past 12 months, and the possible answers are: often, sometimes, rarely, almost never or never.</p>		
Q1	Making enough noise to disturb your neighbors	9.09
Q2	Littering in violation with the law	9.46
Q3	Driving an automobile or motorcycle while intoxicated	9.44
Q4	Taking inexpensive items from a store without paying for them	9.93
Q5	Parking in a prohibited spot	9.30
Q6	Buying pirated products	6.91
Q7	Using a fake student Id to purchase half price tickets	9.79
Q8	Giving money to a police officer or other public official to avoid being fined	9.87
Q9	Smoking where is not allowed	9.75
Q10	Crossing the street outside of the crosswalk	5.54
Indicator of Instrumentality		
<p>This indicator measures fear of sanctions, in the instrumental perspective, indicating the perception of losses associated with the violation of the law. We have named it instrumentality indicator, in which we asked respondents how likely they think they are to be punished for engaging in the ten situations below. The possible answers were: very likely, somewhat likely, somewhat unlikely or very unlikely.</p>		
Q1	Making enough noise to disturb your neighbors	9.09
Q2	Littering in violation with the law	9.46
Q3	Driving an automobile or motorcycle while intoxicated	9.44
Q4	Taking inexpensive items from a store without paying for them	9.93
Q5	Parking in a prohibited spot	9.30
Q6	Buying pirated products	6.90
Q7	Using a fake student Id to purchase half price tickets	9.79
Q8	Giving money to a police officer or other public official to avoid being fined	9.87
Q9	Smoking where is not allowed	9.75

Q10	Crossing the street outside of the crosswalk	5.54
Indicator of Morality		
<p>The indicator of morality measures the perception of respondents about how much is right or wrong to engage in those situations. We have asked respondents to consider their own feelings about what is right and wrong, and answer to how right or wrong they think engaging in the following situations is. The possible answers were: very wrong, slightly wrong, almost nothing wrong or nothing wrong.</p>		
Q1	Making enough noise to disturb your neighbors	5.83
Q2	Littering in violation with the law	5.31
Q3	Driving an automobile or motorcycle while intoxicated	7.28
Q4	Taking inexpensive items from a store without paying for them	7.64
Q5	Parking in a prohibited spot	7.23
Q6	Buying pirated products	4.60
Q7	Using a fake student Id to purchase half price tickets	5.35
Q8	Giving money to a police officer or other public official to avoid being fined	6.30
Q9	Smoking where is not allowed	5.76
Q10	Crossing the street outside of the crosswalk	4.53
Indicator of Social Control		
<p>The indicator of social control measures the perception of social disapproval of performing those actions. We have asked respondents to think of their friends and family, and how much they would disapprove their conduct in performing each of those situations, and the possible answers were: a lot, somewhat, almost nothing or nothing.</p>		
Q1	Making enough noise to disturb your neighbors	7.08
Q2	Littering in violation with the law	7.58
Q3	Driving an automobile or motorcycle while intoxicated	8.39
Q4	Taking inexpensive items from a store without paying for them	8.83
Q5	Parking in a prohibited spot	7.50
Q6	Buying pirated products	5.68
Q7	Using a fake student Id to purchase half price tickets	6.73

Q8	Giving money to a police officer or other public official to avoid being fined	8.13
Q9	Smoking where is not allowed	7.43
Q10	Crossing the street outside of the crosswalk.	5.93

In order to develop a model of contextual as well as a pool of demographic and economic variables explaining individual Brazil Perception of Compliance with Law Index (BPCLI), we run pooled Ordinary Least Squares (OLS) regressions. The OLS is a method for estimating the unknown parameters in a linear regression model. This method minimizes the sum of squared vertical distances between the observed responses in the dataset and the responses predicted by the linear approximation. The BPCLI in each year is treated as an independent observation.

$$BPCLI_{i,t} = \beta_0 + \beta_1 * BCJI_{i,t} + \beta_2 * gender_{i,t} + \beta_3 * race_{i,t} + \beta_4 * age_{i,t} + \beta_5 * income_{i,t} + \beta_6 * education_{i,t} + \beta_7 * experience_{i,t} + \beta_8 * X_{i,t} + E_{i,t}$$

Many personal characteristics are potentially associated with the Brazil Perception of Compliance with the Law Index. We therefore include some control variables to reduce omitted variable bias. We use the following control variables: states dummies, year dummies, employee, and marital status where $X_{i,t}$ is a vector of control variables.

In order to examine the relationship between these features and the questions of BPCLI, we use pooled OLS for each question.

$$QI_{i,t} = \beta_0 + \beta_1 * BCJI_{i,t} + \beta_2 * gender_{i,t} + \beta_3 * race_{i,t} + \beta_4 * age_{i,t} + \beta_5 * income_{i,t} + \beta_6 * education_{i,t} + \beta_7 * experience_{i,t} + \beta_8 * X_{i,t} + E_{i,t}$$

The index “I” is between 1 and 10 and represents each question of BPCLI.

3 Empirical results

According to the methodology aforementioned, we achieved the results summarized in the following six tables. The table 5 presents the results of BPCLI and each sub-index. The tables 6, 7, 8, 9 and 10 present

the results of sub-indexes and each question.

As indicated by data in table 5, there is a positive and significant relationship between the Brazilian Confidence in Justice Index (BCJI) and Perception Index of Compliance with the Law (BPCLI), which means that the higher the confidence in justice, the higher is the perception of compliance to the law. Except for the morality sub-index, the same result is found in all other sub-indexes comprising the BPCLI.

Table 5 also reveals that women have a higher level of BPCLI than men, since the former shows more confidence in justice and has a better perception of the compliance to the law in Brazil than the latter. This result stems from the behavior, morality and social control sub-indexes. So, women’s perception of compliance to law is higher than men’s because women claim that they comply with the law more than men, consider that the unlawfulness is wrong and due to the fear of being socially disapproved.

Moreover, we find an inverse result of BPCLI for blacks and people with experience with the justice system. In other words, these groups have a negative perception about the compliance with the law by the Brazilian citizens. The inverse relationship of BPCLI for black people can be explained by the behavior sub-index. In part, this result is related to the social vulnerability of blacks in Brazil. Some studies also show that blacks suffer discrimination in Brazil. Twine (1998), Reichmann (1999), Burdick (1998), and Sheriff (2000) have provided some evidence of racism experienced by Afro-Brazilians. The inverse result for people who have had experience with the justice system is related to all the sub-indexes. We also find a positive relationship of BPCLI with variable age and income for people earning between four and twelve times the minimum wage. The results indicate that older people have a more positive perception of the justice system than younger people can be explained by the behavior, social control and morality sub-indexes. On the other hand, the behavior, instrumentality, social control and morality subindexes explain the positive effect between income and BPCLI.

Table 5 - Determinants of BPCLI - OLS Regression

BPCLI	Legitimacy	Behavior	Instrumentality	Social Control	Morality	
BCJI	0.0865***	0.1105***	0.0159*	0.1801***	0.1038***	0.0022
	(7.61)	(6.94)	(1.67)	(6.14)	(3.93)	(0.21)
Woman	0.1403***	0.0091	0.2528***	0.0993	0.2143***	0.1066***
	(4.83)	(0.22)	(9.74)	(1.31)	(3.17)	(4.08)
Black	-0.1002**	-0.0568	-0.0994**	-0.1834	-0.1392	-0.0190
	(-2.25)	(-0.95)	(-2.38)	(-1.60)	(-1.31)	(-0.45)
Schooling years	-0.0175***	0.0074*	-0.0066***	-0.0496***	-0.0281***	-0.0094***
	(-6.23)	(1.80)	(-2.61)	(-6.76)	(-4.28)	(-3.87)
Age	0.0268***	0.0047	0.0087*	0.0211	0.0687***	0.0328***
	(4.64)	(0.59)	(1.79)	(1.45)	(5.06)	(5.73)
Age_2	-0.0002**	-0.0000	0.0000	-0.0002	-0.0005***	-0.0002***
	(-2.57)	(-0.09)	(0.80)	(-1.02)	(-3.24)	(-3.79)
2 MW to 4 MW	0.0809	0.0153	-0.1020	-0.2492	0.4871*	0.2499***
	(0.66)	(0.10)	(-0.58)	(-0.71)	(1.79)	(3.51)
4 MW to 12 MW	0.1535***	0.0258	0.1032***	0.3349***	0.2226**	0.0768**
	(3.35)	(0.41)	(2.87)	(2.70)	(2.14)	(1.97)
More than 12 MW	0.0420	-0.0201	-0.0428	0.2200***	-0.0511	0.0204
	(1.31)	(-0.45)	(-1.42)	(2.66)	(-0.68)	(0.72)
Experience	-0.1123***	-0.1086***	-0.1368***	-0.1302*	-0.1403**	-0.0750***
	(-3.89)	(-2.69)	(-5.31)	(-1.73)	(-2.07)	(-2.91)
Constant	6.3919***	4.4676***	8.5759***	5.2427***	5.3359***	8.4277***
	(44.67)	(22.32)	(69.73)	(14.49)	(15.98)	(61.79)
Observations	5,118	5,118	5,118	5,118	5,118	5,118
Adjusted R-squared	0.0696	0.0139	0.0777	0.0227	0.0415	0.0550

*Notes: 1) Control variables are: state, year dummies, employee, marital state and a constant. 2) T-statistics (heteroskedasticity-consistent for cross-sectional OLS) are in parentheses. *, **, and *** respectively indicate significance levels at 10%, 5%, and 1% levels. Significant results (at 5% level or better) are in boldface.*

After the joint analysis of BPCLI and its sub-indexes, we will move on to the analysis of each sub-index. The table 6 refers to the indicator of legitimacy, which measures the perception of obedience to the law and the commands of authorities that should enforce the law. We presented eight statements about people's behavior related to the law and the orders of officials and asked respondents to say how much they agreed with each statement, with possible responses being: strongly agree, somewhat agree, somewhat disagree or strongly disagree. For the legitimacy indicator we used the following statements: Q1.

People should obey the law even if it goes against what they think is right; Q2. Disobeying the law is seldom justified; Q3. Someone who disobeys the law is poorly viewed by others; Q4. If a person goes to court because of a dispute with another person, and the judge rules them to pay the other person money, they should pay that person money even if they disagree with judge's decision; Q5. If a person is doing something and a police officer tells them to stop, they should stop even if they disagree with the public authority; Q6. There are few reasons for a person like me would obey the law in Brazil; Q7. It's easy to disobey the law in Brazil; Q8. Whenever possible people choose to "find a way around it" (jeitinho) instead of following the law.

The data in table 6 reveals a positive and significant relationship between the Brazilian Confidence in Justice Index (BCJI) and most questions from the legitimacy subindex. For women, someone who disobeys the law is poorly viewed by others and disobeying the law is seldom justified. For women and blacks, there are few reasons for a person like them obey the law in Brazil. We also found a positive relationship of age and income for people earning between four and twelve times the minimum wage with some questions of legitimacy. Finally, we found a negative result for people with experience with the justice system in most questions.

Focusing on vulnerable groups such as women and blacks, table 6 indicates a very interesting result. There are only two groups that strongly agree that there are few reasons to a person like them to comply with law: women and blacks. By these results, we can conclude that they recognize their vulnerability since they do not feel that laws represent their own interests. Other possible explanation refers to the fact that there are other groups in Brazilian society who are privileged and they are not used to comply with the law because of their privileged position.

Although women and blacks agree with the statement that there are few reasons for a person like them to obey the laws, they have different reactions regarding compliance with law. Women, despite the feeling that there is little reason for them to obey the laws, comply more with laws than men. This result can be explained by the fact that women have a greater fear that their behavior would be rejected by his friends, neighbors and family. Blacks, on the other hand, have a different reaction since they tend to behave more lawlessness than whites. One of the ways of interpreting this result refers to the blacks' perception of the legitimacy of the laws. The results indicate that they have a negative perception of the legitimacy of the rules, which means that they considered them to have little or no legitimacy. So, they do not believe in the enforcement of the rule of law, since they consider the laws are not entitled to determine their own behavior and impose sanctions to attitudes of disobedience to the law.

Table 6 - Determinants of Legitimacy - OLS Regression

	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5	Q6	Q7	Q8
BCJI	0.1748***	-0.0328	-0.0328	0.1373***	0.2294***	0.1237***	0.1324***	0.1425***
	(5.15)	(-0.91)	(-0.91)	(3.28)	(6.24)	(3.28)	(3.91)	(3.65)
Woman	-0.1359	0.2444***	0.2444***	-0.1518	0.0077	-0.1899*	0.0421	0.0722
	(-1.52)	(2.60)	(2.60)	(-1.40)	(0.08)	(-1.94)	(0.47)	(0.69)
Blacks	0.0619	0.0980	0.0980	-0.2388	-0.2234	-0.4061***	0.1645	-0.0226
	(0.47)	(0.73)	(0.73)	(-1.50)	(-1.57)	(-2.90)	(1.25)	(-0.14)
Schooling years	0.0415***	0.0050	0.0050	0.0800***	-0.0598***	-0.0661***	0.0368***	0.0212**
	(4.84)	(0.53)	(0.53)	(7.57)	(-6.65)	(-6.99)	(4.19)	(2.11)
Age	0.0127	0.0154	0.0154	0.0212	-0.0363**	0.0355*	-0.0164	-0.0044
	(0.76)	(0.85)	(0.85)	(1.06)	(-2.01)	(1.89)	(-0.96)	(-0.23)
Age_2	0.0000	-0.0002	-0.0002	-0.0002	0.0005***	-0.0001	0.0001	-0.0001
	(0.02)	(-1.14)	(-1.14)	(-0.80)	(2.65)	(-0.28)	(0.77)	(-0.45)
2 MW to 4 MW	-0.1185	0.4591	0.4591	-0.3632	-0.4939	0.4517	-0.6993*	0.3574
	(-0.31)	(1.25)	(1.25)	(-0.82)	(-1.33)	(1.08)	(-1.66)	(0.81)
4 MW to 12 MW	-0.0437	0.1349	0.1349	-0.2738*	0.1127	0.0657	0.2124	-0.1144
	(-0.31)	(0.96)	(0.96)	(-1.69)	(0.74)	(0.41)	(1.57)	(-0.73)
More than 12 MW	-0.0036	0.0491	0.0491	-0.0696	-0.0637	-0.0750	0.1427	-0.2341**
	(-0.04)	(0.47)	(0.47)	(-0.58)	(-0.62)	(-0.70)	(1.44)	(-2.06)
Experience	0.0461	-0.1745*	-0.1745*	0.2754**	-0.3391***	-0.2108**	0.0266	-0.3617***
	(0.53)	(-1.88)	(-1.88)	(2.57)	(-3.63)	(-2.15)	(0.30)	(-3.52)
Constant	4.8725***	7.0973***	7.0973***	2.6861***	2.8162***	1.9599***	6.4452***	2.7457***
	(11.48)	(15.71)	(15.71)	(5.39)	(6.45)	(4.29)	(15.08)	(5.70)
Observations	5,497	5,491	5,491	5,513	5,494	5,499	5,488	5,483
Adjusted R-squared	0.0148	0.0018	0.0018	0.0256	0.0319	0.0446	0.0106	0.0114

*Notes: 1) Control variables are: state, year dummies, employee, marital state and a constant. 2) T-statistics (heteroskedasticity-consistent for cross-sectional OLS) are in parentheses. *, **, and *** respectively indicate significance levels at 10%, 5%, and 1% levels. Significant results (at 5% level or better) are in boldface. 3) Q1: People should obey the law even if it goes against what they think is right; Q2: Disobeying the law is seldom justified; Q3: Someone who disobeys the law is poorly viewed by others; Q4: If a person goes to court because of a dispute with another person, and the judge rules them to pay the other person money, they should pay that person money even if they disagree with judge's decision; Q5: If a person is doing something and a police officer tells them to stop, they should stop even if they disagree with the public authority; Q6: There are few reasons for a person like me obey the law in Brazil; Q7: It's easy to disobey the law in Brazil; Q8: Whenever possible people choose to take a "knack" (jeitinho) instead of following the law. For each question Q1, Q2 until Q8 the table shows coefficients of the Pooled OLS.*

The next table refers to behavior sub-index. This indicator measures the dimension of behavior, which depicts the frequency with which respondents report having performed actions that somehow represent disobedience to the law. This indicator was developed based on ten different situations, to which we

ask respondents how often they performed each situation over the past 12 months, and the possible answers are: often, sometimes, rarely, almost never or never. Those situations are: 1) Make enough noise to disturb your neighbors; 2) Litter in violation with the law (in illegal places); 3) Drive an automobile or

motorcycle while intoxicated (like after consuming alcohol); 4) Take inexpensive items from a store without paying for them; 5) Park your car or motorcycle in violation of the law (prohibited spot); 6) Buy “pirate products”, such as DVD, shoes, purse, cigarette, etc.; 7) Use a fake student Id to purchase half price tickets; 8) Give money to a police officer or any other public official in order to avoid being fined; 9) Smoke where is not allowed (like bars, restaurants, offices, etc.) and 10) Cross the street outside the crosswalk.

Table 7 shows that there is a positive and significant relationship between the Brazilian Confidence in Justice Index (BCJI) and people that buy pirated products. Although there is no rational reason for that, *prima facie* could explain this result, it is possible to find a justification considering that most Brazilians are not aware that buying pirated products is a crime and violates the copyright law, since it is possible to find many pirate product sellers offering their products on the streets. This common practice may mislead people to think that buying pirated products is not illegal anymore.

We also find that women have higher levels for behavior sub-index than men. Therefore, the results in table 7 reinforces the idea that women obey the laws more often than men, considering that women’s behavior sub-index is higher than men’s behavior sub-index in 8 of 10 cases analyzed in this survey. Except for taking inexpensive items from a store without paying for them and using a fake student ID to purchase half price tickets, women comply with the law more often than men in all other situations.

Blacks and people who had experience with the justice system directly or indirectly have lower levels of the behavior sub-index.

Differently than women, blacks showed a lower level of behavior sub-index than whites in 4 situations: making enough noise to disturb your neighbors; littering in violation with the law; buying pirated products; and crossing the street outside of the crosswalk. This means that blacks consider they have performed these attitudes more frequently than whites in the past 12 months.

The data in table 8 refers to the instrumentality sub-index. This indicator measures fear of sanctions, in an instrumental perspective, indicating that the perception of losses associated with the violation of the law. In order to measure this sub-index, we asked respondents how likely they think they are to be punished for engaging in those ten previous situations. The possible answers were: very likely, somewhat likely, somewhat unlikely or very unlikely. The situations are the same as the behavior sub-index.

Analyzing table 8, we find a positive and significant relationship between the Brazilian Confidence in Justice Index (BCJI) and all questions regarding the instrumentality sub-index. These results illustrate what is the concept of judicial system engaged in the respondents’ answers. According to such data, the judicial power is tied to the notion of state punishment derived from the violation of law, since those who have confidence in justice believe they would probably be punished if they did not comply with the law.

For women, there is a positive and significant relationship for the following questions: taking inexpensive items from a store without paying for them; buying pirated products and crossing the street outside of the crosswalk. It means that women believe they are more likely to be punished in these three situations.

Concerning black people, we had a very important result that is worth mentioning: they believe they are unlikely to be punished only if they are crossing outside the crosswalk. Thus, blacks have the perception that they could be punished in almost all situations (in 9 out of 10). This perception confirms the argument that in Brazil black defendants tend to be persecuted by police surveillance more often than whites, that they face greater barriers to access to the criminal justice system and they have the greatest difficulties to enjoy the right to legal defense guaranteed by the constitutional requirements. Furthermore, blacks tend to receive a more rigorous penal treatment, represented by the most likely to be punished compared to white defendants (Adorno, 1995).

Table 7 - Determinants of Behavior - OLS
Regression

	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5	Q6	Q7	Q8	Q9	Q10
BCJI	-0.0027	0.0115	-0.0056	-0.0082	-0.0114		-0.0208*	0.0139	0.0082	0.0595
	(-0.13)	(0.68)	(-0.33)	(-1.43)	(-0.60)	(3.09)	(-1.66)	(1.31)	(0.63)	(1.51)
Woman				0.0051		0.1890**	0.0319			
	(2.93)	(2.92)	(13.06)	(0.28)	(11.44)	(2.02)	(0.92)	(5.05)	(4.51)	(4.31)
Blacks	-0.2102**	-0.1435*	0.0351	0.0178	0.0496	-0.3124**	0.0084	-0.0157	-0.0936	-0.2722*
	(-2.28)	(-1.83)	(0.50)	(0.68)	(0.66)	(-2.13)	(0.15)	(-0.37)	(-1.51)	(-1.79)
Schooling years	0.0039	0.0050		0.0040**		0.0168*	-0.0014	0.0048*	0.0017	
	(0.71)	(1.27)	(-3.19)	(2.11)	(-3.38)	(1.91)	(-0.46)	(1.92)	(0.50)	(-6.90)
Age	0.0105		-0.0097	0.0018	-0.0162*	0.0208		-0.0094**	0.0030	0.0182
	(0.99)	(5.20)	(-1.12)	(0.52)	(-1.83)	(1.19)	(3.92)	(-2.35)	(0.45)	(0.94)
Age_2	0.0001		0.0001	-0.0000	0.0002**	0.0003			-0.0000	0.0002
	(0.54)	(-4.03)	(1.53)	(-0.47)	(2.16)	(1.45)	(-2.98)	(2.81)	(-0.29)	(0.79)
2 MW to 4 MW	0.0246	-0.0269	-0.2574	-0.2522	-0.0007	-0.0071	-0.1678	-0.2335	-0.3834	0.3174
	(0.10)	(-0.12)	(-1.04)	(-1.37)	(-0.00)	(-0.02)	(-0.87)	(-1.13)	(-1.52)	(0.72)
4 MW to 12 MW	0.1555*	0.1543**	0.0827	0.0204		-0.0023	0.0947**	0.0600**		0.2273
	(1.83)	(2.33)	(1.34)	(1.00)	(2.74)	(-0.02)	(2.24)	(2.06)	(2.70)	(1.43)
More than 12 MW	0.0534	0.0083	-0.0056	-0.0116	0.0204		0.0266	-0.0118	0.0045	-0.1721
	(0.83)	(0.16)	(-0.10)	(-0.54)	(0.35)	(-3.13)	(0.71)	(-0.39)	(0.11)	(-1.51)
Experience	-0.1063*	-0.0866*	-0.0481	-0.0268			-0.0312		-0.0667*	
	(-1.88)	(-1.89)	(-1.02)	(-1.47)	(-3.74)	(-3.22)	(-0.94)	(-3.00)	(-1.87)	(-4.85)
Constant										
	(31.42)	(32.91)	(40.54)	(122.48)	(42.61)	(12.78)	(50.54)	(84.32)	(54.69)	(11.13)
Observations	5,511	5,511	5,496	5,511	5,495	5,509	5,504	5,505	5,490	5,506
Adjusted R-squared	0.0195	0.0305	0.0406	0.0033	0.0405	0.0538	0.0150	0.0112	0.0103	0.0564

Notes: 1) Control variables are: state, year dummies, employee, marital state and a constant. 2) T-statistics (heteroskedasticity-consistent for cross-sectional OLS) are in parentheses. *, **, and *** respectively indicate significance levels at 10%, 5%, and 1% levels. Significant results (at 5% level or better) are in boldface. 3) Q1: Making enough noise to disturb your neighbors; Q2: Littering in violation with the law; Q3: Driving an automobile or motorcycle while intoxicated; Q4: Taking inexpensive items from a store without paying for them; Q5: Parking in a prohibited spot; Q6: Buying pirated products; Q7: Using a fake student Id to purchase half price tickets; Q8: Giving money to a police officer or other public official to avoid being fined; Q9: Smoking where is not allowed; Q10: Crossing the street outside of the crosswalk. For each question Q1, Q2 until Q10 the table shows coefficients of the Pooled OLS.

Table 8 - Determinants of Instrumentality -
OLS Regression

	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5	Q6	Q7	Q8	Q9	Q10
BCJI	0.1205***	0.1901***	0.1936***	0.1076***	0.1624***	0.2218***	0.1777***	0.2790***	0.1837***	0.1548***
	(3.00)	(4.54)	(4.91)	(2.78)	(4.23)	(5.39)	(4.25)	(6.64)	(4.38)	(3.75)
Female	0.0496	-0.0061	-0.0126	0.1742*	-0.0338	0.2180**	0.0772	0.0629	0.0930	0.3621***
	(0.48)	(-0.05)	(-0.12)	(1.73)	(-0.34)	(2.03)	(0.70)	(0.57)	(0.85)	(3.35)
Blacks	-0.0116	0.0391	-0.1557	-0.2683*	-0.2717*	-0.2417	-0.1550	-0.2017	-0.2423	-0.2749*
	(-0.07)	(0.24)	(-1.03)	(-1.74)	(-1.72)	(-1.50)	(-0.93)	(-1.21)	(-1.47)	(-1.73)
Schooling years	-0.0886***	-0.0800***	-0.0154	-0.0138	0.0017	-0.0714***	-0.0719***	-0.0393***	-0.0422***	-0.0805***
	(-8.81)	(-7.47)	(-1.53)	(-1.40)	(0.17)	(-6.82)	(-6.80)	(-3.67)	(-4.00)	(-7.69)
Age	0.0248	0.0511**	-0.0212	0.0044	0.0290	0.0254	0.0390*	0.0014	0.0106	-0.0092
	(1.27)	(2.45)	(-1.07)	(0.22)	(1.50)	(1.23)	(1.90)	(0.07)	(0.51)	(-0.45)
Age_2	-0.0002	-0.0005**	0.0001	-0.0001	-0.0003	-0.0002	-0.0002	-0.0000	0.0000	0.0002
	(-0.88)	(-2.03)	(0.58)	(-0.60)	(-1.50)	(-0.80)	(-0.82)	(-0.07)	(0.18)	(0.98)
From 2 MW to 4 MW	-0.5112	0.1409	-0.4474	-1.0004**	-0.6785	0.2226	-0.2547	-0.2232	0.3365	-0.3579
	(-1.15)	(0.28)	(-0.98)	(-2.06)	(-1.51)	(0.51)	(-0.57)	(-0.47)	(0.74)	(-0.79)
From 4 MW to 12 MW	0.3525**	0.5624***	0.1944	0.2986*	0.1160	0.3356**	0.1892	0.3519**	0.1265	0.3090*
	(2.20)	(3.27)	(1.21)	(1.91)	(0.72)	(1.97)	(1.08)	(2.05)	(0.73)	(1.83)
More than 12 MW	0.1013	0.3157***	0.1009	0.1083	0.0969	0.2476**	0.3034**	0.2202*	0.1906	0.1878
	(0.89)	(2.59)	(0.90)	(0.98)	(0.89)	(2.10)	(2.52)	(1.81)	(1.60)	(1.59)
Experience	-0.1708*	-0.1775	0.1276	-0.0227	0.0576	-0.1518	-0.1767	-0.1143	-0.1467	-0.2649**
	(-1.66)	(-1.62)	(1.26)	(-0.23)	(0.58)	(-1.42)	(-1.62)	(-1.04)	(-1.36)	(-2.47)
Constant	5.8920***	4.4394***	6.9339***	6.7394***	6.0403***	3.8654***	4.0736***	5.8466***	4.8035***	4.6775***
	(11.95)	(8.51)	(14.46)	(13.94)	(12.79)	(7.57)	(7.85)	(11.08)	(9.29)	(9.08)
Observations	5,500	5,505	5,494	5,481	5,497	5,495	5,415	5,471	5,476	5,502
Adjusted R-squared	0.0270	0.0255	0.0075	0.0051	0.0070	0.0217	0.0238	0.0127	0.0109	0.0271

Notes: 1) Control variables are: state, year dummies, employee, marital state and a constant. 2) T-statistics (heteroskedasticity-consistent for cross-sectional OLS) are in parentheses. *, **, and *** respectively indicate significance levels at 10%, 5%, and 1% levels. Significant results (at 5% level or better) are in boldface. 3) Q1: Making enough noise to disturb your neighbors; Q2: Littering in violation with the law; Q3: Driving an automobile or motorcycle while intoxicated; Q4: Taking inexpensive items from a store without paying for them; Q5: Parking in a prohibited spot; Q6: Buying pirated products; Q7: Using a fake student Id to purchase half price tickets; Q8: Giving money to a police officer or other public official to avoid being fined; Q9: Smoking where is not allowed; Q10: Crossing the street outside of the crosswalk. For each question Q1, Q2 until Q10 the table shows coefficients of the Pooled OLS.

Another indicator that is part of the BPCLI is the social control sub-index. This indicator measures the perception of social disapproval of performing those actions. We have asked respondents to think of their friends and family, and how much they would disapprove their conduct in performing each of these situations, and the possible answers are: a lot, somewhat, almost nothing or nothing. The situations are the same as in the behavior sub-index.

The table 9 shows that there is a strong and positive relationship between confidence in justice and social control. It means that the notion of justice is related to some kind of punishment. But, in this case, we are dealing with the punishment by society, not by the state (as it happens with the instrumentality sub-index).

The results also show that women's attitudes are more influenced by social control than men's behaviors. Except for making enough noise to disturb your neighbors and littering in violation with the law, there is a positive relationship between women and social control sub-index in all of the other situations.

For blacks, they do not believe they would be the target of social disapproval in three situations: making enough noise to disturb your neighbors; littering in violation with the law and taking inexpensive items from a store without paying for them. The first two situations are the same ones considered by women as less socially reprehensible.

Finally, table 10 refers to the morality sub-index. This indicator measures the perception of respondents about how much is right or wrong to engage in these situations. We have asked respondents to consider their own feelings about what is right and wrong, and answer to how right or wrong they think engaging in the aforementioned situations is. The possible answers are: very wrong, slightly wrong, almost nothing wrong or nothing wrong. The situations are the same as the ones analyzed in the behavior sub-index.

The data presented in table 10 reveal a positive result of BPCLI for women in 6 cases of unlawfulness: driving an automobile or motorcycle while intoxicated; park-

ing in a prohibited spot; buying pirated products; giving money to a police officer or other public official to avoid being fined; smoking where is not allowed; and crossing the street outside of the crosswalk. In other words, doing any of the attitudes listed above is considered very or slightly wrong by women. We also find a positive result of BPCLI for the elderly in all situations, which indicates that the higher the age, the higher is the morality sub-index. So, older people consider very wrong or slightly wrong disobeying the law more often than younger people.

Table 9 - Determinants of Social Control - OLS
Regression

	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5	Q6	Q7	Q8	Q9	Q10
BCJI	0.0939*** (2.68)	0.1205*** (3.45)	0.1148*** (3.64)	0.0629** (2.19)	0.0645* (1.94)	0.1013*** (2.61)	0.1399*** (3.66)	0.1802*** (5.27)	0.1010*** (2.82)	0.0730* (1.87)
Woman	-0.0921 (-1.00)	-0.0160 (-0.17)	0.1946** (2.37)	0.1927*** (2.59)	0.1515* (1.73)	0.3354*** (3.31)	0.2512** (2.49)	0.4938*** (5.55)	0.1943** (2.06)	0.4277*** (4.22)
Blacks	-0.2365* (-1.66)	-0.3542** (-2.47)	-0.0996 (-0.79)	-0.2192* (-1.78)	-0.0755 (-0.56)	-0.0391 (-0.26)	-0.0145 (-0.10)	-0.2130 (-1.53)	-0.0667 (-0.46)	-0.0973 (-0.64)
Schooling years	-0.0244*** (-2.78)	-0.0047 (-0.55)	-0.0078 (-0.99)	0.0232*** (3.21)	-0.0363*** (-4.30)	-0.0576*** (-5.91)	-0.0511*** (-5.29)	-0.0158* (-1.83)	-0.0204** (-2.25)	-0.0835*** (-8.49)
Age	0.1355*** (7.37)	0.0871*** (4.86)	0.0425** (2.56)	0.0263* (1.71)	0.0729*** (4.21)	0.0602*** (3.04)	0.0965*** (4.99)	0.0253 (1.45)	0.0585*** (3.21)	0.0611*** (3.13)
Age_2	-0.0011*** (-5.53)	-0.0007*** (-3.49)	-0.0004** (-2.00)	-0.0002 (-1.44)	-0.0006*** (-3.04)	-0.0003 (-1.17)	-0.0007*** (-3.16)	-0.0002 (-1.11)	-0.0004* (-1.75)	-0.0002 (-1.15)
From 2 MW to 4 MW	0.6277* (1.78)	0.6996** (2.00)	0.2370 (0.80)	0.2050 (0.78)	0.5967* (1.95)	0.7979* (1.95)	0.6450 (1.61)	0.2863 (0.85)	0.2362 (0.64)	0.7373* (1.92)
From 4 MW to 12 MW	0.1779 (1.26)	0.2458* (1.77)	0.0862 (0.68)	0.1808 (1.60)	0.2765** (2.05)	0.3470** (2.21)	0.2126 (1.39)	0.0851 (0.64)	0.1531 (1.07)	0.4925*** (3.13)
More than 12 MW	-0.0387 (-0.38)	-0.1028 (-1.01)	-0.0967 (-1.05)	-0.1090 (-1.28)	-0.0074 (-0.08)	0.0639 (0.57)	-0.1104 (-0.99)	-0.0514 (-0.52)	-0.0822 (-0.79)	0.0397 (0.36)
Experience	-0.1138 (-1.23)	-0.0184 (-0.20)	-0.0296 (-0.36)	-0.0086 (-0.11)	-0.3002*** (-3.46)	-0.3800*** (-3.78)	-0.2393** (-2.39)	-0.0341 (-0.39)	-0.0668 (-0.71)	-0.1461 (-1.46)
Constant	3.6493*** (8.07)	4.9560*** (11.18)	6.6577*** (16.44)	7.3789*** (19.76)	6.2227*** (14.58)	4.1035*** (8.39)	3.7265*** (7.72)	6.8261*** (15.63)	5.4257*** (11.73)	4.4723*** (9.20)
Observa- tions	5,496	5,496	5,500	5,501	5,493	5,493	5,477	5,493	5,489	5,500
Adjusted R-squared	0.0397	0.0232	0.0066	0.0084	0.0243	0.0478	0.0404	0.0151	0.0202	0.0606

Notes: 1) Control variables are: state, year dummies, employee, marital state and a constant. 2) T-statistics (heteroskedasticity-consistent for cross-sectional OLS) are in parentheses. *, **, and *** respectively indicate significance levels at 10%, 5%, and 1% levels. Significant results (at 5% level or better) are in boldface. 3) Q1: Making enough noise to disturb your neighbors; Q2: Littering in violation with the law; Q3: Driving an automobile or motorcycle while intoxicated; Q4: Taking inexpensive items from a store without paying for them; Q5: Parking in a prohibited spot; Q6: Buying pirated products; Q7: Using a fake student Id to purchase half price tickets; Q8: Giving money to a police officer or other public official to avoid being fined; Q9: Smoking where is not allowed; Q10: Crossing the street outside of the crosswalk. For each question Q1, Q2 until Q10 the table shows coefficients of the Pooled OLS.

Table 10 - Determinants of Morality - OLS
Regression

	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5	Q6	Q7	Q8	Q9	Q10
BCJI	-0.0099	-0.0159	0.0004	-0.0068	-0.0145	0.0647**	0.0253	0.0002	-0.0258	0.0049
	(-0.59)	(-1.45)	(0.04)	(-0.66)	(-0.95)	(2.34)	(1.29)	(0.02)	(-1.59)	(0.21)
Woman	0.0535	0.0073	0.0564**	0.0253	0.1455***	0.1863***	0.0809	0.0747**	0.0845**	0.3786***
	(1.23)	(0.26)	(2.55)	(0.97)	(3.62)	(2.63)	(1.51)	(2.50)	(1.99)	(6.15)
Blacks	-0.0379	-0.0014	-0.0005	0.0119	0.0616	-0.0037	-0.1298	-0.0452	0.0045	-0.0357
	(-0.56)	(-0.03)	(-0.02)	(0.31)	(1.02)	(-0.03)	(-1.50)	(-0.89)	(0.07)	(-0.38)
Schooling years	-0.0049	0.0040	-0.0060**	0.0024	-0.0173***	-0.0149**	-0.0054	0.0015	-0.0017	-0.0467***
	(-1.18)	(1.60)	(-2.55)	(0.91)	(-4.46)	(-2.19)	(-1.11)	(0.56)	(-0.43)	(-7.77)
Age	0.0602***	0.0270***	0.0155***	0.0147**	0.0278***	0.0496***	0.0593***	0.0155**	0.0176**	0.0388***
	(6.81)	(4.19)	(2.76)	(2.21)	(3.22)	(3.59)	(5.63)	(2.17)	(2.11)	(3.34)
Age_2	-0.0005***	-0.0002***	-0.0002***	-0.0002**	-0.0002**	-0.0002	-0.0005***	-0.0002*	-0.0001	-0.0002
	(-5.13)	(-3.47)	(-2.68)	(-1.97)	(-2.38)	(-1.53)	(-4.08)	(-1.91)	(-1.10)	(-1.51)
From 2 MW to 4 MW	0.2817*	0.2556***	0.1052***	0.1668***	0.2399**	0.5228*	0.2882	0.1451**	0.2587**	0.2610
	(1.92)	(4.97)	(4.50)	(6.32)	(2.00)	(1.92)	(1.48)	(2.26)	(1.98)	(1.13)
From 4 MW to 12 MW	0.0204	0.0310	0.0346	0.0282	0.0858	0.1304	0.2156***	-0.0015	0.0468	0.2053**
	(0.31)	(0.68)	(1.11)	(0.75)	(1.52)	(1.22)	(2.89)	(-0.03)	(0.74)	(2.30)
More than 12 MW	-0.0227	0.0409	0.0095	-0.0016	-0.0203	0.0095	0.0552	0.0057	0.0322	0.0816
	(-0.47)	(1.34)	(0.39)	(-0.06)	(-0.44)	(0.12)	(0.93)	(0.18)	(0.71)	(1.20)
Experience	-0.0479	-0.0256	-0.0201	-0.0175	-0.1277***	-0.1860***	-0.0924*	-0.0354	-0.0610	-0.1544***
	(-1.10)	(-0.93)	(-0.89)	(-0.68)	(-3.23)	(-2.63)	(-1.75)	(-1.22)	(-1.47)	(-2.59)
Constant	7.7897***	9.1734***	9.5347***	9.5325***	8.9814***	6.2338***	7.3932***	9.4043***	8.7896***	7.4077***
	(33.27)	(61.65)	(71.72)	(70.41)	(43.59)	(17.71)	(27.24)	(54.53)	(40.94)	(23.76)
Observations	5,508	5,511	5,508	5,512	5,509	5,503	5,499	5,508	5,506	5,508
Adjusted R-squared	0.0426	0.0127	0.0056	0.0009	0.0253	0.0369	0.0344	0.0043	0.0096	0.0600

4 Concluding remarks

This paper provides a picture of the degree of effectiveness of the rule of law in Brazil by showing how some vulnerable social groups, such as women and black people, deals with the compliance with the law and with some authorities' orders in Brazil. We have also identified some reasons that could explain the perceptions of these specific social groups. Our results are based on two indicators: "Brazil Perception of Compliance with the Law Index" (BPCLI) and "Brazilian Confidence in Justice Index" (BCJI).

According to our data, we concluded that the higher the confidence in justice, the higher is the perception of law enforcement, which means that there is a positive and significant relationship between the BCJI and BPCLI. Other relevant finding is that women have a higher level of BPCLI than men, since the former shows more confidence in justice and has a better perception of the compliance with the law in Brazil than the latter. This conclusion derives from the behavior, social control and morality sub-indexes.

Our investigation indicated how Brazilian citizens understand the Judiciary. We have found a positive and significant relationship between the Brazilian Confidence in Justice Index (BCJI) and all questions regarding the instrumentality sub-index. This result illustrates what is the concept of judicial system involved in the respondents' answers. According to these data, the judicial power is tied to the notion of state punishment derived from the violation of law, since those who have confidence in justice believe they would probably be punished if they do not comply with the law.

Furthermore, we found that blacks have a worst perception of the compliance with the law in comparison with white people. In other words, blacks understand that Brazilian society seldom complies with the law. This result of BPCLI for blacks can be explained by the behavior sub-index.

Regarding the instrumentality sub-index, we found that blacks believe they are likely to be punished if they performed all the actions evaluated, except if crossing outside the crosswalk. This perception rein-

forces the idea that in Brazil black defendants tend to be persecuted by police surveillance more often than whites, that they face greater barriers to access the criminal justice system, and they have the greatest difficulties to enjoy their constitutional right to a legal defense, and tend to receive a more rigorous penal treatment, represented by the fact that they are most likely to be punished as compared to white defendants (Adorno, 1995)

This paper innovates when it shows some patterns regarding the two vulnerable groups analyzed here: women and blacks. The analysis of the legitimacy index enabled us to find that women and blacks are the only two groups that strongly agree that there are few reasons for a person like them comply with the law. These groups reveal the lowest level of legitimacy showing that they recognize their vulnerability since they do not feel that the laws represent their interests and desires. This finding also indicates that, according to the perceptions of the respondents, there are other groups in Brazilian society who are privileged and they are not used to complying with the law because of considering their privileged position.



5 References

- ABRAM, Laís. 2006. Desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro. *Ciência e Cultura*. [online], vol.58, n. 4, pp. 40-41.
- ADORNAdorno, Sergio. 1995. "Discriminação racial e justiça criminal." *Novos Estudos CEBRAP* 43: 45-63.
- ALVES, José E. D. 2014. "Mulheres brasileiras perdem posição relativa na política mundial". Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <<http://agencia-patriciagalvao.org.br/politica/mulheres-brasileiras-perdem-posicao-relativa-na-politica-mundial-por-jose-eustaquio-diniz/>>
- BROWN, Randall S., MOON, Marilyn; ZOLOTH, Barbara S.. 1980. "Incorporating Occupational Attainment in Studies of Male-Female Earnings Differentials", *Journal of Human Resources*, Vol. 15, No. 1, pp. 3.28.

- BURDICK, John. 1998. *Blessed Anastacia: Women, Race and Popular Christianity in Brazil*. New York: Routledge.
- BUSCAGLIA, Edgardo; DOMINGO, Pilar. 1997. *Impediments to Judicial Reform in Latin America*. Mexico City: CIDE.
- COLE, David. 1999. *No equal justice: Race and class in the American criminal justice system*. New York: Free Press.
- IPEA. 2011. *Políticas Sociais - O longo combate às desigualdades raciais*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, ano 8, edição 70.
- KENNEDY, Randall. 1997. *Race, crime, and the law*. New York: Pantheon.
- LEVASSEUR, Alain A. 2002. Legitimacy of Judges. *American Journal of Comparative Law* 50 (Autumn): 43-85.
- NOMURA, Tomakazu. 2010. "On the Male-Female Wage differentials in Brazil: Intra-occupational Segregation", *Ajia Keizai*, Vol. 52, No. 12, pp.12-21.
- PATEMAN, Carole; MILLS, Charles. 2007. *Contract and Domination*. Malden, MA: Polity Press.
- REICHMANN, Rebecca. (Ed.). 1999. *Race in Contemporary Brazil*. Pennsylvania: The University of Pennsylvania Press.
- SANTOS, Sales A. 2006. 'Who is Black in Brazil? A Timely or a False Question in Brazilian Race Relations in the Era of Affirmative Action? *Latin American Perspectives*, Volume 33, Number 4, pp. 30-48
- SCHUMAN, H., STEEH, C., BOBO, L., KRYSAN, M. 1997. *Racial attitudes in America*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- SHERIFF, Robin. 2000. "Exposing Silence as Cultural Censorship: A Brazilian Case." *American Anthropologist* 101:114-132.
- SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da; DONAGGIO, Angela Rita Franco; SICA, Ligia Paula Pires Pinto; RAMOS, Luciana de Oliveira (2014). *Women's Participation in Senior Management Positions: Gender Social Relations, Law and Corporate Governance*. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2508929>.
- STAATS, Joseph L.; BOWLER, Shaun; HISKEY, Jonathan T. 2005. "Measuring Judicial Performance in Latin America." *Latin American Politics and Society*, 47(4): 77-106.
- TWINE, Francine W. 1998. *Racism in a Racial Democracy: The Maintenance of White Supremacy in Brazil*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.
- TYLER, Tom R. 2006. *Why people obey the law*. Princeton University Press.
- USLANER, E. M. 2002. *The moral foundations of trust*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- UNIFEM, IPEA. 2003. *Dados das desigualdades – Raça e Gênero*. Available at: http://www.planalto.gov.br/seppir/pesquisas_indicadores/raca/presskit/unifem.pdf

Received on 10th February 2014

Accepted on 21st March 2014

NOTAS SOBRE OS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER¹ // *Cristiane Brandão², Clara Lima³, Danielle Tavares⁴, Juliana Azevedo⁵, Luiza Dias⁶, Renan Saueia⁷ & Renato Trindade⁸*

Palavras-chave:

Violência doméstica / violência de gênero / pesquisa empírica / comportamentos institucionais / defensoria pública

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

Sumário:

- 1** **Introdução**
- 2** **Violência de Gênero**
- 3** **Violência de Gênero e a Lei 11.340/2006**
- 4** **A Pesquisa Empírica realizada**
- 5** **Delimitação Espaço-Temporal da Pesquisa**
- 6** **Obstáculos à Pesquisa**
- 7** **Dos Empecilhos Institucionais ao Acesso à Justiça: alguns problemas identificados**
- 7.1 Problemas Histórico-Culturais
- 7.2 Problemas Físico-Estruturais
- 7.3 Problemas Político-Legais
- 8** **Conclusão**
- 9** **Bibliografia**

Resumo

No âmbito da violência de gênero, as diferenças biológicas apropriadas culturalmente reforçam um estado de acesso desigual a direitos e de submissão a um modelo histórico de aviltamentos recorrentes, que necessitam de um locus de resistência e combate, reivindicado também pelo Poder Judiciário. Assim, com o marco legislativo da Lei 11340/06, criaram-se os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), espaço originalmente concebido para um olhar atento e diferenciado sobre as diversas formas de agressão física, moral, psicológica, sexual e patrimonial. A questão que se apresenta agora é, portanto, se a prática de tais órgãos jurisdicionais se coaduna com os objetivos internacionalmente declarados e com os compromissos assumidos pelo Brasil na implementação de condições para garantir a eficácia de políticas públicas em Direitos Humanos. Especificamente, se a assistência judiciária gratuita e de qualidade, através das Defensorias Públicas dos Estados, vem se inserindo conscientemente nesse projeto maior de acesso à justiça, à informação emancipadora, à orientação humanizada e às técnicas de empoderamento capazes de romper o ciclo de violência. O presente texto constitui, então, um mapeamento das práticas institucionais, visando a contribuir para o aprimoramento da obtenção da cidadania plena e reestruturação da nossa esfera pública.

1 Pesquisa desenvolvida com recursos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e do Ministério da Justiça, publicada virtualmente em <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/>, volume 52, em abril/2015.

2 Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia – Faculdade Nacional de Direito/UFRJ; Doutora pelo IMS/UERJ.

Contato: cristianebrandao@direito.ufrj.br

3 Graduanda em Direito pela FND/UFRJ.

Contato: clara.pinheiro.lima@gmail.com.

4 Graduanda em Direito pela FND/UFRJ.

Contato: danielle-christine@gmail.com.

5 Mestranda em Direito Penal - UERJ. Contato: jribeiroaz@gmail.com.

6 Graduanda em Direito pela FND/UFRJ. Contato:

luizadiascarvalho@gmail.com.

7 Graduando em Direito pela FND/UFRJ. Contato: renansaueia@gmail.com.

8 Graduando em Direito pela FND/UFRJ. Contato: renatovtrindade@gmail.com.

NOTES ON THE COURTS OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN // *Cristiane Brandão, Clara Lima, Danielle Tavares, Juliana Azevedo, Luiza Dias, Renan Saueia & Renato Trindade*

Keywords

Domestic violence / gender-based violence / empirical research / institutional behaviors / public defender service

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

Abstract

In the context of gender-based violence, the culturally appropriate biological differences reinforce a state of unequal access to rights and submission to a historical model of recurring defilements, which needs a locus of resistance and combat, also claimed by the judicial branch. Thus, through the trailblazing creation of law number 11.340/06, the Courts for Domestic and Family Violence against Women (JVDFM) were created, as a space originally designed for an attentive and different look at the various forms of physical, moral, psychological, sexual and patrimonial aggression. The question that now arises is if the practice of such courts is consistent with the internationally stated objectives and with the commitments made by Brazil in implementing conditions to ensure the effectiveness of public policies on Human Rights. Specifically, if the free, quality legal assistance provided by the Public Defender Service, has been consciously entering this larger project of access to justice, liberating information, humanized guidance and technical empowerment capable of breaking the cycle of violence. This text, then, is a mapping of institutional practices in order to contribute to the improvement of obtaining full citizenship and restructuring of our public sphere.

1 Introdução

Em nosso país, não é novidade que a violência contra a mulher assusta qualitativa e quantitativamente. Dados do Dossiê Mulher de 2014, por exemplo, apontam que as maiores vítimas dos crimes de estupro (82,8%), tentativa de estupro (90,3%), calúnia, injúria e difamação (72,3%), ameaça (65,9%), lesão corporal dolosa (63,6%) e constrangimento ilegal (59,6%) são as mulheres.

Tema inapreciável unicamente no campo teórico-científico, a violência de gênero passou a pertencer também ao campo das pesquisas empíricas, verificável potencialmente no Judiciário, Delegacias e outros órgãos competentes no assunto. Pela importância e transversalidade do objeto, tornou-se urgente realizar mapeamentos sobre a realidade dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, notadamente sobre a efetivação das medidas jurídicas de proteção à vítima no terreno do acesso à Justiça e da assistência judiciária.

Assim, o presente texto se origina do relatório de pesquisa apresentado ao IPEA e ao Ministério da Justiça, instituições promotoras do Programa “Pensando o Direito”. Através da Chamada Pública de número 131/2012, o IPEA, em meio ao eixo temático instituído (“Acesso à Justiça e Mulheres em Situação de Violência”), aprovou o referido projeto de pesquisa: “Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil: Violências contra a Mulher e as Práticas Institucionais”.

Desenvolvida no segundo semestre de 2013, tal pesquisa identificou problemas ainda sem solução. A incompatibilidade de expectativas feministas e o arcabouço patriarcal de órgãos estatais, o atendimento oferecido no cotidiano burocrático e as necessidades das assistidas quanto a uma escuta sensível e humanizada, as respostas juridicamente engessadas no Judiciário e a esperança da “solução para a vida” das usuárias são algumas questões pendentes.

Por não ser a violência de gênero em âmbito familiar e doméstico um fato unicamente criminal, já que envolve relações pessoais e íntimas/familiares, o conflito se mostra muito mais complexo e particular, não se encaixando em padrões de decisão de escala in-

dustrial, formatados num modelo de ritualística processual frio e cartesiano.

O enfoque individualizado diferenciado e o olhar multidisciplinar orientado para as realidades sociais, econômicas e emocionais diversas são, pois, indispensáveis para uma aproximação Juizado-Vítima.

Nessa visão conglobada, buscam-se, em outras áreas, reflexões para diagnosticar e ultrapassar os obstáculos encontrados nos trâmites e na própria legislação, já que nem sempre a solução encontrada pelos poderes legislativo e judiciário traduz o anseio das mulheres que procuram a assistência judiciária. Justificamos, portanto, a necessidade de um encontro entre um referencial teórico crítico e transdisciplinar para que se construa uma linguagem adequada à renovação da política criminal com a finalidade de entender as diferentes maneiras de manifestação da violência e as diferentes maneiras das políticas públicas lidarem com esta mesma violência.

Tal necessidade decorre de uma inserção cada vez maior das reivindicações sociais no âmbito jurídico e das reivindicações dos movimentos sociais pelo âmbito jurídico-penal. Ainda que tais mecanismos estejam longe do ideal, percebe-se a ocorrência do que se chama judicialização das relações sociais, isto é, quando o meio social é tomado por uma onda do Direito (Matos e Rifiotis, 2010; Vianna, 1999).

Há, cada vez mais, uma procura por resolução dos litígios e conquista de direitos através do Judiciário, mas essa vitória da democracia vem revestida de demora, descaso, incapacidade de realmente realizar este Estado de Direito na totalidade. Fica claro que, mesmo havendo um processo de aumento de garantias ao acesso, ainda assim existem barreiras, dilemas e dificuldade de efetivação dos direitos e das políticas voltadas para os direitos violados.

2 Violência de Gênero

É também papel do Estado, ao inserir a luta no âmbito da justiça e na construção da Rede de proteção integral à mulher, fazer com que se entendam as diferenciações terminológicas quanto a estas formas de violência. Suely de Almeida traz, em Essa violência

mal-dita (2007), os impactos teóricos e práticos que as expressões como “violência contra a mulher”, “violência doméstica”, “violência intrafamiliar” e “violência de gênero” acarretam.

“Violência contra a mulher” destaca o objeto dessa violência: a mulher, ignorando a relação em que essa violência é estabelecida com o agente. Nessa perspectiva, corre-se o risco do excesso de vitimização, o que acarreta passividade e imobilismo. Por outro lado, a expressão “violência doméstica” restringe o âmbito de atuação dessa violência, além de facilitar uma ocultação que gera naturalização e impunidade, por se tratar de um espaço simbólico moralmente protegido, uma esfera resistente ao poder público. Quanto à “violência intrafamiliar”, encontra-se muito próxima da violência doméstica, mas desta se distingue por abranger outros membros da família que podem ser agentes da violência. Finalmente, “violência de gênero” destaca a origem dessa violência, seu aspecto relacional e de produção social.

Todas são apresentadas como insuficientes para definir tamanha complexidade. Entretanto, “violência de gênero” se destaca por ser o único qualificativo da violência que ressalta um emaranhado de fatores e as estruturas construídas nas desigualdades dos gêneros:

O que significa que não é dirigida a seres, em princípio, submissos, mas revela que o uso da força é necessário para manter a dominação, porquanto a ideologia patriarcal - tensionada por conquistas históricas, sobretudo feministas - não se revela suficientemente disciplinadora. (Almeida, 2007: 28)

Esta concepção da violência, portanto, apresenta natureza multidisciplinar por seu caráter político, econômico, cultural, social, psicológico e jurídico. O diálogo entre essas matérias deverá desvendar os mecanismos de poder que fundamentam a violência e o controle social sobre a mulher, como também os aspectos ideológicos que restringem a autonomia da mulher ao lhe impor limites à liberdade. Daí a necessária propositura de estratégias institucionais que compreendam, de fato, a complexidade do problema e que estejam engajadas em remontar esses cenários de opressão às mulheres.

Nesse sentido, percebeu-se a imprescindibilidade de uma lei que pautasse o respeito, a proteção, a inclusão e o empoderamento da mulher na comunidade, como indivíduo de igual nível intersubjetivo.

3 Violência de Gênero e a Lei 11340/06

No final dos anos 1980, com a implementação do “Estado Penal” (Wacquant, 2001), impôs-se uma polarização dos discursos sobre a questão criminal: o primeiro, voltado para delitos de menor potencial ofensivo⁹, que pugnava por um sofrimento penal predominantemente moral e patrimonial; e o segundo, voltado para delitos graves, como os depois definidos como hediondos, defendendo sofrimento penal físico e intenso, através de castigos exemplares e de longa duração (Batista, 2008).

No primeiro polo, estavam inseridos alguns delitos da violência doméstica e familiar, como lesão corporal leve, ameaça, injúria. Tanto que, com a entrada em vigor da Lei 9099/95, estes passam à competência dos Juizados Especiais Criminais, recebendo, inclusive, medidas despenalizadoras.

A especificidade da causa, contudo, não comportava mera composição de danos ou transação penal. O caráter muitas vezes patrimonial destas medidas, associado à desconsideração do contexto afetivo e familiar que envolve o conflito e à interpretação da violência doméstica como infração de menor potencial ofensivo, tornou questionável a aplicabilidade das normas dos Juizados Especiais Criminais. (Campos & Carvalho, 2011; Debert & Oliveira, 2007; Pasinato, 2003)

Ademais, a omissão do Brasil quanto à instituição de legislação pertinente à defesa e promoção dos Direitos da Mulher, às formas de erradicação da violência, de preconceito e de discriminação culminaram com sua condenação em Corte Internacional. Embora nosso País tenha sido signatário de Tratados e Convenções internacionais no decorrer da segun-

⁹ Antes do advento da Lei 11340/06, os diversos casos de violência doméstica eram classificados como “de menor potencial ofensivo”, sendo atribuídos, portanto, à competência dos Juizados Especiais Criminais – onde se aplicavam as disposições da Lei 9099/95. O artigo 41 da Lei Maria da Penha, contudo, afastou tal aplicação.

da metade do século XX – como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW – 1979), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 1994, conhecida como Convenção de Belém do Pará e a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995, também conhecida como Declaração de Beijing – casos concretos como o de Maria da Penha Maia Fernandes – que, em 1998, quinze anos após as tentativas de homicídio, restava inconcluso – ainda não recebiam o tratamento jurídico-legal adequado. Foi este emblemático caso de Maria da Penha que motivou a denúncia contra o Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por demora injustificada e por descumprimento de acordos internacionais firmados e ratificados, bem como por omissão, tolerância e negligência em relação à violência contra as mulheres. Consequência normativa dessa condenação marcante¹⁰ foi a criação da Lei 11340/06, por isso conhecida como Lei Maria da Penha. Para definir múltiplas formas de violência, esta inspira-se nos princípios desses diplomas internacionalmente reconhecidos, dentre os quais os seguintes:

Toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (CEDAW, art.1º.)

Qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. (Convenção de Belém do Pará, art.1º.)

Assim, da conjugação dos arts. 5º e 7º da Lei 11340/06, depreendem-se as figuras jurídicas da violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral baseadas no gênero.

10 http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf, acessado em 05.03.2015.

A incorporação das violências psicológica e moral ao rol da lei representa um avanço político-legislativo concreto por reconhecer os danos supramateriais expressivos e por incidir na tentativa de prevenção de outras violências. Identificá-las em estágio embrionário pode evitar sua evolução para graves quadros psíquicos e para agressões materiais.

No entanto, determinadas condutas do agressor apresentam obscuridade na subsunção aos tipos incriminadores da legislação penal em vigor. Com efeito, inúmeras situações de violência doméstica podem não ser identificadas ou reconhecidas no caso concreto. A título de exemplo, até muito recentemente (e, felizmente com menos frequência, até hoje), casos de estupro entre cônjuges não eram reconhecidos pelo Judiciário e, não raras vezes, pelas próprias vítimas, decorrência da profunda naturalização da cultura patriarcal e da submissão feminina (Ardaillon & Debert, 1987).

Temos, ainda, a indefinição quanto à punição de delitos patrimoniais pelo conflito entre os dispositivos do artigo 181, do Código Penal¹¹, de um lado, e o artigo 7º, IV da Lei 11.340, de outro. O primeiro isenta de pena os crimes contra o patrimônio quando for em prejuízo do cônjuge, ascendente e descendente e o outro elenca esta lesão como forma de violência a ser reprimida e reprovada.

Ainda que certas condutas não se caracterizem como crimes, os profissionais do sistema criminal também devem auxiliar e resguardar as mulheres vítimas, inclusive encaminhando-as às medidas protetivas. Para isso, necessária é a capacitação destes profissionais para o fim específico de lidar com a complexidade da violência doméstica. Quando isso não acontece, termina-se por banalizar a violência sofrida pelas mulheres e colaborar para manutenção desse quadro.

Pode-se, assim, dizer que a Lei Maria da Penha foi uma medida política emergencial, a fim de uma mudança social pautada na legislação em busca de

11 Art. 181, C.P. - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

desconstruir um antigo paradigma. Uma lei que tenta contribuir para erradicar da realidade uma marca histórica de inferiorização do sexo feminino, de estigmas retrógrados e discriminatórios. Uma lei, enfim, que defende a integridade física e psíquica da mulher, a integridade social, a honra e a dignidade. Pretende diluir da cultura o preconceito, a ideia de segregação e hierarquização de gêneros, além de trazer para o âmbito criminal uma punição ao ator desta violência tão singular e tão enraizada nas mentes da população como “natural” (Azevedo, 2008; Barsted, 2007).

Mesmo assim, há de se reconhecer que resta um longo caminho a ser percorrido. Foi na intenção de buscaremos essa trilha que partimos para a realização da Pesquisa.

4 A Pesquisa Empírica realizada

Os debates, revisões bibliográficas, pesquisas jurisprudenciais, idas a campo, nos permitiram chegar às considerações que serviram para embasar este texto. Muitas foram as estratégias e incursões para a obtenção de dados, cabendo-nos sistematizá-los para, depois, mostrar, em Relatório, os resultados a que a pesquisa empírica sobre os Juizados nos possibilitou obter.

Considerando o referencial teórico adotado sobre comportamentos institucionais e violência de gênero, buscamos analisar, para além dos marcos legislativos, a operacionalidade das medidas da Lei 11340, o cotidiano dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, os procedimentos enfrentados pela vítima e, especificamente, o atendimento das Defensorias Públicas.

Como pesquisa aplicada, nossa investigação foi dirigida à obtenção de material que nos embasasse nas propostas de alterações legislativas e administrativas, especificamente das medidas cabíveis aos órgãos de defesa da vítima, seja nos Juizados ou nos Núcleos de atendimento à mulher.

Não demorou muito para notarmos a importância de uma abordagem mais ampla inicialmente, uma espé-

cie de mapeamento geral, “reconhecimento do terreno”. Em um tema tão específico e complexo quanto o da violência doméstica, fez-se necessário analisar o número de casos, quais as prevalências de casos, qual o perfil das vítimas, quais suas percepções sobre os Juizados, entre outros. Ressaltou-se a importância, neste momento, de uma visão detalhada dessa violência: onde e quando surgiu, quais as leituras que se teve sobre ela, em que contexto social ela se deu, etc.

Tendo isso em mente, foi delineada uma estratégia de atuação dos analistas técnicos, já que estes iriam estabelecer o contato mais direto com os Juizados e, conseqüentemente, com as assistidas. Dentre as diversas tarefas atribuídas à equipe de analistas técnicos, destacava-se a ida a campo, de duas a três vezes por semana, com o subsequente registro dos relatórios de campo. Com uma estratégia metodológica a ser executada, ao chegar aos Juizados, os analistas, primeiramente, se identificavam e procuravam localizar cada repartição — muitas vezes, a equipe conseguia grande parte das informações através de algum policial militar que, surpreendentemente, parecia realizar função administrativa.

Deixou de ser surpreendente, todavia, a resistência oposta por parte de alguns magistrados quanto à presença de nossa equipe. Em nome da proteção às vítimas, alegavam a adoção do segredo de justiça para não permitir o acompanhamento das audiências ou a aplicação de questionários¹².

Os questionários não identificados eram aplicados às vítimas pelos analistas, de modo a facilitar a clara compreensão das perguntas e, por consequência, a maior confiabilidade dos dados obtidos. Deles, foram gerados gráficos e tabelas, com informações estatísticas sobre a quantidade de casos em que houve a concessão de medida protetiva, casos em que tais medidas foram cumpridas, se houve um único defensor atuando no processo, se a solução judicial pareceu satisfatória, se a atuação do defensor foi positiva, entre outras¹³.

12 Embora em “segredo de justiça”, as pautas afixadas nas paredes dos Juizados exibiam, em todos eles, os nomes das partes processuais.

13 Números e gráficos que, oportunamente, serão publicados na

A opção metodológica pelo questionário fechado, todavia, cedeu lugar a uma abordagem mais qualitativa e etno-gráfica. Após a apresentação do Relatório Parcial, na Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, estabeleceu-se que resultado mais consistente e rico seria obtido a partir de observação participante e/ou não participante, bem como de entrevistas com atores-chave como Defensores e Vítimas. Por esta via, conseguiríamos colher as falas que ilustrariam nossas conclusões e, posteriormente, embasariam nossas propostas de medidas administrativas e/ou legislativas.

As idas a campo seguiram, pois, esta nova orientação. Com um roteiro semiestruturado e com a exata noção dos tópicos preponderantes à pesquisa, procedemos à marcação de entrevistas e de observação dos atendimentos pela Defensoria, bem como de andamento das audiências. Em média, duas vezes na semana, nossa equipe partia para os Juizados do Rio de Janeiro e, quando a agenda permitia, para outros Estados.

Em relação às assistidas, o modo com que se dava a seleção de quais usuárias seriam abordadas era randômico: abordavam-se as mulheres que lá estavam presentes, fosse aguardando o atendimento da Defensoria Pública ou a chamada para sua audiência. O que se fez, no entanto, foi estabelecer uma quantidade mínima de vítimas por Juizado/Núcleo a fim de se obter maior representatividade. No total, foram selecionados 15 (quinze) casos para estudo.

Todavia, é importante observar a existência de alguns problemas de objetividade e imparcialidade por parte das usuárias entrevistadas. Em algumas entrevistas, havia a presença de um dos membros do Juizado ou Núcleo visitado sob a comum justificativa de “proteção à vítima”. Tal pessoa posicionava-se ao lado da entrevistada e observava a entrevista sem exercer interrupções. Mesmo assim, era notável a existência de uma mudança de comportamento por parte da assistida, que se mostrava mais acessível nas entrevistas a sós com um analista do que na presença de um dos membros da instituição onde a entrevista era realizada.

Série “Pensando o Direito”.

Igualmente, algumas usuárias mostravam-se receosas quanto à realização de entrevistas gravadas. Nestes casos, era preciso um cuidado maior por parte da equipe ao explicar que tudo seria feito de modo anônimo e que suas falas não lhes trariam qualquer tipo de problemas perante os Juizados. Além deste fator, algumas vítimas estavam nitidamente alteradas e/ou bastante emotivas no dia de suas entrevistas, podendo caracterizar igualmente um enviesamento de suas falas.

5 Delimitação espaço-temporal

Apesar da limitação de recursos e de tempo, nossa pesquisa também conseguiu atingir outros Estados, para além do Rio de Janeiro. Considerando as cidades de origem de nossos analistas e consultora técnicos, realizamos investigações nos Juizados e Núcleos Especializados de Belém, Porto Alegre, Lajeado, São Paulo, Campo Grande e Maceió, tendo, com isso, dados de todas as Regiões brasileiras.

Tendo em vista o curto espaço de tempo (no total, oito meses) para uma amostragem qualitativa nacional, priorizamos as comarcas em que, naturalmente, nossos analistas teriam mais facilidade de locomoção, estadia, permanência e acesso aos operadores. No Rio de Janeiro, todavia, não limitamos esforços, percorrendo os Juizados da Região Metropolitana, dentre os quais o do Centro (I JVD FM), Campo Grande (II JVD FM), Jacarepaguá (III JVD FM), Leopoldina (VI JVD FM)¹⁴, Duque de Caxias, Nova Iguaçu, Niterói e São Gonçalo, bem como o NUDEM (Núcleo Especial de Defesa dos Direitos da Mulher).

6 Obstáculos à Pesquisa

Um dos problemas concernentes ao sistema jurisdicional é a falta de receptividade a pesquisas empíricas. Muitos Juizados tratam das questões de violência doméstica como algo onde não há espaço para observação de terceiros, uma vez que isso poderia causar algum tipo de dano à intimidade da vítima. Nos Juizados “C”, “D” e “F”¹⁵, por exemplo, é dito que

14 IV e V Juizados ainda não haviam sido instalados

15 Por razões éticas e atendendo a recomendações dos avaliadores do Ipea, não correlacionamos os dados de campo com os Juizados e Núcleos pesquisados, preservando, assim, o anonimato

as audiências correm em segredo de justiça e, sendo assim, a regra adotada é a de que não podem ser observadas por terceiros estranhos ao processo:

O Juiz [do Juizado D] nos informou que lamentavelmente não podia nos deixar assistir às audiências, pois estava cumprindo recente resolução do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que determinou, segundo ele, que todas as audiências de violência doméstica transcorressem em segredo de justiça, e que também não nos autorizaria a realizar a aplicação de questionário com as mulheres que aguardavam as audiências ao lado de fora da sala de audiência. (Analista)

Não logramos êxito em localizar tal Resolução.

No Juizado “F”, curiosamente, após alguma insistência nossa, o juiz mudou de opinião, embora tenha afirmado que aquele não seria um dia “ideal”. Isso se deveu ao fato de que, segundo ele, há um “esquema de rotatividade” no referido Juizado: um acordo entre juiz, defensor do réu e promotor, em que cada um preside as audiências em dias previamente combinados. Desse modo, aquele não seria o dia “ideal”, pois o juiz não iria presidir as audiências – que foram presididas pelo defensor público do réu:

A primeira atendida entra na sala e é informada pelo Defensor Público (titular do JECrim), que é quem preside as audiências. Ele nos explica que ele, o juiz e o promotor possuem um ‘esquema próprio’ em relação às audiências (há um revezamento). (Analista)

Fica, então, a dúvida acerca da real motivação do segredo de justiça. Mesmo nos Juizados em que houve autorização para atuarmos, a resistência às entrevistas com as vítimas por parte de Juizes e Defensores foi evidente. Em dois Juizados (“E” e “G”), ostensivamente nos proibiram de contatar as jurisdicionadas e, num dos Núcleos Especializados, impuseram a condicionante de não perguntarmos sobre o contexto fático.

Ao contrário do que o excesso de zelo à privacidade

dos entrevistados.

poderia fazer supor, foi interessante perceber que muitas vítimas enxergavam na pesquisa um importante instrumento para transformação das práticas. Nesse sentido, a impressão colhida dos relatórios de campo:

Quase todas agradeceram pela atenção disponibilizada e pelo trabalho, pedindo que utilizássemos a pesquisa como meio de tornar público o descaso com/da justiça. (Analista)

A receptividade das vítimas foi bastante positiva: nenhuma delas se recusou a falar conosco; pelo contrário, ficaram satisfeitas por alguém estar se direcionando a elas – talvez na esperança de que fôssemos orientá-las ou ajudá-las de quaisquer maneiras. (Analista)

Muitas vítimas encontraram, no momento de resposta do questionário e da entrevista, uma oportunidade de exprimir seu descontentamento com o atendimento, com a duração ou a forma como o processo era conduzido. Algumas solicitavam orientação jurídica no sentido de entender o que aconteceria dali para frente ou mesmo quais seriam as possíveis conclusões do processo:

Sempre solícitas em responder os questionários, e acredito que não apenas respondiam, mas também contavam suas histórias e reclamações. Algumas vítimas, inclusive, pediram alguma orientação do tipo “você sabe o que vai acontecer daqui em diante?” (Analista)

Aliás, como no pensamento muito bem posicionado de Marilena Chauí (1993), questiona-se aqui como agir judicialmente sem vitimar as mulheres, contudo igualmente sem diminuí-las a uma figura de ‘menoridade racional’, reproduzindo a desigualdade a partir de uma tutela exagerada.

Além dos entraves relativos ao segredo de justiça e abordagem às vítimas, tivemos dificuldade com o agendamento de entrevistas com os operadores, que se mostravam ocupados ou indispostos a se pronunciar. A Defensora do Juizado “D”, por exemplo, justi-

ficou a negativa à entrevista com sua timidez, acrescentando que a equipe multidisciplinar teria muito mais a dizer, até porque esta era também responsável pelos atendimentos.

Por volta das 14h, nos chamaram à sala da Defensoria e pudemos conversar brevemente com a defensora. Ela pediu que nós explicássemos exatamente o que pretendíamos e, ao respondermos que gostaríamos de acompanhar o atendimento da Defensoria e realizar uma breve entrevista com ela, a defensora explicou-nos que seria mais vantajoso falarmos com a equipe técnica. Além disso, afirmou ser “muito tímida” e, por isso, preferiria não dar entrevista. Tentamos argumentar dizendo que seriam só algumas perguntas breves, mas ela continuou inflexível: ‘Não, não! Sou muita tímida!’ (risos). (Analista)

Sendo assim, encaminhamo-nos para a equipe técnica e lá conversamos com a assistente social. Esta foi muito gentil, explicou-nos o seu trabalho e o da equipe em geral e perguntou-nos se não poderíamos retornar outro dia. Tal pedido se deu por conta da ausência de atendimentos naquele momento e por sua preferência em falar antes com a psicóloga da equipe para que pudessem agendar em data mais proveitosa. Dessa forma, deixamos o nosso contato e agradecemos. Mais tarde, naquele mesmo dia, recebemos uma ligação da psicóloga nos explicando que, infelizmente, não poderia autorizar o nosso acompanhamento aos atendimentos por conta do “Código de Ética do Psicólogo”. Assim, aconselhou-nos a entrar em contato com a defensora para que pudéssemos acompanhar o atendimento da Defensoria. (Analista)

Por outro lado, o Juizado “H” se mostrou bastante receptivo. Todos os funcionários eram atenciosos e indicavam pessoas que pudessem nos auxiliar na pesquisa. A secretária do juiz logo nos mostrou os processos do dia e foi possível estabelecer, mesmo na primeira visita ao local, entrevista com o Magistrado e a Promotora, não havendo qualquer dificuldade ou entrave para a realização de questionários com as vítimas.

7 Dos Empecilhos Institucionais ao acesso à Justiça: alguns problemas identificados

“Nosso direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesse masculino e modo de sentir masculino (especialmente no direito da família), mas masculino, sobretudo, em sua interpretação e sua aplicação, uma aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, diante das quais o indivíduo e seu sentimento não contam. Por isso quis-se excluir as mulheres, também para o futuro, da participação ativa na jurisdição.” (Radbruch, 1999: 146-147).

É com essa frase de Gustav Radbruch que faremos algumas considerações acerca de peculiaridades referentes ao sistema judiciário na atenção a mulheres em situação de violência.

Na pesquisa de campo realizada nos Juizados do Rio de Janeiro, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Pará e Alagoas, relatada neste artigo, pudemos observar a existência de problemas de ordem histórico-cultural, físico-estrutural e político-legal.

7.1 Problemas Históricos-Culturais

Quanto às questões histórico-culturais, dentre elas podemos ressaltar a falta de informação das mulheres quanto aos seus direitos, ao funcionamento do Juizado e ao andamento do processo, associado ao “juridiquês” que distancia essa percepção; tendência à “patologização” dos conflitos por parte dos operadores do sistema (o conflito existe em decorrência de problemas psicológicos das partes, dependência de álcool ou drogas etc.); permanência de um padrão patriarcal de interpretação dos conflitos (divisão de papéis segundo o gênero, julgamento moral quando a mulher tem maior liberdade sexual e passa a se relacionar com outros parceiros após separar-se do agressor, atribuição da responsabilidade pelos filhos à mulher etc.); casos de culpabilização da própria vítima, atribuindo a ela a responsabilidade pelo conflito; tendência ao discurso de proteção da “família”, ainda que a custo de imposição de mais sofrimento pela constância do ciclo de violência.

O problema da violência doméstica, ainda que não

igualmente vivenciado, é democrático: atinge a sociedade como um todo, independente de credo, etnia ou classe social. Além disso, tem suas origens em uma cultura patriarcal tão antiga, que estende seus tentáculos a todos os ramos e costumes sociais e que possui como base a dominação masculina.

Sendo assim, torna-se extremamente difícil lidar com um problema tão concreto e abstrato ao mesmo tempo. Até mesmo para o sistema judiciário que, apesar de sua prerrogativa de promoção da justiça e equidade, está também inserido na sociedade e, conseqüentemente, carrega (e reproduz) traços da cultura patriarcal em seu funcionamento. Isto posto, é perceptível, como já ressaltado, que o estudo da cultura androcêntrica torna-se relevante para o Direito, pois as violações dos direitos das mulheres estabelecem uma relação direta com elementos dessa cultura (Sabadell, 2008).

Nos diários de campo, os analistas registram que:

À segunda, o réu também não compareceu e a vítima não foi localizada. Juiz [do Juizado I] brinca com o advogado que também aguarda na sala de audiências: ‘essa aí já deve estar até apanhando de outro’ Ambos riem. Volta a dizer: ‘não é insensibilidade da minha parte, mas já vi cada caso de violência doméstica, é difícil viu’. (Analista)

Embora as intenções do promotor [Juizado N] parecessem boas, seus argumentos eram bastante machistas (‘tu tens direito a ficar na casa porque é mulher e é quem deve ficar com os filhos’; ‘um homem com caráter, quando vê que a relação terminou, coloca suas coisas no porta-malas do carro e vai embora’; ‘ele deve ‘se virar’ para encontrar outro lugar para morar, por isso ele é homem’). (Analista)

No Juizado M, por exemplo, o depoimento da magistrada também aponta nesse sentido:

A Juíza, por sua vez, também bastante favorável à existência de uma Lei específica para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e favorável inclusive ao incremento no caráter punitivo da norma, ressaltava a necessidade de que as

mulheres “se colocassem no seu lugar”, no sentido de que muitas vezes, tão logo obtinham a medida protetiva para afastar o agressor do lar, deixavam os filhos em casa para irem a bailes e eventos festivos. Ressalvou, claro, a liberdade das mulheres de o fazerem, mas acreditava não ser “razoável”. Mencionou também que lhe chamava a atenção o fato de que as vítimas não demoravam muito a encontrar outros companheiros, com quem passavam a coabitar, casavam-se, ficavam noivas etc. e que, muitas vezes, tornavam a ser agredidas nos novos relacionamentos. (Analista)

Associa-se à cultura patriarcal uma falta de preparação ou de seleção dos operadores do Direito conforme suas habilidades ou vocações:

Nossos critérios por atuação em um órgão são a antiguidade. Se o juiz quer ficar mais próximo de casa, assume um juizado de violência doméstica, mesmo sem conhecimento nenhum da matéria. (...) A violência doméstica exige um conhecimento específico (...) até pra tentar solucionar a questão, não adianta só julgar. Tem que se dar uma continuidade no trabalho. (Defensora Pública do Juizado “E”)

A falta de capacitação específica e constante para os Defensores, Juizes e Promotores, além de estagiários pode acarretar um atendimento menos humanizado e mais culpabilizador da vítima, seja através de discursos de manutenção da família ou de repreensão por não se vislumbrar um crime propriamente:

A segunda audiência, enquanto o réu da primeira não chegava, era referente a uma vítima, que compareceu, e o réu não. Ela tinha 74 anos e alegava perturbação de tranquilidade por parte do ex-cônjuge, quando o juiz [Juizado H] a intimidou: ‘A senhora por acaso sabe o que é um crime? Acha mesmo que ele é um criminoso? Minha mulher perturba minha tranquilidade todo dia e nem por isso a ponho no Judiciário: isso é uma instituição cara, não é feita para dar lição de moral em ex-cônjuges’ (Analista)

É importante entender, de início, que a violência praticada contra a mulher perpassa o âmbito privado e

se perpetua em diversas esferas. Como consequência, uma mulher que passa por situação de violência, passa por diversos problemas ao tentar evadir-se de tal cenário. O primeiro deles possui um aspecto mais subjetivo: conflitos pessoais, religiosos, a importância da manutenção da família, seus filhos, sua situação financeira, entre outros, o sentimento de afeto pelo agressor e/ou, possivelmente, o receio de prejudicá-lo. Uma vez transposto o primeiro obstáculo, ou seja, uma vez que a mulher, apesar de todos estes impedimentos, embebe-se de coragem e decide finalmente procurar a assistência do Estado, pode ainda sofrer um segundo tipo de violência: a institucional. Tal violência se perpetua em cada delegacia que descaracteriza a violência sofrida pela mulher, em cada policial que toma a postura da mulher como “exagerada” e em cada operador do Direito que reproduz o discurso patriarcal ao decidir sobre os casos de violência de gênero.

Além disso, é importante que seja respeitada uma série de fases e abordagens multidisciplinares devidas no acompanhamento do processo da vítima, que não se limitam a instruir e/ou julgar e, para tanto, é preciso que os mesmos estejam devidamente capacitados:

Foi o que aconteceu comigo. Eu não tinha experiência nenhuma na matéria. (...) Vim pro juizado, me assustei, ganhei pelo critério da antiguidade. (...) Pedi várias vezes para me reunir com defensores mais antigos até no intuito de me uniformizar (...) e nunca fui atendida, já tenho quase dois anos de Defensoria. Consegui aos trancos e barrancos (...) consegui mobilizar o órgão da forma possível dentro o orçamento da defensoria, consegui o desmembramento do órgão. Agora, em 2 anos teve um curso do NUDEM para os estagiários (...) é sempre bem vindo. (Defensora Pública do Juizado “E”)

Uma mulher que deseja romper a inércia de violência em que se encontra terá dificuldades em lidar com o sistema dos Juizados:

Atendimento pessoal péssimo. Zero. Eu me senti verdadeiramente humilhada aqui. Eu tô super revoltada. Eu acho que esses Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher é puro marketing. Ma-

rketing. Porque, na verdade, a mulher, ela é... quer ser ouvida. Hoje em dia a gente tem aí juízes que estão sendo assassinados, autoridades que estão sofrendo violência e porque só a mulher que é submissa? Que é alvo de de de...? Não. Então, quer dizer, eu aqui fui muito, muito... eu tô muito revoltada com o juizado, eu me arrependo muito; eu preferia ter ido direto prum outro juizado: o juizado comum, sabe? Porque aqui é uma farsa. As juízas daqui eu odeio. Eu tenho um ódio! Eu odeio os promotores. Os promotores, nas audiências, eles tavam preocupados se eu tive contato sexual com o agressor e não com a lesão corporal! Cara, o que que isso vai dizer? O que que isso vai acrescentar? O cara tá gritando até hoje lá que eu sou uma piranha! Dizendo... com todos os termos de mais baixo calão possível! O que que isso (o contato sexual) é relevante pro fato? Tem um laudo. E tem que definir, o Ministério Público tem que se preocupar com a lesão. Com o fato. Nada mais.(...) Eu acho que as autoridades, principalmente os juízes e promotores, entendeu? E aí a defensoria pública, ela se sente meio que de mãos atadas, pela atitude das juízas e dos promotores. Eu acho... não é nem que a defensoria não queira ajudar, não é isso. Apesar dos atendimentos ruins, eu também tive alguns atendimentos bons... e neles a gente até percebe que a doutora quer ajudar, mas fica sem ter uma ação realmente efetiva, eficaz. E aqui nesse Juizado parece que as coisas são empurradas pela barriga. O meu caso foi em 2010! Já é 2014 e até agora nada! E agora que tá chegando perto da prescrição, daqui a pouco eu não tenho mais o que fazer. As juízas desse juizado, olha...! Elas empurram tudo com a barriga! (...) Essa é a minha sugestão! Que as juízas tenham mais respeito com as vítimas porque são elas quem precisam de ajuda! (Vítima 4)

O relato acima ilustra o sentimento de frustração que muitas vítimas têm ao recorrerem aos JVDfMs. Recorrem ao judiciário justamente na esperança de uma solução para tão profundos problemas e não é surpresa se depararem com um sistema que lhes oferece mais perguntas do que respostas. Tentando evitar esta frustração, existe uma parcela considerável de mulheres em situação de violência, numericamente desconhecida, que prefere recorrer aos mecanismos de resolução de conflito informais ou

que, simplesmente, prefere o ocultamento da informação, guardando a agressão em seu mais profundo sigilo – por medo, coação, vergonha e tantos outros sentimentos de humilhação e constrangimento. De qualquer modo, ambas as atitudes contribuem para a chamada cifra oculta ou dark figure¹⁶.

No entanto, há muito que as reformas ocorridas no Judiciário se limitam a algumas modificações no âmbito das normas internas ou, no máximo, em alguns artigos processuais, permanecendo intactas a mentalidade conservadora, a estrutura tradicional e as interpretações estritamente normativas, reproduzidos no cotidiano dos corredores forenses, nas leituras dogmáticas do Direito, no tratamento estritamente formal e hierarquizante entre advogados e promotores, entre juízes e desembargadores, entre defensores e partes, e na exacerbada segregação imposta pelo discurso técnico-jurídico. –

Nesse ponto, voltamos a um tema pouco debatido e pouco perceptível pelos juristas, mas muito instigante e fértil para as ciências sociojurídicas. Trata-se da complexidade da cultura jurídica, que, na definição de Boaventura de Sousa Santos, consiste no:

conjunto de orientações a valores e a interesses que configuram um padrão de atitudes face ao direito e aos direitos e face às instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e suas organizações e, neste sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania (Santos, 1996: 42).

O desconhecimento das normas do Direito, dos ritos, dos formalismos processuais e legais compõe o quadro de dificuldades próprias do acesso à Justiça e de uma cultura jurídica popular que gera expectativas e concepções diversas do que venha a ser o justo, daí a

¹⁶ Este termo (em inglês: dark figure) indica o número de delitos que nunca foram descobertos pelas autoridades. (Sabadell, 2010)

importância de informações judiciais e extrajudiciais de qualidade, buscando, inclusive, a prevenção de um conflito. Daí também a importância de uma Defensoria especializada e engajada na Rede de proteção aos direitos da mulher.

Nesse contexto, os valores feministas seriam bem-vindos a se integrarem às instituições jurisdicionais que tratam da violência doméstica. Isso possibilitaria um tratamento mais especializado e acolhedor às mulheres em situação de violência. Um tratamento que vise não só à mera resolução de conflitos, mas que tenha por base um olhar político pautado na igualdade e educação não-sexista, na desmistificação da violência e na deslegitimação dos meios que a legitimam. Um tratamento que promova a mulher como indivíduo-cidadã e que tenha por objetivo não só o fim da violência doméstica, mas sim o fim da cultura patriarcal que a autoriza.

7.2 Problemas Físico-Estruturais

Dentre outros problemas, identificamos falta de Defensores para atuar na defesa dos interesses da vítima; falta de espaço físico para atendimento humanizado; ausência de Juiz e/ou Ministério Público nas audiências; ausência de equipe técnica para acompanhamento dos casos; instalações inadequadas para a condução de audiências; atrasos e cancelamentos não informados às partes; horários de atendimento conflitantes com o horário médio de trabalho das mulheres; dificuldade de cumprimento de medidas protetivas, em função do despreparo da Polícia para instruir/lidar e em função da escassez de Oficiais de Justiça; dificuldade de contato das vítimas com a Defensoria, de modo que o primeiro contato normalmente ocorre na audiência preliminar etc.

Como se vê, problemas nos Juizados são muitos, variados e expressivos. Infelizmente, é uma história que se repete, por não ser uma falta exclusiva dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Essa antiga problemática é inerente ao sistema judiciário brasileiro. E tão antigos são também problemas físico-estruturais. Por mais que os Tribunais de Justiça façam investimentos em obras de infraestrutura, a falta de espaço físico parece uma constante em muitos Juizados, sobretudo nas instalações das

Defensorias Públicas, que nem sempre são contempladas com melhorias.

Como consequência dessa estrutura encontrada, a falta de uma escuta humanizada e privativa foi detectada na maioria dos Juizados nos quais realizamos visitas. No Juizado “E”, por exemplo, a pouca quantidade de Defensores e a falta de espaço mais acolhedor faziam com que o atendimento às vítimas funcionasse de maneira apressada nos dias de maior demanda:

Muito ruim. Para o defensor do jeito que está é desgastante, é cansativo. Acaba que o atendimento à vítima demora, eu gostaria de fazer um atendimento muito mais humanizado, gostaria de ter salas independentes, espaços mais reservados para poder conversar, (...) não teria coragem de dizer mais defensores, seria bom... (...) acho que é mais estrutura mesmo. Agora, cartório, equipe técnica, é porque as meninas são muito boas, muito dedicadas e muito experientes, se não já seria declarada uma situação de calamidade. (Defensor Público do Juizado E)

Muitas vezes, por força do espaço apertado e disputado pelos funcionários e jurisdicionados, a conversa em tom normal, seja ao telefone, seja na prestação pessoal do atendimento, dificulta que a própria voz da vítima seja claramente ouvida. Ademais, há relatos de estagiárias que, diante do fato apresentado pela assistida, levaram-na ao banheiro para que ela mostrasse os ferimentos (até tirando fotos para provar) ou levaram-na a outro local vazio no corredor onde ela pudesse ser atendida com mais calma e privacidade:

O nosso Juizado não está preparado para o atendimento das vítimas de VD [violência doméstica], então há um esforço redobrado para que nós, estagiárias, efetemos um atendimento minimamente digno, diante de toda a violência já sofrida pela vítima. (Estagiária da Defensoria Pública do Juizado F)

Não, não é. Não é. Zero, zero, zero. Não tem nem uma baia, não tem privacidade nenhuma, não tem baia, todo mundo escuta de tudo, comenta de tudo

ali. Estagiária perguntando pra outro o que tem que fazer. Olha, horrível! Falta de ética total. Muito péssimo, as pessoas não se sentem confortáveis. Nem aqui nem lá no NUDEM A. E pior lá no NUDEM A que é um do lado do outro, é assim ó. Exatamente é um balcão com um do lado do outro. Isso é horrível. É horrível, mas como a gente tem que passar por isso, então infelizmente tem que passar por isso. Então assim, eu perdi muito tempo já de trabalho e, assim, eu não acredito mais nisso aqui. Não acredito. Não acredito mesmo. Não acredito em nada de “Lei da Maria da Penha”. Não acredito. Não dá. Todo mundo que tava lá que eu escutei... “Ah não, foi revogado”. Todo mundo o processo foi arquivado. Entendeu? Não foi pra frente, foi arquivado. (Vítima 12)

Ao lado da recorrente necessidade de ampliação da estrutura física está a recorrente necessidade de ampliação do número de Juizados e dos recursos humanos envolvidos.

Nos juizados G e E, há mais de 20 mil processos no cartório, e no Juizado F fomos informados pelo Juiz Titular que há aproximadamente 15 mil processos. A demora na prestação jurisdicional, além do sobrecarregado trabalho no cartório, também contraria o quesito 2.2 na página 14 do Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, publicado pelo CNJ em 2010, cuja recomendação é:

A partir de um número de 10 mil procedimentos, o volume de feitos e a necessidade de efetivo controle sobre todas as etapas do processo, assim como a celeridade com que devem ser praticados os atos no âmbito da Lei 11.340/06 e no plano da efetividade do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, recomenda-se o desmembramento do Juizado de Violência Doméstica para tantas unidades quanto possíveis dentro da estruturação de cada Tribunal de Justiça, de modo a se dar atendimento eficaz aos jurisdicionados que fazem uso do serviço.

A falta dos JVDfMs sobrecarrega o trabalho daqueles

já existentes, pois impõe enormes áreas abrangidas por um único Juizado. A título de exemplo, a Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro, que conta com 26 bairros e população total de mais de 2 milhões e 950 mil habitantes – quase metade da população da cidade do Rio de Janeiro, que é de 6,32 milhões de habitantes – possui apenas dois juizados.

Não sem razão a reclamação de uma das Defensoras atuantes na área:

Aqui no Juizado, nós atendemos várias regiões. Existem pessoas que se locomovem de Deodoro até aqui para serem atendidas, e isso, querendo ou não, ajuda a sobrecarregar o JVDFM (Defensora Titular).

Ao Cartório, à Defensoria e à equipe multidisciplinar faltam profissionais. A equipe multidisciplinar, prevista na Lei Maria da Penha, perfaz uma parte primordial no atendimento do Juizado. Entretanto, poucas são as unidades que a possuem de forma completa. Ademais, poucos são os Defensores que trabalham direta e exclusivamente nas questões de Violência Doméstica, o que diminui a celeridade do Poder Judiciário. Com uma agenda apertada, a baixa quantidade de Defensores por Juizado torna mais difícil o trabalho daqueles que precisam se dividir entre atender às vítimas de forma humanizada e prestar assistência nas audiências, além de, muitas vezes, ter que cumular com outras varas.

7.3 Problemas Político-Legais

Não menos relevantes, os problemas político-legais se referem, em geral, à escassez do trabalho em Rede, incluindo ausência de banco de dados integrado; à falta de visão da atividade judicante e da Defensoria como inseridas em um projeto maior de Política Pública; à ausência de capacitação qualitativamente condizente com este mesmo projeto; à legislação antiga, que não prevê algumas condutas típicas e compreende dispositivos legais conflituosos; à falta de implementação de condições para o cumprimento da Lei Maria da Penha na integralidade, incluindo ações de prevenção promovidas pelos atores do Judiciário e a competência híbrida dos Juizados, envol-

vendo processo e julgamento de questões cíveis, de família, enfim, de todos os ramos de Direito atingidos por essa conflitualidade complexa.

A falta de uniformização de política criminal no âmbito do Judiciário é outro tema relevante. A discrepância nos padrões de atendimento, nas rotinas procedimentais e nas soluções judiciais apresentadas refletem uma administração confusa e pouco coerente com a proposta maior de políticas públicas no âmbito dos Direitos Humanos da Mulher:

Detectamos, nas comarcas do interior onde não existem juizados, que quem tem feito o papel dos juizados são as varas criminais, da mesma forma que os juizados da capital, fazem só a questão criminal, e as varas cíveis e família fazem as questões respectivas a elas. O atendimento pela mulher acaba sendo feito pelo defensor da família nesta demanda só de urgência, por que quem atua no interior a orientação é para atender pelo réu, ele não tem atribuição de atuar pela vítima. Fica uma atuação esquizofrênica. Recentemente fizemos um diagnóstico de todas as unidades do interior da Defensoria, e a gente propôs ao conselho da Defensoria uma regulamentação do atendimento, para justamente, ficar um atendimento mais uniforme. Pois detectamos, nas comarcas onde não há juizado, cada lugar atende de uma forma, pois aquele juiz titular daquela vara entende a aplicação da lei de uma forma específica. Em locais com mais de uma vara, um juiz aplica a lei 9.099/95 e outro não aplica.” (Entrevista com coordenadora do NUDEM B).

Segundo a pesquisa, então, alguns Juizados ainda optam pela aplicação da Lei 9.099/05, também nos casos de lesão corporal, oportunizando a suspensão condicional do processo.

Prevista no art. 89 da lei 9.099/95, a Suspensão Condicional do Processo (SCP) é uma forma de solução alternativa para questões penais, que busca evitar a continuação do processo em crimes cuja pena mínima não ultrapassa um ano, quando o acusado não for reincidente em crime doloso e não estiver sendo processado por outro crime. Além disso, devem ser observados aspectos subjetivos da personalidade do

agente. Após a homologação, o acusado entra num período de prova (que pode durar entre dois e quatro anos) em que ele terá de cumprir certas obrigações impostas no acordo (como proibição de frequentar certos lugares ou comparecer mensalmente em juízo, por exemplo), para ao final ver decretada a extinção da punibilidade.

A inaplicabilidade da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica, conforme comando do art. 41, da Lei 11340/06, foi, recentemente, declarada constitucional¹⁷. Entendendo em sentido contrário, todavia, parte dos operadores do direito mantém sua aplicação, considerando-a muito vantajosa, inclusive na perspectiva de proteção à vítima. Nas entrevistas, alguns deles foram categóricos ao dizer que a proibição da aplicação da SCP foi algo infeliz:

Eu acredito que a suspensão é vantajosa porque ela vincula mais o agressor. Diferente da pena privativa, que em geral possui um período reduzido, a suspensão tem maior presença – e ‘efetividade’ – na vida desse agressor. (...) Além disso, ele tem que ‘bater ponto’ no Juizado, frequentar palestras e, o mais importante, não precisa largar o emprego; que é o que a maioria das vítimas teme que aconteça. Creio que seja, em muitos casos, uma solução muito mais adequada e eficaz que uma pena privativa de liberdade. (Defensora Pública do Juizado “C”).

Ainda relacionada ao tema acesso à Justiça, a escuta sensível indica a necessidade de que as informações passadas às vítimas contemplem todo o seu caso, abrangendo possíveis soluções para a reintegração ou garantia de direitos que também extrapolem a esfera penal, bem como a noção do andamento processual e das eventuais prestações a serem requeridas imediatamente e tomadas, posteriormente, por

17 “Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, nesta quinta-feira (24), a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que afastou a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, tornando impossível a aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a suspensão condicional do processo. Brasília, 24 de março de 2011” (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=175260>)

exemplo em caso de concessão e descumprimento de uma medida protetiva.

O trabalho informativo, nessa perspectiva, representa um dos grandes pilares de uma política pública eficaz, incumbindo-se também à Defensoria Pública – já tão sobrecarregada – esta missão de replicadora:

Falta informação por parte dos inspetores do Direito, sabe? As pessoas têm que ser instruídas e saber que o NUDEM existe e os juizados terem estrutura melhor, porque não pode uma Defensora virar três vezes pra você e falar que não vai te atender. Depois de tudo que eu passei, passar por isso. Nunca imaginei que fosse precisar da Defensoria Pública, sou médica, mas precisei. Ela também pode precisar de alguma coisa inesperada e não ter. Sou médica e sei muito disso! Foi uma verdadeira peregrinação com criança no colo, dois filhos, já até vim nessa mesa aqui trocar fralda. (Vítima 10)

Enfim, é fundamental que os operadores conheçam o ciclo da violência para que, durante o atendimento, possam explicar e conscientizar a mulher dessa realidade. Em muitos casos, somente após esta exposição é que a mulher percebe que a sua situação se enquadra, de fato, em um ciclo de violência e que a agressão ao ser humano não se reduz ao episódio físico. Por isso, as mulheres que chegam a atendimento precisam de cuidado e atenção, pois estão pedindo ajuda, para que não desistam no meio do processo:

Há um grande percentual de vítimas que desistem das medidas protetivas sendo que isso acontece, majoritariamente, em virtude das vítimas reatarem com os acusados. A defensora diz que um dos principais motivos que levam as vítimas a reatarem é o chamado “ciclo da violência”: são momentos periódicos de carinho e violência vividos pelo casal; após a violência, surgiria o arrependimento do agressor e um conseqüente período de bonança na vida do casal. Sendo assim, a vítima acaba por pressupor que, a fim de obter tal recompensa – o carinho do agressor –, ela teria de aguentar a violência sofrida (Analista Técnico relatando fala da Defensora Pública do Juizado G).

Nesse contexto, um mau atendimento logo na “en-

trada”, no primeiro lugar que procuram, demora/burocracia excessiva ou até o linguajar utilizado, pode fazê-las desistir e permanecer no ciclo:

Quando cheguei no JVDFM, eu falava muito em crime. Nós advogados estamos acostumados com a subsunção: a lei diz que tal fato é crime, então devemos tratá-lo como crime. No entanto, essas mulheres não buscam uma resposta penal; querem um tratamento familiar. Se eu falo em ação criminal logo no início, elas fogem e não voltam mais (Defensora Pública do Juizado G).

Outro fator que merece relevo guarda relação estreita com o locus onde, em geral, os conflitos surgem. Como as questões atinentes à violência de gênero estão, não raramente, relacionadas ao âmbito doméstico e familiar, é comum a associação entre “proteção à mulher” e “proteção à família” – questões nem sempre compatíveis.

O discurso de manutenção de uma unidade familiar – já não tão “unida” e já não tão “família” – não deve se sobrepor aos direitos humanos violados. As tentativas sugeridas pelos atores do Judiciário de recompor o convívio extremamente desgastado podem gerar ainda mais autculpabilização da vítima – que se questiona em que falhou nessa desintegração familiar –, mais agressões e mais danos psicológicos aos envolvidos, senão danos físicos ainda mais graves.

Repetindo, parece-nos que a problemática aqui reside na ausência de uma visão mais conjunta e uniforme de Políticas Públicas em Direitos Humanos para as mulheres. Aliás, é justamente essa ausência de noção de pertencimento a um conjunto de atuações políticas que faz com que alguns atores do Judiciário se tornem prisioneiros de um pretensão cientificismo positivista acrítico e unidisciplinar. Por conseguinte, não se promove substancialmente a conscientização da importância da inserção do Judiciário na Rede de Proteção Integral à Mulher.

O trabalho em Rede, além de reforçar os parâmetros de instrumentos para a promoção da cidadania feminina e as estratégias de empoderamento, evita encaminhamentos inexequíveis e distorções das próprias decisões. Quando a Rede de Atendimento se

apresenta bem implantada, há maior probabilidade de eficácia das medidas protetivas e de um trabalho mais consistente dentro das Políticas Públicas voltadas para a temática de gênero:

Na percepção de algumas entrevistadas, os avanços existem, mas são lentos e esbarram em pelo menos dois obstáculos: um deles teria natureza política, resultado da dificuldade em estreitar parcerias entre serviços que pertencem a diferentes esferas de governo. O segundo obstáculo seria criado pelas pessoas que estão nos serviços e não abrem mão de determinadas práticas (institucionalizadas ou não) em favor de um encaminhamento mais organizado e que possa atender melhor às necessidades das mulheres. (OBSERVE¹⁸, 2011).

8 Conclusão

A Lei Maria da Penha é apenas uma das muitas conquistas do Movimento Feminista. Sua criação introduziu instituições importantes no cenário Judiciário brasileiro, como os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

O surgimento deste marco legislativo, todavia, não deve funcionar como pretexto para esgotar as ações políticas em prol das garantias de gênero:

A LMP foi um avanço sim. Eu gostaria que ela não precisasse existir, mas infelizmente nós vivemos em um país em que se faz necessária a existência de ações afirmativas para que nós possamos atingir alguma igualdade. Entretanto, não adianta cuidar de uma situação superficialmente e achar que adianta; o importante é cuidar da causa e não é possível fazer isso apenas com uma lei. É preciso educar, é preciso cuidar da base. (Defensora Titular do Juizado C).

Muito ainda há que ser feito no longo percurso para assegurar o exercício pleno da cidadania feminina, o que passa, necessariamente e também, pelo aprimoramento dos mecanismos de acesso à Justiça.

18 Observatório da Lei Maria da Penha

Com efeito, o contexto social em que ocorre a violência de gênero com frequência leva as vítimas a se sentirem corresponsáveis pelas agressões sofridas. Tal sentimento torna mais difícil narrar o problema junto aos serviços de atendimento – Delegacias, Defensoria, Juizados –, uma vez que se trata da exposição íntima de algo que, devido a este sentimento equivocado de culpa, pode ser motivo de vergonha para a vítima que busca auxílio. Desse modo, é determinante que o primeiro contato com a Rede de proteção, que acontece na Delegacia de Polícia, inclua um acolhimento capaz de permitir que esta mulher se sinta de fato titular de seus direitos, legitimando sua ação no sentido de romper com o ciclo de violência a que estava sendo submetida. Para tanto, é necessário que as equipes responsáveis pelo atendimento sejam efetivamente preparadas conforme já mencionado acima, com formação específica na temática da violência de gênero, com a finalidade de evitar que as práticas institucionais, em regra bastante permeadas pelos valores patriarcais e autoritários vigentes em nossa cultura, constituam apenas mais uma instância de violação de direitos humanos da mulher. Também os serviços de saúde, outra porta de entrada das mulheres na Rede de atendimento em casos de violência doméstica e familiar, devem oferecer um atendimento humanizado e sensível à peculiar situação. Um bom atendimento pressupõe pouco tempo de espera e discricção, já que, em muitos casos, a mulher tende a querer esconder as marcas da agressão sofrida.

Um acolhimento sensível é essencial nesse momento, pois a falta da sensibilidade pode tornar mais difícil para a mulher narrar o que se passou, comprometendo, desse modo, o adequado encaminhamento do atendimento. É importante que a vítima perceba que não há pressão para que exponha seu problema, mas que a rede de serviços está à disposição para ampará-la quando quiser fazê-lo.

O atendimento humanizado e a escuta sensível são essenciais para que a mulher consiga reconstituir a situação pela qual passa, percebendo-se como vítima de uma agressão, porém sem que isso reforce seu papel de passividade e a imobilize. Ao ser capaz de interpretar a violência sofrida como violação a

direitos dos quais é titular, ao colocar-se na posição de sujeito e não mais de objeto da relação conflituosa, portanto, é possível que a mulher se sinta apta a recorrer aos meios disponíveis para romper com este ciclo.



9 Referências

- ALMEIDA, S. S. (2007). “Essa violência mal-dita” in *Violência de Gênero e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.
- ARDAILLON, D. & DEBERT, G. G. (1987). Quando a vítima é mulher: Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher: Brasília/DF.
- AZEVEDO, R. G. (2008). Sistema penal e violência de gênero: análise sociojurídica da lei 11.340/06. In: *Revista Sociedade e Estado*. (23)1, p. 113-135, jan-abr.
- BARATTA, A. (1999a) *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3ed. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan.
- BARATTA, A.. (1999b) *Criminologia e Feminismo*, Porto Alegre.
- BARSTED, L. L. (2007). A resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil. in *Violência de Gênero e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.
- BATISTA, N. (2008) Só Carolina não viu, disponível em www.crprj.org.br/publicacoes/jornal/jornal17-nilobatista.pdf . 2008
- BOURDIEU, P. (1995). *A dominação masculina*. São Paulo: Bertrand Brasil.
- CAMPOS, C. H. & CARVALHO, S. (2011). Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica. In C. CAMPOS (Org.) *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. (2002). *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2001). Relatório no. 54/01 in *Relatório Anual 2000*, abril.

- DEBERT, G. G. & OLIVEIRA, M. B. (2007). Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a “violência doméstica”. *Cadernos Pagu*, 29, Campinas, jul/dez.
- FOUCAULT, M. (1995) O sujeito e o poder. In H. Dreyfus & P. Rabinow (Orgs.), *Michel Foucault: Uma trajetória filosófica: Para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- FOUCAULT, M. (1997). *Vigiar e punir*. 16. ed., Rio de Janeiro: Vozes.
- INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO RJ. (2014). *Dossiê Mulher 2014*, P. Teixeira & A. Pinto (Orgs.). Rio de Janeiro: Riosegurança.
- MATOS, M. & RIFIOTIS, T. (2010). *Judicialização, Direitos Humanos e Cidadania*. In L. Ferreira et al. (Orgs.), *Direitos Humanos na Educação Superior: Subsídios para a educação em Direitos Humanos nas Ciências Sociais*, João Pessoa: Ed. Universitária UFPB.
- PASINATO, W. (2003). *Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade Estadual de São Paulo/USP.
- POUGY, L. G. (2010). *Desafios Políticos em tempos de Lei Maria da Penha*. *Revista Katálysis*. v. 13 n. 1, Florianópolis: Ed UFSC, jan./jun.
- SABADELL, A. L. (2008). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SALVADORI, M. (2011). Honneth, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, *Revista Conjectura*, (16)1, 189-192, jan/abril.
- SANTOS, B. S. (1996). *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*, Porto: Afrontamento.
- VIANNA, L. W. et al. (1999). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Editora Revan: Rio de Janeiro.
- WACQUANT, L. (2001). *As prisões da miséria*, São Paulo: Jorge Zahar editores.

Data de submissão 25 de fevereiro de 2014

Data de aprovação 5 de maio 2014

GÊNERO E VIOLÊNCIA CONJUGAL: Olhares de um sistema de justiça especializado // *Nayara Magalhães*¹

Palavras-chave:

Sistema de justiça / Gênero / Violência / Profissionais de Justiça

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

Sumário:

- 1 Introdução**
- 2 Sistema de Justiça**
- 3 Objetivos**
- 4 Metodologia**
 - 4.1 Participantes da Pesquisa
 - 4.2 Instrumentos
 - 4.3 Procedimentos de Coleta
 - 4.4 Análise dos Dados
 - 4.5 Questões Éticas
- 5 Categorias de análise**
- 6 Discussão e Resultados**
 - 6.1 Categoria Pessoal
 - 6.2 Categoria Lei Maria da Penha
 - 6.3 Categoria Gênero e Violência
 - 6.4 Categoria Sistema de Justiça
- 7 Considerações Finais**
- 8 Referências**

Resumo

O sistema de justiça tem sido alvo de reflexões acerca de sua eficiência e credibilidade frente às demandas das mulheres. Com as pressões dos movimentos feministas para visibilizar a violência doméstica, conjugal e familiar, o Estado tem sido pressionado a criar medidas e espaços especiais para o enfrentamento dessa problemática. A partir desse cenário, a proposta desse trabalho é apresentar uma pesquisa que revele nuances do sistema de justiça especializado do Distrito Federal, por meio da Delegacia Especial de Atendimento à Mulher, de Promotorias de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Foram feitos estudos de caso e análise de conteúdo a partir dos registros de entrevistas com delegadas de polícia, promotores de justiça e juízas de direito em que foram analisadas percepções pessoais, profissionais, legais, teóricas, estatais e sistêmicas de oito profissionais inseridos/as nesse sistema. O objetivo foi compreender como se dá a interação dessas pessoas com a Lei Maria da Penha, com os estudos de gênero e violência, com sujeitos inseridos em situação de violência e com o próprio sistema de justiça. Identificamos algumas reflexões críticas sobre a condição da mulher e as desigualdades de gênero nas relações sociais e afetivas, todavia, alguns resquícios da cultura patriarcal legitimadora da violência fizeram-se presentes.

1 Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público. Contato: nayaratm@gmail.com

GENDER AND MARITAL VIOLENCE: Points of view from a specialized justice system // *Nayara Magalhães*

Keywords

justice system / violence / gender / justice professionals

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

Abstract

The justice system has been the subject of reflections about their efficiency and reliability meeting the demands of women. With the pressures of feminist movements to visualize domestic violence, marital and family, the state is under pressure to create spaces and special measures to confront this problem. From this scenario, we studied the nuances of the justice system specialized in the Federal District, manifested by the Police Special Assistance to Women, by Prosecutors of Domestic Violence against Women and the Courts of Domestic Violence against Women. By the method of content analysis and case study it was made through interviews with police delegates, prosecutors and judges. The study was about personal, professional, legal, theoretical, public and systemic perceptions of eight professionals inserted in the system. The objective was to understand how is the interaction of these people with the Maria da Penha Law, with gender and violence studies, with subjects inserted in a situation of violence, with the state and with the justice system itself. We have identified some critical reflections on the status of women and gender inequalities in social and affective. Some remnants of patriarchal culture, however, were present.

1 Introdução

A atuação do sistema de justiça frente às demandas das mulheres em situação de violência tem sido objeto de debate acirrado. A eficiência desse sistema é alvo de muitos questionamentos. Se, por um lado, há um número crescente de denúncias de violência conjugal e grande expectativa na intervenção da Justiça para solucionar os conflitos apresentados, por outro, esse mesmo sistema judicial é alvo de considerável descrença por parte da sociedade.

Pesquisa realizada pelo Instituto AVON/IPSOS (2011) mostrou que 54% da população brasileira não confia na proteção jurídica e policial no combate à violência contra a mulher. No entanto, essa mesma pesquisa revela que o principal local indicado para a busca de ajuda pelas mulheres são as Delegacias Especiais de Atendimento às Mulheres (DEAMs). Trata-se de um espaço em que a vítima, geralmente, estabelece o primeiro contato com o sistema de justiça. Souza e Ros (2006) afirmam que o primeiro indício de que a mulher tenta romper com uma situação de violência é a ocorrência que ela faz na delegacia.

O sistema de justiça tem fundamental importância no processo de judicialização das violências de gênero. Judicialização é entendida como o movimento consistente na utilização do poder de intervenção do Estado nas relações de poder do espaço privado (Cortizo & Goyeneche, 2010). É a invasão do Direito no espaço privado, familiar e conjugal.

Neste artigo, que surgiu a partir de pesquisa realizada no Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica e Cultura da Universidade de Brasília, buscamos traçar um panorama relativo ao sistema de justiça do Distrito Federal no trato com a violência conjugal contra a mulher. Violência conjugal é compreendida, aqui, como uma expressão da violência de gênero ocorrida entre parceiros íntimos, na maioria das vezes, no espaço doméstico ou dentro do convívio familiar (Moraes & Gomes, 2009).

O objetivo do trabalho foi conhecer e problematizar a visão de alguns/mas profissionais desse sistema no tocante às suas respectivas percepções sobre o trabalho desenvolvido, suas instituições e sobre as experiências com pessoas envolvidas em situação

de violência. O referencial teórico adotado para essa reflexão foi uma literatura interdisciplinar a partir de abordagens críticas de gênero e violência, na interface com a aplicação da Lei Maria da Penha e com a atuação estatal.

2 O sistema de justiça e a (des)proteção das mulheres

A composição do sistema de justiça é complexa. Andrade (1996) assevera, a partir daquilo que é mais visível à população, que o sistema de justiça compõe-se de Polícia, Ministério Público, Judiciário e sistema penitenciário, assim como de decisões e medidas tomadas por cada setor. Esse sistema não se mostra isolado, está completamente inserido na mecânica global de controle social.

Ele não se reduz a um complexo estático normativo institucional, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico onde concorrem as instituições de controle formal e também os mecanismos de controle informal. As instituições de controle formal seriam, segundo Andrade (1996), a família, a escola, a mídia, a moral, a religião, o mercado de trabalho, etc. Andrade (1996) argumenta que a lei e o saber jurídico criminal, por serem dotados de uma ideologia capitalista e patriarcal, incorporam, na atuação do sistema, uma discursividade que justifica e legitima sua existência a partir de um senso comum. Na prática, esse sistema seria, para a autora (ANDRADE, 1996), sexista, classista, racista e conservador.

A autora acrescenta que existe um esforço histórico e social em se acreditar que o sistema de justiça funcionaria tal como se declara, justo e igualitário, muito embora se caracterize pelo que se chama de *eficácia instrumental invertida*, com funções reais inversas às socialmente úteis. Isso significa dizer que a função verdadeira do sistema não seria proteger bens jurídicos universais e gerar segurança pública e jurídica, mas, diversamente, construir seletiva e estigmatizantemente sua legitimação, reproduzindo material e ideologicamente desigualdades e assimetrias sociais de classe, gênero e raça (ANDRADE, 1996).

No que se refere à violência e aos direitos das mulheres, Andrade (1999, p. 112-113) argumenta que “o sis-

tema penal, salvo situações contingentes e excepcionais, não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência (...), como também duplica a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente, que afeta a própria unidade do movimento”. Trata-se de um sistema de violência institucional que exerce seu poder e impacto também sobre vítimas, recriando desigualdades e preconceitos sociais.

Foi justamente essa perspectiva sexista, por vezes, carregada de estereótipos de gênero, que se tornou alvo da preocupação dos movimentos feministas. Ao lado de outros movimentos sociais dos anos de 1960 e 1970, os feminismos adquiriram uma nova e grandiosa importância ao questionarem a organização sexual, social, política, econômica e cultural de um mundo hierárquico, autoritário, masculino, branco e excludente (Rago, 1995/1996). Nesse contexto, a questão da violência contra as mulheres ganha visibilidade. São cobradas do poder público medidas imediatas de proteção às vítimas, erradicação da violência e maior visibilidade pública para essa problemática (Machado, 2010).

As Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAMs) foram criadas como resultado direto dessa pressão. Surgiram no ano de 1985 e podem ser compreendidas a partir de um contexto de reabertura democrática (Machado, 2010). Trouxeram, com muita força, a crítica ao descaso com que a violência contra a mulher era tratada pelo sistema de justiça (Debert & Gregori, 2000).

Nessa época, os estudos a respeito da interação entre gênero e violência contra as mulheres passaram a adquirir um destaque especial e as correntes teóricas que hoje sustentam a literatura sobre o tema ganharam força (Santos & Pasinato, 2005). Baratta (1999) destaca que é importante considerar a aplicação do paradigma gênero como uma condição necessária para o sucesso da luta emancipatória das mulheres no campo da ciência e do direito, afinal, os ideais de objetividade e neutralidade dos quais se adorna o campo jurídico são valores masculinos que foram e ainda são aceitos como universais.

Baratta (1999) afirma que o direito se comporta de

uma forma masculina, mas não o é em sua essência. Diante disso, faz-se necessário resgatar e revalorar, em um processo profundo de transformação, aquelas qualidades femininas até então marginalizadas pelo sistema de justiça. Assim, a utilização correta do direito estaria fundamentalmente condicionada ao uso da categoria gênero.

A partir dessa nova emergência paradigmática, foi discutida e sancionada a Lei 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha. Com ela, contemplou-se legalmente no país a proteção e a inserção de um sujeito de direito negligenciado historicamente. Deu-se voz às pressões feministas pela visibilização da violência contra as mulheres no poder público. Esse marco legislativo, influenciado pelos feminismos e organizações não governamentais, foi fruto de debates e reivindicações que reforçaram tratados, acordos e declarações internacionais de direitos humanos. Nasceu para mudar diversas concepções acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher. Previu, expressamente, em seu artigo 5º, que seria aplicada em situações de ação ou omissão *baseada no gênero*, que cause à mulher morte, lesão, sofrimento ou dano. Alterou procedimentos judiciais e policiais e gerou enorme impacto dentro da sociedade.

A Lei Maria da Penha veio transformar o paradigma anterior sedimentado pela Lei 9.099/95, relacionada ao movimento de minimização do direito penal (Campos, 2006; Castilho, 2009; Pasinato, 2009; Dias, 2010). Deu aos crimes cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher um rito diferenciado que buscou resgatar a necessidade interventiva estatal. Ampliou a atuação policial, judicial, ministerial e das equipes multidisciplinares (Dias, 2010), aumentando também a responsabilização do Estado no enfrentamento das várias formas de violência.

O sistema de justiça especializado recebe, então, por meio dessa legislação, considerada uma ação afirmativa, a incumbência de instrumentalizar as demandas feministas de proteção às mulheres, prevenção da violência e punição dos ofensores. Flávia Piovesan (2005) salienta que as ações afirmativas surgem como medidas urgentes e necessárias ao alcance da igualdade material para os grupos social-

mente vulneráveis. Acrescenta que tais ações encontram amplo respaldo jurídico, seja na Constituição Federal, seja nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Vivemos, portanto, um momento de desafiantes transformações no campo social, no Poder Legislativo, no Executivo e, principalmente no Judiciário. Ao ser sancionada a Lei Maria da Penha, já existiam, no Brasil, principalmente, nas capitais, as Delegacias de Atendimento à Mulher. A Lei foi além e previu a criação de juizados especiais, o que motivou o Ministério Público, em algumas localidades, a acompanhar essa demanda e especializar suas promotorias. Foi o que ocorreu no Distrito Federal, local em que foi feito o estudo apresentado neste trabalho.

No Poder Judiciário, a fase transitória de implementação das varas especializadas e exclusivas de violência doméstica e familiar contra a mulher não se completou e ainda são acumuladas competências. No Distrito Federal, por exemplo, as Circunscrições Judiciárias de Brazlândia, Paranoá e Guará possuem juizados cíveis e criminais (Lei 9.099/95) que também processam, julgam e executam as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340/06)².

No que tange ao Ministério Público, sabe-se que ele tem o dever de zelar pelo interesse público primário, visando ao bem geral de toda sociedade e das pessoas em situação de vulnerabilidade (Mazzilli, 2008). Por essa razão, recebeu responsabilidade constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e indisponíveis perante o Estado e, principalmente, frente ao Judiciário. A Lei Maria da Penha balizou algumas atividades do Ministério Público, que passou a ser obrigado a intervir em todos os processos decorrentes de demandas de violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da natureza da ação (artigo 25 da Lei 11.340/06). Assim, desde o início da apuração criminal, a participação ministerial é determinada para possibilitar às vítimas uma proteção que diminua os abismos da desigualdade, em atenção aos seus direi-

tos fundamentais e à fiel aplicação dos dispositivos legais.

A criação de juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, por sua vez, deu ao Judiciário um novo formato destinado a acumular competência cível e criminal. Essas varas especializadas foram previstas para adotar medidas não só de controle penal, mas de integração com as diversas esferas do poder público e privado. Todo o sistema, portanto, tornou-se responsável por acolher as mais diversas demandas provenientes das relações violentas anunciadas, coibindo essa prática e agindo para preveni-la.

Em suma, as DEAMs, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) e a consequente criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher e das promotorias especializadas nasceram, então, como respostas do Estado às reivindicações da sociedade civil organizada. Esperava-se que a criação desses espaços abrisse um novo debate reflexivo e também um lugar de escuta qualificada com efeitos educativos e de transformação da condição das mulheres (Machado, 2010). Torna-se elementar, portanto, situarmos os verdadeiros efeitos provocados pela criação desse sistema especializado na perspectiva de profissionais nele inseridos/as.

A partir desse cenário, surgem, então, algumas questões que motivaram e impulsionaram a presente pesquisa. Como essa nova face da Justiça interage materialmente com as emergências sociais, feministas e acadêmicas em prol das demandas das mulheres? Como respondem profissional e teoricamente diante da imperiosa promoção da igualdade de gênero? Como se responsabilizam frente à necessidade de articular proteção, prevenção, punição e reparação? Como se dá a interação, no sistema, entre instituições tradicionalmente conservadoras e sexistas? O que muda a partir da Lei Maria da Penha?

O Distrito Federal conta com uma DEAM, 23 (vinte e três) juizados especializados e 30 (trinta) promotorias de violência doméstica. Dentre as promotorias e juizados, alguns acumulam competência com outras áreas e outros são de competência exclusiva de violência doméstica e familiar contra a mulher. Este é o cenário do sistema de justiça especializado de

² Ver sítio do TJDF: <http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/juizados-especiais/saiba-sobre/juizados-de-competencia-geral>.

atendimento à mulher vítima de violência do Distrito Federal. Apresentamos, a seguir, a estratégia metodológica adotada na pesquisa em que se baseia este trabalho³.

3 Objetivos da pesquisa

A pesquisa teve como objetivo geral compreender a percepção e os desafios de profissionais do sistema de justiça especializado de atendimento a mulheres em situação de violência do Distrito Federal na interface com a Lei Maria da Penha e com os estudos de gênero. Destacam-se, para tanto, os seguintes objetivos específicos:

Identificar os obstáculos e desafios enfrentados por profissionais jurídicos do sistema de justiça no enfrentamento da violência conjugal;

Compreender como os estudos de gênero, de violência e a Lei Maria da Penha influenciam no funcionamento do sistema de justiça do DF;

Compreender como mulheres em situação de violência são percebidas por profissionais inseridos/as no sistema de justiça especializado;

Compreender a visão desses/as profissionais a respeito da violência conjugal e de suas respectivas atuações;

Identificar o grau e a necessidade de capacitação desses/as profissionais.

4 As tensões epistemológicas entre o direito e as teorias sociais

A Organização Mundial de Saúde (OMS, 2005) recomendada a realização de estudos qualitativos no campo de pesquisas sobre violência, pois estes permitem que sejam percebidas nuances do complexo fenômeno da violência contra as mulheres. Tais estudos podem oferecer elementos para a elaboração

de projetos de intervenção, campanhas educativas e identificação das necessidades de determinados grupos (Medeiros, 2010).

Optamos pela estratégia de estudo de caso comparativo (Yin, 2001) a partir da investigação com sujeitos múltiplos como forma de evidenciar características marcantes das falas de pessoas que, acreditamos, são relevantes para a análise do discurso jurídico especializado no campo violência contra as mulheres. Destacamos, portanto, depoimentos de delegadas de polícia, promotores de justiça e juízas envolvidos/as com o tema. Trata-se de uma forma de coletar informações representativas da estrutura e do funcionamento do grupo específico à frente de uma instituição pontual (Poupart, Deslauries, Groulx, Laperrière, Mayer, & Pires, 2008). Entendemos, a partir desse estudo, que o discurso, enquanto objeto linguístico e sócio-histórico, constitui um referencial importante para esta investigação, permitindo diferentes formas de apreensão dos impactos sociais do objeto investigado.

A própria condição histórica e político-social da mulher marcou as diferenças brutais existentes entre pessoas que coabitam, em função do sexo a que pertencem (Coelho, 2010) e em função dos papéis e expectativas de gênero associadas a esse sexo. Essa relação hierarquizada de gênero traduz não somente a origem da violência contra as mulheres, como também banaliza ou impede a maior visibilidade desse tipo de violência (Dantas-Berger & Giffin, 2005). A “compreensão da violência contra mulheres ganha mais sentido ao adotarmos uma análise que considere as condições em que histórica e socialmente se constroem e estabelecem as relações sociais de sexo, ou seja, quando analisada sob a perspectiva de gênero” (Dantas-Berger & Giffin, 2005, pp. 417-418).

Partimos do pressuposto de que é essencial a inclusão de uma perspectiva de gênero para a compreensão da dinâmica violenta conjugal. Segundo Machado (2010), para os saberes feministas, as relações de gênero configuram mais que um conceito, implicam uma perspectiva metodológica de desconstrução e desnaturalização de antigos valores. Esse plano de fundo mostra-se relevante não somente para os estudos acadêmicos, como

3 Dados obtidos em outubro de 2011. Atualmente, houve aumento do número de Juizados.

principalmente para profissionais que atendem pessoas envolvidas nessas relações conflituosas.

4.1 Participantes da Pesquisa

Foram entrevistadas duas delegadas de polícia da Delegacia Especial de Atendimento à Mulher do DF, ficticiamente nominadas D1 e D2; três promotores de justiça das promotorias de violência doméstica e familiar contra a mulher de promotorias do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), ficticiamente nominados P1, P2 e P3; e três juízas de juidados de violência doméstica e familiar contra a mulher do TJDF (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios), ficticiamente nominadas J1, J2 e J3.

Essas pessoas possuem entre 30 e 60 anos e o maior grau de escolaridade é especialização. Todas possuem experiência em outras áreas jurídicas. O tempo de atuação na área da violência conjugal contra a mulher (VC) variou entre dois meses a onze anos. Ver na Tabela 1, o perfil demográfico das/os participantes.

Tabela 1: Perfil das/os participantes da pesquisa

	Delegadas		Promotores de Justiça			Juízas		
	D1	D2	P1	P2	P3	J1	J2	J3
Sexo	Feminino	Feminino	Masculino	Masculino	Masculino	Feminino	Feminino	Feminino
Escolaridade	Pós-graduação	Graduação	Pós-graduação	Graduação	Graduação	Pós-graduação	Pós-graduação	Não informado
Tempo de experiência jurídica	13 anos	9 anos	21 anos	14 anos	14 anos	10 anos	30 anos	Não informado
Tempo de experiência com VC	2 meses	4 meses	2 anos	4 anos	7 anos	4 anos	11 anos	5 anos

Fonte: tabela elaborada pela autora a partir dos dados informados no questionário demográfico

4.2. Instrumentos utilizados na pesquisa

Os instrumentos utilizados foram entrevistas e questionários demográficos. As entrevistas foram do tipo semi-estruturada, com questões abertas, possibilitando a interação dos sujeitos entrevistados com a pesquisadora. As questões foram formuladas com base nos objetivos do trabalho e com o intuito de promover um diálogo exploratório e dinâmico.

Nos questionários demográficos foi informado o sexo, escolaridade, tempo de experiência jurídica e tempo de atuação com violência doméstica e conjugal contra a mulher de cada participante, conforme resultados descritos na Tabela 1.

Já as entrevistas semiestruturadas tiveram questões diretamente relacionadas aos objetivos da pesquisa, de forma que cada pessoa entrevistada respondeu sobre sua percepção acerca do trabalho que desenvolve, principais obstáculos e desafios profissionais; sobre seu conhecimento relacionado aos estudos de gênero e violência; sobre a Lei Maria da Penha, sua aplicação e necessidade de adequação; sobre os olhares, estereótipos e mitos acerca dos sujeitos envolvidos nos conflitos conjugais; e, finalmente, sobre a responsabilização do Estado no enfrentamento da violência contra as mulheres.

4.3 Procedimento de coleta

O acesso às pessoas investigadas foi aleatório, de acordo com a disponibilidade no dia do agendamento das entrevistas. Cada profissional recebeu, no primeiro contato, uma carta explicando os objetivos da pesquisa e a importância de sua colaboração. Foi necessário agendar horário e retornar em outro momento para concretizar as entrevistas, que ocorreram, cada uma, em momentos e dias distintos. Nas datas e horas marcadas, a pesquisadora compareceu às respectivas instituições munida do gravador, Termo de Consentimento e Livre Esclarecido (TCLE)⁴ e roteiro de entrevista. As conversas transcorreram normalmente, sem nenhuma intercorrência relevante. Na maioria das ocasiões, entretanto, a limitação de tempo foi um fator repressor, pois os encontros ocorreram em horário de expediente. Optamos por realizar as entrevistas nas instalações das respectivas instituições por acreditarmos que seria o local em que as/os participantes poderiam se sentir seguros/os e à vontade. Em todas as ocasiões, antes das entrevistas, foi lido e assinado o TCLE. Concluídas as entrevistas, finalizamos com a aplicação de um breve questionário demográfico.

4.4 Análise dos dados

Após a coleta dos dados, foi utilizado o método qualitativo de análise do conteúdo baseado na proposta de Laurence Bardin. Bardin (1977) aponta que a análise de conteúdo seria como um conjunto de técnicas de análise das comunicações que visa a obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, um estudo que possibilite a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção das mensagens. Franco (2007) complementa que as comparações contextuais das mensagens (presentes em toda análise de conteúdo) podem ser multivariadas, mas devem ser

4 O TCLE é um termo que visa a munir a pessoa entrevistada de informações relevantes relacionadas à pesquisa. Ele contém os objetivos do estudo, o que se pretende realizar com o conteúdo da entrevista, bem como todos os dados do/a pesquisador para dirimir dúvidas futuras ou para retirar o consentimento. Garante o anonimato e a confidencialidade dos dados que possam identificar os/as participantes. Autoriza a publicação e a gravação da entrevista. Esse termo é importante para conferir segurança tanto ao/a pesquisador/a quanto ao sujeito que responde a entrevista. O/A pesquisador/a passa a ter um documento que atesta o consentimento do/a entrevistado/a e este obtém daquele um compromisso acerca da finalidade e anonimato da entrevista.

direcionadas a partir da sensibilidade, da intencionalidade e da competência teórica do/a pesquisador/a.

O processo de análise seguiu os passos propostos por Bardin (1977), que consistem em:

- a) realização de leitura flutuante a partir da transcrição das entrevistas, como forma de conhecimento generalizado da mensagem a ser utilizada;
- b) leitura exaustiva do conteúdo das entrevistas e posterior codificação do material e escolha das unidades de análise;

classificação das unidades em categorias a partir dos agrupamentos que possuíam o mesmo sentido; as categorias de análise basearam-se nos objetivos da pesquisa e direcionaram o roteiro das entrevistas.

4.5 Questões Éticas

A concepção e o desenvolvimento da pesquisa foram pautados em princípios éticos que se estendem para além da preocupação com as normas. É considerado princípio ético o comprometimento com os aspectos individuais e coletivos do processo e também com as dimensões políticas, levando em conta o impacto social da produção científica. Pautamos nossa postura ética na busca por um aprendizado e apreensão da realidade com experiências e visões de pessoas abordadas, escolhidas e contatadas de forma respeitosa e atenta ao lugar de fala da/o participante. Por se tratar de uma pesquisa desenvolvida com seres humanos, que envolve aspectos profissionais e temas sensíveis, o cuidado na obtenção dos dados e no acesso às pessoas escolhidas foi redobrado. O presente estudo foi previamente submetido e aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa com do Instituto de Ciências Humanas da Universidade de Brasília (CEP/IP).⁵

5 O Comitê de Ética e Pesquisa do Instituto de Ciências Humanas da Universidade de Brasília (CEP/IH) foi o primeiro comitê especializado na pesquisa social criado no Brasil. A missão do CEP/IH é pensar sistema de revisão ética brasileiro à luz das particularidades da pesquisa social. São feitas revisões de estudos qualitativos, levantamento ou análise de dados a partir da submissão, por parte do/a pesquisador, do projeto de pesquisa juntamente com os instrumentos a serem utilizados. O projeto e os respectivos anexos são julgados por um colegiado do comitê, que é composto por membros de diversas áreas com experiência na prática de pesquisa e revisão ética. A análise é feita com base no Sistema Plataforma Brasil, que é uma base nacional e unificada, onde registram-se as

Tabela 2: Categorias e subcategorias de análise

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS
Pessoal	Satisfação com o trabalho na área de violência doméstica e responsabilização pessoal e sobre o enfrentamento da violência
	Sensibilização pelos conflitos conjugais
	Capacitação para o trabalho na área da violência doméstica e familiar contra a mulher
	Consciência dos fatores de risco
Lei Maria da Penha	Percepção e aplicação da Lei Maria da Penha
Gênero e Violência	Conhecimento de gênero, violência conjugal e interação entre eles
	Associação da violência conjugal com mitos sociais
	Percepção sobre mulheres vítimas e mitos relacionados a elas
Sistema de Justiça	Papel e atuação do Estado e do sistema de justiça no enfrentamento da violência conjugal
	Desafios e perspectivas de mudança

5 Categorias de análise

Frente aos elementos acima trazidos, formulamos as seguintes categorias e subcategorias para sistematizar a análise proposta, como apresentado na tabela acima.

6 Resultados e análise da pesquisa

O sistema de justiça Distrito Federal conta atualmente com uma gama de profissionais jurídicos/as que lidam diretamente com a temática da violência conjugal. Somente entre juízes/as titulares, promotores/as e delegado/as dos juizados, promotorias e delegacia especializados somam-se mais de 60 (sessenta) pessoas, que atuam em diversos contextos. Buscamos, nessa pesquisa, conhecer e articular concepções dessas/es profissionais do sistema de justiça acerca das atividades desenvolvidas. Investigamos suas percepções sobre a violência conjugal, sujeitos envolvidos, estudos de gênero, interação e aplicação da Lei Maria da Penha.

6.1 Categoria Pessoal

Esta categoria corresponde ao estudo comparativo das falas das pessoas entrevistadas sobre aspectos pessoais e profissionais. Diz respeito ao grau de satisfação com o trabalho desenvolvido, à capacitação para a área, à sensibilização sobre a violência conjugal e sobre os fatores de risco.

6.1.2 Subcategoria: satisfação com o trabalho na área de violência doméstica e responsabilização pessoal e sobre o enfrentamento da violência

As entrevistas mostraram que os/as profissionais têm satisfação com o trabalho que desempenham. Há, contudo, uma sensação marcante de alguns campos profissionais, principalmente do Judiciário, de impotência resolutiva diante de alguns casos de violência.

Delegada:

“Gosto, gosto, eu acho muito interessante (...). O mais gratificante é você poder, dentro do possível, retirar uma mulher de uma situação de violência. (...) Nós somos os grandes responsáveis por esse enfrentamento, (...) só que quando ela chega no Judiciário, ela desiste. E depois ela volta a ser vítima da mesma violência.”(D1, delegada, 2011).

Promotor:

“Já tive oportunidade para ir concorrer a outras promotorias, mas continuo trabalhando aqui, porque acho interessante o trabalho. (...) Em violência doméstica, às vezes, você consegue ver algum resultado (...). Você sente que a atuação do promotor de justiça, de alguma forma, ela muda alguma coisa. (...) O ponto menos gratificante é quando você vê o Legislativo editando leis e não dando suporte.” (J2, juíza, 2011).

Juízas:

“Gosto, não é minha preferida, confesso (...). Em algumas famílias, a gente realmente consegue fazer diferença (...) [em outras] a gente não consegue impedir que ela continue vivendo com agressor e continue sofrendo isso.” (J1, juíza, 2011).

“Olha, eu acho que a gente tem um papel a desempenhar. Eu não vou dizer responsável. (...) O que falta é apoio psicossocial. (J3, juíza, 2011).

De forma geral, as/os profissionais afirmaram se sentir responsáveis pelo enfrentamento da violência, mas apontaram outros setores do poder público como principais responsáveis. A delegada reclamou do Judiciário, o promotor, do Legislativo e a juíza, do apoio psicossocial. Isso nos mostra uma tendência em se apontar os problemas no campo externo, no outro, o que significa certo afastamento pessoal do núcleo de responsabilização e pouca visão sistêmica das funções exercidas. Além disso, percebemos que as instituições do sistema de justiça são insuficientes, por si só, para responder as demandas emergentes.

Os principais pontos negativos apontados foram o estresse, a falta de apoio institucional, a falta de estrutura, de suporte legislativo e administrativo do governo e o desconhecimento popular a respeito das leis e de seus direitos. Já os pontos mais gratificantes mencionados foram a resposta social, a transformação na realidade, o *feedback* positivo das pessoas e a proteção das famílias. Interessante observar a prioridade e alta valoração dada às *famílias*, que apareceu de forma bem expressiva na fala de duas juízas e de uma delegada.

Uma das juízas comentou que: *“aqui a gente vislumbra a proteção da família, não é só a proteção da mulher, é a proteção daquela família” (J2, juíza, 2011).* Coelho (2010) afirma, nesse sentido, que a manutenção da família como unidade intacta pode, em alguns casos de violência doméstica, permitir que esta tenha primazia em relação aos interesses do indivíduo que a integra, secularizando o enfoque protetivo da mulher em função da preservação familiar.

O Ministério Público foi o segmento do sistema de justiça que demonstrou maior consciência de seu potencial de mudança na realidade das pessoas em situação de violência, seguido da Delegacia da Mulher e do Judiciário. O eixo que evidenciou maior homogeneidade discursiva quanto a essa questão foi o policial, em que as delegadas apresentaram falas bastante semelhantes. O Judiciário foi o que apresentou maior sensação de impotência interventiva e o Ministério Público foi o que mais reforçou sua relevância nas transformações sociais.

A projeção das expectativas de mudança nas situações de violência a partir de uma intervenção psicológica com os casais em situação de violência foi muito marcante nas falas, principalmente do Judiciário e do Ministério Público. Essa expectativa simboliza a inserção interdisciplinar de novos campos do saber na atuação judicial, com um valor especial para a Psicologia, mas também reforça e legitima o afastamento do Direito para questões que tem se omitido historicamente. Destacamos as seguintes afirmações:

Juíza:

“Quem deveria estar sentado na sala de audiência eram psicólogos e não juízes e promotor, porque o caso não é de justiça, o caso é de psicólogos.” (J3, juíza, 2011).

Promotor:

“A questão da violência doméstica é uma questão mais de divã que de sala de audiência.” (J1, juíza, 2011).

Algumas práticas discursivas levam a crer que a atuação jurisdicional não teria muita eficiência nas me-

didadas adotadas em prol das mulheres violentadas, pois a resposta – meramente psicológica- estaria fora da competência do Direito. Identificamos, portanto, nesta e noutras falas, a exclusão do sistema de justiça do protagonismo ativo do enfrentamento da violência e a inclusão de outros setores, como os psicossociais, o Legislativo e o Executivo dentro desse lugar central de transformação.

6.1.3. Subcategoria: sensibilização pelos conflitos conjugais

Os níveis de sensibilização em relação aos conflitos conjugais foram muito variados e heterogêneos. As delegadas foram as que mais apresentaram identidade pessoal, na condição de mulheres, com as situações e vítimas de violência de gênero:

“a raiz das minhas famílias tem sim esse traço machista, então, às vezes, eu identifico isso em alguma pessoa da minha família, e quando eu identifico aqui, a própria experiência sentimental que a gente passa os ex-namorados, os ex-relacionamentos” (D1, delegada, 2011).

Apesar disso, utilizam estratégias para não se envolverem muito com os casos:

“a gente chega aqui e a gente tem que tirar esse manto e jogar fora” (D1, delegada, 2011). “Na polícia, a gente acaba, de tanto ver casos similares, a gente não tem mais aquele envolvimento psicológico” (D2).

Elas demonstraram um olhar crítico e sensível sobre as desigualdades de gênero e sobre os diversos contextos violentos que aparecem em sua rotina: “a sociedade ainda é muito machista, tem muita discriminação em relação à mulher (...) nós somos seres humanos, a gente se depara com a situação e se choca ainda” (D1, delegada, 2011). Demonstraram também preocupação com as constantes desistências, com a exposição das mulheres a situações de risco e com a necessidade em se identificar as desigualdades.

Os membros do Ministério Público, todos do sexo masculino, profissionalmente mais experientes que as delegadas, também revelaram elevado grau de

sensibilização frente aos conflitos conjugais. Apresentaram falas que demonstraram compreensão da complexidade da violência e que reconhecem a situação de vulnerabilidade da mulher.

Promotor:

“Porque essa é a grande dificuldade que a nossa sociedade tem. Das pessoas reconhecerem que existe uma violência doméstica (...) ou que estão sendo vítimas, ou que estão sendo agressores. (...) O que me assustou muito, principalmente quando eu trabalhei no Tribunal do Júri. (...) Muita violência. E a forma como era tratada essa violência. E a forma como era aceita. Então era assim, o que aconteceu? Ah, matou a esposa. (...) Então é uma coisa que me afetou muito. A naturalidade que se tratava situações como essa.” (P3, promotor de justiça, 2011).

As juízas, por sua vez, tiveram falas divergentes umas das outras. Uma delas identificou múltiplos fatores que envolvem essa problemática. Outra apresentou um discurso muito marcado pela naturalização da violência conjugal contra a mulher, vista como decorrente dos conflitos inerentes ao ser humano, que em nada difere das outras demandas jurídicas. Por fim, a terceira centralizou o problema como algo de cunho meramente psicológico. Destacamos alguns exemplos:

“Têm vários fatores sociais (...). Os casos denunciados são muito diversos desses que não são denunciados.” (J1, juíza, 2011).

“Todo casal briga, o ser humano briga, o ser humano é assim (...) e sempre onde há ser humano nasce um conflito.” (J2, juíza, 2011).

“As pessoas envolvidas nesses episódios não têm condições ou não se aperceberam da necessidade de um acompanhamento psicológico (...). Então a gente procura aqui fazer com que ela se sinta amparada. E nós conversamos muito, tentamos orientar, é o que nós podemos fazer?(...) Algumas mulheres já conseguiram ser encaminhadas para tratamento, homens também foram encaminhados e depois houve uma estabilidade naquela rela-

ção.” (J3, juíza, 2011).

O sexo dos/as participantes não foi um fator diferencial na sensibilização e reflexão sobre os conflitos conjugais e sobre a condição feminina. Os homens promotores demonstraram, por exemplo, uma abordagem mais compreensiva e sensível sobre a situação das mulheres do que algumas participantes do sexo feminino, como as juízas.

Notamos, no entanto, que o sistema de justiça especializado, de forma geral, tem se manifestado de forma mais atenta sobre a temática da violência conjugal contra a mulher. Possivelmente esse avanço tenha decorrido após a Lei Maria da Penha. Nesse contexto, os/as profissionais acabam desenvolvendo trocas discursivas, que constroem novas reflexões, opiniões e posicionamentos sobre o assunto, muito embora os resquícios patriarcais ainda estejam muito presentes e enraizados em muitas falas.

6.1.4 Subcategoria: capacitação para o trabalho na área da violência doméstica e familiar contra a mulher

A maioria das/os entrevistadas/os considera importante a capacitação e a reciclagem profissional específica a respeito da violência doméstica, conjugal e familiar contra a mulher, com exceção de duas juízas. Constatamos, contudo, não ter havido para nenhum/a investigado/a, na qualidade de profissional do sistema jurídico especializado, capacitação prévia para desenvolver o trabalho. Tal constatação reflete uma deficiência do sistema em preparar seus/suas agentes para atender a comunidade. Esse déficit também é reflexo da defasagem do currículo do curso de Direito, que não inclui a temática de gênero e violência em seu projeto acadêmico regular. Assinalamos, então, algumas falas relacionadas às experiências das/os entrevistadas/os:

Delegada:

“Então eu acho que é muito importante haver uma capacitação (...). Eu participei de um na Eletronorte, nesses últimos tempos, na UPIS. Já depois que eu estava aqui.” (D1, delegada, 2011).

Promotores:

“Não, eu não [tenho frequentado]. (...) Eu acho que os congressos seriam importantes, porque nós temos que unificar determinados procedimentos.” (P1, promotor de justiça, 2011).

“Eu cheguei ir a dois ou três encontros. Foi uma série.” (P2, promotor de justiça, 2011).

Juízas:

“Foi esse mês que eu fui... Esqueci o nome... Jornadas... 5ª Jornada da Lei Maria da Penha (J1, juíza, 2011).

“No Judiciário não tem uma capacitação específica (...). Eu estava no FONAVID e eu estava me preparando (J2, juíza, 2011).”

“Vários, eu inclusive eu sou palestrante, profiro palestras sobre a Lei.” (J3, juíza, 2011).

Apesar da falta de capacitação prévia, quase todas/os os/as entrevistados/as já participaram de, pelo menos, um congresso, seminário, encontro ou palestra sobre o assunto, com exceção de um promotor que afirmou “*não frequentar muito esses eventos*”. As participações foram motivadas por iniciativas pessoais e também por iniciativa institucional. Constatamos que a DEAM promoveu, em março de 2011, o primeiro encontro de palestras sobre o tema; que o TJDFT costuma incluir o debate em eventos genéricos, como de Direito de Família, ou em encontros de juízes/as de violência doméstica, mas que não oferece uma capacitação específica; e que o MPDFT tem o costume de promover mais frequentemente cursos e capacitações a respeito do tema.

A presença dos membros, geralmente, é facultativa e o engajamento depende muito da iniciativa pessoal. Isso gera heterogeneidade nas frequências, o que reflete, conseqüentemente, nos discursos dos/as mais e menos assíduos/as.

6.1.5 Subcategoria: consciência dos fatores de risco

Quase todos/as os entrevistados/as relataram possuir critérios para avaliar a situação de risco das mulheres em situação de violência. Os fatores que mais

apareceram como sinais de perigo foram: a reiteração de práticas violentas; a presença constante de ameaças e perseguições; o uso de armas; o sentimento de posse e controle do agressor; o uso de álcool e/ou drogas; momento de separação do casal; ciúmes excessivos por parte do ofensor; dependência psicológica e financeira da vítima; isolamento da vítima; e até violência contra idosos e animais.

Somente um promotor relatou ter um embasamento teórico organizado e pré-definido em suas orientações:

“A gente precisava ver a vítima, analisar o fator de risco e para isso a gente tinha que conversar com elas, ver o que estava acontecendo, para ver se era o caso ou não de levar para essa equipe multidisciplinar (...). Tentativa de separação: esse é o principal fator de risco para uma mulher (...). Então quando uma mulher diz que não quer é o primeiro fator de risco da violência doméstica. (...) Vários outros fatores de risco como abuso de álcool, uso de drogas, presença de crianças e adolescentes.” (P3, promotor, 2011).

Notamos, contudo, que a maioria dos critérios relacionados pelos/as participantes foram desenvolvidos subjetivamente, de acordo com a sensibilidade de cada profissional e a partir das falas das vítimas. Apesar de terem sido observados parâmetros compatíveis com a literatura (Soares, 2005), a predominância de posicionamentos aleatórios nos remete a uma insegurança jurídica. Abre espaço para valorações pessoais com base no uso de parâmetros do senso comum acrítico.

6.2 Categoria Lei Maria da Penha

A partir da implementação da Lei Maria da Penha, houve um novo marco legislativo de influências generalizadas na sociedade. Com isso, procuramos compreender o que mudou no sistema de justiça especializado. Como profissionais envolvidos diretamente com a utilização dessa Lei a percebem em seus respectivos contextos e como avaliam sua aplicação.

6.2.1 Subcategoria: percepção e aplicação da Lei Maria da Penha

A maioria dos/as os/as entrevistados/as consideraram a Lei Maria da Penha importante e necessária e consideraram que ela gerou impactos sociais muito significativos. Nenhum/a dos/as participantes questionou sua constitucionalidade ou a necessidade dessa legislação. Apareceu, em mais de uma fala, o empoderamento feminino crescente a partir da divulgação da Lei:

Delegada:

“Eu acho que, de certa forma, muito ainda incipiente, (...) já começa o que a gente pode chamar de empoderamento, né? As mulheres já sabem que tem uma lei, uma proteção.” (D1, delegada, 2011)

Promotor (P2):

“A verdade é que a mulher está muito mais consciente dos seus direitos depois da edição dessa Lei. E muita gente faz uso consciente dessa lei e consegue mudar a vida.” (P2, promotor de justiça, 2011).

Juíza (J1):

“Mulheres que sofriam violência há vinte, trinta anos e não tinham coragem de denunciar e criaram coragem depois da Lei.” (J1, juíza, 2011).

As medidas protetivas de urgência foram apontadas como grandes diferenciais desse marco legal:

Promotor:

“Mas ela tem alguns (...) resultados interessantes, principalmente na questão das medidas protetivas e na possibilidade de prisão.” (P2, promotor de justiça, 2011)

Juíza:

“Eu acho que, nesse aspecto, as medidas protetivas é a grande inovação da Lei Maria da Penha.” (J3, juíza, 2011).

Os problemas de aplicação mostraram-se muito di-

versos e todas as pessoas entrevistadas apontaram obstáculos. Dentre os principais destacamos:

a) interpretações controversas da Lei: “essas questões que trazem alguma controvérsia, seria bom deixar claro, né?” (P2, promotor de justiça, 2011). “Eu acho que ela deveria ter sido mais específica” (D1, delegada, 2011);

b) uso indevido da Lei por mulheres que querem encurtar o caminho de medidas cautelares da Vara de Família: “então nós temos muitos relatos de violência doméstica como forma de afastar o agressor do lar (...) é um atalho da Vara de Família, muito usado esse expediente aqui” (J3, juíza, 2011);

c) possibilidade de arbitramento de fiança para ofensores: “a gente pega situação de violência, prende o agressor, só que se ele pagar fiança naquela mesma noite, (...) ele sai, nós temos que liberá-lo” (D2, delegada, 2011);

d) falta de previsão de atendimento jurídico gratuito à mulher pela Defensoria Pública: “mas você não tem previsão, na Defensoria Pública, de um núcleo, assim, pelo menos, da lei, de um núcleo de prevenção e atendimento a vítimas de violência doméstica (...). Muitas vezes ela não tem condições de procurar um advogado ou esperar a Defensoria Pública” (D1, delegada, 2011);

e) falta de recursos para a aplicação: “às vezes faltam recursos para você implementar essa Lei de verdade” (J2, juíza, 2011);

f) falta de informação adequada sobre a Lei: “toda hora é citada a Lei Maria da Penha, embora muitos desconheçam” (J2, juíza, 2011).

Fez-se presente, por duas vezes (delegada e juíza), a fala de que a mulher utiliza a Lei Maria da Penha para se aproveitar ou para facilitar e encurtar a concessão de benefícios previstos em outros meios. Exemplo disso seria a tese de que o afastamento do lar é utilizado como mecanismo para agilizar ou substituir a cautelar de separação de corpos do Direito das Famílias. Essa é uma argumentação que responsabiliza e torna a mulher uma transgressora na aplicação do

seu próprio direito.

Com exceção de uma das juízas – “a exemplo de outras leis, a Lei Maria da Penha teve um impacto. (...) Toda lei, ela vem com um impacto, né? (...) Então a Lei da Maria da Penha foi mais uma. (...) Efetivamente, não senti, nesses anos, assim, alguma coisa de diferente” (J2, juíza, 2011) -, todas as outras pessoas entrevistadas ressaltaram a relevância da Lei e de seus institutos na proteção da mulher e no enquadramento dos homens autores de violência.

A integração proposta pela Lei de proteção da mulher, prevenção da violência e punição dos agressores (Pasinato, 2009) foi um aspecto citado por apenas um promotor (P3):

“Tanto a ação protetiva (...), a ação preventiva, através de equipes multidisciplinares, quanto a atuação punitiva, através do processo criminal, representam os três mecanismos que a Lei Maria da Penha usa.” (P3, promotor de justiça, 2011)

Esse tripé prevenção, proteção e punição merece destaque neste trabalho e na concepção da Lei, principalmente para romper com a ideia de que essa legislação serviu unicamente para punir e encarcerar homens autores de violência. Castilho (2009) aponta que prevalece, no senso comum, a ideia de que a Lei 11.340/06 tem função punitiva, quando a verdadeira intenção da Lei foi dar um caráter instrumentalizador ao Estado brasileiro em prol das mulheres vítimas de violência doméstica. O propósito é reconhecer esse tipo de violência como uma violação aos direitos humanos, diminuir a vulnerabilidade das mulheres e não investir na repressão penal.

6.3 Categoria Gênero e Violência

Com esta categoria intentamos demonstrar, pelas falas das pessoas entrevistadas, a afinidade que possuem com os estudos de gênero e violência, que entendemos fundamentais para o trabalho desenvolvido. Buscamos também problematizar os discursos a partir de crenças e mitos sociais que tendem a responsabilizar a mulher pela violência sofrida ou mesmo banalizar essas práticas.

6.3.1 Subcategoria: conhecimento de gênero, violência conjugal e interação entre eles
O contato e o estudo dos temas gênero e violência conjugal deram-se de diferentes formas entre as/os participantes. Todos/as afirmaram conhecer o assunto, mas a profundidade, adequação teórica e afinidade com a temática foram muito distintas. Das/os oito entrevistadas/os, apenas três (duas delegadas e um promotor) citaram autores/as a quem recorrem para leitura e aprofundamento do tema:

Delegadas:

“Eu gosto muito da Maria Berenice Dias e do Rogério Sanches, que ele tem um livro. E tem alguns artigos, inclusive da Dra. Sandra, que era Delegada Chefe aqui.” (D1, delegada, 2011).

“Nós já estamos lendo um monte de coisas. Estamos estudando. (...) Ah tem vários livros, tem a Professora Lourdes Bandeira, da UnB, ela, nossa, ela é excelente nessa área.” (D2, delegada, 2011)

Promotor:

“O pessoal da UnB, a gente sempre lê, né? Da UnB, da Católica. Têm umas pesquisadoras grandes que atuam nessa questão. Lourdes Bandeira, Ana Liési são da UnB. A Própria Gláucia Diniz uma literatura obrigatória. Isso da UnB. Da Católica, nós temos Claudiene Santos, Aparecida Penso, que é da Psicologia (...) e também Eveline (...) da Psicologia, mas com um recorte em gênero nessa questão. Além de vários outros autores de São Paulo, Rio de Janeiro.” (P3, promotor de justiça, 2011)

Os outros dois promotores e duas juízas mencionaram ler e pesquisar sobre o assunto, mas sem um comando ou uma direção teórica específica. Uma juíza afirmou não ser necessário realizar esse estudo específico porque as questões de gênero, excessivamente discutidas, já estariam bem resolvidas na sociedade e no Judiciário, não havendo relevância sua associação com o fenômeno na violência:

“Então eu acho que, no Judiciário, (...) não tenha nenhuma controvérsia a respeito dessas questões de gênero. (...) Questões de gênero estão claras,

como eu acho e acredito que para todos os julgadores e para a sociedade de uma forma geral (...). Não é a mesma coisa das questões de desigualdade.” (J2, juíza, 2011).

Quando estimuladas/os a falar sobre essa temática, notamos que as delegadas estão em fase de construção de suas idéias, mas possuem um respaldo teórico crítico de gênero. Foram capazes de associar de forma muito clara a origem e a manutenção da violência conjugal a partir de uma cultura machista que reforça hierarquias dos papéis femininos e masculinos. Essa postura reflexiva mostrou-se basicamente influenciada por um evento recente produzido pela Polícia Civil do Distrito Federal, que contou com a participação de autoridades acadêmicas que estudam o assunto. As falas das duas investigadas foram muito semelhantes entre si e demonstraram abertura ao diálogo com a comunidade e com a academia:

Delegadas:

“Antes disso, não, não havia... Eu entendia o que era gênero, em que se aplicava, mas violência de gênero, não. (...) Quando eu comecei a trabalhar na DEAM. (...) e aí, quando eu vi, eu comecei a ler e aí eu comecei a ver o que é.” (D1, delegada, 2011)

“Foi aqui na DEAM que eu passei a estudar e aí eu descobri a questão da violência de gênero, o que é violência de gênero, de onde que vem o conceito de gênero. (D2, delegada, 2011)

Os representantes do Ministério Público, por sua vez, também desenvolveram falas que mostraram a compreensão da associação entre a construção social de gênero e da legitimação da violência contra a mulher. Os promotores estão trabalhando há mais tempo com esse campo que as delegadas e, possivelmente por isso, demonstraram concepções mais elaboradas sobre o tema:

Promotores:

“A questão de gênero, ela é uma questão entranhada na cultura brasileira. Que a mulher tem que ser submissa, que a mulher tem que fazer as coisas

para o homem, tem que se sacrificar pelo homem.” (P1, promotor de justiça, 2011)

“Relação de gênero é toda aquela relação que (...) envolve, normalmente (...) um homem e uma mulher e que, em face de diferenças históricas e comportamentais e de tradição, geram conflitos que acabam desaguando no Judiciário, na maioria das vezes.” (P2, promotor de justiça, 2011).

“Na verdade, quando falamos de discriminação de gênero, é uma coisa que está embutida em todos nós. (...) A cultura nossa é assim. A conduta hierarquizadora da família. E todos nós achamos isso muito natural. (...) O gênero em si foi uma construção cultural para se nominar corpos. E se nominar o que vem a ser masculino e feminino. Quando você fala de gênero, são relações permeadas por isso que se diz o que é masculino e o que é feminino.” (P3, promotor de justiça, 2011)

Os discursos apresentados, apesar de não terem sido divergentes entre si, revelaram níveis distintos de aprofundamento teórico e de posicionamento crítico. Percebemos que esse aprofundamento está diretamente relacionado com as participações em eventos científicos e com o contato teórico sobre a temática trabalhada em seus ambientes laborais.

Um dos promotores relatou não frequentar eventos sobre violência doméstica e nem possuir muita leitura sobre o assunto. Entendemos que, por essa razão, mesmo ele apresentando sensibilidade com as pessoas envolvidas nesse contexto e também com as desigualdades de gênero, sua postura discursiva foi menos crítica e consistente que os demais. O promotor que afirmou participar de cursos, congressos, seminários, que indicou leituras e referências consultadas foi o que melhor desenvolveu sua fala. Ele apresentou um referencial capaz de desconstruir estereótipos de gênero e de refletir sobre os papéis sociais e afetivos que legitimam violências. Esses estereótipos, por estarem impregnados cultural e socialmente, acabam atingindo o sistema de justiça.

Dentre as juízas, as falas foram não só heterogêneas como também destoantes umas das outras:

“Gênero? (...) Não tem aquela discussão quando fala, no começo da lei, que tem que ter diferença de gênero? E o que eu li foi isso e, que, normalmente tem que ser o homem contra a mulher por conta das diferenças mesmo socioculturais, normalmente da diferença de estatura e força física. (J1, juíza, 2011)

“Então eu acho que, no Judiciário, (...) não tenha nenhuma controvérsia a respeito dessas questões de gênero. Mulher não é sexo feminino?” (J2, juíza, 2011)

“Eu já ouvi dizer um monte de coisas [sobre gênero]. (...) Eu tenho um livro até... Um livro mexicano, tem outro livro espanhol, eu vejo que a violência é mais ou menos igual, tanto no Brasil quando no México, né? E a violência não escolhe classe social, né? Ela é... (...) ela traz essa coisa de igualdade.” (J3, juíza, 2011)

Enquanto uma das juízas verbalizou as diferenças socioculturais entre homens e mulheres e reforçou aspectos biológicos como fundamentais nesse processo, como a força física, a outra afirmou ser irrelevante discutir gênero dentro do Judiciário por não ser um tema controvertido. A última magistrada afirmou, contudo, que gênero está relacionado a classe social e, portanto, a violência é igual em todas as partes do mundo. Nenhuma delas apontou alguma literatura ou referenciais teóricos sobre os quais se apoiam. A magistrada que demonstrou maior adequação e sensibilidade crítica sobre o assunto foi aquela que tinha menos experiência profissional com a temática.

Percebemos, com isso, que o nível de aprofundamento e acesso aos estudos sobre violência e gênero ocorre de forma muito diferente a depender da/o profissional e do seu nível de comprometimento com as demandas e desafios que lhe surgem. A livre iniciativa acadêmica de conhecimento e reciclagem de cada agente nos pareceu determinante para orientar suas opiniões e condutas dentro de suas atuações profissionais. Isso reflete o grau de envolvimento, responsabilização, intervenção e postura crítica acerca da complexidade do fenômeno da violência

Claudiene Santos, Aparecida Penso, que é da Psicologia (...) e também Eveline (...) da Psicologia, mas com um recorte em gênero nessa questão. Além de vários outros autores de São Paulo, Rio de Janeiro.” (P3, promotor de justiça, 2011)

Os outros dois promotores e duas juízas mencionaram ler e pesquisar sobre o assunto, mas sem um comando ou uma direção teórica específica. Uma juíza afirmou não ser necessário realizar esse estudo específico porque as questões de gênero, excessivamente discutidas, já estariam bem resolvidas na sociedade e no Judiciário, não havendo relevância sua associação com o fenômeno na violência:

“Então eu acho que, no Judiciário, (...) não tenha nenhuma controvérsia a respeito dessas questões de gênero. (...) Questões de gênero estão claras, como eu acho e acredito que para todos os julgadores e para a sociedade de uma forma geral (...). Não é a mesma coisa das questões de desigualdade.” (J2, juíza, 2011).

Quando estimuladas/os a falar sobre essa temática, notamos que as delegadas estão em fase de construção de suas idéias, mas possuem um respaldo teórico crítico de gênero. Foram capazes de associar de forma muito clara a origem e a manutenção da violência conjugal a partir de uma cultura machista que reforça hierarquias dos papéis femininos e masculinos. Essa postura reflexiva mostrou-se basicamente influenciada por um evento recente produzido pela Polícia Civil do Distrito Federal, que contou com a participação de autoridades acadêmicas que estudam o assunto. As falas das duas investigadas foram muito semelhantes entre si e demonstraram abertura ao diálogo com a comunidade e com a academia:

Delegadas:

“Antes disso, não, não havia... Eu entendia o que era gênero, em que se aplicava, mas violência de gênero, não. (...) Quando eu comecei a trabalhar na DEAM. (...) e aí, quando eu vi, eu comecei a ler e aí eu comecei a ver o que é.” (D1, delegada, 2011)

“Foi aqui na DEAM que eu passei a estudar e aí eu

“Foi aqui na DEAM que eu passei a estudar e aí eu descobri a questão da violência de gênero, o que é violência de gênero, de onde que vem o conceito de gênero. (D2, delegada, 2011)

Os representantes do Ministério Público, por sua vez, também desenvolveram falas que mostraram a compreensão da associação entre a construção social de gênero e da legitimação da violência contra a mulher. Os promotores estão trabalhando há mais tempo com esse campo que as delegadas e, possivelmente por isso, demonstraram concepções mais elaboradas sobre o tema:

Promotores:

“A questão de gênero, ela é uma questão entranhada na cultura brasileira. Que a mulher tem que ser submissa, que a mulher tem que fazer as coisas para o homem, tem que se sacrificar pelo homem.” (P1, promotor de justiça, 2011)

“Relação de gênero é toda aquela relação que (...) envolve, normalmente (...) um homem e uma mulher e que, em face de diferenças históricas e comportamentais e de tradição, geram conflitos que acabam desaguando no Judiciário, na maioria das vezes.” (P2, promotor de justiça, 2011).

“Na verdade, quando falamos de discriminação de gênero, é uma coisa que está embutida em todos nós. (...) A cultura nossa é assim. A conduta hierarquizadora da família. E todos nós achamos isso muito natural. (...) O gênero em si foi uma construção cultural para se nominar corpos. E se nominar o que vem a ser masculino e feminino. Quando você fala de gênero, são relações permeadas por isso que se diz o que é masculino e o que é feminino.” (P3, promotor de justiça, 2011)

Os discursos apresentados, apesar de não terem sido divergentes entre si, revelaram níveis distintos de aprofundamento teórico e de posicionamento crítico. Percebemos que esse aprofundamento está diretamente relacionado com as participações em eventos científicos e com o contato teórico sobre a temática trabalhada em seus ambientes laborais.

Um dos promotores relatou não frequentar eventos sobre violência doméstica e nem possuir muita leitura sobre o assunto. Entendemos que, por essa razão, mesmo ele apresentando sensibilidade com as pessoas envolvidas nesse contexto e também com as desigualdades de gênero, sua postura discursiva foi menos crítica e consistente que os demais. O promotor que afirmou participar de cursos, congressos, seminários, que indicou leituras e referências consultadas foi o que melhor desenvolveu sua fala. Ele apresentou um referencial capaz de desconstruir estereótipos de gênero e de refletir sobre os papéis sociais e afetivos que legitimam violências. Esses estereótipos, por estarem impregnados cultural e socialmente, acabam atingindo o sistema de justiça.

Dentre as juízas, as falas foram não só heterogêneas como também destoantes umas das outras:

“Gênero? (...) Não tem aquela discussão quando fala, no começo da lei, que tem que ter diferença de gênero? E o que eu li foi isso e, que, normalmente tem que ser o homem contra a mulher por conta das diferenças mesmo socioculturais, normalmente da diferença de estatura e força física. (J1, juíza, 2011)

“Então eu acho que, no Judiciário, (...) não tenha nenhuma controvérsia a respeito dessas questões de gênero. Mulher não é sexo feminino?” (J2, juíza, 2011)

“Eu já ouvi dizer um monte de coisas [sobre gênero]. (...) Eu tenho um livro até... Um livro mexicano, tem outro livro espanhol, eu vejo que a violência é mais ou menos igual, tanto no Brasil quando no México, né? E a violência não escolhe classe social, né? Ela é... (...) ela traz essa coisa de igualdade.” (J3, juíza, 2011)

Enquanto uma das juízas verbalizou as diferenças socioculturais entre homens e mulheres e reforçou aspectos biológicos como fundamentais nesse processo, como a força física, a outra afirmou ser irrelevante discutir gênero dentro do Judiciário por não ser um tema controvertido. A última magistrada afirmou, contudo, que gênero está relacionado a classe

social e, portanto, a violência é igual em todas as partes do mundo. Nenhuma delas apontou alguma literatura ou referenciais teóricos sobre os quais se apoiam. A magistrada que demonstrou maior adequação e sensibilidade crítica sobre o assunto foi aquela que tinha menos experiência profissional com a temática.

Percebemos, com isso, que o nível de aprofundamento e acesso aos estudos sobre violência e gênero ocorre de forma muito diferente a depender da/o profissional e do seu nível de comprometimento com as demandas e desafios que lhe surgem. A livre iniciativa acadêmica de conhecimento e reciclagem de cada agente nos pareceu determinante para orientar suas opiniões e condutas dentro de suas atuações profissionais. Isso reflete o grau de envolvimento, responsabilização, intervenção e postura crítica acerca da complexidade do fenômeno da violência conjugal contra as mulheres e demonstra falta de padronização na qualidade do serviço prestado no sistema de justiça.

A heterogeneidade percebida não só pode gerar insegurança na prestação jurisdicional como também pode abrir espaço para reprodução de estereótipos e mitos sociais que geram violências institucionais e simbólicas, bem como incompreensões e banalizações acerca dos episódios violentos, como o que assinalamos abaixo:

Juíza:

“São questões normais. A mesma coisa que o homicídio. Morreu alguém. A vítima é mulher? É. Está se matando mais mulher ou está se matando menos? Eu acho que a preocupação é o inverso, entendeu? Estão morrendo crianças no Brasil, de 0 a 7 anos? (...) Ficar batendo nas questões de gênero, para se descobrir a causa da violência doméstica como um todo é uma perda de tempo (...). Porque, para mim, as questões de gênero estão claras (...) e acredito que para todos os julgadores e para a sociedade de uma forma geral (...). Não é a mesma coisa das questões de desigualdade. Acho que é mais assim: racismo, que é uma coisa polêmica.” (J2, juíza, 2011)

Essa fala deixa evidente, de forma muito marcante, a minimização da gravidade da situação de vulnerabilidade feminina e da violência conjugal contra as mulheres. Esse é um fator preocupante porque revela a falta de preparo de profissionais que estão na ponta do serviço judicial especializado de atendimento a mulheres em situação de violência.

Por outro lado, percebemos que, pelo fato de ser especializado em violência doméstica e familiar contra a mulher, esse sistema comporta um espaço fértil para o debate sobre o assunto. Possivelmente não haveria esse lugar desafiador de reflexão dentro de outras esferas de atuação da Justiça. Alguns discursos nos surpreenderam pelo enfrentamento crítico sobre a complexidade do tema. Exemplo disso, destacamos algumas falas:

Delegada:

“Tem muita relação com a violência, porque o homem é criado para ser o mais forte, para ser o chefe, o líder da casa, ele é criado para que a mulher e os filhos estejam à disposição dele, das vontades, dele, ele é o forte. (...) ela é a frágil e ele é o forte e isso, na formação deles, desde criança até adulto.” (D2, delegada, 2011)

Promotor:

“Existe ainda esse sentimento de poder do masculino em relação ao feminino. (...) Então isso está impregnado em nossa cultura. (...) Você está atuando com pessoas que estão nessa mesma cultura que você também está inserido. E você também tem seus preconceitos em todas as áreas, inclusive na de gênero. (...). Por isso que é importante um trabalho multidisciplinar pra fazer essa reorientação do nosso papel, da sociedade. (...) Quando se fala na violência doméstica, você tem uma faceta nessa discriminação de gênero, que foi criada uma hierarquização social para que a mulher vivesse no seu lado privado no seu serviço doméstico, vivendo para marido e filhos. Enquanto o homem pudesse exercer suas potencialidades na vida pública.” (P3, promotor de justiça, 2011).

Juíza :

“A sociedade ainda é muito machista, patriarcal, paternalista. O homem é o provedor ainda, a gente tem muito disso. E não só na classe baixa, como também na classe alta, é muito preconceito.” (J1, juíza, 2011)

Essas reflexões são fruto da inserção das idéias introduzidas pelos estudos feministas que, de alguma forma, e, principalmente, depois da Lei Maria da Penha, ganharam espaço dentro do sistema de justiça, antes resistente em incorporar essa linguagem de gênero. O sistema especializado em violência doméstica, conjugal e familiar contra a mulher representa um local propício e rico para essa reflexão. Apesar das divergências discursivas e da presença de estereótipos de gênero, o desenvolvimento de varas, promotorias e delegacias especializadas, voltadas para o atendimento de mulheres vítimas de violência marca uma mudança paradigmática. Constitui um desafio e um incentivo à construção de um novo olhar sobre os conflitos conjugais e os papéis femininos e masculinos, além de um convite à reflexão sobre interações entre gênero e violência.

6.3.2 Subcategoria: associação da violência conjugal com mitos sociais

Mitos sociais relacionados à violência apareceram em todos os eixos do sistema com níveis distintos de profundidade e frequência, a depender da experiência pessoal de cada participante com leituras, reciclagens e reflexões sobre o tema. Aquelas/es que mais demonstraram pesquisar e refletir sobre as questões de gênero foram as/os que menos reproduziram mitos e crenças populares que legitimam violências contra as mulheres.

Dentro dessa subcategoria, focamos nosso olhar nos mitos que reforçam a ideia de que o álcool e as drogas são causadores da violência, que homens agressores apresentam doenças mentais e que a violência conjugal é fruto de uma cultura de pobreza (Soares, 2005). Consideramos que todos esses fatores são elementos de risco e agravantes da violência. Não

podem, no entanto, ser apontados como causadores dos conflitos porque simbolizam um afastamento da responsabilidade pessoal e social dos sujeitos.

Soares (2005) aponta que o homem alcoolizado que agride sua companheira não costuma agredir outras pessoas e que esses ofensores, em sua maioria, são pessoas de bom convívio social e não apresentam transtornos mentais. Entendemos, portanto, que, a despeito desses mitos sociais, a violência é um fenômeno multidimensional e está diretamente relacionada com assimetrias culturais de gênero, agravadas por inúmeras circunstâncias.

Um dos objetivos da pesquisa foi, então, investigar o quanto esses mitos estão presentes nos discursos das/os profissionais entrevistadas/os e de que modo são utilizados para justificar a violência. Constatamos que o uso de álcool é um elemento que aparece com muita frequência nos casos atendidos pelas/os participantes. Das/os oito investigados/as, sete comentaram espontaneamente sobre esse elemento como um fator de preocupação. As delegadas e promotores descreveram o uso de álcool e de substâncias entorpecentes como agravantes, encorajadores, potencializadores e geradores de risco dentro da dinâmica violenta:

Delegada:

“Eu hoje acho que o uso não é a causa, mas o potencializador. O uso de álcool, o uso de drogas, eu acho que são graves... Eu coloco até a palavra 'são encorajadores'.” (D1, delegada, 2011)

Promotor:

“A questão (...) do uso excessivo de álcool, entorpecentes, doença mental, fatores financeiros, dependência afetiva (...). Eu diria que não são determinantes, mas são fatores que incrementam a violência, né? Já existia um cenário de violência e entra isso aí (...), que acaba levando a mais violência.” (P2, promotor de justiça, 2011)

As juízas, por sua vez, foram categóricas ao afirmar que é o álcool o causador, a “mola propulsora” de

grande parte das violências que lhes são apresentadas, como a seguinte fala:

“Com certeza. O uso de drogas é mola propulsora para muitos delitos, não só da Maria da Penha.” (J3, juíza, 2011)

Penso (2009) afirma que o uso de álcool e as drogas podem ser apontados como um agravante para a ocorrência de atos violentos, todavia destaca que, apesar de facilitar a violência, pode servir como uma desculpa para minimizar a responsabilidade pessoal do agressor ou como um estimulante a um estado emocional propício de agressão. Possivelmente o pouco contato com os estudos de gênero e com a literatura sobre violência faz com que as magistradas reproduzam essa crença sem questionar seu significado social.

No que tange ao mito relacionado à pobreza, no plano discursivo, a ideia de que só mulher pobre é vítima de violência do companheiro nos pareceu superada. Todas/os as/os entrevistadas/os afirmaram que qualquer classe social está sujeita à violência de gênero, considerando as particularidades de cada cultura econômica.

O mito social que mais apareceu nas falas foi o que relaciona o comportamento e a agressividade dos homens envolvidos em situação de violência com doenças/problemas psíquicos:

Delegada:

“Ah, existe uma patologia nessa história toda, em graus diferentes (...). Então isso é cultural, ele foi criado para isso, mas às vezes foge um pouco do limite do normal.” (D2, delegada, 2011)

Promotor:

“Então tem assim, os problemas psicológicos dos homens, que são de postura, de problemas psicológicos mesmo, que gera uma agressividade.” (P1, promotor de justiça, 2011)

Juíza:

“Ah, são uns doentes, né? São uns doentes. Muito doentes. Pessoas sem orientação, pessoas muito doentes. (...) Bem, também temos um quadro de doença mental, de fraqueza mental em que nós até chegamos à conclusão de que a violência doméstica está mais relacionada com o acompanhamento, com o tratamento psicológico do que efetivamente com uma medida penal” (J3, juíza, 2011).

Apenas um promotor pareceu questionar essa crença:

“Mas aí fala que aquela pessoa é complicada, porque ele é nervoso, que tem algum problema psiquiátrico, ou é meio psicopata. Então eu tento fugir um pouco disso. Eu acho que tem uma cultura que propicia isso.” (P3, promotor de justiça, 2011)

Constatamos que, apesar de haver exceção, é marcante a relação da violência com problemas psicológicos. Exemplificadamente, destacamos a fala de uma juíza:

“Nós até chegamos à conclusão de que a violência doméstica está mais relacionada com o acompanhamento, com o tratamento psicológico do que efetivamente uma medida penal”. (J3, juíza, 2011)

Essa projeção para um lugar desconhecido parece eximir o campo jurídico de respostas concretas e eficazes. Afinal, o se pretende reforçar é a ideia de que doença se resolve com medicação e tratamento médico. Transtornos psíquicos, com intervenção psicológica e psiquiátrica. Ao Direito caberia, no máximo, encaminhar tais responsabilidades.

Nessa lógica, a sociedade e o sistema de justiça parecem, estrategicamente, não possuírem força interventiva ou poder de atuação e transformação. Sob esse aspecto, Bandeira (1999) lembra que a naturalização do agressor como um indivíduo fora da normalidade gera a banalização da violência, justificando a não reação sobre ela.

6.3.3 Subcategoria: percepção sobre mulheres vítimas e mitos relacionados a elas

Nessa subcategoria, buscamos resgatar as percepções dos/as participantes sobre as mulheres vítimas de violência. A intenção foi investigar como mitos que propagam uma visão da mulher na condição de masoquista, provocadora, sedutora, merecedora da violência são apropriados nos discursos (Grossi, 1995). Diniz e Angelim (2003) salientam que existem idéias preconcebidas, deduções preconceituosas, boatos e representações falsas que podem nos levar a conclusões apressadas sobre as pessoas envolvidas em situações de violência. Tais ideias afetam a compreensão dos fenômenos de violência, pois frequentemente resultam na desvalorização e deslegitimação das queixas.

Notamos que pelo menos um/a participante de cada setor do sistema de justiça incorporou, de alguma forma, esses mitos em suas falas, exemplo disso, foram as manifestações de delgadas e juízas: as “mulheres usam a própria Lei para provocar”, registram ocorrência por vingança para “querer prejudicar o ex-companheiro”. A visão de que muitas mulheres contribuem e se beneficiam com a violência ou ainda que mentem que foram agredidas fez-se presente de uma forma muito marcante.

Saffioti (2001) alerta para o perigo dessa postura, visto que as mulheres vítimas não são culpadas ou cúmplices, e nem tampouco consentem com a violência. Para que houvesse essa conclusão, nesse caso, as mulheres precisariam ter o mesmo status social que os homens, e permanecer em um espaço de igualdade, o que não acontece. Na verdade, elas cedem, por não ter poder suficiente dentro da relação e da sociedade.

Essa reflexão feminista, contudo, também se fez presente em alguns discursos analisados, o que demonstra a variação de posicionamentos dentro do mesmo sistema:

Delegada:

“Pode ser que tenham mulheres que provoquem, (...) em uma pequena quantidade dos casos, isso é

possível que aconteça, mas é difícil de a gente detectar isso.” (D2, delegada, 2011)

Promotores:

“A mulher normal, ela está em um contexto de violência, ela foi levada àquele contexto e às vezes ela não tem força para sair daquilo. E algumas pessoas, inadvertidamente, rotulam isso dizendo que a mulher gosta de apanhar. Isso não é verdade.” (P2, promotor de justiça, 2011).

“É um preconceito absurdo que vem da discriminação de gênero dizer que a mulher gosta de apanhar. É uma criação dessa cultura, essa cultura de discriminação da mulher.” (P3, promotor de justiça, 2011)

Existe, principalmente, por parte do Ministério Público, um movimento reflexivo de gênero direcionado justamente para romper com a crença de que a mulher gosta de apanhar. Consideramos importante essa postura para que pessoas, em locais de autoridade dentro do contexto da Justiça, evitem a perpetuação de discursos preconceituosos e estereotipados que reforcem desigualdades. Lembramos que os promotores entrevistados eram homens e se mostraram sensivelmente comprometidos com discursos e práticas discriminatórias e sexistas com mulheres em situação de violência.

Chamou a atenção, contudo, a forma com que duas das magistradas, na condição de mulheres, percebem as vítimas de violência como um outro-sujeito distante, diferente, inferior. Elas afirmaram que as mulheres são “*burras, coitadas*”; com “*problema mental, fragilizadas*”. Assim, não houve identificação pessoal das juízas com o público atendido. O sexo das profissionais, nesse caso, não foi um fator que tenha favorecido uma sensibilização maior em relação às mulheres em situação de violência.

6.4 Categoria Sistema de Justiça

Nesta categoria objetivamos resgatar o papel do Estado para a discussão. Pretendemos entender como poder público se coloca no sistema de justiça e como as instituições, por meio de seus agentes, percebem

a responsabilização estatal e as perspectivas futuras em relação ao enfrentamento da violência conjugal.

6.4.1 Subcategoria: papel e atuação do Estado e do sistema de justiça no enfrentamento da violência conjugal

Esta subcategoria corresponde a uma análise dos discursos de profissionais do sistema de justiça sobre a atuação do Estado e o seu papel no trato com a violência conjugal. Campos e Carvalho (2006) colocam que a procura da mulher vítima de violência doméstica pela Justiça para a resolução do seu conflito tem um importante significado simbólico para a mulher que foi agredida, afinal ela quer dar visibilidade àquela violência sofrida, além de informar ao poder público que não conseguirá, sozinha, colocar um fim naquela agressão. Tal expectativa esbarra em um sistema de justiça criminal que funciona como um instrumento de controle e que emerge de uma política pautada em valores sociais vigentes, excludentes, classistas, sexistas, racistas e homofóbicos.

A criminologia crítica afirma que o tanto o Direito Penal como o sistema de justiça criminal são seletivos em sua estrutura e não podem promover a igualdade como prometido. Pautam suas decisões no *etiquetamento* de pessoas e comportamentos como desviantes (Pasinato, 1997).

As falas das pessoas entrevistadas revelaram uma insatisfação global com a atuação estatal e do sistema. Problemas de estrutura, de capacitação profissional, de investimento em políticas públicas, de falta de suporte, da cultura machista, de omissão legislativa e administrativa foram os principais obstáculos apontados pelas/os investigadas/os, conforme ilustrado abaixo:

Delegada:

“Esse problema não é só do policial, o tema é geral, é cultural, não adianta a pessoa, ela é formada naquela cultura, naquela sociedade, que é machista sim. (...). O Estado não está dando esse suporte para essa mulher ir até o fim naquela situação.” (D1, delegada, 2011)

Promotores:

“Precisa de capacitação dos profissionais.” (P1, promotor de justiça, 2011).

“O sistema judicial como um todo. (...) não consegue dar uma resposta, geralmente, é porque alguns desses profissionais ou todos eles atuaram com muito preconceito de gênero, porque se omitiram, porque têm pensamentos pessoais preconceituosos e naturalizados nesse tipo de violência.” (P3, promotor de justiça, 2011)

Juíza:

“Acho que falta mais centro de referência (...), faltam Casas Abrigo mais bem estruturadas (...). É hora de a gente voltar os olhos, de as pessoas que trabalham nessa área ou daqueles que fomentam as políticas, que definem as políticas, né? Cobram mais do Poder Executivo, né? Aquelas outras medidas que estão lá na lei e que foram definitivamente esquecidas.” (J3, juíza, 2011)

Foi unânime o discurso de que o Estado tem o dever de agir e de tomar providências para erradicar a violência conjugal contra mulheres. Esse elemento, ainda que presente apenas no plano discursivo, é importante porque quebra a ideia historicamente construída de que os conflitos provenientes das relações afetivas dizem respeito somente à esfera privada. Tal premissa foi responsável por um cenário de verdadeira omissão estatal que negligenciou a proteção necessária às mulheres em situação de vulnerabilidade durante anos.

Exemplo disso é a sedução que o Poder Judiciário imprime para que as mulheres desistam de suas ocorrências (Lima, 2009). Uma das delegadas chegou a afirmar que *“percebe que existe uma tendência para que a mulher não vá para frente. Ela chega lá em uma audiência e um percentual enorme desiste”* (D2, delegada, 2011). Outro promotor argumentou que a *“estrutura foi feita para arquivar procedimentos. (...) Tudo para evitar uma eventual punição, como se o Estado não tivesse que intervir nesse tipo de violência”* (P3, promotor de justiça, 2011).

A cultura do afastamento estatal dos problemas conjugais, nos dias atuais, gera efeitos práticos no âmbito judicial, fruto de representativa negligência. Não responde com eficiência as demandas e expectativas que a população deposita na intervenção da Justiça, causando uma eficácia meramente simbólica (Andrade, 1996). Na prática, excludente e seletiva.

Notamos que, ao descrever os obstáculos, as/os entrevistadas/os tendiam a responsabilizar outros setores do sistema que não aqueles do qual fazem parte: *“dentro do Ministério Público, nós temos até uma estrutura razoável, uma estrutura muito boa... A questão de estrutura, mais, é a cargo do GDF”* (P2). Promotores, no entanto, demonstraram reconhecer que o Ministério Público tem papel importante no enfrentamento da violência:

“O papel do Ministério Público é muito grande (...) e o Estado e a sociedade têm buscado o MP e têm confiado nesse perfil constitucional de tutelar direitos, de postular em juízo e extrajudicialmente também em favor do hipossuficiente.” (P1, promotor de justiça, 2011)

O eixo do sistema de justiça mais criticado pelas/os investigadas/os foi o policial e o mais elogiado foi o Judiciário:

Delegada:

“O policial civil, muitas vezes, ainda não está preparado para essa situação da violência contra a mulher, violência doméstica.” (D1, delegada, 2011)

Promotores:

“Precisa de capacitação dos profissionais na Delegacia de Polícia.” (P2, promotor de justiça, 2011).

“Aqui, quando chega no Judiciário, é bom, os profissionais aqui são bem comprometidos com a área.” (P1, promotor de justiça, 2011)

Juízas:

“A magistratura e o Poder Judiciário aplicam [a Lei]

muito bem e vejo, assim, como todos os juizes, não só de violência doméstica. (J2, juíza, 2011)

“Número de varas suficientes, então o Tribunal de Justiça, nesse aspecto, ele está muito bem estruturado para atender os casos de violência doméstica.” (J3, juíza, 2011)

A autoanálise das magistradas constantemente positiva nos chamou muito a atenção. Predominou entre elas uma postura acrítica e conveniente sobre si mesmas e seus respectivos papéis, quando a literatura revela que o Judiciário tem se posicionado de forma excludente e negligente, sobretudo, perante a violência contra as mulheres (Andrade, 1999; Izumino, 1998).

6.4.2 Subcategoria: desafios e perspectivas de mudança

Esta subcategoria diz respeito à forma como as/os profissionais do sistema de justiça projetam os problemas e obstáculos apontados em transformações futuras. Destacamos algumas observações:

Delegadas:

O Estado tem que dar maior apoio social para a família. (D1, delegada, 2011)

Eu acho que deviam ser feitos mais estudos, mais debates. (D2, delegada, 2011)

Promotores:

“Eu acho que a gente precisa, sim, de uma qualificação maior. (...) Outro ponto muito importante, é a questão do advogado da vítima, (...) que, normalmente, é a Defensoria que faz a defesa da vítima em audiência (...), mas eles ainda não têm uma estrutura para isso, que a vítima fosse atendida com advogado antes da audiência. (...) A maior forma mesmo é essa orientação, conscientização, da mulher, dos seus direitos. Eu acho que o maior desafio mesmo é você conseguir ter acesso a essas pessoas, a essas mulheres e, realmente, convencerem a utilizarem as ferramentas que têm (...). É mais educação mesmo, é berço, são debates, escola.

Eu acho que a escola tem um fator preponderante aí nessa questão. (...). Bom, aumentar as promotorias, as varas especializadas.” (P1, promotor de justiça, 2011).

“A sugestão seria (...) o governo se preocupar mais com essa área, não somente achar que aprovar a lei é solução de alguma coisa. Tem que jogar dinheiro nisso aí, tem que implementar políticas públicas.” (P2, promotor de justiça, 2011).

“Uma capacitação em gênero dos profissionais para se conscientizarem desse assunto e atuarem com um olhar sem preconceito. (...) Sugestões pra mudar? Não sei. Talvez aquelas mudanças legislativas. (P3, promotor de justiça, 2011).

Juízas:

“Eu acho que precisa de muita campanha para poder conscientizar a mulher para saber o que é violência (...). Conscientizar também o homem (...). Eu acho que tem que ter mais apoio nas delegacias.” (J1, juíza, 2011).

“O maior desafio é que os Tribunais possam ter equipes especializadas (...). Bem, e o grande desafio eu acho que é esse também, no que concerne às políticas do Poder Executivo, né? Creche, escola em tempo integral, curso de capacitação mais próximo das mulheres vítimas de violência.” (J3, juíza, 2011).

Dentre os desafios e sugestões relacionados pelas/os entrevistados, temos: a orientação e conscientização da mulher sobre os seus direitos; o investimento educacional e acadêmico sobre as questões de gênero e violência; o acesso à justiça mais democrático; a criação/ampliação de delegacias, promotorias e varas especializadas; criação de espaços para acolhimento e tratamento de vítimas e ofensores; interação interdisciplinar; esclarecimentos legislativos; respaldo do Executivo; incremento em quantidade e qualificação profissional; principalmente, na capacitação em gênero; melhoria na estrutura policial; não banalização da Lei Maria da Penha; e criação de creches, transportes, escolas, cursos profissionalizantes, postos de

saúde e hospitais mais acessíveis às mulheres. Esse último aspecto nos chamou a atenção pela necessidade latente de se promover uma assistência ampla às mulheres como forma de garantir a autonomia, prevenindo e protegendo-as de novas violências.

Vemos uma predominância de expectativa no incremento de medidas provenientes da Administração Pública e poucos desafios e sugestões direcionados ao Judiciário ou ao Ministério Público. Possivelmente esse fator decorra da descrença na Justiça como um instrumento transformador. Essa descrença também se mostra conveniente, uma vez que, a partir do momento em que profissionais jurídicas/os reconhecem em seu sistema um potencial de modificar a realidade, implicitamente, se responsabilizam com essas mudanças.

7 Considerações finais

Essa pesquisa revelou que a implementação de instituições especializadas de atendimento às demandas de mulheres em situação de violência ampliou o debate de gênero dentro de espaços tradicionalmente conservadores, como o sistema de justiça. Essa ampliação teve início na década de 1980 com a criação das DEAMs e se fortaleceu muito intensamente com a Lei Maria da Penha, vigente desde 2006.

A partir de uma investigação do discurso de atores e atrizes inseridos/as nesse contexto profissional, identificamos a presença predominante de satisfação quanto às atividades que exercem. Essa satisfação se dá, principalmente, diante da possibilidade da realização de mudanças na vida das pessoas atendidas. Percebemos, contudo, um sentimento de impotência por não ser possível contribuir substancialmente para a interrupção da violência. Delegadas e promotores pareceram identificar a complexidade dos conflitos conjugais de uma forma mais clara que as juízas, que apresentaram discursos heterogêneos e pouco críticos sobre si e suas respectivas intervenções.

Existe também, nas práticas discursivas ora analisadas, uma expectativa muito forte sobre o acompanhamento e tratamento psicológico. Esse fator revela

uma valorização de novos campos do saber em sua interlocução com o Direito. Gera, entretanto, o risco de minimizar a responsabilidade do sistema de justiça, historicamente negligente, para lidar com as questões consideradas privadas e subjetivas, como a violência conjugal.

Chama atenção o fato de que nenhum/a profissional recebeu capacitação prévia para atuar na área de violência de gênero. Entretanto, quase todas/os, com exceção de duas juízas, consideraram importante uma formação específica sobre violência doméstica e familiar contra a mulher para exercer suas atividades. Todas/os relataram já terem participado de pelo menos um evento sobre o tema. As participações decorreram tanto de iniciativas pessoais como institucionais.

Na investigação acerca dos fatores de risco, notamos que quase todos/as os/as participantes utilizaram critérios de avaliação para ponderar os riscos das vítimas. Tais critérios, entretanto, foram baseados, em sua maioria, em percepções subjetivas, sem qualquer respaldo teórico.

O conceito de gênero e violência foi utilizado de formas diversas e com profundidades muito distintas pelas/os entrevistados. Partindo de uma perspectiva da categoria proposta por Joan Scott (1995), as delegadas e promotores apresentaram adequação em suas conceituações de gênero. As delegadas, menos experientes que as/os outras/as participantes, demonstraram interesse e curiosidade sobre o tema e sobre pesquisas acadêmicas, suas falas foram as mais homogêneas.

Os promotores revelaram graus distintos de profundidade teórica, apesar de seguirem predominantemente uma linha crítica de gênero e de reconhecimento de uma situação cultural de desigualdade. As juízas, por sua vez, destoaram entre si com suas falas. Nenhuma delas indicou trabalhar com amparo em literatura específica e, apesar de terem relatado participação em congressos e alguma leitura sobre a temática, não demonstraram qualquer tipo filiação teórica para orientar suas práticas profissionais. Seus discursos mesclaram entre a sensibilização pela

complexidade da violência conjugal e uma significativa banalização desse fenômeno.

Notamos, portanto, que o aprofundamento crítico, reflexivo e teórico de cada entrevistada/o relaciona-se diretamente com suas respectivas participações em cursos e eventos, engajamento e leitura sobre o assunto, sobretudo em relação aos debates de gênero e violência. Tal envolvimento contribui para a não reprodução, dentro do sistema de justiça, de estereótipos de gênero e de mitos sociais que legitimam violências. Não foi possível, contudo, traçar um padrão de comportamento entre profissionais do sistema de justiça, visto que as práticas e narrativas são muito variáveis, pois dependem, principalmente, de um movimento pessoal de conscientização e da iniciativa de cada setor e de cada profissional.

Lembramos que há um pensamento crítico feminista, que mostra que há uma cultura ideológica patriarcal que controla e assujeita o comportamento e o corpo feminino por meio de violências e de dominação (simbólica ou não) perpetradas inclusive por profissionais jurídicas/as. Assim, de acordo com Pimentel e Pandjajian (2000), existe uma prática que se apoia na norma social *in dubio pro stereotype* e que revela preconceitos que necessitam ser enfrentados criticamente, sobretudo no cenário da Justiça.

Estudo de Pimentel e Pandjarjian (2000) mostra que os discursos jurídicos – de delegados/as de polícia, advogados/as, membros da Magistratura e do Ministério Público – são carregados de estereótipos, preconceitos e discriminações em relação às mulheres. Em nossa pesquisa, no entanto, identificamos falas sensíveis e críticas sobre as condições das mulheres e suas dinâmicas relacionais, muito embora resquícios da linguagem patriarcal e sexista tenham aparecido em todos os eixos investigados, principalmente, no Judiciário.

É preciso, portanto, que haja um sistema capaz de intervir com menor grau de preconceitos, violência e revitimizações. Caso contrário, melhor seria não intervir. Afinal, são essas manifestações excludentes responsáveis por promover e por legitimar desigualdades na sociedade e no espaço judicial (neste caso,

de forma institucionalizada).

A responsabilização do Estado diante do enfrentamento da violência conjugal foi um fator reconhecido pelas/os investigadas/os. Notamos, no entanto, que o Poder Executivo foi o mais criticado e alvo de maiores expectativas interventivas de mudança, enquanto o Poder Judiciário foi o mais elogiado e, conseqüentemente, o menos indicado para transformar realidades. Dessa forma, concluímos que profissionais da Justiça não têm se percebido e não têm sido percebidas/os como instrumentos de transformação social. Notamos, assim, que o Judiciário, contrariamente às expectativas da população, nem sempre promove mudanças de justiça, mas predominantemente reforça os pilares conservadores que o sustenta.

A partir dessas reflexões, ressaltamos ser de extrema importância o Estado, representado por suas instituições, assumir sua responsabilidade consagrada na Constituição Federal e reforçada pela Lei Maria da Penha: coibir todo tipo de violência de gênero, tomando medidas para erradicá-la. Para essa proposta, contudo, consideramos essencial que o poder público, inclusive, e, principalmente, o sistema de justiça se aproprie de uma linguagem crítica adequada, bem como de uma prática corajosa que rompa com estereótipos de gênero, e que se capacite, por meio de seus agentes, para evitar a violência institucional, sobretudo contra a mulher, a quem se pretende proteger.

8 Referências Bibliográficas

- Andrade, V. R. (abr./jun. de 1996). Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. n. 14, abr./jun. 1996. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 276-287.
- Andrade, V. R. (1999). Criminologia e Feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: C. H. Campos, *Criminologia e Feminismo* (pp. 105-117). Porto Alegre: Sulina.
- Bandeira, L. M. (1999). Violência sexual, Imaginário de gênero e Narcisismo. In: M. Suárez, & L. M. Bandeira, *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*.

- (pp. 353-386). Brasília: UnB.
- Baratta, A. (1999). O paradigma de gênero. In: C. H. Campos, *Criminologia e Feminismo* (pp. 19-80). Porto Alegre: Sulina.
- Bardin, L. (1997). *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições
- Campos, C. H., & Carvalho, S. d. (maio/set. de 2006). Violência doméstica e juizados especiais criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. n. 2. *Revista de Estudos Femininos*, 14.
- Castilho, E. W. (2009). *A Lei n. 11.340 e as novas perspectivas da intervenção do Estado para superar a violência de gênero no âmbito doméstico e familiar*. Acesso em 19 de Julho de 2011, disponível em Procuradoria Geral da República: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/mulher/Lei_11.340_06
- Coelho, A. M. (2010). Crenças e Atitudes dos Agentes Policiais Face à Violência Contra a Mulher. Porto, Portugal: Universidade do Porto.
- Cortizo, M. d., & Goyeneche, P. L. (jan-jun de 2010). Judicialização do privado e violência contra a mulher. *Katál. Florianópolis*, 13(1), 102-109.
- Dantas-Berger, S. M., & Giffin, K. (mar-abr de 2005). A violência nas relações de conjugalidade: invisibilidade e banalização da violência sexual? *Caderno de Saúde Pública*, 2(21), 417-425. Debert, G. G., & Gregori, M. F. (2000). As Delegacias Especiais de Polícia e o projeto Gênero e Cidadania. (N. d. Gênero, Ed.) *Cadenos Pagu*.
- Dias, M. B. (2010). *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher* (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Diniz, G. R., & Angelim, F. P. (2003). Violência Doméstica – Por que é tão difícil lidar com ela? . *Revista de Psicologia da UNESP*, 2(1), 20-35.
- Franco, M. L. (2007). *Análise de Conteúdo* (2ª ed.). Brasília, DF: Liber Livro.
- Grossi, P. K. (1995). Violência contra a mulher: mitos e fatos. *Educação*, 18(23), 93-99.
- Instituto AVON/IPSOS. (2011). *Pesquisa Instituto AVON/IPSOS Percepções sobre a Violência Doméstica contra a Mulher no Brasil 2011*. Acesso em 08 de agosto de 2011, disponível em Instituto Avon: http://www.institutoavon.org.br/wp-content/themes/institutoavon/pdf/iavon_0109_pesq_portuga_vd2010_03_vl_bx.pdf.
- Izumino, W. P. (1998). *Justiça Criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça criminal na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Annalumbé: FAPESP.
- Lima, F. R. (2009). A Renúncia das Vítimas e os Fatores de Risco à Violência Doméstica: da Construção à Aplicação do Art. 16 da Lei Maria da Penha. In: F. R. Lima, & C. Santos, *Violência Doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar* (pp. 73-112). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Machado, L. Z. (2010). A Invenção das Delegacias Especializadas. In: L. Z. Machado, *Feminismo em Movimento* (pp. 14-47). São Paulo: Francis.
- Mazzilli, H. N. (2008). *Introdução ao Ministério Público* (7ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Medeiros, M. N. (2010). Violência conjugal: repercussões na saúde mental de mulheres e de suas filhas e seus filhos adultos/os jovens. 251. (P. d.-G. Cultura, Ed.) Brasília, Distrito Federal: Universidade de Brasília.
- Moraes, A. F., & Gomes, C. d. (2009). O caleidoscópio da violência conjugal: instituições, atores e políticas públicas no Rio de Janeiro. In: A. F. Moraes, & B. Sorj, *Gênero, Violência e Direitos* (pp. 75-109). Rio de Janeiro: 7Letras.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). (2005). *Estudio multipaís de La OMS sobre La salud de la mujer: primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud e respuestas a las mujeres a dicha violencia*. Acesso em 19 de Julho de 2011, disponível em WHO: http://www.who.int/gender/vilence/who_multicuountry_study/summary/report/summaryreportSpanishlow.pdf.
- Pasinato, W. (1997). Justiça Criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça criminal na solução dos conflitos de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 18.
- Pasinato, W. (2009). *Estudo de Caso: Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a Rede de Serviços para Atendimento de Mulheres em Situação de Violência em Cuiabá, Mato Grosso*. São Paulo: Observe – Observatório Lei Maria da Penha.
- Penso, M. A. (2009). As complexas Relações entre Alcool, Drogas e Violência Intrafamiliar em Contexto

- tos de Exclusão Social. In: F. R. Lima, & C. Santos, *Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar* (pp. 243-254). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Pimentel, S., & Pandjarian, V. (2000). Direitos Humanos a partir de uma Perspectiva de Gênero. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 107-140.
- Piovesan, F. (2005). Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa*, 35(124), pp. 43-55.
- Poupart, J., Deslauries, J.-P., Groulx, L.-H., Laperrière, A., Mayer, R., & Pires, Á. P. (2008). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. (A. C. Nasser, Trad.) Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil: Vozes.
- Rago, M. (1995/1996). Adeus ao Feminismo? Feminismo e (Pós) Modernidade no Brasil. *Cadernos AEL*(3/4), pp. 11-43.
- Saffioti, H. I. (2001). Contribuições feministas para o estudo das relações de gênero. *Cadernos Pagu*, 16, 115-136.
- Santos, C. M., & Pasinato, W. I. (2005). Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*.
- Scott, J. W. (jul./dez. de 1995). Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, vol. 20 (2), 71-99.
- Soares, B. M. (2005). *Enfrentando a Violência contra a Mulher: orientações práticas para profissionais e voluntários*. Acesso em 19 de julho de 2011, disponível em UCAM:http://www.ucamcesec.com.br/arquivos/publicacoes/manual_enfrentando_violencia.pdf.
- Souza, P. A., & Ros, M. A. (outubro de 2006). Os motivos que mantêm as mulheres vítimas de violência no relacionamento violento. *Revista de Ciências Humanas*, 40, 509-527.
- Yin, R. (2001). *Estudo de caso: planejamento e métodos* (2 ed.). Porto Alegre: Bookman.

Data de submissão 1 de outubro de 2014

Data de aprovação 27 de novembro de 2014

ENTRE DOENTES E BANDIDOS: A tramitação da lei de drogas (nº 11.343/2006) no Congresso Nacional // *Marcelo da Silveira Campos*¹

Palavras-chave:

Lei de Drogas / Congresso Nacional / Política Criminal

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

Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **Congresso Nacional e Políticas sobre Drogas: o histórico da Lei nº 11.343 de 2006.**
- 3 **Histórico Legislativo**
- 4 **Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico- CSPCCOVN/2003**
- 5 **O debate do legislativo sobre as diferenciações entre usuários e traficantes**
- 6 **Considerações finais**
- 7 **Referências bibliográficas**

Resumo

O artigo analisa o histórico de tramitação legislativa, no Congresso Nacional, da Lei nº 11.343 de 2006, que é a atual Lei de Drogas no Brasil. O material empírico é composto pelos projetos de lei e discursos dos deputados e senadores que atuaram desde o início da tramitação, no ano de 2002, até a aprovação do novo dispositivo legal, no ano de 2006. O artigo centra-se em investigar três problemas: (i) quem são os principais atores do legislativo que influenciaram a aprovação do dispositivo de drogas atual (presidente de comissões, redatores, partidos proponentes, etc.); (ii) quais são as principais alterações referentes à criminalização do uso e comércio de drogas nas propostas apresentadas desde o início da tramitação da lei (2002) até a sua aprovação (2006); (iii) quais eram as principais justificativas do Legislativo, naquele contexto histórico específico, para mudanças na política de drogas. O principal resultado obtido aponta que a lei de drogas no Brasil emergiu como fruto de um saber político que, de um lado, assume características de um poder positivo (que busca gerir a vida do usuário de drogas com base no saber médico) e, de outro, que funciona como um poder repressivo (que visa “prender e combater” o traficante de drogas com base no saber jurídico).

¹ Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo e professor da Universidade Federal da Grande Dourados. Contato: celo.campos@gmail.com

BETWEEN SICKS AND BANDITS: The processing of drug law (No. 11.343 / 2006) in Congress // *Marcelo da Silveira Campos*

Keywords

New Drug's Law / Brazilian National Congress / Criminal Policy



Abstract

This article analyses the historical legislative procedure, in Brazilian Congress, about the New Drug's Law 11.343 of 2006, which is the current Drug's Law in Brazil. The empirical material consists in projects and reports of parliamentarians who were active since the beginning of the procedure, in 2002, until the adoption of the new legal provision, in 2006. The article aims to investigate three main questions: i) who were the main actors that influenced the legislative approval of the current drugs dispositif (committees leaders, editors, proponents parties, etc.); ii) what are the main changes regarding the criminalization of drug use and drug dealers in these proposals from the beginning of the law's procedure (2002) until when it had been approved (2006); iii) what were the main justifications in the particular historical context for changes in drug policy.

1 Introdução

Este artigo analisa o histórico de tramitação, no Congresso Nacional, da Lei nº 11.343 de 2006, a atual Lei de Drogas² no Brasil. O material empírico que da pesquisa é composto por projetos de leis, pareceres e discursos dos deputados e senadores que atuaram desde o início da tramitação do projeto, no ano de 2002, até a aprovação do novo dispositivo legal, no ano de 2006. Por meio deste material o artigo centra-se em investigar três questões-problemas centrais: (i) identificar alguns dos principais atores do legislativo que influenciaram a aprovação do dispositivo de drogas atual (presidente de comissões, redatores, partidos proponentes, etc.); (ii) mostrar quais são as principais modificações referentes à criminalização do uso e comércio de drogas nos projetos de lei apresentados desde o início da tramitação da lei (2002) até a sua aprovação (2006); (iii) expor quais eram as principais justificativas do Legislativo, naquele contexto histórico específico, para uma mudança política em relação ao tema das drogas.

As questões a serem demonstradas são: 1) o legislativo apresentou o projeto de lei original em 2002, no contexto da chamada “onda de sequestros”, sob forte demanda da opinião pública³; 2) uma abordagem

2 A noção de drogas será aqui utilizada de acordo com o sentido comum no discurso jurídico que designa uma determinada substância como ilegal. A lista atualizada das substâncias entorpecentes-proibidas é publicada pela ANVISA. No entanto, o termo é polissêmico, já que, tal noção é cercada de construções sociais e de temporalidades. Temos a consciência de que “droga” é uma questão moral que envolve dicotomias, tais como os pares ilegal/legal, consumo/tráfico, lícito/ilícito, proibição/legalização. Trata-se de pressupostos morais, pois tais termos e categorias são relativos, podendo se prestar aos mais variados propósitos, por exemplo, fundamentando escolhas, julgamentos ou políticas. Para uma discussão histórica sobre as proibições das drogas no mundo, com enfoque no caso canadense e americano, ver: Beauchesne, L. Les coûts cachés de la prohibition. Montréal, éditions Lanctôt, mai 2003, 341p.

3 Segundo Howlett (2000, p.175) os efeitos da opinião pública sobre as políticas não são diretos, mas são significativos. A opinião pública se constitui como “pano de fundo”, um “locus” no qual é um elemento importante em que o processo político se produz. Portanto, a relação entre a opinião pública e as políticas públicas é complexa, difusa e não linear em sociedades democráticas. Envolve uma multiplicidade de atores, ideias, interesses, instituições, demandas da sociedade civil de cada país (ou, ainda dentro de cada país, demandas de cada unidade federativa) ou, de modo mais específico, pode influenciar uma lei ou a proposta de uma lei, como no caso das propostas de redução da maioria penal nos períodos de crimes com grande repercussão pública.

“menos punitiva” e mais “preventiva”, focada agora na “saúde” do usuário de drogas, foi um dos objetivos centrais para a emergência de uma nova lei de drogas; 3) o projeto de lei inicial pretendia extinguir a pena de prisão ao usuário de drogas e manter a pena mínima para o tráfico em três anos; 4) a definição da quantidade de drogas possível para o uso era descrita nos projetos iniciais sob o termo “pequena quantidade”, mas foi subtraído durante a tramitação ao mesmo tempo que se incorporou a palavra “pena” na redação do artigo que define o uso de drogas; 5) a pena mínima para o tráfico de drogas foi aumentada para 5 anos apenas no fim da tramitação, pela sugestão do Deputado Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ)⁴. O sentido desse aumento era impossibilitar a conversão da pena privativa de liberdade em uma pena restritiva de direito, já que, um dos requisitos básicos para a substituição é o de que a pena de prisão não exceda o limite de quatro anos⁵.

O problema central deste artigo consiste justamente na coexistência entre a diminuição das penas para os usuários (agora objeto das instituições de saúde pública) e o recrudescimento penal para os traficantes, que permite as condições de emergência e linhas de aceitabilidade⁶ para a aprovação de um novo dispositivo de drogas, ou seja, uma nova lei de drogas no Brasil.

Trata-se, logo, de pensar as intersecções entre os discursos médico, político e jurídico-criminal na formu-

4 Fonte: DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 13/02/2004, p.058040. Biscaia era membro titular da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico (CSPCCOVN), em 2003, na Câmara dos Deputados e fez a sugestão de aumento da pena mínima para o tráfico de drogas no Substituto da Câmara ao Projeto de Lei nº 7.134 de 2002.

5 Artigo 44 do Código Penal Brasileiro. As penas restritivas de direitos no Brasil são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana. Sobre as penas restritivas de direitos, ver a Lei nº 9.714, de 25 de Novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm. Acesso em 10/03/2015.

6 “O discernimento das linhas de aceitabilidade de um sistema é indissociável do discernimento das linhas que o tornam difícil de ser aceito: seu arbitrário em termos de conhecimento, sua violência em termos de poder, enfim, sua energia. Portanto, há a necessidade de se encarregar dessa estrutura, para melhor seguir seus artificios” (FOUCAULT, 2000, p.185).

lação da Lei nº 11.343 de 2006. Neste caso, o discurso do sistema político pode oscilar de um lado a outro (médico/criminal) reivindicando novas práticas de saber e poder sobre os usuários e comerciantes de drogas ilícitas. Segundo Pires (2004) tais mudanças poderiam ser pensadas na forma de um sinédoque que é a figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (pena): “Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena afliativa, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno” (PIRES, 2004, p. 42).

Em tempos de importantes modificações sobre o uso e venda de substâncias consideradas ilícitas (a descriminalização do uso de drogas em Portugal no ano 2000⁷, a legalização do uso e venda da cannabis em estados americanos como Colorado e Washington em 2012⁸ e, por fim, a regulação da produção e do comércio da cannabis no nosso vizinho Uruguai⁹), a finalidade do texto será compreender historicamente as questões presentes, os estigmas passados e futuros quando pensamos na questão do grande aumento do encarceramento e das políticas estatais sobre drogas no Brasil contemporâneo.

2 Congresso Nacional e Políticas sobre Drogas: o histórico da Lei nº 11.343 de 2006.

Como se sabe, a atual lei de drogas (Lei nº 11.343/2006) trouxe algumas modificações no que concerne ao uso e o tráfico de drogas no Brasil. De

um lado, aumentou-se a pena mínima do comércio de drogas, estabelecendo 5 anos de reclusão, e a pena máxima foi mantida em 15 anos de prisão, além de pagamento de 500 a 1.500 dias-multa (artigo 33)¹⁰. Na lei anteriormente em vigor, as penas estabelecidas para o tráfico de drogas variavam de 3 a 15 anos¹¹ de prisão.

Quanto ao usuário, a inovação¹² “acidental” da lei de drogas diz respeito à abolição da pena de reclusão e da multa para o uso de drogas. Nesse sentido, a ideia de inovação aqui faz referência ao fato de que a nova lei exclui a pena de prisão como sanção autorizada e não previu a pena de multa, excluindo, portanto, duas das formas mais usuais do sistema político prever punições desde, pelo menos, a segunda metade do século XVIII¹³. Além disto, as penas selecionadas pelo legislativo (I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviço à comunidade; III -

10 Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 08/04/2014.

11 A lei anterior era a Lei nº 6.368 de 1976. o artigo 12 da lei estabelecia pena de reclusão de 3 a 15 anos, e multa para o crime de tráfico de drogas. No caso do usuário, o artigo 16 dispunha pena de detenção de 6 meses a dois anos, e multa

12 O conceito de inovação aqui se refere à formulação e aprovação da Lei nº 11.343 de 2006 no sistema político. No histórico legislativo aqui estudado, o fim da pena de prisão e da multa é uma inovação justamente porque remete a algo diferente da resposta hegemônica do sistema de justiça criminal: a pena de prisão afliativa e a multa (PIRES E CAUCHIE, 2011). Para uma análise da recepção da Lei nº 11.343 de 2006 no sistema de justiça criminal, ver Campos (2015).

13 Foucault (2013, p. 44) traz esta reflexão sobre a punição no século XVIII no seu último curso publicado na França intitulado *La Société Punitiva*. Para o autor, é a partir do século XVIII que vai se formular a ideia que o crime não é somente um fato, mas algo que afeta a sociedade inteira. Nessa concepção o crime é um gesto pelo qual o indivíduo rompe o pacto social que o ligava aos outros, entrando em guerra contra a própria sociedade. O criminoso é percebido socialmente como um inimigo social e a punição deve ser uma medida de proteção (de contra guerra, assinala Foucault) que a sociedade vai colocar contra o crime e o criminoso. É onde encontramos, por exemplo, a ideia de que uma pena de prisão deva ser útil à sociedade como em Césare Beccaria. Para mais, ver: FOUCAULT, M. *La Société Punitiva: Cours au Collège de France 1972-197*. EHESS. Ed. Galimard Seuil, 2013.

7 A Lei de Portugal que descriminalizou o uso de drogas é a Lei nº 30/2000.

8 Legalização do uso de cannabis, no ano de 2012, nos estados de Colorado e Washington. Para mais, ver: <http://www.drugpolicy.org/news/2012/11/colorado-and-washington-state-make-history-become-first-us-states-regulate-tax-and-cont>. Também desenvolvi algumas destas ideias sobre as mudanças globais nas políticas de drogas, incluindo o caso da Cannabis Medicinal no Canadá, em “Canadá e Viena: mudanças globais nas políticas de drogas?”. Disponível em: <http://homolog-oesquema.getup.io/penselivre/>. Artigo publicado originalmente na versão impressa do Correio Braziliense do dia 31/03/2014.

9 Lei nº 19.172 de 2013 que regulou a produção, comercialização e distribuição da *Cannabis*. Fonte: <http://www.reuters.com/article/2013/12/11/us-uruguay-marijuana-vote-idUSBRE9BA01520131211>.

medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo) não possuem o status jurídico consagrado de penas, já que, não são as penas mais comumente selecionadas e valorizadas pelas teorias modernas da pena e utilizadas pelo sistema político, quais sejam, retribuição, dissuasão, neutralização e o primeiro paradigma da reabilitação (Pires e Cauchie, 2011, p.301)¹⁴.

Desse modo, manteve-se a criminalização dos usuários de drogas no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006¹⁵. Isto ocorre na medida em que o usuário deve ser levado à delegacia, assinar o Termo Circunstanciado¹⁶, prestar depoimento, comparecer ao Juizado

14 Sobre a Racionalidade Penal Moderna ver: PIRES, A.P. *Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne*. In: Debuyst C., DIGNEFFE, F., PIRES, A.P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2: *la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Ottawa: De Boeck Université, Ottawa, 1998, p.3-52. Para desdobramentos das pesquisas conduzidas pelo professor Álvaro Pires com o aparato conceitual e metodológico da Racionalidade Penal Moderna, ver: DUBE, R. (Org.); GARCIA, M. (Org.); MACHADO, MAIRA ROCHA (Org.) . *Rationalité Pénale Moderne*. 1. ed. Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2013. v. 1.

15 Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

16 O termo circunstanciado é um documento feito pela autoridade policial com o objetivo de substituir o auto de prisão em flagrante

Especial Criminal (JECRIM) para audiência, sujeito às seguintes medidas: advertência verbal, prestação de serviço à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo e a multa. Cabe aqui esclarecer a mudança: o que ocorreu foi o fim da pena de prisão para o porte de drogas e não uma descriminalização, pois, a posse de drogas para uso pessoal permanece sendo crime no Brasil, como indica o próprio nome do capítulo III da Nova Lei de Drogas é “Dos crimes e das penas”.

O novo dispositivo legal não descriminalizou o uso de drogas no Brasil nem despenalizou a posse e uso de drogas no Brasil, mas sim atenuou a pena em relação ao referencial anterior, já que a lei não autoriza a posse e o uso pessoal de drogas, mantendo a conduta sujeita, inclusive, como um tipo penal, que acarreta algumas consequências ao indivíduo, como a necessidade de ir a uma delegacia e assinar um termo circunstanciado. O termo “despenalização” também é impreciso, já que, se anteriormente os usuários de drogas poderiam ser punidos com a pena de detenção agora ainda sofrem “as ‘penas’ enumeradas nos pontos I, II e III do dispositivo” (Pires e Cauchie, 2011, p. 303). Nesse sentido, em relação à situação anterior certamente pode-se falar em uma atenuação de pena, já que excluiu-se a pena de prisão e a pena de multa que são as penas clássicas do sistema de direito criminal moderno. Não obstante, em relação à despenalização, ela não aconteceu no sentido forte do termo, já que o indivíduo que utiliza substâncias consideradas ilícitas, conforme dito, sofrerá as penas (mencionadas anteriormente aqui como itens I, II e III) previstas no artigo 28¹⁷.

Partindo destas considerações preliminares, entende-se que as modificações do dispositivo não se referem somente ao nível dos crimes e das penas. Além

delito nas ocorrências em que for considerada infração de menor potencial ofensivo. Segundo Grinover (2002, p.111) “(...) o termo circunstanciado a que alude o dispositivo nada mais é do que um boletim de ocorrência um pouco mais detalhado”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al] *Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

17 “Um observador pode empregar o termo despenalização para indicar essa redução, mas o termo permanece assim ambíguo e impreciso, pois deixa-se entender que não existem mais penas para esses crimes. Se, de forma mais forte, falamos de despenalização para significar que esses crimes efetivamente não possuem mais penas, a afirmação é falsa” (PIRES e CAUCHIE, 2011, p. 303).

deste primeiro deslocamento¹⁸ – o fim da pena de prisão ao usuário –, mais duas questões adicionais foram estabelecidas pelos parlamentares quando ocorreu formulação de uma nova lei de drogas no início dos anos 2000: o advento de um tratamento médico-preventivo para o usuário e o aumento da punição para o traficante mediante a expansão de grupos criminosos no início dos anos 2000, sobretudo, em São Paulo.

Por meio da análise do material empírico que será apresentada a seguir – um dossiê sobre a tramitação da atual Lei de Drogas¹⁹ –, pretendo demonstrar como foi possível emergir um novo dispositivo legal sobre drogas por meio da relação entre saber e práticas sociais.

3 Histórico Legislativo

O Projeto de Lei nº 115 de 2002, originado no Senado Federal, é de autoria da Comissão Mista de Segurança Pública - Grupo de Trabalho da Subcomissão Crime Organizado, Narcotráfico e Lavagem De Dinheiro (Grupo 3). Este projeto foi apresentado no dia 07 de maio de 2002. O Relator inicialmente designado foi o Deputado Moroni Torgan PFL (DEM/CE). Como presidente desta comissão, na época, foi designado o Senador Iris Rezende (PMDB/GO) e como vice-presidente o Senador Artur da Távola (PSDB/RJ). Vejamos as etapas cronológicas da tramitação do PLS nº 115 de 2002 até sanção da Lei nº 11.343 em 2006:

• 07/05/2002: Apresentação de Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 115 de 2002 pelo “Grupo de Trabalho – Subcomissão – Crime organizado, Narcotráfico e Lavagem de Dinheiro (Grupo 3)”.

• 07/08/2002: O Projeto teve tramitação rápida no Senado e teve a sua redação final aprovada.

18 «*En matière de droit criminel, les idées innovatrices ouvrent ainsi le champ des options, conçoivent comme possible ce qui n’ avait pas été conçu comme possible ou admissible par le système de pensée dominant*» (DUBÉ, 2014, p. 19).

19 O dossiê foi me disponibilizado no ano de 2011 pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Em especial, agradeço o Humberto Caetano de Sousa pelo material de pesquisa.

• 20/08/2002: Foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão. Na Câmara dos Deputados recebeu o nº 7.134 de 2002 (PL 7134/2002).

• 21/05/2003: Foi recebido na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania - CCJC - pela CCJR (Comissão de Constituição e Justiça e de Redação) da Câmara dos Deputados. Foi anexada (apensada²⁰) a proposição “Projeto de Lei nº 6.108 de 2002”. Neste momento foi designado o relator do projeto da Nova Lei de Drogas: o deputado Paulo Pimenta PT-RS.

• 17/02/2004: A Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 7.134 de 2002 e incorporou parte do Projeto de Lei nº 6.108/2002 com um projeto substitutivo feito pela CSPCCOVN (Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico), com alterações ao texto original, tendo o substitutivo sido remetido ao Senado Federal.

• 03/06/2004: Parecer 846 de 2004 – Senador Sérgio Cabral.

• 03/07/2004: Sugestões do Conselho Nacional Penitenciário de Política Criminal (CNPCCP) e do Ministério da Justiça (MJ) – 143 sessão – Emenda Substitutiva Global.

• 06/07/2006: Incorporação dos Pareceres nº 846 do Relator Senador Sérgio Cabral (PMDB-RJ) e nº 847 Senador Romeu Tuma (PTB-SP).

• 13/07/2006: Discussão em turno único do substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado nº 115 de 2002 – Votação, aprovação e envio à Sanção.

• 03/08/2006: Parecer nº 932 de 2006 – redação Final do Projeto de Lei do Senado nº 115 de 2002.

20 Apensação é uma tramitação em conjunto. Propostas semelhantes são apensadas ao projeto mais antigo. Se um dos projetos semelhantes já tiver sido aprovado pelo Senado, este encabeça a lista, tendo prioridade sobre os da Câmara. O relator dá um parecer único, mas precisa se pronunciar sobre todos. Quando aprova mais de um projeto apensado, o relator faz um substitutivo ao projeto original. O relator pode também recomendar a aprovação de um projeto apensado e a rejeição dos demais. <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/69896.html>. Acesso em 19/09/2012.

• 24/08/2006: Publicada a Lei 11.343/2006²¹.

O Projeto de Lei do Senado nº 115 de 2002 é de autoria da Comissão Mista de Segurança Pública - Grupo de Trabalho da Subcomissão Crime Organizado, Narcotráfico e Lavagem de Dinheiro (Grupo 3). Este projeto foi apresentado no dia 07 de maio de 2002, e é de iniciativa do Senado Federal. O Relator inicialmente designado foi o Deputado Moroni Torgan (DEM/CE). Como presidente desta comissão, na época, foi designado o Senador Iris Rezende (PMDB/GO) e como vice-presidente o Senador Artur da Távola (PSDB/RJ).

Essa Comissão Mista de Segurança Pública foi criada pelo Legislativo brasileiro em 2002. O contexto histórico-político de sua criação refere-se àquilo que a grande mídia, senadores e deputados nomearam na época como “onda de sequestros”²². De modo sucinto, pode-se dizer que foi um contexto histórico de grande repercussão pública dada a alguns sequestros que ocorreram na capital paulista, depois na cidade de Campinas (que culminou na prisão de Andinho²³) e na região de São José dos Campos.

21 Resolução nº 5 do Senado de 15/02/2012. O ato suspendeu um trecho da legislação de entorpecentes que proibia a conversão do cumprimento de pena na cadeia nos casos de tráfico de drogas em punições mais leves, como a prestação de serviços comunitários. A decisão foi tomada a pedido do Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu que essa proibição da troca de penas era inconstitucional. Diz a Resolução: “O Senado Federal resolve: Art. 1º É suspensa a execução da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’ do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS. Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012. Senador JOSÉ SARNEY Presidente do Senado Federal.

22 Há um resumo interessante sobre o aumento da cobertura midiática do período, no site do Observatório de Segurança Pública (OSP/UNESP). Citando-o: “Grande parte das matérias procura salientar o aumento considerável dos casos de sequestros. Um caderno especial procurou ouvir as vítimas do sequestro e identificar o perfil do agressor. Sequestros relâmpagos ou roubos qualificados? Em 1999, o crime de sequestro recebeu uma adjetivação nova: sequestro relâmpago. No caderno Arquitetura da Violência, página 08, no dia 24 de novembro de 1999, a matéria “Um morador de SP é vítima de sequestro relâmpago a cada 5 horas” informa que até o mês de julho ocorreram 158 sequestros relâmpagos.” Disponível em <http://www.observatoriodeseguranca.org/imprensa/sequestros>. Acesso em 15/09/2012.

23 Wanderson Nilton Paula Lima, o Andinho, possui ao menos 17 condenações por sequestros, homicídios, roubos e tráfico de drogas e também 31 mandados de prisão preventiva. Ele também

A justificativa central²⁴ dada para a implementação desta Comissão em 2002, foi a seguinte:

A criação da Comissão Parlamentar Mista Especial de Segurança Pública deveu-se a motivos que a todos ainda ressoam bem vibrantes. Nasceu no bojo da escalada da violência no início deste janeiro, mais especificamente por ocasião do desate de ondas intermináveis de sequestros. O Congresso Nacional viu-se, então, na obrigação de mobilizar todas as forças partidárias em prol da superação de tão grave problema. Composta por vinte Senadores e vinte Deputados (e igual número de suplentes), a Comissão prontificou-se, num prazo exíguo de sessenta dias, a apresentar em textos consolidados não somente projetos de lei, mas também propostas de emenda à Constituição. Modificações substanciais no Código de Processo Penal brasileiro são adotadas com o propósito de reduzir tanto o número de recursos quanto a duração dos processos criminais, tentando extinguir de vez o problema da morosidade da Justiça. Além disso, a Comissão determina punições mais rigorosas para crimes de grande potencial ofensivo, tráfico de armas, narcotráfico e o crime organizado. Nessas condições, a punição para o crime de sequestro será agravada, bem como os crimes de terrorismo e de lavagem de dinheiro serão finalmente enquadrados na legislação penal. Novas tipificações criminais foram reconhecidas, tais como seqüestro-relâmpago (extorsão mediante privação de liberdade), extorsão mediante seqüestro por meio de transporte coletivo, clonagem de cartão e celular, pedofilia na internet e, por fim, roubo e receptação de carga (RELATÓRIO DA COMISSÃO PARLAMENTAR ESPECIAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2002, p. 10) [grifos nossos].

É, portanto, nesse contexto denominado “onda de sequestros” que o projeto inicial de uma Lei de Drogas foi concebido. Em relação à punição, o projeto inicial dispunha, para cada um dos tipos penais, o seguinte:

foi acusado e denunciado pelo Ministério Público à Justiça pelo assassinato do prefeito de Campinas, Antonio da Costa Santos, o Toninho do PT, em 2001. Ele sempre negou participação no crime. 24 Introdução do Relatório de Criação da Comissão. Brasília, 16 de abril de 2002, Deputado MORONI TORGAN (Relator).

Tráfico: a pena prevista era de no mínimo 3 anos para o máximo de 15 anos²⁵ de prisão mantendo, portanto, a lei que vigorava até então²⁶;

Uso de drogas: o projeto inicial já estabelecia o fim da pena de prisão para o usuário de drogas²⁷.

No dia 05/06/2002 este projeto inicial do Senado foi aprovado nessa casa em segundo turno e com abstenção do bloco da oposição, comandado pelo Senador Luiz Eduardo Suplicy (PT-SP). Em seguida, no dia 21/08/2002, o projeto recebeu na Câmara dos Deputados a numeração e sigla de PL nº 7.134/2002. Na Câmara, junto a esse projeto, foi apensado o PL nº 6.108/2002²⁸, de autoria do Executivo e que também visava a alterações na regulação da venda e uso de drogas.

25 Esta era a redação do PLS nº 115 de 2002 para o tráfico de drogas: “Dos Crimes e das Penas - CAPÍTULO III Art. 14. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com de terminação legal ou regulamentar, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica: Pena – prisão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de setecentos (700) a um mil e quinhentos (1.500) dias-multa.”

26 A lei anterior (Lei nº 6.368 de 1976), no artigo 12, estabelecia que: “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; pena de reclusão, 3 a 15 anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

27 Esta era a redação do PLS nº 115 de 2002 para o uso de drogas “Art. 22. Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com de terminação legal ou regulamentar. Medidas de caráter educativo: I – prestação de serviços à comunidade; II – comparecimento a programa ou curso educativo; III – proibição de frequência a determinados locais; IV – submissão a tratamento”.

28 A Lei nº 10.409/2002 dispunha sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde.

4 Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico- CSPCCOVN/2003.

Em 2003, após a mudança partidária no Executivo brasileiro, também foi alterada a composição partidária no Legislativo. Este processo implicou na modificação das composições das Comissões. Nesse momento, o deputado Paulo Pimenta do PT/RS foi designado o relator deste projeto e passou a ser um dos atores centrais na elaboração da L nº 11.343 de 2006.

Quando ocorreu a emergência deste dispositivo no Legislativo haviam três projetos de redações para tentar regular o uso e o comércio de drogas. No que diz respeito ao uso de drogas, vale frisar que duas das propostas faziam referência ao termo “pequena quantidade”, ou seja, buscavam especificar uma quantidade de substância permitida para uso e porte com o termo “pequena” expresso.

Já o artigo 20-A do PL nº 6108/2002 não especificou a quantidade de drogas para o uso. Conforme aponto no quadro abaixo, esta última versão (que não determina a quantidade) acrescida da palavra “pena” foi a que vigorou na redação final da atual Lei de Drogas, permanecendo a criminalização do uso de drogas como até os dias atuais.

Apresento, a seguir, um quadro sobre as propostas de alterações da Lei de Drogas. O quadro comparativo aponta as principais alterações nas punições para o uso e comércio de drogas e de que forma o projeto inicial foi se modificando até se chegar à redação da lei em vigor.

Quadro 1 - Uso de drogas

Número do Projeto de Lei	PLS nº 115/2002	PL nº 7134/2002	PL nº 6108/2002	Substitutivo Câmara dos Deputados/20/02/2004	Câmara dos Deputados/20/02/2004	Lei nº 11.343/2006
Redação do Artigo	<p><u>Artigo 22:</u></p> <p>Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, <u>em pequena quantidade</u>, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.</p>	<p><u>Artigo 22:</u></p> <p>Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, <u>em pequena quantidade</u>, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.</p>	<p><u>Artigo 20-A:</u></p> <p>Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, produto, substância ou <u>droga considerados ilícitos</u> ou que causem dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.</p>	<p><u>Art. 28.:</u> Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar <u>será submetido</u> <u>às seguintes penas.</u></p>	<p><u>Art. 28:</u></p> <p>Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar <u>será submetido às seguintes penas.</u></p>	
Punição	<p><u>Medidas de Caráter Educativo:</u></p> <p>I – prestação de serviços à comunidade;</p> <p>II – comparecimento a programa ou curso educativo;</p> <p>III – proibição de frequência a determinados locais;</p> <p>IV – submissão a tratamento;</p>	<p><u>Medidas de Caráter Educativo:</u></p> <p>I - prestação de serviços à comunidade;</p> <p>II - comparecimento a programa ou curso educativo;</p> <p>III - proibição de frequência a determinados locais;</p> <p>IV - submissão a tratamento.</p>	<p><u>Medidas de Caráter Educativo:</u></p> <p>I - Prestação de serviço à comunidade;</p> <p>II - Comparecimento a programa ou curso educativo;</p> <p><u>III - Comparecimento a atendimento psicológico;</u></p> <p>IV – Multa</p>	<p>I – advertência sobre os efeitos das drogas;</p> <p>II – prestação de serviços à comunidade;</p> <p>III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.</p>	<p><u>I - Advertência sobre os efeitos das drogas;</u></p> <p>II - Prestação de serviços à comunidade;</p> <p>III - Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.</p>	

Quadro 1 – Comparativo da criminalização do uso de drogas – Tramitação Lei de Drogas – Fonte: MJ/SAL

Quadro 2 - Tráfico de drogas

Número do Projeto de Lei	PLS nº 115/2002	PL nº 7134/2002	PL nº 6108/2002	Substitutivo Câmara dos Deputados - 20/02/2004	Câmara dos Deputados - 32.	Lei nº 11.343/2006
Lei	Art. 14. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com de	Art. 14. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em	“Art. 14-A. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregara consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, produto, substância ou droga considerados ilícitos ou que causem	Art. 32. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	Art. 32. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
Redação do Artigo	terminação legal ou regulamentar, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.	desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.	dependência física ou psíquica, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.			
Punição	Pena – prisão, de 3 a 15 anos, e pagamento de setecentos a um mil e quinhentos dias-multa.	Pena - prisão, de 3 a 15 anos, e pagamento de setecentos a um mil e quinhentos dias-multa.	Pena – reclusão de 3 a 15 anos e multa.	Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.	Pena - reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.	Pena - reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

Quadro 2 – Comparativo do recrudescimento penal ao tráfico de drogas - Tramitação Lei de Drogas – Fonte: MJ/SAL.

Os quadros resumem a tramitação dos projetos originais da lei de drogas e as alterações pelas quais passaram os artigos que dispõem sobre o uso e o tráfico de drogas ao longo da tramitação no Senado Federal e Câmara dos Deputados (2002 até 2006). De forma sucinta, por meio deste histórico legislativo das propostas, observa-se que:

O fim da pena de prisão do uso de drogas foi posto desde o Projeto de Lei originário do Senado (PLS nº 115/2002);

Ainda, quanto ao uso, no início havia uma preocupação em relação a estabelecer alguma palavra que delimitasse uma quantidade limite ao uso de drogas. Observa-se isto no início da tramitação pela escolha do termo “pequena quantidade” (PL nº 7134/2002 e PLS nº 115/2002). Ao longo da tramitação, esta redação desapareceu, sem muitas justificativas pelos parlamentares, e manteve-se a redação atualmente em vigor que excluiu o fim da pena de prisão para o uso de drogas, mas sem qualquer referência a uma quantidade-limite permitida para o uso pessoal. Foi assim que a discricionariedade foi aprovada como um critério objetivo, já que, primeiramente os policiais e, por fim, os juízes irão julgar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal²⁹.

Para o tráfico de drogas, nota-se que todas as propostas iniciais propunham uma pena mínima de 3 anos para o tráfico de drogas mantendo, dessa forma, a punição anteriormente em vigor³⁰.

O aumento da pena mínima, elevada para 5 anos, foi posta somente no último Projeto de Lei (o substitutivo da Câmara dos Deputados), por meio da sugestão do Deputado Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ).

Após o quadro comparativo apresentam-se, a seguir, alguns trechos e pequenos fragmentos extraídos dos pareceres dados pelos relatores, deputados e sena-

29 Artigo 28... “§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.” Na prática, a lei instituiu a polícia para fazer a primeira “avaliação” se a substância destina-se ou não ao consumo pessoal, mas isto não será objeto deste artigo.

30 Lei nº 6.368 de 1976.

dores presentes nestas Comissões. Este material coloca, ao menos, duas questões fundamentais para o argumento deste texto: 1) o primeiro objetivo da lei era “acabar” com a indistinção entre usuários e traficantes, ou melhor, de usuários presos como traficantes no Brasil³¹; 2) com isto a intenção dos legisladores era deslocar o usuário do sistema de justiça criminal para o sistema de saúde e, conjuntamente, punir mais duramente o traficante.

Este segundo ponto será fundamental nesta reflexão, já que, retomando a proposição de Pires (2004, p.42) pode-se pensar tais mudanças na forma de um sinédoque porque define o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (pena). Desse modo, é possível notar nos depoimentos dos parlamentares que para a diminuição da pena destinada ao usuário ser aceita foi necessário, ao mesmo tempo, o aumento da pena de prisão. Eis que, dessa constatação, pode-se extrair a ideia de pensar o resultado final da lei de drogas como a metáfora de um copo, meio vazio e meio cheio.

Ou seja, a análise toma por pressuposto metodológico a função de descrever como as práticas sociais engendram domínios e formas de saber que fazem aparecer novos objetos, conceitos, políticas e, sobretudo, como estes enunciados foram aceitos como verdadeiros em um determinado momento específico³². Vejamos o que disse o senador Sérgio Cabral em um de seus relatórios durante a tramitação da Lei nº 11.343 de 2006:

O Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados traz enormes avanços na regulação das drogas no Brasil. Essa constatação não é apenas deste relator do projeto, mas de inúmeras autoridades e instituições da área que assim se manifestaram, sendo de se destacar o Ministro da Segurança Institucional, Jorge Armando Felix, o Secretário Nacional AntiDrogas, Paulo Roberto Yog de Miranda, o Representante Regional – Brasil e Cone Sul, do Escritório contra Dro-

31 Esta indistinção não é algo propriamente novo, fruto exclusivamente da Nova Lei de Drogas, como já apontaram há bastante tempo os trabalhos de Barbosa (2008) e Zaluar (2004).

32 FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª edição Nau Editora, Rio de Janeiro, 2002; BRUNI, José Carlos. Foucault: o silêncio dos sujeitos. *Tempo social* (USP) 1.sem.1989; p. 199-207.

gas e Crime das Nações Unidas, Dr. Giovanni Quaglia, o Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE, através de seu vice-presidente, o juiz de direito Joaquim Domingos de Almeida Neto, o Deputado Federal Fernando Gabeira e o Deputado Estadual do Rio de Janeiro Carlos Minc, notórios estudiosos e pesquisadores do temas das drogas no Brasil, entre outros. O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é na verdade dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 06/07/2006, p.22778)³³.

O parecer transcrito por Sérgio Cabral foi emitido em meio ao debate legislativo final da aprovação da lei de drogas. O parecer do Senador, nesse sentido, já contemplava o projeto da lei tal como a conhecemos hoje. Nota-se pelo fragmento acima que a justificativa para a extinção da pena de prisão e da multa para o usuário de drogas seria, segundo os parlamentares, a corrupção policial da lei anterior de drogas decorrente da combinação da possibilidade de acaque por meio da possibilidade da pena de prisão. Segundo Cabral, estas duas questões é que alimentavam um sistema de corrupção. É digno de nota que o ônus da corrupção recai, na fala de Cabral, somente nas tentativas do usuário “corromper a autoridade policial”.

A atual lei de drogas no Brasil emerge assim num contexto em que ela é atravessada por este duplo regime de saberes e tecnologias de poder: num plano repressivo (em relação ao tipo penal do tráfico) ela é influenciada pelo contexto de formulação de políticas

33 Parecer 846 do Senador Sérgio Cabral PMDB-RJ. Publicado em Diário do Senado Federal, 2006.

repressivas de “combate” às drogas (Convenções da ONU³⁴, Guerra as Drogas³⁵, Guerra ao Terror³⁶), resquícios do final dos anos 90 e do war on terror em 2001. Num segundo plano – preventivo (quanto ao consumo de drogas) - ela é aprovada em meio ao contexto de expansão das chamadas “políticas de redução de danos” que objetivam uma abordagem do usuário de drogas com foco na prevenção, “autonomia individual” e redução dos danos do uso de drogas ilícitas.

Uma rápida contagem de palavras na atual lei de drogas mostra que a palavra “redução de danos e riscos” aparece 4 vezes e a palavra “prevenção” pode ser observada 24 vezes. No entanto, se contrastarmos a definição de redução de danos de Xavier (2006, p.8 13) com a lei de drogas observa-se que houve apenas uma incorporação muito lateral dessas ideias de modo que a palavra prevenção emerge no sentido da teoria da dissuasão, e não no sentido médico de agir para evitar um comportamento que poderá ser de risco.

Em breve síntese, as políticas de redução de danos procuram minimizar os riscos e os danos associados ao consumo de substâncias ilícitas por indivíduos que não podem ou não querem parar de consumi-las³⁷. De acordo com a definição dos principais pesquisadores e defensores desta perspectiva no Brasil:

Com o aparecimento da epidemia da Aids, em mea-

34 Há um item sobre o assunto no seguinte relatório: Tráfico de drogas e Constituição (Série Pensando o Direito – n. 1/2009 – Secretaria de Assuntos Jurídicos do Ministério da Justiça (SAL), Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e Faculdade de Direito da UNB;

35 Herz, M. Política de segurança dos EUA para a América Latina após o final da Guerra Fria. *Estudos Avançados*, USP, 2002; e Pereira, P. J. R. Crime transnacional e segurança: aspectos recentes do relacionamento entre Estados Unidos e América Latina. In: Ayerbe, Luís Fernando (Org.). *De Clinton a Obama: políticas dos Estados Unidos para a América Latina*. Ed: Unesp, 2009.

36 Sobre o assunto, ver: Campos, M. S.; Korner, A. Segurança e guerra ao terror: um balanço da literatura contemporânea sobre a América Latina após 11 de setembro. *Revista Mediações* (UEL), 2011.

37 Neste debate, vale ressaltar, existem outros centros de pesquisas (no Brasil) que defendem posições contrárias à descriminalização das drogas e a política de redução de danos. Dentre estes, podemos citar o UNIAD-Unifesp (Unidade de Pesquisa em Álcool e Drogas) e o INPAD (Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e outras Drogas).

dos da década de 1980, um novo olhar surge para a questão do uso indevido de drogas. A transmissão e disseminação do vírus entre usuários de drogas injetáveis passaram a ser uma ameaça a toda a sociedade, trazendo a necessidade de ações preventivas efetivas, cujos resultados não dependessem exclusivamente da aderência dos pacientes aos tratamentos para a abstinência. Surgem os primeiros centros de distribuição e troca de agulhas e seringas na Holanda e na Inglaterra, entre 1986 e 1987. A criação dos centros de troca de seringa, juntamente com as terapias substitutivas de heroína por prazo indeterminado e a liberdade de prescrição de drogas, tais como opióides e cocaína, readquirida pelos médicos na Inglaterra, constituem o início de uma outra forma de abordagem do problema das drogas intitulada “redução de danos”. Redução de danos é uma política de saúde que se propõe a reduzir os prejuízos de natureza biológica, social e econômica do uso de drogas, pautada no respeito ao indivíduo e no seu direito de consumir drogas (Xavier *et.al*, 2006, p. 813 - *grifos nossos*)³⁸.

Tendo em vista esse breve resumo do que seria esta perspectiva de redução de danos em relação ao uso de drogas, evidencio, a seguir, a emergência de um regime enunciativo com base no referencial médico, mas que é completamente encoberto pela centralidade na pena de prisão e no aumento da punição, conforme aponto nos itens seguintes. O histórico legislativo e os discursos dos deputados e senadores, a seguir apresentados, permitem demonstrar empiricamente estes pontos.

5 O debate do legislativo sobre as diferenciações entre usuários e traficantes

Trata-se de projeto de lei oriundo do Senado Federal, cuja elaboração coube à Comissão Mista de Segurança Pública. Seu objeto, originalmente, é o Sistema Nacional Antidrogas; a prevenção, a repressão e o tratamento, a definição de crimes e a regulação do procedimento dos crimes que define, dentre outras

38 MOREIRA, Fernanda Gonçalves; SILVEIRA, Dartiu Xavier da and ANDREOLI, Sérgio Baxter. Redução de danos do uso indevido de drogas no contexto da escola promotora de saúde. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2006, vol.11, n.3, pp. 807-816.

providências. A ele foi apensado o PL nº 6.108, de 2002, do Poder Executivo, que altera a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, dispondo sobre o mesmo objeto do PL nº 7.134 de 2002, em epígrafe. O PL nº 6108/2002 recebeu substitutivo aprovado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico e foi objeto de emenda de plenário, de autoria do Deputado Fernando Gabeira. Tanto o PL nº 7134, oriundo do Senado, quanto o Substitutivo aprovado pela CSPCCOVN, buscam, dar novo tratamento à legislação sobre drogas. No entanto, os dois projetos, em que pese o reconhecimento do esforço dos parlamentares que os aprovaram, não fazem uma diferenciação adequada entre o uso e tráfico [...] O PL nº 7134 (origem no Senado Federal) avança, de fato, no que se refere aos usuários e dependentes, na medida em que propõe, ao invés de penas de prisão, penas restritivas de direitos. Contudo, contrariando recomendações da Organização Mundial de Saúde, propõe, entre as medidas, o tratamento e a internação compulsórios. (ibid) Substitutivo ao PL nº 6.108/02 (Câmara dos Deputados) aprovado pela CSPCCVN, propõe, em síntese, o mesmo tratamento dado ao usuário ou dependente no texto do PL nº 7.134/02. Com relação à repressão do chamado crime de tráfico e seus acessórios, as duas proposições dão tratamento semelhante (3 a 15 anos), sendo que o Substitutivo apresentado ao PL nº 6.108/02, prevê penas mais altas para certas condutas. (ibid). (Diário da Câmara dos Deputados, Fev. 2004)³⁹.

O trecho acima foi retirado de um parecer⁴⁰ do Deputado (e relator do projeto de lei) Paulo Pimenta (PT-RS) em meados da tramitação da atual lei de drogas. O parecer, dado no dia 12/02/2004, indica que o legislativo justificou sua “nova” política de drogas de modo que esta deveria diferenciar de modo mais objetivo o “usuário” do “traficante”.

Segundo o deputado, os primeiros deveriam ser vistos enquanto pessoas que possuem “vulnerabilidades de fundo individual e social”. Já os segundos – traficantes - deveriam ser punidos de modo mais repressivo “atendendo ao clamor da sociedade bra-

39 Parecer do Deputado Paulo Pimenta (PT-RS).

40 Substitutivo ao PL 7.134/02 e PL 6108/02 - Parecer da CCJR – 12/02/2004. (Diário da Câmara dos Deputados, Fev. 2004, p.05401).

sileira”. Por isto, como veremos, o projeto inicial que previa 3 anos como pena mínima ao comércio de drogas aumentou a pena mínima para 5 anos. Cito outro fragmento do Deputado:

Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente de drogas e ao traficante, igualmente tratados, na Lei nº 6.368 de 1976, como criminosos com pena restritiva de liberdade, desconsiderando-se as motivações originais de cada situação. O usuário ou dependente de Drogas, antes de se constituir um contraventor, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, que não pode ser confundida com a figura do traficante. Merece, para si e para sua família, atenção à saúde e oportunidades de inserção ou reinserção social. Sendo assim, encaminho novo substitutivo ao Projeto de Lei nº 7134 de 2002, que considero ter registrada uma abordagem mais atualizada quanto os aspectos científicos, mais humana, mais democrática, sintonizada com a realidade brasileira e com as possibilidades concretas de ser implementada [...]. Nesse sentido, procuramos, no Projeto Substitutivo, separar usuário ou dependente do traficante. Para os primeiros, formulamos uma política que busca inseri-los no âmbito da saúde pública. Para os segundos atendendo ao clamor da sociedade brasileira, mantivemos as medidas de caráter repressivo, melhorando, no entanto, a redação de alguns dispositivos que não estavam de acordo com o sistema de penas brasileiro. Ressaltamos, desde já, que nossa preocupação, mais do que produzir um novo texto, foi tornar didática e eficaz a compreensão e a aplicação da lei. (Diário da Câmara dos Deputados, 12/02/2004).

Assim sendo, o usuário não seria mais tratado como um criminoso. Além disso, reafirma agora o então Senador Sérgio Cabral que o espírito do projeto é de atuar na prevenção do uso indevido de drogas:

Ainda no que se refere ao usuário, ressalte-se que o espírito do Projeto é o de atuar na prevenção do uso indevido de drogas, e na atenção e na reinserção social de usuários e dependentes de drogas, conforme se extrai do seu art. 3º, I. Para isso, são elencados no art.19 vários princípios que informam as atividades de prevenção do uso indevido de drogas. Importantes também são as previsões do art.24, de permis-

são da concessão de incentivos fiscais por todos os entes federativos para instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial e do art.25, de possibilitar que instituições da sociedade civil sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do FUNAD (ibid, p. 22779).

Os deputados e senadores ainda enfatizaram o caráter de saúde pública que atravessou a formulação do título sobre a prevenção do uso indevido de drogas na Lei de Drogas, como podemos ver no seguinte fragmento do relator deputado Paulo Pimenta (PT-RS):

[...] o projeto avança no sentido de caracterizar e consagrar na legislação brasileira uma distinção ante essas duas matérias que já deveriam há muito tempo ser tratadas de maneira distinta. No capítulo que envolve a prevenção do uso indevido, praticamente constituímos todo esse tema como um tema de saúde pública e, por isso, não de natureza policial. Chegamos a pensar – alguns Srs. Deputados pensam assim – que poderíamos, talvez, já neste momento, iniciar uma discussão sobre a descriminalização do uso de drogas no País. Como a própria ementa já explica, a ideia do substitutivo é constituir um sistema nacional de políticas públicas que tenha a finalidade de articular, integrar e organizar atividades relacionadas com 2 temas: o primeiro, prevenção do uso indevido e atenção à reinserção social do usuário e dependentes; o segundo, a repressão não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. (Diário da Câmara dos Deputados - 13/02/2004)⁴¹.

Aqui, por meio do conteúdo histórico produzido pelos discursos dos parlamentares no Congresso Nacional, o objetivo do artigo foi analisar como estes conteúdos foram aceitos como verdadeiros, em um contexto histórico específico. E, sobretudo, quais são os efeitos de verdade e poder que os parlamentares queriam produzir. De modo sucinto, pode-se dizer que dois enunciados foram fundamentais: i) o usuá-

41 Parecer do Deputado Paulo Pimenta (PT-RS).

rio de drogas é objeto de discursos estigmatizantes pelos parlamentares que o representam como um ser detentor de “vulnerabilidades sociais e individuais” e, por este motivo, deveriam agora ser objeto de políticas de saúde, já que para os parlamentares são doentes que merecem tratamento médico, embora permaneça a conduta como crime; ii) o traficante foi objeto de discursos parlamentares hierárquicos, porque o definem pela sua negação - o não-humano - que retoma a velha figura estigmatizada que simboliza o “mal” e que fornece o desejo aos “doentes e vulneráveis”⁴².

Segundo Gilberto Velho (2004), a categoria “drogado” é um dos rótulos mais acionados no Brasil, desde o regime ditatorial, para tornar-se uma categoria de acusação totalizadora na qual o aspecto da doença já é representado como dado, ou seja, faz parte da própria categoria. Outra forma de acusação próxima, e utilizada pelos parlamentares, é a categoria “viciado” referindo-se à pessoa que consome substâncias consideradas tóxicas. No entanto, mais e mais, dependendo do contexto, a droga e estas acusações vinculadas assumem uma dimensão fortemente política, pois: “O fato de os acusados serem moralmente nocivos segundo o discurso oficial, pois têm hábitos e costumes desviantes, acaba por transformá-los em ameaça ao status quo, logo em problema político” (VELHO, 2004, p. 61)⁴³.

42 Embora de perspectiva teórica e metodológica completamente diversa, Howard Becker pontua algumas questões fundamentais sobre os usuários de drogas e interações sociais. Para Becker (2008), as regras existem no formato de lei, tradição, consenso e em acordos que podem ser, mais ou menos, explícitos. No entanto, a tarefa de afirmá-las pode ser monopólio de um corpo e saber especializado: as instituições da justiça, um comitê de ética médica ou o Parlamento. Por sua vez, a imposição “...pode ser uma tarefa de todos, ou pelo menos a tarefa de todos no grupo a que a regra se aplica” (Becker, 2008, p. 16). Para Becker (2008), quando uma regra é imposta (na forma de lei ou de acordos informais) a pessoa a quem se presume que infringiu pode ser vista como um “tipo especial”: aquele de quem não se espera que viva em acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Esta pessoa é encarada como um *outsider* pelos empreendedores morais, que buscam criar regras e leis para proibir determinados atos e condutas.

43 Sobre este ponto, é interessante lembrar que o usuário de drogas é bastante estigmatizado ainda hoje na sociedade brasileira, particularmente, na cidade de São Paulo. Pesquisa da *Fundação Perseu Abramo* (2009) constatou que os usuários de drogas, junto com os ateus, são os grupos sociais contra os quais há maior repulsa social: 17% possuíam repulsa contra os ateus, 25% antipatia e 39% indiferença; quanto aos usuários de drogas os per-

É por este motivo que representamos a lei de drogas como a velha metáfora do copo meio vazio e meio cheio. Para que um vocabulário de motivos (Mills, 1940, p.904) médico pudesse emergir enquanto regime enunciativo, por meio do fim da pena de prisão e do inserir a palavra “redução” e “prevenção”, foi necessário reafirmar ainda mais a centralidade da pena de prisão de modo ainda mais central que na lei anterior, aumentando a pena mínima de prisão para 5 anos. Dessa forma, é que uma lei aparentemente moderna retomou o vocabulário de motivos hegemônico da racionalidade penal moderna (Pires 2004, p.43; 2013, p.293) e foi possível, logo, que o dispositivo fosse aprovado com apoio da ampla maioria da bancada parlamentar.

Em suma, o artigo procurou mostrar primeiramente como se desenvolveram ideias e como estas ideias que circulavam foram apropriadas, enquadradas e recombinações na formulação de um novo dispositivo de drogas. Vê-se também que os parlamentares (re)estabelecem esta divisão binária entre usuários e traficantes, entre doentes e bandidos, posta como práticas sociais, por meio do dispositivo aprovado de modo que foi possível identificar aqui conexões entre os mecanismos de coerção e os conteúdos de conhecimento – saber médico e saber jurídico – por meio dos pares: repressão/redução de danos; despenalização/criminalização; doença/crime. Por meio destes pares é possível relacionar tais discursos e práticas com uma “arte de governar” as drogas, pois: “A arte de governar deve então estabelecer suas regras e racionalizar suas maneiras de fazer propondo-se como objetivo, de certo modo, fazer o dever-ser do Estado tornar-se ser” (FOUCAULT, 2008, p. 6)

Assim sendo, as justificativas dos parlamentares permitem demonstrar que as figuras do usuário e do tra-

tuais foram: 17% repulsa social, 24% antipatia e 37% indiferença. Nesta mesma perspectiva, é interessante citar a pesquisa recente (23/09/2012) publicada pelo Instituto Data Folha sobre os candidatos a prefeito da cidade de São Paulo em 2012. Com o título “Inclinação conservadora em São Paulo impulsiona Russomanno” a pesquisa constatou que a frase com maior aceitação dos entrevistados foi a favorável a proibição do uso de drogas: “A frase com maior vantagem sobre sua alternativa foi ‘o uso de drogas deve ser proibido porque toda a sociedade sofre com as consequências, com 81% de aceitação. Ganhou de ‘Acreditar em Deus torna as pessoas melhores’ aprovada por 79%.”.

ficante foram reinvestidas como objeto de práticas estatais e novos saberes de modo que outra forma de administração estatal da droga no Brasil deveria estabelecer um pouco “mais de liberdade” com um “pouco a mais” de pena de prisão. Para os usuários, uma ampliação de rede de saúde pública e das políticas de assistência social inserindo-os a nas redes estatais de controle social formal e informal (clínica, família, SUS, etc), mas permanecendo a conduta como um crime. Para os comerciantes de drogas, a justificativa dos parlamentares para a elevação da pena mínima de reclusão é o que faz reaparecer a objetivação da “temporização do sofrimento-severidade”⁴⁴ (Pires e Garcia, 2007, p.298) dos sujeitos incriminados.

Além disto, a questão das penas mínimas coloca um problema que possui ao menos duas faces frente a produção de leis penais. De acordo com Machado e Pires (2010), em uma face, a pena mínima impede uma atuação mais adequada do juiz em matéria de sua determinação sempre que o caso concreto convoque uma solução diferente da privação de liberdade ou, ao menos, uma solução diferente da privação de liberdade pelo período previsto em lei. Na outra face, a existência de penas mínimas também impede o exercício do direito do indivíduo julgado a uma pena individualizada. Em outros termos, a pena mínima pode ser vista como um sinal de autoritarismo (MACHADO; PIRES, 2010, p.102) na política contemporânea já que o legislativo obstrui a atuação do juiz e, sobretudo, o exercício do direito do réu a uma individualização da pena.

6 Considerações finais

A análise do histórico legislativo permitiu demonstrar de modo empírico um histórico da formulação da Lei nº 11.343 de 2006 (Nova Lei de Drogas) e as condições de possibilidade para torná-la aceitável: o aumento da punição para os traficantes, o fim da pena de prisão para o usuário de drogas e o deslocamento desse para as instituições de saúde sob o argumento da

prevenção, mas uma prevenção dissuasiva que não possui quase nenhuma relação com a concepção das políticas de redução de danos posta em práticas em diferentes países como, por exemplo, o Canadá nos anos 90⁴⁵. O dispositivo de drogas médico-criminal (CAMPOS, 2015) emerge em meados dos anos 2000 como fruto de um saber político que, de um lado, assume características de um poder positivo (que busca gerir a vida do usuário de drogas) e, de outro, que funciona como um poder repressivo (que visa “prender e combater” o traficante de drogas).

Os dois movimentos, portanto, marcam a condição de emergência do dispositivo de drogas no Brasil por meio dessas duas operações marcadas pelo princípio da coexistência que denota boa parte de nossa política criminal pós-redemocratização (CAMPOS, 2010, p.208): a diminuição das penas, de um lado, e aumento das penas de outro. Esta condição de aceitabilidade é aqui vista como central para a aprovação de um novo dispositivo legal sobre drogas, bem como, para começarmos a compreender as razões do fenômeno da intensificação do encarceramento por tráfico de drogas no Brasil que ocorre, sobretudo, após a entrada da atual lei de Drogas a partir do ano de 2006.

No ano de 2005 (antes de entrar em vigor a Lei nº 11.343 de 2006), o número absoluto de presos por drogas era de 32.880 homens e mulheres. Na época, o encarceramento por drogas era responsável por 13% do total de presos no Brasil. Ao fazermos uma rápida análise comparativa, verifica-se que, em 2013, este número passou a 146.276 pessoas detidas por drogas ou 27,2% em termos percentuais. Cabe notar ainda que percentualmente, houve um grande crescimento do número de mulheres presas por drogas: em 2005, elas representavam 36% (11.601); em 2012, representavam 50% (32.657) do total ⁴⁶.

Desse modo, compreende-se que a “inovação acidental” (Pires e Cauchie, 2011) no que diz respeito

44 PIRES A.P., GARCIA M. Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort, in CARTUYVELS Y., DUMONT H., OST F., VAN DE KERCHOVE M., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Ottawa, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 291-336, 2007.

45 Para uma referência central sobre o caso canadense e a política de redução de danos, ver: “CARTER, I. C. ; MACPHERSON, D. Getting to tomorrow: a report on Canadian drug policy. Disponível em: < www.drugpolicy.ca>. Acesso em: 17 jun. 2014.

46 Fonte: DEPEN, Ministério da Justiça, 2013. Acesso em 08 de março de 2015.

às penas estabelecidas quanto ao uso de drogas na Lei nº 11.343 de 2006 só foi possível quando o sistema político decide lançar mão da maneira central de pensar do sistema justiça criminal – a pena de prisão - no que diz respeito ao tráfico. Foi assim que se puniram mais os comerciantes de drogas, não descriminalizou-se o uso de drogas e não estabeleceu-se ao menos uma quantidade mínima permitida para o uso de drogas. Ora, é justamente a valorização deste quadro de referência - a racionalidade penal moderna hegemônica - que rejeitará qualquer espaço de evasão cognitiva⁴⁷ com base num sistema de pensamento alternativo (idéias inovadoras) em matéria de penas, justamente porque utiliza um vocabulário de motivos no qual o sofrimento e a exclusão social do sujeito aparecem legitimando a condenação e a morte social do mesmo.

Nesse sentido este artigo pretendeu demonstrar que a emergência do ‘dispositivo de drogas médico-criminal’ - a Lei de drogas nº 11.343 de 2006 - produziu uma maneira “nova” de governar os usuários e traficantes de drogas centrada na velha pena afliativa de prisão. Vimos que as duas figuras foram investidos por saberes e práticas (saber médico e saber jurídico) fazendo com que o Brasil se inserisse nesse contexto com um novo dispositivo legal para a administração estatal das drogas, agora mais focado na prevenção (dissuasiva) dos usuários de drogas e mais repressiva em relação aos traficantes. Estes mecanismos e dispositivos não se tornaram aceitáveis por um direito originário, mas incluíram condições específicas de aceitabilidade e enunciação discursivas de modo que buscamos aqui seguir as suas condições de aceitabilidade e as linhas de ruptura.

Analizamos este saber político na direção de compreender os comportamentos, as lutas, os conflitos e as decisões que engendraram uma Nova Lei de Drogas

47 Por evasão cognitiva Dubé (2014) compreende, por exemplo, as novas teorias da sanção que não são centradas no ideal afliativo carcerário, como as ideias que fundamentaram a justiça restaurativa ou a reabilitação em meio aberto. Ou seja, remete-se aos fundamentos do direito de punir; a maneiras como as teorias modernas da pena ontologiza as penas como uma obrigação formal, de natureza necessariamente afliativa e favorável à exclusão social do condenado. Ver: DUBÉ, R. Michel Foucault et les cachots conceptuels de l’incarcération : une évasion cognitive est-elle possible? *Champ pénal*, GUYANCOURT, v. XI, p. 1-25, 2014.

no Brasil.

Portanto, se quisermos começar a compreender o fenômeno da intensificação do encarceramento por drogas no Brasil nos últimos anos em conjunto com a multiplicação de agenciamentos e práticas estatais que visam governar os usuários de drogas na contemporaneidade temos de abandonar a velha análise repressiva do poder (superestrutura jurídico política) para abrir a caixa de ferramentas e descrever como relações entre saber e poder desenvolvem novas subjetividades, novas práticas estatais e novos assujeitamentos. Afinal, a função metodológica de um dispositivo⁴⁸ é mostrar como pode aparecer um programa de uma instituição permitindo justificar e mascarar uma prática que permanece muda.



7 Referências bibliográficas

- BARBOSA, A.R. (2008) *Aviões, Esticas e Bocas-de-fumo; repressão a duas modalidades do comércio varejista de drogas presentes nas favelas e morros da região metropolitana do Rio de Janeiro*. 32º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, CAXAMBU-MG, 2008.
- BEAUCHESNE, L. *Les coûts cachés de la prohibition*. Montréal, éditions Lanctôt, mai, 2003.
- BECKER, H. *Outsiders: estudos de sociologia do devio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOITEUX, L, WIECKO, E [Et al.] 2009. *Tráfico de Drogas e Constituição*. Brasília: SAL-Ministério da Justiça. Série Pensando o direito, vol. 1, 2009.
- BRUNI, J. C.. Foucault: o silêncio dos sujeitos. *Tempo social (USP)*, 1.sem.1989; p.199-207.
- Campos, M. S.; Korner, A. *Segurança e guerra ao terror: um balanço da literatura contemporânea sobre a América Latina após 11 de setembro*. *Revista Mediações (UEL)*, 2011.
- CAMPOS, M. S. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2015.
- _____. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da*

- política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- CARTER, I. C. ; MACPHERSON, D. *Getting to tomorrow: a report on Canadian drug policy. Disponível em: <www.drugpolicy.ca>. Acesso em: 17 jun. 2014.*
- DUBÉ, R.. Michel Foucault et les cachots conceptiels de l'incarcération : une évasion cognitive est-elle possible? *Champ Pénal*, vol XI, jan., 2014, p.1-25.
- DUBE, R. (Org.); GARCIA, M. (Org.) ; MACHADO, MAIRA ROCHA (Org.) . *Rationalité Pénale Moderne*. 1. ed. Ottawa: Presses de l Université d Ottawa, 2013. v. 1.
- FOUCAULT, M.. A verdade e as formas jurídicas. 3ª edição Nau Editora, Rio de Janeiro, 2002. _____. A Arqueologia do Saber, Editora Forense Universitária, 2013.
- _____. O que é a crítica? In: **Cadernos da F.F.C.** BIROLI, F.; ALVAREZ, M. C. (Org.). Marília, Unesp Publicações, v. 9, n. 1. p. 169-189, 2000.
- _____. *Segurança, Território e População*. Editora Martins Fontes (São Paulo: 2008, 1ª edição).
- _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro, Graal, 1979.
- GRINOVER, A. P. [et.al]. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Herz, M. Política de segurança dos EUA para a América Latina após o final da Guerra Fria. *Estudos Avançados*, USP, 2002;
- HOWLETT, Michael. A dialética da opinião pública: efeitos recíprocos da política pública e da opinião pública em sociedades democráticas contemporâneas. **Opin. Publica**, Campinas , v. 6, n. 2, p. 167-186, Oct. 2000 .
- HUGHES. C.E e STEVES, A. “What can we learn from the portuguese decriminalization of illicit drugs?” *BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY*, 2010, n. 50, p. 999–1022.
- KESSLER, G. e TELLES, V. *Apresentação*. Dossiê Ilegalismos na América Latina. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v.22, n.2, nov.2010, p.9-17.
- MACHADO, M.; PIRES, A. Intervention politique dans la sentence du droit? *Fondements culturels de la peine minimale*. *Criminologie*, Montréal, v. 43, n. 2, p.89-126, 2010.
- MISSE, M. (1997). Ligações perigosas: mercado informal ilegal, narcotráfico e violência no Rio de Janeiro. *Contemporaneidades e Educação*, v.1, n.2, p.93-116, 1997.
- MOREIRA, F. G.; SILVEIRA, D. X.; ANDREOLI, S. B.. Redução de danos do uso indevido de drogas no contexto da escola promotora de saúde. *Ciência saúde coletiva* [online]. 2006, vol.11, n.3, pp. 807-816.
- PEREIRA, P. J. R. Crime transnacional e segurança: aspectos recentes do relacionamento entre Estados Unidos e América Latina. In: Ayerbe, Luís Fernando (Org.). *De Clinton a Obama: políticas dos Estados Unidos para a América Latina*. Ed: Unesp, 2009.
- PIRES, A. P. e CAUCHIE, J. F. Un cas d'innovation 'accidentelle' en matière de peines : une loi brésilienne sur les drogues, *Champ pénal / Penal Field*, 4, 2007, 29 pages
- PIRES, A. P., “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia”, *Novos Estudos CEBRAP*, (São Paulo), 68, 2004, pages 39-60.
- _____. Posface. In: MACHADO, M.; DUBÉ, R.; GARCIA, M. (Org.). *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Les Presses de l Université d'Ottawa, 2013. p.289-323.
- PIRES, A.P.; GARCIA, M. Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort. In : CARTUYVELS, Y.; DUMONT, H.; OST, F.; VAN DE KERCHOVE, M.; VAN DROOGHENBROECK, S. (Dir.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* Ottawa; Bruxelles : Facultés universitaires de Saint-Louis, 2007. p. 291-336.
- VELHO, G. Individualismo e Cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea. 7. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- XAVIER DA SILVEIRA, D. Redução de danos do uso indevido de drogas no contexto da escola promotora de saúde. *Ciência. Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v.11 n.3, p. 807-816, Jul./Set. 2006.
- ZALUAR, A. (2004) *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV.

Data de submissão 14 de agosto de 2014

Data de aprovação 24 de fevereiro de 2014

AS PESQUISAS SOBRE O “SENTENCING”: Disparidade, punição e vocabulários de motivos¹ // *Mariana Raupp*²

Palavras-chave:

Produção decisória / disparidade / justiça criminal / punição.

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

Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **As pesquisas sobre o sentencing: da busca pelos determinantes da decisão à compreensão da ação dos atores**
- 3 **As pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal no Brasil: a (in) eficiência da justiça criminal em foco**
- 4 **Observando a disparidade das sentenças de outra maneira: o sentencing e o seu vocabulário de motivos**
- 5 **Considerações finais**
- 6 **Referências**

Resumo¹

O presente artigo propõe-se a traçar um panorama das pesquisas empíricas, estrangeiras e nacionais, sobre o processo de determinação da pena pela justiça criminal, o “sentencing”. Apontamos a trajetória desse campo, suas principais conclusões, bem como os pontos cegos de tais estudos. O objetivo é descrever os caminhos desse conjunto de pesquisas de modo a mostrar como os mesmos nos possibilitam refletir sobre a problemática do padrão de funcionamento desigual da justiça criminal apontado não somente por muitos estudos, mas também pelo imaginário social sobre a justiça criminal. A partir do levantamento da literatura sobre o tema, bem como da análise dos principais trabalhos apontados, propomos uma requalificação do problema da disparidade das sentenças criminais, bem como indicamos um novo objeto a ser explorado e, assim, para novas possibilidades de pesquisa empírica sobre o sentencing.

1 O presente artigo é uma versão atualizada de uma parte da minha dissertação de mestrado *O seletor mundo da justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas*, defendida em 18.10.2005 no Programa de Pós-graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Sérgio Adorno e com o financiamento do CNPq (Ver Raupp, 2009). Tal temática foi resgatada aqui com o objetivo de dialogar com minha problemática de pesquisa atual, qual seja, as possibilidades e as dificuldades de construir políticas criminais que não reproduzem o “mecanismo de exclusão social” (Hulsman et de Celis, 1982, p. 98) que caracteriza o direito criminal desde sua formação. Como parte dessa problemática, interesse-me igualmente pela maneira como as ciências sociais observam o direito criminal e como por vezes tal observação pode contribuir na substancialização de uma determinada maneira de se conceber a intervenção do direito criminal. Para um exemplo de tal abordagem, ver Raupp (2013). A reflexão proposta aqui refere-se também, assim, ainda que de forma parcial, à minha pesquisa de doutorado desenvolvida no Departamento de Criminologia da Universidade de Ottawa (Canadá) sob a orientação do Prof. Álvaro P. Pires e com o financiamento da CAPES. Além de agradecer meus dois orientadores mencionados acima, agradeço os preciosos comentários e pertinentes sugestões dos dois pareceristas anônimos da Revista.

2 Professora do Programa de Criminologia na École de Service Social da Université Laval, Canadá.

Contato: mariana.raupp@svs.ulaval.ca

RESEARCH ON SENTENCING: Disparity, punishment and vocabularies of motives // *Mariana Raupp*

Keywords

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

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

Abstract

This article aims to present an overview of international and national empirical studies on sentencing. We aim to show this field's trajectory, its main discussions and findings as well as its "blind spots". The main goal of this article is to draw attention to how this field of research allows us to think about the problem of the disparity on sentencing as a criminal justice operation pattern. This problem has been identified by many studies, but also by the social representation of the criminal justice. From a literature review on sentencing and an analysis of the main studies identified, this article proposes a new direction to understand the problem of disparity on sentencing in criminal justice and indicates a new subject to be explored as well as new empirical research possibilities on sentencing.

1 Introdução

Sabe-se que a justiça criminal brasileira, bem como as demais instituições encarregadas da repressão criminal, vive um momento de descrença perante a opinião pública. Em grande medida, essa descrença está relacionada a um sentimento de que a justiça criminal opera fazendo escolhas, seja quanto ao crime a ser investigado e punido - recaindo a punição sobre determinados tipos de crime em detrimento de outros -, seja quanto aos próprios acusados de cometerem uma infração às leis penais (Cf. Oliveira, Ramos e Cunha, 2014, p. 111; Cardia, 1999, p. 53).

As explicações para esse fenômeno já foram apontadas por diversos autores. Trata-se da própria estrutura do sistema de justiça criminal, formada por “subsistemas frouxamente integrados” (Coelho, 1986); da convivência, no mesmo sistema, de princípios completamente opostos: o inquisitorial, na fase policial, e o acusatorial, na fase judicial (Kant de Lima, 1989); ou, então, do “afunilamento” que caracteriza a pirâmide de litigiosidade do fluxo do sistema de justiça criminal: uma base ampla, representativa da criminalidade real que não chega totalmente ao conhecimento da polícia, e que se estreita com o passar das fases: boletins de ocorrência que viram inquéritos policiais, os quais, por sua vez, viram processos, que serão julgados, encontrando-se no ápice da pirâmide (Santos, 1996). Nesse contexto de um sistema de justiça criminal ambíguo, fragmentado e “afunilado”, há suspeitas de disparidades no desfecho final da justiça criminal.

Todavia, a julgar pela enorme quantidade de pesquisas realizadas sobre o processo de determinação da pena, sobretudo na América do Norte, que se interrogam sobre a disparidade das decisões da justiça criminal, vemos que essa não é uma particularidade da justiça criminal brasileira. Tais pesquisas sobre o *sentencing* buscam entender o processo de determinação da pena, identificando os fatores levados em consideração pelos tribunais que consistiriam na gestão diferenciada da punição (Foucault, 1975). Desta maneira, os estudos sobre o desfecho do processo criminal podem contribuir para a compreensão da justiça criminal e o seu papel numa sociedade que se pretende democrática, pois procuram identificar

quais são os fatores legais (previstos na lei) e os extralegais (cor, condição socioeconômica, gênero, entre outros) que fundamentam as decisões judiciais.

O presente artigo propõe-se a traçar um panorama sobre referidas pesquisas destacando assim sua trajetória e seu desenvolvimento, bem como apontar seus limites e novas possibilidades. Não se trata de uma revisão exaustiva de todos os estudos até então realizados, pois existe uma quantidade infindável de produção científica neste domínio (Vanhamme e Beyens, 2007, p. 199). O objetivo é apontar os caminhos e os avanços conseguidos por este conjunto de pesquisas de modo a mostrar como elas nos possibilitam refletir a problemática da disparidade das sentenças criminais apontada não somente por muitos estudos, mas também pelo imaginário social sobre a justiça criminal. Por isso trabalharemos, sobretudo, com revisões da literatura, pois estas apontam as tendências deste campo de pesquisa e selecionaremos assim os principais estudos realizados. Ao fazê-lo, propomos uma requalificação do problema da disparidade das sentenças criminais, bem como apontamos para um novo objeto a ser explorado e, assim, indicamos novas problemáticas e novas possibilidades de pesquisa sobre o *sentencing*.

Primeiramente, vamos expor a trajetória que os estudos sobre o *sentencing* tomaram até o momento na literatura estrangeira, apontando as constâncias nas pesquisas e os principais debates levantados. Em seguida, já no plano nacional, enfocaremos um tipo específico de estudos sobre o *sentencing* para ilustrar o ponto cego que tais pesquisas apresentam. Tratam-se dos estudos sobre o fluxo do sistema de justiça criminal que buscam medir sua capacidade de “processar e punir crimes e criminosos” (Vargas, 2014, p. 420). A partir da identificação dos limites das pesquisas sobre o *sentencing*, proporemos uma reformulação da questão da disparidade das sentenças e da influência de fatores extralegais no processo decisório. O tema da disparidade nos conduz, desta maneira, como mostraremos, à compreensão dos mecanismos internos a essa justiça que possibilitam a variação na determinação da pena. Explorando essa ideia, o presente artigo apresentará um aspecto do processo do *sentencing* que parece ser negligenciado.

ciado pelas pesquisas em geral e que diz respeito às justificativas oficiais apresentadas nas decisões no momento da escolha da pena. Assim, pretendemos contribuir na compreensão da punitividade do direito criminal e de sua justiça, de forma a abrir horizontes para repensar outras possibilidades empíricas de pesquisas na área.

2 As pesquisas sobre o *sentencing*: da busca pelos determinantes da decisão à compreensão da ação dos atores

As pesquisas sobre o processo de julgamento da justiça criminal, o *sentencing*, conforme apontaram Pires e Landreville (1985), em importante revisão bibliográfica sobre o tema, emergiram para identificar quais fatores influenciariam o processo de decisão judicial. O termo *sentencing*, como explicam Pires e Landreville, procura abranger todas as etapas do processo de julgamento na justiça criminal com relação à sanção penal, seja quanto ao desfecho (absolvição ou condenação), seja quanto ao tipo de sanção (prisão, multa, prestação de serviço à comunidade, etc.), seja quanto à quantidade da pena (Pires e Landreville, 1985, p. 83). Assim, o conceito é mais abrangente do que “determinação da pena” e mais específico do que “decisões judiciais”.

Em revisão dos estudos de *sentencing* realizados nos Estados Unidos de 1919 a 1985, Pires e Landreville (1985, p. 86) identificaram três grandes períodos de evolução deste objeto de pesquisa.

O primeiro período, de 1919 a 1959, caracterizou-se por pesquisas que colocaram em foco os preconceitos dos juízes, buscando compreender o problema da sobre-representação dos negros e, ainda que de forma marginal para essas pesquisas, dos pobres nas estatísticas criminais. Este período não se caracterizou por algum debate teórico e foi marcado por “pesquisas sem filiação”. Tais pesquisas confirmaram a existência de discriminação racial e de classe no *sentencing* e ressaltaram o caráter parcial da justiça. Os principais estudos foram os de Thorsten Sellin (1928 e 1935), de Elmer H. Johnson (1957), entre outros.

O segundo período, de 1960 a 1974, caracterizou-

-se, primeiramente, pela multiplicação do número de pesquisas, em parte devido ao debate da época sobre a abolição da pena de morte, motivando os estudos sobre o caráter discriminatório da aplicação dessa pena em especial. Essas pesquisas isolavam predominantemente a variável “classe social”. Os debates concentraram-se nos resultados das pesquisas, sendo em sua maioria de natureza metodológica. Alguns estudos já apontavam que a discriminação estava presente nas várias instâncias de decisões, na polícia, nos promotores públicos etc., o que gerava um efeito cumulativo difícil de ser apreendido por meio das estatísticas disponíveis.

O terceiro período, de 1975 a 1985, caracterizou-se pela polarização entre linhas de pesquisa. De um lado, havia estudos que apontavam a preponderância de fatores extralegais (como cor, classe, entre outros) no desfecho processual. De outro, havia pesquisas que negavam esta hipótese e afirmavam que as variáveis mais influentes na decisão eram legais, previstas nas leis (como gravidade do crime, reincidência, entre outras).

O estudo emblemático desta polarização é o realizado por Chiricos e Waldo (1975). O debate iniciado por tal estudo é bastante ilustrativo do tipo de discussão em voga nesse período, caracterizada por uma preocupação empírica e metodológica. Chiricos e Waldo (1975), seguindo o estilo clássico de pesquisas de verificação de hipóteses (regressão multivariada), propunham-se verificar empiricamente uma das questões mais importantes da “perspectiva do conflito” na teoria criminológica: “quando sanções são impostas, as mais severas são impostas para pessoas da classe social mais baixa” (1975, p. 753, nossa tradução). O argumento principal de Chiricos e Waldo é basicamente de ordem metodológica: os estudos empíricos que demonstravam a relação existente entre condição socioeconômica dos acusados e a severidade da pena apresentavam falhas, quer com relação aos indicadores socioeconômicos utilizados, quer por considerarem somente quem era de fato punido, quer por se concentrarem em apenas um tipo de crime em especial. Com tal justificativa, os autores analisaram um conjunto de dezessete crimes em três estados norte-americanos, utilizando como variáveis

para caracterizar o status socioeconômico a renda, o nível educacional e a ocupação do acusado, e como demais variáveis a cor, a reincidência, a idade, o lugar da jurisdição (se zona rural ou urbana), entre outras. Ao fim, Chiricos e Waldo concluem que a influência da condição socioeconômica era apenas contingencial, interferindo somente em algumas situações. Assim, para os mencionados autores, o status socioeconômico dos condenados não se relacionava com a severidade da sanção imposta.

As críticas a esse estudo deixam clara a polarização mencionada acima. Hopkins (1977, p. 177) apontou que a principal falha da pesquisa de Chiricos e Waldo foi não considerar as atividades ilegais próprias das classes média e alta, como crimes do colarinho branco, sonegação de imposto, violação das leis contra poluição, propaganda enganosa, entre outros.

A crítica de Reasons (1977, p. 180), por sua vez, consistiu em ressaltar a incompatibilidade entre a teoria que Chiricos e Waldo queriam verificar (a perspectiva do conflito) e a metodologia utilizada, baseada numa perspectiva funcionalista. Segundo os autores, perspectivas teóricas diferentes ensejam metodologias diferentes. A perspectiva do conflito, de inspiração marxista e baseada num modelo histórico de análise, não poderia ser testada a partir de uma metodologia de inspiração funcionalista, baseada num modelo de ciência natural e de causalidade múltipla. Essa suposta incompatibilidade, na visão dos citados autores, faz com que a pesquisa empírica de Chiricos e Waldo apresente problemas, como o de considerar apenas um tipo de pena - a prisão -, e não outros tipos de pena existentes também, o que já é responsável por um recorte no universo empírico da pesquisa. Desta maneira, a pesquisa restringiu sua diversidade e acabou por eliminar a própria variável classe social ao abranger somente uma parcela da população, a classe mais baixa.

Por seu turno, Greenberg (1977, p. 175) apontou algumas omissões que favoreceram o resultado final da pesquisa, especialmente o fato de não considerar outras variáveis, como o status da vítima, e não contextualizar o período histórico da pesquisa (1969 - 1973), marcado por mudanças nos Estados Unidos

que poderiam tender a reduzir as disparidades de classes no *sentencing*, em função do crescimento do poder político dos negros e do movimento pelos direitos civis. Além desse argumento, Greenberg ressaltou que teoricamente não é inerente à perspectiva do conflito assumir que condenados de baixo status socioeconômico sempre estarão em desvantagem nos tribunais. Isso porque, segundo tal perspectiva, a luta e as atividades coletivas dos grupos socialmente desfavoráveis podem gerar poder suficiente para compensar as tradicionais desvantagens e, assim, reverter uma situação inicial adversa.

Pela revisão de Pires e Landreville (1985, p. 100), o que se pode apontar como uma tendência desses estudos de *sentencing* é a busca pela identificação do grau da influência de fatores extralegais no processo de julgamento. Os resultados diversos que estes estudos chegaram também é outro ponto a ser considerado. Ora sugerem que a decisão final é diretamente relacionada à cor do acusado ou da vítima, ora afirmam que esta relação é indireta sendo mediada por outras variáveis legais como reincidência, gravidade do crime, entre outras. Ora apontam que as sentenças são influenciadas pela classe social do acusado, ora dizem demonstrar que o resultado final é independente da classe social do acusado. Nesse sentido, a querela entre Chiricos e Waldo e as respectivas críticas, ilustradas acima, são bastante elucidativas da disparidade dos resultados a que chegaram as pesquisas de *sentencing*, cujo debate é sobretudo de natureza metodológica.

Buscando detectar outros fatores desta disparidade entre as pesquisas, Thomson e Zingraff (1981, p. 870) identificaram cinco variações contextuais existentes nas pesquisas que permitem avaliar a disparidade desses resultados e que funcionariam como armadilhas para os estudos de *sentencing*. A primeira variação é em função das mudanças no período de tempo em que as pesquisas foram realizadas, e reforça a necessidade de levar em consideração o cenário político, econômico e social em que a pesquisa está envolvida. A segunda é em função da jurisdição, pela diferença entre regiões³, entre tribunais localizados

3 O autor argumenta que ao falar em discriminação racial nos Estados Unidos é preciso distinguir os tribunais localizados no Sul

em regiões rurais e em regiões urbanas. A terceira refere-se à função do juiz, sendo importante levar em consideração o impacto potencial dos juízes individuais no resultado final da sentença. Por exemplo, a pesquisa precisa considerar a possibilidade de atuação no tribunal observada para um dado juiz progressista. A quarta é em função do tipo de decisão, pois cada pesquisa escolhe uma determinada fase processual, o que dificulta a comparação, e não leva em consideração o caráter processual da decisão judicial; assim, se a discriminação está concentrada nos primeiros estágios do processo, as pesquisas que focam as últimas fases tendem a não encontrar discriminação. E a quinta variação diz respeito à relação entre vítima e acusado, pois se o crime é um fenômeno inter-classes, inter-racial ou mesmo entre pessoas de status similares, não levar em consideração este fator tenderia a ocultar a disparidade da sentença.

No fundo, o que Thomson e Zingraff argumentam é que a pesquisa empírica sobre os determinantes do *sentencing* deve ser sempre contextualizada e nunca buscar um alto grau de generalização, pois os resultados alcançados sempre estarão relacionados a um contexto específico. Assim, concluem que quando a variação contextual é considerada, a discriminação racial é mais ou menos pronunciada (1981, p. 879). Thomson e Zingraff argumentam que, nesse sentido, os estudos que apontam a não existência de discriminação no processo decisório precisam ser revistos e avaliados criticamente (1981, p. 879).

O debate em torno dos fatores que interferem no processo de julgamento é bastante controverso. Seguindo a mesma relativização proposta por Thomson e Zingraff, outros estudos apontam para outros fatores determinantes no processo decisório.

Um exemplo bastante ilustrativo de como essa questão não é resolvida é o estudo de Dixon (1995). Nesse estudo, o autor aponta como problema das perspectivas em disputa a desconSIDERAÇÃO do contexto organizacional dos tribunais, ou seja, a variação da burocracia e da tecnologia em cada tribunal considerado pelas pesquisas. Dixon sugere que a burocratização de tecnologias empregadas para organizar o trabalho dos atores nos tribunais modula o resultado do processo de julgamento (1995, p. 1190). Para a autora, nenhuma das teorias conseguiu explicar completamente a variação no processo de julgamento através dos tribunais porque apresentavam sempre como pressuposto que os tribunais operavam com um sistema unitário de *sentencing*, sem realizar uma análise ambiental e, assim, negligenciando as características de um dado tribunal (1995, p. 1164).

A pesquisa empírica de Dixon, além de considerar as variáveis presentes nos outros estudos (como gravidade do crime, cor, reincidência, entre outras), mede o nível de burocratização do tribunal, utilizando como variável a complexidade da divisão do trabalho judicial: se o tribunal em questão opera com somente um juiz responsável assim por uma variedade de casos (baixa complexidade) ou se o tribunal opera com diversos juizes especializados (alta complexidade). Dixon mede igualmente a descentralização do processo de decisão judicial, medida pela presença de apenas um juiz responsável pelo caso (centralizado) ou pela presença de vários juizes designados por tarefas e por etapas processuais (descentralizado). Como resultado final, Dixon (1995, p. 1191) sustentou que em casos processados em tribunais de baixa burocratização judicial (baixa complexidade na divisão do trabalho e baixa descentralização no processo de decisão), a decisão final seria influenciada por fatores legais, e em casos de elevada burocratização judicial, o desfecho final do processo era determinado por fatores legais e também processuais, como o tipo de defesa (privada ou pública) e o tipo de julgamento (decisão sobre o *plea bargaining* ou sobre a sentença ou decisão em outro momento processual).

Enfatizando o contexto organizacional dos tribunais e englobando crimes de outra natureza - os chamados “crime do colarinho branco” -, Hagan, Nagel e Albonetti (1980) realizaram uma pesquisa em dez tribunais federais (distinta das pesquisas mais recorrentes que estudam tribunais estaduais), o que os permitiu, potencialmente, lidar “com crimes de colarinho branco” de acusados de classes mais elevadas, segundo os autores. A opção por não considerar os ditos crimes comuns (roubo, homicídio, furto

daqueles localizados no Norte do país (Thomson e Zingraff, 1981, p. 871).

etc.), sempre utilizados nas pesquisas de *sentencing*, assume a crítica feita por Greenberg, Hopkins e Reasons ao estudo de Chiricos e Waldo, pois parte do pressuposto de que este tipo de criminalidade está relacionado às classes média e alta.

Sendo assim, segundo os autores, acrescentando os “crimes de colarinho branco” nas pesquisas, poderíamos comparar a sentença de diferentes crimes e verificar se há ou não desigualdade na aplicação da punição entre as classes (Hagan, Nagel e Albonetti, 1980, p. 803). Como conclusão, os autores constataram uma relação inversa entre o volume de processos de crimes de colarinho branco existentes nos tribunais e a severidade com o qual eles eram sentenciados. Essa constatação levou os autores a formularem a seguinte hipótese: quanto maior a entrada de um tipo de crime na justiça criminal (maior repressão pela polícia), menor será a severidade da sentença (Hagan, Nagel e Albonetti, 1980, p. 806). Uma justificativa possível levantada para explicar esse comportamento seria a influência da “rotinização” do funcionamento dos tribunais.

A partir dos anos 1970, encontramos pesquisas de inspiração fenomenológica que acrescentam outras preocupações e outras perspectivas ao debate. Influenciadas pela emergência do paradigma da definição social ou da reação social² no campo criminológico e preocupadas, assim, com o processo de construção do crime pelas agências formais de controle social, essas pesquisas voltaram-se para as atitudes dos juízes, entendendo a atividade judicante como eminentemente subjetiva. Exemplos destes estudos são os de Hogarth (1971), Hagan (1975) e de Lurigio, Carrol e Stalans (1994). O título do livro de Hogarth é bem ilustrativo desta tendência: “*Sentencing as a human process*”. Utilizando metodologia qualitativa e a técnica de entrevistas, diferente dos estudos tradicionais sobre o *sentencing* marcados pela metodologia quantitativa, essas pesquisas levantam crenças, atitudes e percepções dos juízes em especial e destacam o processo de interpretação dos

4 De acordo com esse paradigma, “[o] desvio não é mais considerado como uma característica da pessoa nem como propriamente um comportamento do delinquente, mas sim como um produto das agências de controle social” (Pires, 1994, p. 31).

fatos e das categorias legais pelos magistrados.

É nesse contexto que o diagnóstico de disparidades na sentença começa a ser observado pela identificação da seleção operada pelos julgadores no processo de tomada de decisão da justiça criminal. Essa preocupação permitirá deslocar a questão da disparidade das sentenças vista como influência de fatores extralegais para a compreensão do funcionamento da justiça criminal a partir de seus próprios mecanismos seletivos. Não se trata mais de identificar os fatores determinantes da decisão. Busca-se compreender a decisão como um processo (Vanhamme e Beyens, 2007, p. 214).

Vanhamme e Beyens (2007, p. 217) propõem, assim, uma classificação das pesquisas sobre o *sentencing* a partir do paradigma epistemológico e da abordagem metodológica nas quais as pesquisas inserem-se. Essas pesquisas caracterizariam-se, segundo as autoras, pela polarização entre duas perspectivas em disputa: uma perspectiva positivista e uma perspectiva compreensiva. Ao passo que a primeira apresenta uma pretensão explicativa, através de metodologia quantitativa e volta-se para o resultado da prática do *sentencing* buscando verificar quais são os fatores que determinam o resultado, a segunda perspectiva mencionada (compreensiva), através de metodologia qualitativa, volta-se para o *sentencing* como um processo de interpretação e interação apontando para a complexidade de tal prática. Enquanto as pesquisas quantitativas identificam os fatores legais (gravidade do crime) e os fatores extralegais (características do acusado, como reincidência, gênero, posição social, origem étnica, etc.) da sentença, as pesquisas qualitativas voltam-se para a figura do juiz e exploram desde suas características sociais e biográficas até o contexto em que ele se insere, como a cultura judiciária, a interdependência das agências penais, bem como as práticas judiciais *in loco*, isto é, as interações dos atores apreendidas por observação direta nas audiências (2007, p. 217).

Vanhamme e Beyens falam de uma busca por modelos de compreensão do *sentencing* que o vêem como uma prática social inserida no contexto da penalidade e da sociedade em geral (2007, p. 214). Assim, de-

fendem as autoras, as pesquisas sobre o *sentencing* “são influenciadas pelas evoluções da sociedade, da penalidade e das teorias/métodos científicos” (2007, p. 199, nossa tradução).

Todavia, é importante destacar que ambas as perspectivas ocupam-se de uma questão comum, e, portanto, uma mesma preocupação: como explicar a disparidade das penas? Como argumentam Vanhamme e Beyens, tal preocupação é fundamentada numa determinada visão de igualdade de todos perante a lei, princípio fundamental do Estado de Direito. Ora, o ideal de igualdade não somente formal, mas também material, é um dos vetores centrais da lógica do Estado Social, argumentam as autoras (2007, p. 200). Assim, não é mero acaso que o auge dessas pesquisas se deu nos anos 1960 e 1970 nos países da América do Norte, bem como na Europa.

Ao inserir as pesquisas de *sentencing* num cenário mais abrangente de mudança da penalidade na modernidade tardia, a revisão de Vanhamme e Beyens (2007) estabelece uma ligação entre a constatação recorrente pelas pesquisas da disparidade nas decisões e as reformas penais que visam exatamente controlar mais essa prática, com o intuito de deixá-la mais previsível e consistente. Diante do diagnóstico de disparidade, buscam-se novas maneiras de evitar tal disparidade. Entretanto, ao buscarem reduzir a disparidade das sentenças, as reformas penais valorizam habitualmente a ideia de que um julgamento justo e que enseja menos disparidade é aquele baseado exclusivamente na gravidade do crime. Nessa visão, quanto mais reduzida for a margem de manobra dada ao juiz no processo de determinação da pena, mais o julgamento será objetivo. Tal visão implica na desvalorização da discricionariedade judicial. Um exemplo dessa política é dado pelas *Sentencing Guidelines Commissions* implementadas nos Estados Unidos, comissões que procuravam evitar as disparidades nas sentenças judiciais fornecendo uma grade detalhada do que deveria ser levado em consideração na decisão e o tipo de pena correspondente, bem como sua quantidade de acordo com os critérios estabelecidos na grade numérica. Sabemos que o resultado foi frustrante, como demonstrou Savelberg (1992) para a Comissão em Minnesota, pois

as disparidades continuaram a acontecer³.

Referida tendência de limitar o poder discricionário dos juízes estabelecendo critérios detalhados para a determinação da pena não se restringe somente aos Estados Unidos. A Europa, em geral, como demonstram Vanhamme e Beyens (2007, p. 215), optou por estabelecer princípios diretores mais gerais em forma de relatórios, ao invés de criar grades numéricas para delimitar a tomada de decisão. Apesar de adotar uma política diferenciada, percebe-se que a preocupação em reduzir as disparidades estava não somente presente, mas era o que guiava tal prática. O Canadá também passou por uma experiência semelhante através da reforma do Código criminal em 1996 em que foram estabelecidas as linhas diretrizes para o *sentencing* (Roberts, 2001).

Assim, percebemos o movimento das pesquisas sobre o *sentencing*: das pesquisas quantitativas que identificam os fatores contextuais que influenciam a decisão para pesquisas qualitativas que mostram a complexidade deste processo e colocam o juiz como objeto central para a compreensão desta prática. O ponto de Vanhamme e Beyens é mostrar como os juízes contemporâneos estão inseridos em um contexto em que eles precisam lidar com vários fatores: opinião pública, vítimas, cidadão e o próprio sistema penal (2007, p. 217).

Essa virada epistemológica e metodológica descrita pelas mencionadas autoras torna assim possível a emergência de novos pontos de observação empírica para as pesquisas sobre o *sentencing*. Todavia, tais pesquisas ficaram ainda presas ao conceito de ator, buscando compreender a atuação dos juízes. Se radicalizarmos tal paradigma compreensivo de que falamos as autoras e considerarmos que a própria justiça criminal, enquanto organização reflexiva, constrói sua realidade, independentemente dos seus atores individuais, podemos observar o processo de determinação da pena de outra maneira.

Tal perspectiva aceita a ideia de que há uma plu-

3 Outros estudos demonstraram que as disparidades não foram eliminadas mesmo após as Guidelines Commissions. Ver Albonetti, (1997), Engen e Steen (2000), Bushway e Piehl (2001).

ralidade de “sujeitos” que observam e produzem sentido e que, portanto constroem suas realidades (Luhmann, 1988)⁴. Assim, o ator social ou o sujeito não é o único sistema capaz de produzir sentido. Os sistemas sociais, como os sistemas jurídico e político, possuem esta capacidade reflexiva de produzir sentido e de construir sua realidade (Teubner, 1989). Essa perspectiva implicaria observar os juízes não somente como atores individuais, mas portadores de representações institucionalizadas que fornecem informações sobre o direito criminal, ou, mais especificamente, sobre como o direito criminal se constrói e opera. O foco poderia ser assim as ideias mobilizadas pelos juízes e não a subjetividade dos indivíduos que as mobilizam. Tal perspectiva permitiria observar outros aspectos do processo de determinação da pena, tal como o seu “vocabulário de motivos”, como veremos em detalhe adiante.

3 As pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal no Brasil: a (in) eficiência da justiça criminal em foco

No Brasil, o interesse e a produção acadêmica sobre os fatores determinantes da sentença judicial ganharam força com a emergência dos *estudos do fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro*. As primeiras pesquisas datam da década de 1990 e ganharam um novo fôlego a partir dos anos 2000 (Vargas, 2014; Ribeiro, 2009). A análise do processo de determinação da pena no Brasil desenvolveu-se dentro deste campo de pesquisas. A produção nacional sobre punição é sem dúvida mais abrangente e trata da questão mais ampla da seletividade da justiça criminal. Embora tal questão sem dúvida relaciona-se com a discussão proposta no presente artigo, optamos por centralizar nossa análise na maneira como tais pesquisas observam a questão da disparidade das penas e dos discursos mobilizados para construir a identidade do direito criminal⁵. Observaremos, assim, as

6 Tal perspectiva alinha-se a perspectivas de outros autores, como a de Foucault (1969), e quer assinalar a sobre-valorização dos atores sociais nas teorias e pesquisas em ciências sociais. Para aprofundar a questão da descentralização do sujeito nas pesquisas empíricas em direito, ver Garcia (2014).

7 Para um panorama da produção sobre a seletividade da justiça criminal, ver Lima, Rattón e Azevedo (2014) e, mais especificamente, Azevedo e Sinhoretto (2014).

pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal e como o direito criminal é usualmente observado por tais pesquisas e, assim, apontar os limites de tal observação.

Sem ter o objetivo de realizar uma revisão exaustiva dessa produção nacional em particular, queremos destacar algumas características que se apresentam nessas pesquisas e que são importantes para o nosso argumento. Essas pesquisas buscam reconstituir “o fluxo de pessoas e procedimentos que atravessam as diferentes organizações que compõem o sistema de justiça criminal” (Vargas e Ribeiro, 2008, p. 5). Nesse sentido, a determinação da pena realizada pelo juiz é apenas uma das fases que estes estudos observam, pois o objetivo é de avaliar a produção decisória de cada etapa do funcionamento da justiça criminal, desde a entrada na polícia, passando pelo Ministério Público, pelo juiz da sentença e chegando à administração penitenciária (execução penal), para, ao final, produzir um retrato do funcionamento global desse sistema. Mede-se o que entra, o que permanece e o que sai de cada uma dessas etapas processuais com o objetivo de avaliar a prestação de cada uma dessas organizações, bem como do sistema como um todo. E identificam-se quais são os fatores, sobretudo os fatores extralegais (cor, escolaridade, situação de trabalho, entre outros), que influenciam as decisões das organizações em questão.

Da mesma forma que as pesquisas estrangeiras, as pesquisas brasileiras sobre a “produção da decisão judicial” (Ribeiro, 2010) são igualmente marcadas por um significativo debate metodológico. Todavia, as diferenças metodológicas entre as pesquisas parecem residir nas dificuldades da realização da pesquisa tendo em vista as particularidades do sistema de justiça criminal brasileiro, seja quanto aos diversos ritos processuais existentes, seja com relação à inexistência de bases de dados confiáveis e que considerem todas as etapas do fluxo do sistema de justiça. Uma pesquisa privilegiará uma metodologia determinada em razão do tipo de dado e do acesso ao dado de que o pesquisador dispõe. Os estudos são unânimes em apontar a ausência de dados integrados com relação ao sistema de justiça criminal

como uma das principais dificuldades para a realização dessas pesquisas, bem como para a adoção de uma mesma metodologia entre os estudos (Ribeiro, 2010; Adorno e Izumino, 2002). Sem contar as particularidades dos procedimentos judiciais que variam de acordo com o crime observado. Diante dessas características, os balanços realizados sobre essas pesquisas distinguem as pesquisas pelo tipo de metodologia utilizada para produzir o dado e construir a análise. Vargas e Ribeiro (2008) classificaram os estudos sobre o “fluxo” de acordo com a metodologia privilegiada:

1) estudos que utilizam o método “longitudinal ortodoxo”. Vargas e Ribeiro definem esse método como sendo “o acompanhamento [físico] de um conjunto de ocorrências policiais de cada tipo de crime (registros de ocorrência) ao longo de certo período” (2008, p. 12). Neste caso, trabalha-se então com uma amostra. Trata-se de uma opção metodológica que demanda além de um custo elevado, um tempo considerado para a coleta de dados;

2) estudos que utilizam o método “transversal”. Ainda de acordo com Vargas e Ribeiro (2008), o método “transversal” calcula “o número de casos de cada tipo de crime que são processados anualmente por cada uma das agências que compõem o sistema de justiça criminal” (p.13); e

3) os estudos que optam pelo método “longitudinal retrospectivo”. O “desenho longitudinal retrospectivo” consiste na “análise em profundidade dos casos encerrados em um determinado ano no intuito de viabilizar o monitoramento do fluxo retrospectivamente – de trás pra frente – até chegar ao estágio inicial” (Vargas e Ribeiro, 2008, p. 15).

Outros critérios utilizados para caracterizar tais estudos referem-se ao tipo de crime escolhido para a pesquisa, a localidade da justiça criminal em análise, bem como o período coberto pela pesquisa (Ribeiro, 2009).

Quanto à análise dos fatores que influenciam o processo de determinação da pena, a maior parte das pesquisas apontou o peso dos fatores extralegais no

desfecho processual. Em estudo realizado nos tribunais em São Paulo, Adorno (1995) constatou que a justiça criminal opera discriminatoriamente em suas sentenças com relação a réus negros e réus brancos pela prática do mesmo crime. Réus negros seriam condenados em maior proporção do que réus brancos em razão da prática de crime idêntico. E concluiu: “a cor é poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça” (1995, p. 63). O funcionamento enviesado da justiça criminal brasileira foi apontado igualmente por vários outros estudos⁸ que indicam a influência de fatores extralegais (cor, classe social, gênero, etc.) na decisão judicial.

Nota-se igualmente, todavia, uma tendência, representada pela pesquisa de Vargas (2007), de observar a influência de fatores legais no processo decisório. Vargas (2007, p. 686) argumenta que “discriminações de raça, de gênero e de idade podem estar embutidas nos critérios legais normalmente considerados legítimos e neutros”. Trata-se aqui de uma tentativa de superar o debate entre fatores legais e extralegais. No caso do seu estudo sobre o processamento do crime de estupro, a autora apontou o peso das regras jurídicas na determinação dos casos que continuarão no fluxo do sistema de justiça criminal. As duas regras jurídicas presentes na legislação criminal brasileira analisadas pela autora foram a decisão da vítima de processar o agressor, o que condiciona a atuação dos operadores do direito, em especial, os promotores de justiça, e a presunção de violência pela idade da vítima. Vargas demonstrou que o processo tem mais chance de seguir o fluxo do sistema de justiça se a vítima manifestar sua decisão de processar o agressor e se a vítima tiver até 14 anos, idade da presunção da violência dada pelo Código penal brasileiro. A presunção da violência definida pela idade da vítima facilitaria especialmente o trabalho de constituição de provas, o que explicaria a maior chance desses casos de seguirem no fluxo do sistema de justiça.

Todavia, queremos enfatizar aqui uma importante característica dessas pesquisas que Vargas e Ribeiro (2008), autoras que contribuíram para a retomada e o aprofundamento desse campo de pesquisa no ce-

8 Ver Correa (1983), Adorno (1994), Ribeiro (1995 e 1999) entre outros.

nário nacional a partir dos anos 2000, chamaram a atenção. As autoras identificam certo “reducionismo analítico” de parte desses estudos, pois esses buscariam avaliar a prestação do sistema de justiça criminal, o que compreende o processo de determinação da pena, de modo a verificar ou medir a impunidade penal e, assim, uma suposta ineficiência da justiça criminal ao cumprir suas funções de prevenção e punição do crime.

O objetivo dado por estas pesquisas, como identificaram Vargas e Ribeiro (2008), de avaliar a prestação do sistema de justiça criminal a partir da impunidade penal atribui a qualidade (ou o tipo) da prestação da justiça criminal às ideias de punição e de prevenção, à “capacidade dissuasória sobre a intenção de um dado cidadão em cometer o crime, posto que desvela a certeza (ou não) da punição pela transgressão de dadas regras” (Vargas e Ribeiro, 2008, p. 6). E essa atribuição é feita sem questionamentos. De fato, o objetivo atribuído à justiça criminal de dissuadir futuros violadores da lei penal é veiculado de maneira dominante pelo direito criminal desde o século XVIII (Pires, 1998). Podemos dizer que o auto-retrato que o direito criminal faz dele mesmo vale-se da semântica da dissuasão para construir e afirmar sua própria identidade. Tal semântica desempenha um papel central na construção de certa identidade essencialmente punitiva do direito criminal. Todavia, é importante notar que tal identidade é uma construção do direito criminal, ou seja, trata-se de uma “*performance*”, de uma seleção do direito criminal. É preciso assim, distinguir entre tal construção interna e as descrições feitas pelos observadores externos ao direito criminal. De fato, o próprio direito criminal pode mobilizar outras ideias para construir eventualmente outra identidade. Dessa maneira, o observador externo deve estar atento à sua própria observação.

Bachelard (1938) fala da “vigilância epistemológica” do pesquisador. Significa questionar-nos no sentido de saber se estamos reproduzindo uma determinada identidade ou uma maneira de observar de outro “sujeito” (uma organização, como os tribunais, ou mesmo o direito criminal como um todo), o que nos impediria de observar de outra forma (Pires, 2004, p. 181). Significa, assim, de um lado, relativizar a nar-

rativa dada habitualmente pelos tribunais, e pela cultura penalista em geral, de cobrar uma prestação centrada nos discursos da punição repressiva e dissuasiva (como o são as narrativas sobre a impunidade da justiça e sobre seu efeito dissuasório). E, de outro, observar a “luta” de semânticas dentro do universo do direito criminal, e considerar outras narrativas, outras semânticas, talvez menos centradas na ideia de punição e de exclusão social como parte da realidade do universo jurídico-penal, e mesmo se essas narrativas “alternativas” não possuem o mesmo peso e a mesma estabilidade que as narrativas dominantes. Ao menos, aquelas desafiam estas últimas.

A “vigilância epistemológica” do pesquisador nesse sentido poderia evitar a “substancialização”⁹ do direito criminal (entendo aqui por direito criminal as práticas judiciárias dos tribunais, assim como a doutrina, as reflexões de reforma do direito, etc.). A escolha por esta via da “substancialização” poderia significar para as ciências sociais a perda da sua capacidade virtual de estimular o direito criminal a se construir de outra maneira, uma maneira não centrada na ideia de pena aflictiva.

A maneira como a prestação da justiça criminal é observada pelos estudos do fluxo do sistema de justiça criminal acaba por substancializar uma determinada maneira de conceber a prestação da justiça criminal construída pelo próprio direito criminal. A prestação da justiça criminal seria dada pelos objetivos de dissuadir o crime. Tal maneira reforça a ideia de que a prestação da justiça criminal deve se dar através de meios exclusivamente negativos e que se fecha às sanções positivas, como a reparação, a composição entre as partes, etc., sanções tidas como próprias da justiça cível.

É sobre esse ponto que propomos requalificar a

⁹ O sentido de “substancialização” aqui é de dar ao direito criminal um conteúdo determinado, uma forma particular, que exclui toda outra forma que não seja a escolhida. Queremos marcar uma distinção entre observar uma determinada forma como apenas uma determinada forma existente entre um universo de outras formas possíveis (atuais ou virtuais) e observá-la como a única forma possível, a única forma “verdadeira”. A segunda maneira de observar considera a contingência da seleção realizada enquanto que a primeira a cristaliza e fecha-se para outras formas alternativas.

questão dos fatores determinantes da sentença judicial, bem como do funcionamento desigual da justiça criminal e apontar para novos objetos de pesquisa sobre a determinação da pena.

4 Observando a disparidade das sentenças de outra maneira: o *sentencing* e o seu vocabulário de motivos

Vimos que as pesquisas tradicionais sobre o *sentencing* caracterizam-se por buscar identificar os fatores que influenciam o processo de determinação da pena. Vimos igualmente que se começou a constituir outro interesse no estudo sobre o *sentencing*, voltado mais para a observação do papel dos juízes nesse processo. Vimos ainda o caso particular das pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal no Brasil e como tais estudos observam o processo de determinação da pena.

O que propomos aqui é observar a questão da disparidade de outra maneira. Diante do panorama apresentado pelas pesquisas sobre o *sentencing* que mostram resultados tão diferentes, bem como a própria diversidade metodológica apresentada, percebe-se o quanto a disparidade das penas e a polarização característica dessas pesquisas entre o legal e o extralegal são mais complexas. Como argumentaram Pires e Landreville (1985, p. 104), ao ressaltar a disparidade e a influência seja de fatores legais ou extralegais no processo decisório, as pesquisas sobre o *sentencing* permaneceram prisioneiras da ideologia jurídico-penal. Quando se voltavam para afirmar a influência de fatores legais acabavam por fazer uma crítica ao funcionamento da justiça, caindo, assim, no limite, no culto da lei penal. Quando se voltavam para mostrar a influência de fatores extralegais, acabavam também por cultivar a lei penal, na medida em que explicavam a disparidade das sentenças pelo preconceito do juiz, aceitando, em última instância, o mito da igualdade jurídica. As próprias regras metodológicas utilizadas nessas pesquisas estariam prisioneiras da “ideologia” jurídico-penal, mostram Pires e Landreville (1985, p. 105), na medida em que não questionariam a neutralidade declarada dos critérios legais de julgamento.

Os autores argumentam que as pesquisas não colocaram em questão a própria lei penal, caindo na crítica à justiça, ao juiz, à polícia, sempre em reverência a lei, sem aterem-se à desigualdade jurídico-penal. Para Pires e Landreville (1985, p. 105) essa postura reflete os limites epistemológicos e teóricos da sociologia criminal clássica que, mesmo quando apontou a relação entre desigualdade social e as causas do crime, esqueceu-se da ligação entre desigualdade social e desigualdade jurídico-penal, acabando por fazer a crítica à sociedade sem fazer a crítica ao direito criminal.

Propomos assim observar outro aspecto da “disparidade” que é constantemente negligenciado por tais estudos. O que é observado como disparidade, como variações de uma sentença a outra, isolando determinados fatores para verificar sua influência nas decisões, diz respeito a disparidades na *duração da pena* para um mesmo crime. Todavia, como observa e demonstra estatisticamente Tonry (1995, p. 280), o problema da disparidade somente é significativo quando a escala global das penas é muito elevada, isto é, a quantidade da pena prevista e aplicada (em números de anos de prisão) é alta. Uma escala elevada de penas de prisão permite diferenças significativas entre os extremos. Assim, se os juízes não se contiverem e utilizarem uma boa parte do espaço dado pela lei, a diferença entre suas sentenças será significativa. Mas se um crime não possuir pena mínima e a pena máxima for, por exemplo, de 2 anos, a diferença entre as sentenças dos juízes seria menos dramática do que se a pena máxima prevista fosse de, suponhamos, 8 anos. É o argumento que Tonry levanta: “onde muitos condenados recebem prisão por um longo período de tempo, a margem potencial de disparidade é maior” (1995, p. 280, tradução nossa).

O argumento de Tonry toca num ponto central para o debate da disparidade entre as sentenças, a saber, a questão da qualidade da prestação da justiça criminal: quais são as penas previstas, como se pune, como se concebe a punição, e, conseqüentemente, o que não se aceita como punição, como resposta legítima da justiça criminal ao crime praticado. Consideremos o problema da impunidade ou da ineficiência da justiça criminal levantado pelas pesquisas sobre a

produção decisória dos tribunais. O que significa dizer que não houve punição ou que a justiça criminal foi ineficaz? Quais ideias são valorizadas (e quais são desvalorizadas) nessa maneira de problematizar a questão da disparidade das sentenças?

Colocando o problema neste registro, outros aspectos do *sentencing* tornam-se pertinentes para a compreensão desse processo e da disparidade, como os “vocabulários de motivos” mobilizados nas decisões judiciais, buscando dar legitimidade às escolhas e à sanção penal.

Pretendemos, assim, finalizar o presente artigo apontando a pertinência de um aspecto das decisões sobre a sanção penal que não foi observado pelas pesquisas em *sentencing* em geral. Diz respeito a uma clássica distinção introduzida por Wright Mills entre motivos e vocabulário de motivos (1940).

Segundo Wright Mills, os motivos de uma determinada ação social não se referem a estados privados existentes internamente nos indivíduos. Os motivos são, do ponto de vista sociológico, dirá Wright Mills, vocabulários que possuem funções identificáveis em determinadas situações sociais. São termos mediante os quais os atores sociais interpretam suas condutas (1940, p. 904). A questão não é saber as intenções internas do agente. A preocupação é saber por que certos motivos são verbalizados em detrimento de outros (1940, p. 905). Então, para Wright Mills não faz sentido chamar as justificativas dadas a determinadas seleções de motivos inconscientes ou falsos motivos, sendo equivocado distinguir entre motivos reais e mera racionalização. Por exemplo, nos relata Wright Mills, um diplomata quando fornece um motivo determinado em uma situação específica não está falando uma mentira intencional, mas o motivo por ele utilizado indica o uso de um vocabulário apropriado para aquela determinada situação.

O vocabulário de motivos é assim uma justificativa aceita que merece consideração sociológica exatamente porque permite observar a concorrência entre os vocabulários de motivos e questionar por que uns são mais estáveis e dominantes do que outros. Identificar empiricamente o motivo de uma determinada

ação é observar o vocabulário de motivo verbalizado pelos atores numa determinada situação. Tratá-los como mera racionalização abstrata significa perder de vista, defende Wright Mills, o uso legitimador que eles possuem.

Desta maneira, numa decisão da justiça criminal não encontraremos um vocabulário de motivos que justifique a tomada de decisão com base no racismo porque isso seria “inaceitável” do ponto de vista jurídico e social em geral. Mas, podemos encontrar justificações “aceitáveis” e “inquestionáveis” como “é preciso punir para dissuadir a prática de outro crime” ou “é preciso punir para retribuir a prática do delito”, ou “é preciso punir para denunciar o grau de reprovação da conduta criminosa e, assim, restituir a ordem”, ou, ainda, “é preciso punir para ressocializar o acusado”. Por que esses vocabulários de motivos mobilizados constantemente nas decisões da justiça criminal parecem ser inquestionáveis? Existiriam outros vocabulários de motivos que seriam mobilizados mesmo não sendo tão estáveis como estes? No final das contas, o que o uso reiterado destes vocabulários de motivos poderia nos dizer?

5 Considerações finais

Propomos aqui observar as teorias modernas da pena (retribuição, dissuasão, denúncia, ressocialização prisional) como os “vocabulários de motivos” dominantes nas decisões da justiça criminal sobre a sanção penal. O uso do vocabulário significa que ele foi escolhido porque ele é o vocabulário “aceito” ou “institucionalizado” na tomada de decisões sobre a pena. O vocabulário de motivos é uma justificativa de conveniência pré-aceita para uma determinada situação. Eles possuem um potencial de legitimação. As teorias da pena tornaram-se uma espécie de vocabulários de motivos das decisões sobre a pena. No plano de motivos, seu vocabulário é sistemicamente pré-aprovado, o que não é o caso, por exemplo, dos motivos subjetivos de um juiz quando da determinação da pena.

As teorias da pena fornecem, assim, “premissas pré-decisionais, conselhos, receitas às autoridades políticas, jurídicas e administrativas sobre os critérios

que elas devem adotar para a tomada de decisões concernentes às sanções penais”, como definiu Pires (2008, p. 2). Ainda segundo Pires (2008, p. 2), elas dizem “como (e com a ajuda de quais critérios) elas devem decidir sobre as penas na legislação, na sentença e na execução da pena”. Quando um juiz na determinação da pena, ou um político na elaboração legislativa concernente à sanção penal, ou mesmo um juiz na decisão sobre o livramento condicional, mobiliza essas teorias na sua decisão, ele espera conseguir aceitação da justificativa dada à escolha da sanção penal, pois são vocabulários inquestionáveis.

A implicação da aceitação *tout court* desses vocabulários de motivos é que essas teorias compartilham enunciados em comum, apesar de se auto-apresentarem como distintas uma das outras. Elas compartilham a mesma semântica do sofrimento e/ou da exclusão social para conceber a prestação da justiça criminal. A punição, definida a partir da semântica do sofrimento, é necessariamente a imposição de um sofrimento. Ela visa, em primeiro plano, fazer sofrer a pessoa condenada pela prática de um crime. Enquanto a teoria retributivista afirma que a punição visa retribuir o mal do crime, as outras teorias acrescentam outras finalidades: a teoria da dissuasão acrescenta a finalidade especial de *provocar ações futuras conformes às leis*, a teoria da denúncia acrescenta a finalidade especial de *expressar a reprovação do público*. A teoria da ressocialização, por sua vez, acrescenta a finalidade especial de *garantir a reforma do indivíduo*⁸. Além da semântica do sofrimento, referidas teorias da pena valorizam uma semântica da exclusão social, na qual a prestação da justiça penal, a pena, não deve considerar a manutenção dos laços sociais da pessoa condenada nem buscar sua inclusão social. O que se vê, assim, é a dominação de um determinado conceito de punição e de pena e uma semântica da exclusão social que são naturalizados de tal forma que não se consegue pensar outra forma de punição para o direito criminal. A reparação do dano à vítima, por exemplo, será vista

10 É certo que a teoria da ressocialização prioriza uma resposta penal programática e baseada em meios positivos, o que a difere das outras três teorias citadas. Todavia, é no contexto punitivo da prisão que ela encontra o espaço para a realização de tal programa. Assim, ela acaba por valorizar, mesmo indiretamente, a semântica do sofrimento.

como uma sanção essencialmente do direito civil e nunca como uma sanção do direito criminal.

O substrato comum apresentado pelas teorias modernas da pena forma, assim, como defende Pires e sua teoria da racionalidade penal moderna, um sistema de ideias sobre a pena criminal, constituído entre os séculos XVIII e XIX, que reivindica a exclusão social do culpado e que utiliza uma semântica do sofrimento para definir a punição (Pires, 1998). Esse sistema de ideias, responsável por dar ao direito criminal seu auto-retrato punitivo, pode ser observado no interior do sistema jurídico e do sistema político quando este discute as sanções penais⁹. Enquanto sistema de ideias dominante em matéria de sanção criminal, podemos observar sua perenidade e sua constante atualização. Dubé e Pires (2009, p. 124) formulam a hipótese de que esse sistema de ideias funciona como um obstáculo do conhecimento para uma mudança qualitativa do direito criminal, isto é para um direito criminal mais adequado à complexidade da sociedade na modernidade tardia.

É preciso dizer igualmente que as teorias da pena, ou o sistema de ideias que elas formam, possuem outra dimensão que o conceito de “vocabulário de motivos” não dá conta de apreender. O conceito de vocabulário de motivos diz respeito apenas a um uso comunicacional ligado à orientação, à fundamentação e à motivação das decisões sobre a pena. É a dimensão de ser um “padrão” de comunicação e de ação. Outra dimensão, igualmente importante, é ligada ao fato que essas narrativas são utilizadas pelo direito criminal para construir sua identidade e, assim, marcar uma diferença com relação a outros sistemas normativos. São “recursos cognitivos” (Garcia, 2010, p. 126) que o direito criminal utiliza para construir e reforçar sua identidade. Logo, essa dimensão das teorias da pena está ligada à construção de certa identidade pelo direito criminal essencialmente punitiva e promotora de exclusão social. Um exemplo é a própria ideia de impunidade que aparece nas pesquisas de *sentencing*, sobretudo no Brasil. O que é considerado como “pena suficiente” ou “resposta estatal suficiente” para a realização da prestação da justiça criminal? Prisão para todos os crimes? Qual é

11 Cf. Pires, Cellard e Pelletier (2001), e Pires (1998).

a margem efetiva de discricionariedade do juiz?

Sugerimos que uma parte do problema dessa percepção de “impunidade” possa estar ligada ao fato que não existe uma verdadeira determinação da pena no Brasil. Não existe uma determinação da pena que ofereça um leque de possibilidades aos juízes e que não se limite a calcular matematicamente a quantidade de tempo de prisão entre um tempo mínimo e um tempo máximo previstos na lei. Machado e Ferreira chamaram precisamente este fenômeno de “*automatismo decisório extremo* aliado ao *culto à quantificação* em matéria de penas” (2014, p. 65). Isto é,

[a] ideia amplamente difundida de que as penas são *calculadas* pelo juiz de acordo com os parâmetros fixados em lei – e não fruto de um processo decisório que envolva o juiz, a defesa e acusação e que esteja voltado a encontrar a pena mais adequada ao caso concreto e que preserve na maior extensão possível, os laços concretos e a vida social do cidadão ao qual se imputa a prática de um crime (Machado e Ferreira, 2014, p. 65).

Por tudo isso, achamos importante a observação e problematização das teorias da pena e seu papel no processo de determinação da pena. O *conjunto* dessas teorias que compõem a racionalidade penal moderna não foi examinado em profundidade pelas pesquisas em ciências sociais como obstáculo à evolução do direito criminal. E mesmo os estudos que chamam a atenção para essas teorias da pena são criticados por aceitarem as justificativas da punição que as mesmas propõem, bem como suas prescrições, como o reflexo do que se passa na prática (Duff e Garland, 1994).

Mas não se trata aqui de “aceitar” tais teorias. Queremos destacar a papel das teorias da pena na legitimação de certas práticas repressivas e na desqualificação de alternativas na maneira de sancionar. As teorias da pena são discursos institucionalizados e reconhecidos pelo direito criminal. Elas integram assim certa realidade do direito criminal e são utilizadas para apoiar algumas de suas operações.

A sociologia deste vocabulário de motivos, proposta por Pires (1998 e 2013) leva a sério as teorias da pena e acredita que essas formulações fazem parte da “prática” e da “realidade” dos tribunais, do legislativo ou da administração penitenciária (no que toca à decisão sobre a pena). Elas fazem parte da prática discursiva dessas organizações e muito têm a dizer sobre a maneira como essas organizações concebem punição e pena no *sentencing*, ajudando, assim, a compreender melhor a questão da disparidade da justiça criminal sem substancializar o direito criminal. A justiça criminal sim faz escolhas, a começar pela maneira como constrói sua identidade e como concebe a punição e a qualidade da sua prestação.

Como todo processo de seleção, outras maneiras de conceber a pena e outros autorretratos possíveis para o direito criminal não foram selecionadas. Todavia, tratando-se de uma aposta na contingência e por contingência, entendemos, como define Martuccelli, “a virtualidade sempre presente de outras escolhas possíveis” (Martuccelli, 1999, p. 144). Por fim, objetivar os vocabulários de motivos do *sentencing* ajuda a (1) compreender a maneira pela qual o direito criminal e suas organizações se concebem; (2) relativizar e desnaturalizar sua gramática dominante essencialmente punitiva e portadora de exclusão social, bem como (3) recuperar sua historicidade, ressaltando suas vozes dissonantes, suas ideias alternativas e marginalizadas.



6 Referências

- Adorno, S. (1994). Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri. *Revista USP*, 21, 132-151.
- Adorno, S. (1995). Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos CEBRAP*, 43, 45-63.
- Adorno, S., e Izumino, W. P. (2002). Fontes de dados judiciais. *Fórum de Debates Criminalidade, Violência e Segurança Pública no Brasil: uma discussão sobre bases de dados e questões metodológicas*. Temas Especiais. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e Centro de Estudos de Segurança e Cidadania – CESEC, novembro

- 2002, 3-25.
- Albonetti, C. (1997). Sentencing under the Federal Sentencing Guidelines : effects of defendant characteristics, guilty pleas, and departures on sentence outcomes for drug offenses. *Law and Society Review*, vol. 31 (4), 789-822.
- Azevedo, R.G. (2014). Sociologia da administração da justiça penal, in R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), *Crime, polícia e justiça no Brasil* (pp. 392-399). São Paulo: Contexto,
- Bachelard, G. (1938). A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, [1996].
- Bushway, S. D. e Piehl, A. M. (2001). Judging judicial discretion: legal factors and racial discrimination in sentencing. *Law and Society Review*, vol. 35 (4), 733-764.
- Cardia, N. (1999). Pesquisa sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violência em dez capitais brasileiras. Brasília: Ministério da Justiça/ Secretaria de Estado de Direitos Humanos.
- Chiricos, T. e Waldo, G. (1975). Socioeconomic status and criminal sentencing: an empirical assessment of a conflict proposition. *American Sociological Review*, 40, 753-772.
- Coelho, E. (1986). A administração da Justiça Criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967. *Dados*, 29 (1) 1, 61-81.
- Correa, M. (1983). Morte em família: representações jurídicas dos papéis sociais. Rio de Janeiro: Graal.
- Dixon, J. (1995). The organizational context of criminal sentencing. *American Journal of Sociology*, 100 (5), 1157-1198.
- Dubé, R., e Pires, A. P. (2009). La refondation de la société moderne, in R. Dubé, P. Gin, W. Moser et A.P. Pires (orgs), *Modernité en transit / Modernity in Transit* (pp. 111-135). Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- Duff, R. A. e Garland, D (1994). (ed.) *A reader on punishment*. Oxford : Oxford University Press.
- Engen, R. L. e Steen, S. (2000). The power to punish: discretions and sentencing reform in the war on drugs. *American Journal of Sociology*, 105 (5), 1357-1395.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir*. Paris : Gallimard, [2008].
- Garcia, M. (2010). *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*, Tese de doutorado em Sociologia, Université du Québec à Montréal (Canadá).
- Garcia, M. (2014). Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1(1), 182-209.
- Greenberg, D. F. (1977). Socioeconomic status and criminal sentences: is there an association? *American Sociological Review*, 42, 174-175.
- Hagan, J. (1974). Extra-legal attributes and criminal sentencing: an assessment of a sociological viewpoint. *Law & Society Review*, 8 (3), 357-384.
- Hagan, J. (1975). Law, order and sentencing: a study of attitude in action. *Sociometry*, 38 (2), 374-384.
- Hagan, J., Nagel, I., Albonetti, C. (1980). The differential sentencing of white-collar offenders in ten federal district courts. *American Sociological Review*, 45, 802-820.
- Hogarth, J. (1971). *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto Press in association with the Centre of Criminology, University of Toronto.
- Hopkins, A. (1977). Is there a class bias in criminal sentencing? *American Sociological Review*, 42, 176-177.
- Johnson, E.H. (1957). Selective factors in capital punishment, *Social Forces*, 36 (2), 165-169.
- Kant de Lima, R. (1989). Cultura jurídica e práticas policiais - A tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 10 (4), 65-84.
- Lima, R. S.; Ratton, J.L. e Azevedo, R.G. (org.) (2014), *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto.
- Luhmann, N. (1988). Cognition as construction, In H-G Moeller (2006), *Luhmann Explained: from souls to systems* (pp. 241-260). Chicago: Open Court.
- Lurigio, A., Carrol, J., Stalans, L. (1994). Understanding judges' sentencing decisions: attributions of responsibility and story construction. In L. Heath et al, *Applications of heuristics and biases to social issues*. New York: Plenum Press.
- Machado, M. R., e Ferreira, C. C. (2014). Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao sistema

- carcerário no Brasil. *Revista Transgressões*, 3, 58-83.
- Martuccelli, D. (1999). *Sociologies de la modernité*. Paris : Gallimard.
- Moeller, H-G (2006). Luhmann Explained. *From Souls to Systems*. Chicago: Open Court.
- Oliveira, F.L.; Ramos, L.O.; Cunha, L. G. (2014). *O Judiciário, a polícia e as leis na visão dos brasileiros, Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, 8, 110-123.
- Pires, A. P. (1994). La criminalité : enjeux épistémologiques, théoriques et éthiques, in F. Dumont, S. Langlois e Y. Martin, *Traité des problèmes sociaux* (pp. 247-277). Montréal : Institut québécois de recherche sur la culture.
- Pires, A. P. (1998). Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne, in C. Debuyst, F. Digneffe e A.P. Pires, A. P., Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (pp. 1-52). Bruxelles, De Boeck Université.
- Pires, A. P. (2004). La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux?, In D. Kaminski, D. e M. Kokoreff (org.) *Sociologie pénale : système et expérience. Pour Claude Faugeron* (pp. 173-198). Ramonville Sait-Agnès : Édition Éres.
- Pires, Alvaro P. (2008). *Introduction aux théories de la peine*. Resumo do curso, inverno 2008, documento não publicado. Ottawa: Departamento de Criminologia, Universidade de Ottawa.
- Pires, A. P. (2013), Naissance et développement d'une théorie et ses problèmes de recherche, in R. Dubé, M. Garcia e M.R. Machado (org.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 289-323). Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. e Landreville, P. (1985). Les recherches sur les sentences et le culte de la loi. *L'Année Sociologique*, 35, 83-113.
- Pires, A. P., Cellard, A., Pelletier, G. (2001). L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien, in Q. Bonastra (org.), *Régulation et Gouvernance : le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada* (pp. 195-217). Une perspective historique. Barcelona : Universitat de Barcelona.
- Raupp, M. (2009). O (in)visível tráfico de drogas : um estudo de sociologia das práticas jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 80, p. 346-369.
- Raupp, M. (2013). La distinction école classique/école positive et la rationalité pénale moderne : une réflexion à partir du regard des sciences sociales sur la réforme pénale de 1984 au Brésil, In R. Dubé, M. Garcia e M.R. Machado (org.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 143-166). Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa.
- Reasons, C. (1977). On methodology, theory and ideology. *American Sociological Review*, 42, 177-181.
- Ribeiro, C. A. (1995). *Cor e Criminalidade: estudo e análise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930)*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.
- Ribeiro, C. A. (1999). *As práticas judiciais e o significado do processo de julgamento*. *Dados*, 42 (4), 691-727.
- Ribeiro, L. (2009). Impunidade no sistema de justiça criminal brasileiro: uma revisão dos estudos produzidos sobre o tema. *Research Paper Series*, 48, Latin-american and Iberian Institute (LAI), New Mexico, University of New Mexico.
- Ribeiro, L. (2010). *A produção decisória do sistema de justiça criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do Estado de São Paulo entre 1991 e 1998*. *Dados*, 53 (1), 159-193.
- Roberts, J. (2001). Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada. *Sociologie et Sociétés*, 33 (1), 67-83.
- Santos, B. S (1996). *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento.
- Savelsberg, J. (1992). Law that does not fit society: sentencing guidelines as a neoclassical reaction to the dilemmas of substantivized law. *American Journal of Sociology*, 97 (5), 1346-1381.
- Sellin, T. (1928). The negro criminal: a statistical note, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 140, 52-64.
- Sellin, T. (1935). Race prejudice in the administration of justice, *The American Journal of Sociology*, 41 (2), 212-217.
- Sinhoretto, J. (2014). Seletividade penal e acesso à

- justiça, in R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), *Crime, polícia e justiça no Brasil* (pp. 400-409). São Paulo: Contexto.
- Teubneur, G. (1989). How the Law thinks: toward a constructivist epistemology of Law. *Law and Society Review*, 23 (5), 727-757.
- Thomson, R. J. e Zingraff, M. T. (1981). Detecting sentencing disparity: some problems and evidence. *American Journal of Sociology*, 86(4), 869-880.
- Tonry, M. (1995). Sentencing reform cross national boundaries, in C. Clarkson e R. Morgan (org.), *The politics of sentencing reform* (pp. 267-282). Oxford: Clarendon Press.
- Vanhamme, F., e Beyens, K. (2007). La recherche en sentencing: un survol contextualisé. *Déviance et Société*, 31 (2), 199-228.
- Vargas, J. D. (2007). *Análise comparada do fluxo do sistema de justiça para o crime de estupro*. Dados, 50 (4), 671-697.
- Vargas, J. D., e Ribeiro, L. (2008). Estudos de fluxo da justiça criminal: balanço e perspectivas. *Anais do XXXII Encontro anual da ANPOCS*. Caxambu, Anpocs.
- Vargas, J.D. (2014). Fluxo do sistema de justiça criminal, in R.S. Lima, J.L. Ratton e R.G. Azevedo (org.), *Crime, polícia e justiça no Brasil* (pp. 411-422). São Paulo: Contexto.
- Wright Milss, C (1940). Situated actions and vocabularies of motives. *American Sociological Review*, 5 (6), 904-913.

Data de submissão 14 de agosto de 2014

Data de aprovação 11 de novembro de 2014

A REVIRAVOLTA EMPÍRICA NA DOCTRINA DO DIREITO INTERNACIONAL¹ // Gregory Shaffer e Tom Ginsburg

Palavras-chave:

pesquisa empírica / direito internacional

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

Sumário:

- 1 Introdução**
- 2 A Explicação da Reviravolta Empírica: críticas e algumas respostas**
- 3 O Trabalho Transversal: concepção e papel dos instrumentos legais e tribunais**
 - 3.1 Estrutura e Natureza Legal do Instrumento: Direito Consuetudinário Internacional, Tratados, e Soft Law
 - 3.2 Tribunais Internacionais
- 4 Estudos Empíricos em Áreas Substantivas do Direito Internacional**
 - 4.1 Direitos Humanos
 - 4.2 Como o direito internacional dos direitos humanos é produzido.
 - 4.3 Como e sob quais condições internacionais os direitos humanos são importantes.
 - 4.4 Direito Penal Internacional e Direito Humanitário
 - 4.5 Como o DIP e o DIH são produzidos.
 - 4.6 Como e em que condições DIP e DIH importam.
 - 4.7 Direito do Comércio Internacional
 - 4.8 Como o direito do comércio internacional é produzido.
 - 4.9 Como e em que condições as questões de direito da OMC são importantes
 - 4.10 Direito Internacional do Investimento
 - 4.11 Como o direito dos investimentos é produzido
 - 4.12 Como e em que condições o direito internacional dos investimentos é importante
 - 4.13 Direito Ambiental Internacional
 - 4.14 Como o direito ambiental internacional é produzido

- 5 Construindo a Teoria Condicional do Direito Internacional**
- 6 Conclusão**

Resumo*

Este artigo faz uma introdução e uma avaliação do novo movimento de pesquisa empírica em direito internacional. As pesquisas mais recentes na área têm mudado o foco do debate teórico sobre a relevância do direito internacional para o estudo sobre as condições em que o direito internacional é criado e produz efeitos. O amadurecimento dessa agenda de pesquisa tem favorecido uma teorização nova e intermediária, a qual denominamos de “teoria condicional do direito internacional”.

* Esta é uma versão traduzida do artigo publicado por Tom Ginsburg e Gregory Shaffer, “The Empirical Turn in International Legal Scholarship,” 106 *American Journal of International Law* 1 (2012). Versão autorizada pela *American Society of International Law*. A *American Society of International Law* não se responsabiliza, entretanto, pela tradução e não certifica a completa compatibilidade com a versão original. A tradução foi elaborada por Paulo Mendes Guedes, com revisão técnica de Nicole Fobe e Michelle Ratton Sanchez Badin.

THE EMPIRICAL TURN IN INTERNATIONAL LEGAL SCHOLARSHIP

// *Gregory Shaffer & Tom Ginsburg*

Keywords

empirical studies / international law



Abstract

This article presents and assesses a new wave of empirical research on international law. Recent scholarship has moved away from theoretical debates over whether international law “matters,” and focuses instead on exploring the conditions under which international law is created and produces effects. As this empirical research program has matured, it has allowed for new, midlevel theorizing that we call “conditional international law theory”.

Em agradecimento à American Society of International Law pela concessão da autorização de tradução deste artigo

Shape the Future of International Law



ASIL has allowed me to meet other lawyers with similar interests, but also exposed me to new issues of international law. ASIL offered me a space to share my ideas and build on them...[and] to be an active participant in international law.

Chiara Giorgetti
Assistant Professor,
University of Richmond
School of Law; formerly of
White & Case LLP

JOIN ASIL

The American Society of International Law is dedicated to fostering the study of international law and to promoting the establishment and maintenance of international relations on the basis of law and justice. Founded in 1906, it brings a 100-plus-year-old tradition of convening its diverse community, comprising nearly 4,000 members from more than 100 countries, to address the pressing international legal questions of the day. Its reputation for providing a forum for balanced, non-partisan, and rigorous analysis is unparalleled.

Benefits of Membership

- Scholarship and News
- Debate, Discussion, and Problem Solving
- Networking and Professional Development
- Education and Outreach

To take advantage of these and many other ASIL member benefits and to help shape the future of international law, join the world's leading association for scholars, practitioners, and students of international law.

Visit www.asil.org/membership to learn more and to join.



**American Society
of International Law**

*Serving International Lawyers.
Strengthening International Law.*

2223 Massachusetts Avenue, NW | Washington, DC 20008 | www.asil.org

1 Introdução

Há uma nova reviravolta empírica na doutrina do direito internacional. Valendo-se de décadas de trabalho de juristas e cientistas sociais, uma nova geração de estudos empíricos tem analisado como o Direito Internacional atua em diferentes contextos. O debate teórico acerca da relevância do Direito Internacional já foi superado. O que interessa agora é estudar as condições que levam à sua produção e manifestação. O Direito Internacional é fruto de forças e fatores específicos; ele alcança seus fins em condições determinadas. A tendência em torno de estudos empíricos tem crescido devido aos esforços de acadêmicos de várias disciplinas, sendo que os juristas têm desempenhado papéis centrais, tanto de forma independente como enquanto colaboradores, na produção de análises empíricas.¹ Os juristas têm sido também cada vez mais pressionados a consumir este tipo de estudo. É chegada a hora de fazer um balanço e avaliar esta nova geração multidisciplinar e multimetodológica da doutrina empírica do Direito Internacional.

A reviravolta empírica não está desvinculada da teoria, mas não costuma ter por objetivo a construção de grandes arcabouços teóricos. Em vez disso, ela se concentra em uma teorização intermediária das condições em que o Direito Internacional (DIN) é formado e nos efeitos gerados em diferentes contextos, objetivando explicar suas variações. Nós, portanto, chamamos essa reviravolta de *teoria condicional do DIN*. Ao construir uma teorização a partir de estudos em-

1 Respectivamente, Melvin C. Steen, Professor de Direito, University of Minnesota; e Leo Spitz, Professor de Direito Internacional, University of Chicago, e Professor Pesquisador, American Bar Foundation. Os autores agradecem a Karen Alter, Chad Bown, Marc Busch, Tim Büthe, Peter Cane, Christopher Drahozal, Herbert Kritzer, Jonathan Nash, Hari Osofsky, Mark Pollack, Tonya Putnam, Beth Simmons e Christopher Whytock pelos úteis comentários, e Ryan Griffin, Youssef Kalad, Claudia Lai, Kristen McKeown, Mary Rumsey e Carolyn Tan pelo excelente auxílio na pesquisa.

Esta honra foi concedida pelo prêmio de 2010 da *American Society of International Law* ao trabalho empírico precursor no campo do direito internacional dos direitos humanos de Beth Simmons. SIMMONS, Beth A. *Mobilizing Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. É também digno de nota que a Reunião Anual de 2010 da ASIL foi a primeira a criar um painel específico abordando a nova direção da doutrina do direito internacional, “*Empirical Approaches to International Law*”. O diretor executivo da ASIL participou do encontro.

píricos, lida-se com o que um de nós convencionou chamar de “análise emergente”, ou seja, uma análise que oscila entre descobertas empíricas, teorização abstrata, testes aplicados empiricamente e assim por diante.² Nesse sentido, os acadêmicos desempenham um importante papel ao reduzir a lacuna entre teoria abstrata, investigação empírica e o mundo da prática. O engajamento teórico torna-se parte de um processo constante, dinâmico e interativo de avaliação empírica do Direito Internacional em ação. Como o teórico social Robert Merton escreveu, “a pesquisa empírica vai muito além do papel passivo de verificação e teste da teoria: vai além da confirmação ou refutação das hipóteses. A investigação desempenha um papel ativo: (...) Ela inicia, reformula, desvia e esclarece a teoria”.³

A tendência ao estudo empírico do Direito Internacional não é novidade. A nova geração de abordagens ligadas às ciências sociais encontra ecos em uma tradição anterior, representada pela doutrina cética e funcionalista do Direito Internacional.⁴ Essa corrente teórica é inicialmente apresentada, em certa medida, pela “*New Haven School of policy scien-*

2 NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. *Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?* *Cornell Law Review*, vol. 95, p. 61, 2009; Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1405437>. Último acesso em 13 de janeiro de 2015.

3 Ver MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. New York: Free Press, 1968; ver também GREIF, Avner. *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 (“o papel da teoria em uma análise específica a um contexto, interativa e teoricamente informada”).

4 Como Hans Morgenthau apropriadamente colocou em 1940, na tradição realista legal a ciência do direito internacional – bem como as ciências sociais em geral – “ainda estão à espera de seu Newton, Leibniz, Faraday, Carnot, Maxwell, e Hertz. Esperar que o advogado contemporâneo seja um “engenheiro” ou “técnico” da lei significa esperar Edison antes de Faraday, Wright antes de Carnot, Marconi antes de Maxwell e Hertz. E esta é certamente uma expectativa inútil. A grande tarefa que está diante das ciências sociais é a de preparar o trabalho deste último, para que ele possa construir um arcabouço sobre o que já foi sedimentado”. MORGENTHAU, Hans. “*Positivism, Functionalism, and International Law*”. *American Journal of International Law*, vol. 34, nº 2, 1940; ver também FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964; FRIEDMANN, Wolfgang. *Joint International Business Ventures in Developing Countries: Case Studies and Analyses of Recent Trends*. New York: Columbia University Press, 1971; FRIEDMANN, Wolfgang. “*Impacts of Social Organization on International Law*”. *American Journal of International Law*, vol. 50, p. 475, 1956.

ce”, liderada por Myres McDougal e Harold Lasswell⁵, que extrapolou o realismo jurídico norte-americano (muito embora essa escola de pensamento tenha sido posteriormente muito criticada por não seguir o método empírico que ela própria prescrevia)⁶, e alguns trabalhos advindos da corrente processualista, como os de Abram e Antonia Chayes.⁷ De modo geral, o estudo de caso acerca do aumento da eficácia do Direito Internacional tem se mostrado uma metodologia recorrente, nos últimos anos, pelos diferentes acadêmicos do campo.⁸

No entanto, é oportuno dizer que muito do conhecimento jurídico internacionalista tradicional está assentado em leis formais e prescrições normativas, com atenção especial ao papel assumido pela Corte Internacional de Justiça (CIJ). A doutrina tradicional

5 Ver LASSWELL, Harold D.; MCDUGAL, Myres S. “Jurisprudence for a free society: studies”. *Law, Science and Policy*, vol. XXI, 1992. Mostrando que, para eles, “a mais viável concepção de direito... como reformulada pelos teóricos do realismo norte-americanos é aquela sobre o processo autoritário da decisão – pelo qual os membros de uma comunidade clarificam e asseguram seus interesses comuns”. MCDUGAL, Myres. “Law and Power”. *American Journal of International Law*, vol. 46, p. 102, 1952.

6 Ver DORSEY, Gray. “Agora: McDougal-Lasswell Redux: The McDougal-Lasswell Proposal to Build a World Public Order”. *American Journal of International Law*, vol. 82, p. 41, 1988. “Julius Stone pontuou que em nenhum desses estudos McDougal e seus colegas fazem a investigação empírica abrangente que especificam para os estudiosos encarregados da construção da ordem pública mundial”. STONE, Julius. *Visions of World Order: Between State Power and Human Justice*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984; YOUNG, Oran R. “International Law and Social Science: The Contributions of Myres S. McDougal”, *American Journal of International Law*, vol. 66, p. 60, 1972. “Não é nada surpreendente que McDougal seja um grande defensor, ao menos no nível verbal, do uso de resultados das ciências sociais em análises jurídicas. O surpreendente é que a substantiva contribuição de McDougal à realização deste objetivo não é particularmente impressionante e que as oportunidades de introdução de descobertas das ciências sociais não sejam aproveitadas em seu próprio trabalho”.

7 CHAYES, Abram. *The Cuban Missile Crisis: International Crises and the Role of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1974; CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Cambridge: Harvard University Press Cover, 1995.

8 Ver REISMAN, Michael W. “International Incidents: Introduction to a New Genre in the Study of International Law”. *Yale Journal of International Law*, vol. 10, nº 13, 1984 (criticando a corrente dominante da doutrina internacionalista em focar no mundo fantasioso dos “casos” em vez dos “incidentes”, nos quais o direito internacional tem papel normativo sem que os Estados levem o litígio ao conhecimento das cortes internacionais).

costumava pressupor, em vez de examinar, a eficácia e a cooperação no Direito Internacional, lamentando a existência de instâncias em que o Direito Internacional era incapaz de restringir o poder do Estado ou afetar a prática doméstica. Uma pesquisa nos volumes do periódico *American Journal of International Law* revela que, nos últimos anos, o AJIL publicou pouco ou nenhum trabalho empírico.⁹

A indiferença por parte dos acadêmicos de Direito Internacional quanto aos métodos empíricos pode ser facilmente reconhecida no conceito de “método” utilizado no *Simpósio sobre Método no Direito Internacional* do AJIL, em 1999. Nenhuma contribuição à criação de uma metodologia comum às ciências sociais foi feita no encontro, o que sugere uma distância significativa entre o conhecimento jurídico e aquele aplicável às ciências sociais. Em vez disso, os “métodos” alternativos citados e utilizados envolviam reivindicações teóricas e analíticas. O ensaio introdutório ao tema do simpósio, “*A Prospectus for Readers*”, diferenciou, em primeiro lugar, “método” (ou quadro analítico) de “metodologia”, apontando (de uma perspectiva legalista) que a “metodologia da pesquisa jurídica” consiste em “formas de identificar e localizar recursos primários e secundários”.¹⁰ O ensaio introduziu sete quadros teóricos e analíticos, aprofundados em um nos artigos subsequentes, que abordavam “positivis-

9 Ver, em sentido contrário, BLEICHER, Samuel A. “The Legal Significance of Re-citation of General Assembly Resolutions”. *American Journal of International Law*, vol. 63, pp. 444, 455, 477, 1969. Apresenta tabelas com a frequência de citação das resoluções da Assembleia Geral); DOHERTY, Kathryn B. “Rhetoric and Reality: A Study of Contemporary Official Egyptian Attitudes Toward the International Legal Order”. *American Journal of International Law*, vol. 62, p. 335, 1968; GAMBLE, John K. “Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice”. *American Journal of International Law*, vol. 74, p. 372, 1980. STEINBERG, Richard H. “Trade-Environment Negotiations in the EU, NAFTA, and WTO: Regional Trajectories of Rule Development”, *American Journal of International Law*, vol. 91, p. 231, 1997. Usando, por exemplo, uma regressão lógica a fim de abordar a implantação das diretivas da União Europeia.

10 Ver RATNER, Steven R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. “Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers”, *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 291, 1999. Citando ROSENNE, Shabtai. *Practice and Methods of International Law*. New York: Oceana Publications, 1984. Os autores provavelmente têm a intenção de usar o termo “fontes”, utilizado por Rosenne. Ratner e Slaughter diferenciam “metodologia” de “método”. Eles citam Philip Allott pela proposição de que “métodos... referem-se à estrutura de sua argumentação, em especial ao seu discurso lógico”.

mo jurídico”, teoria das relações internacionais (RI), direito e economia, a corrente desenvolvida em Yale sobre “jurisprudência politicamente orientada”, o “novo processo jurídico internacional,” reflexões críticas e estudos feministas.¹¹ A edição concluiu com um ensaio intitulado “*The Method is the Message*”.¹²

Na visão dos cientistas sociais, contudo, teoria (ou quadro analítico) e método, apesar de inter-relacionados, são conceitos distintos. Em vez de considerarem “método” uma “mensagem”, os cientistas sociais entendem o método como o uso de ferramentas específicas para avaliar como e em que condições o Direito Internacional funciona na prática. A teoria, portanto, não deve suplantiar a rigorosa análise empírica da prática – ou seja, a análise empírica não significa um teste da teoria. Do ponto de vista da teoria condicional do DIN, os temas abordados por gerações anteriores podem ser mais facilmente alcançados por meio de estudos empíricos intermediários acerca dos contextos específicos do Direito Internacional.

Para os fins deste artigo, a noção de trabalho empírico envolve o uso sistemático de métodos qualitativos e quantitativos. Enquanto algumas referências a uma reviravolta empírica na doutrina jurídica internacional parecem fazer referência apenas a aspectos quantitativos, ignorando trabalhos que utilizam outros métodos empíricos, nós fomos propositalmente mais abrangentes em nossa cobertura.¹³ Portanto, não limitamos nossa análise e avaliação a trabalhos sistemáticos que têm por base inferências causais, embora destaquemos trabalhos nesse sentido. Pre-

11 Este tema do simpósio teve por resultado um volume intitulado “*The Methods of International Law*”, no qual foi adicionada uma nova contribuição que abordava a visão do terceiro mundo sobre o Direito Internacional. Ver ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S., “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict” in: RATNER, Steven; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Methods of International Law*. Washington, D.C.: The American Society of International Law, 2004.

12 Ver RATNER, Steven R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. “The Method is the Message”. *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 410, 1999.

13 Ver MERTZ, Elizabeth; SUCHMAN, Mark. “A New Legal Empiricism? Assessing ELS and NLR”. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, p. 555, 2010. Compara o movimento dos “estudos empíricos legais” com seu *Journal of Empirical Legal Studies*, que é quase exclusivamente quantitativo, e o movimento do “novo realismo jurídico”, que é mais abrangente.

ferimos incluir referências a artigos que se valem de etnografia/observação participativa, entrevistas sistematizadas, rastreamento de processos históricos, narrativas analíticas, pesquisas, análise de conteúdo, análises qualitativas comparadas e análises quantitativas estatísticas. Às vezes esses métodos são empregados em disciplinas específicas, como a Antropologia, a Economia, a Geografia, a Ciência Política e a Sociologia, mas cada um deles oferece uma perspectiva particular e diferente sobre o Direito Internacional vigente.

O trabalho empírico é convencionalmente dividido em estudos que lançam mão dos métodos quantitativo e qualitativo, cada qual com seus pontos fortes e deficiências, acarretando, assim, vantagens e desvantagens. Em muitos casos, os acadêmicos fazem uso de abordagens sincréticas, que combinam métodos quantitativos e qualitativos para apoiar suas afirmações. Como as vantagens relativas foram avaliadas em outra ocasião¹⁴, vamos resumir-las sucintamente a seguir.

O poder do método quantitativo está na sua capacidade de testar hipóteses de forma rigorosa diante de grandes quantidades de dados utilizando técnicas estatísticas e variáveis de controle. Os maiores desafios desse método envolvem medição e inferência causal. Reduzir realidades sociais complexas a medidas e indicadores usados na análise estatística costuma ser bastante difícil. Além disso, mesmo que os desafios de medição sejam resolvidos, criar um desenho de pesquisa que possibilite a produção de inferências causais pode levar a um certo malabarismo. Métodos quantitativos, no entanto, permitem o uso de técnicas mais sofisticadas de coleta de dados e variáveis de controle capazes de determinar a relevância de diferentes fatores na evolução do Direito

14 Ver SEALE, Clive. *Researching Society and Culture*. Thousand Oaks: SAGE, 2ª ed., 2000; BRADY, Henry; COLLIER. *Rethinking Social Inquiry: Diverse Tools, Shared Standards*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2ª ed, 2010; KING, Gary; KEOHANE, Robert; VERBA, Sidney. *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton: Princeton University Press, 1994; LAWLESS, Robert; ROBBENOLT, Jennifer; ULEN, Thomas. *Empirical Methods in Law*. Nova Iorque: Aspen, 2009; MILLER, Delbert; SALKIND, Neil. *Handbook of Research Design and Social Measurement*. Nova Iorque: SAGE, 6ª ed., 2002; SAYER, Andrew. *Methods in Social Science*. Londres: Routledge, 2ª ed., 1992.

Internacional e seu impacto.

O método qualitativo, por sua vez, proporciona a vantagem de examinar mais detalhadamente a dinâmica dos contextos sociais, uma vez que envolve com frequência pesquisa de campo e entrevistas. O desafio aqui está no fato de que os resultados do método qualitativo tendem a ser menos generalizáveis, por se situarem em contextos específicos. Mas o que estes estudos perdem em parcimônia (isto é, a inferência causal específica não permite que seja formulada uma equação apta a ser testada estatisticamente) também lhes garante uma maior fundamentação em contextos sociais, nos quais dados numéricos não conseguem penetrar a contento. Além disso, o método qualitativo pode ser visto como pouco confiável por refletir as predisposições normativas do observador ou dos entrevistados. Para controlar as pré-concepções do pesquisador, faz-se uso da triangulação, método que permite ao pesquisador “comparar diferentes tipos de dados de diferentes fontes para ver se eles corroboram um ao outro”.¹⁵ Aventurar-se no campo da pesquisa qualitativa é, antes de tudo, uma oportunidade concreta para avaliar os próprios pressupostos.

O uso dos métodos quantitativo ou qualitativo muitas vezes depende da questão proposta. Abordagens quantitativas costumam ser mais adequadas para questões macro, como uma decisão judicial no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre importações,¹⁶ o efeito dos Direitos Humanos na prática de direitos humanos¹⁷, ou o impacto de tratados bilaterais de investimento.¹⁸ Abordagens qualitativas, por sua vez, costumam ser adequadas para avaliar os mecanismos de mudança de comportamento, permitindo ao pesquisador entender os canais específicos por meio dos quais o regime jurídico afeta indivíduos, organizações e Estados. Ademais, o

15 Ver SEALE, Clive. *Researching Society and Culture*. Thousand Oaks: SAGE, 2ª ed., p. 231, 2000.

16 Ver BOWN, Chad. “On the Economic Success of GATT WTO Dispute Settlement”. *Review of Economic Statistics*, vol. 86, p. 811, 2004.

17 Ver Parte III sobre Direitos Humanos e SIMMONS, Beth A. *Mobilizing Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

18 Ver Parte III sobre Direito Internacional do Investimento.

método qualitativo é também importante para construir teorias que o método quantitativo pode colocar à prova.

Não obstante as vantagens relativas dessas ferramentas metodológicas, a arena internacional impõe desafios metodológicos específicos e também requer, por vezes, uma estratégia de investigação distinta (a ser discutida mais adiante). No geral, a nova tendência da doutrina jurídica internacional considera que o alcance e a eficácia do Direito Internacional constituem questões empíricas a serem estudadas. Elas não devem ser nem presumidas (como na doutrina tradicional) nem consideradas irrelevantes (como na tradição realista das Relações Internacionais).

Este artigo está organizado em cinco partes. A Parte I analisa as razões e as evidências da corrente empírica atual, traz algumas críticas a essa corrente e respostas a essas críticas. A Parte II examina estudos sobre a crescente literatura empírica relativa a tratados e tribunais internacionais. Além de discutir temas que se concentram em determinados tribunais, nos focamos na escolha dos instrumentos jurídicos e na lógica de funcionamento de órgãos judiciais, o que ajuda a lançar as bases para a Parte III.

A Parte III concentra-se em cinco importantes áreas do Direito Internacional: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Penal e Direito de Guerra; Direito do Comércio Internacional; Direito dos Investimentos; e Direito Ambiental. Essas áreas foram selecionadas por serem amplamente representativas, embora reconheçamos que outras áreas também pudessem ser apreciadas. Em cada caso, abordamos o que caracteriza cada área – um passo crucial para a teoria condicional do DIN – e pesquisamos e avaliamos o estado da arte do trabalho empírico em cada uma delas. Nós nos focamos em duas questões de ordem: (1) como o Direito Internacional é produzido, e (2) em que condições o Direito Internacional é importante? De um modo geral, a primeira pergunta envolve as causas e as influências dos fenômenos jurídicos internacionais, enquanto a segunda aborda suas consequências. Ao recortar nossa análise do Direito Internacional em diferentes domínios, organizados de acordo com essas duas questões, podemos

destacar e examinar tanto as variações quanto os padrões que explicam questões normativas fundamentais.

Resultantes de nosso levantamento e da análise da doutrina de estudos empíricos, a Parte IV e a Conclusão representam um esforço preliminar para a construção de uma teoria condicional do DIN ligada a como e em que condições o Direito Internacional opera. Elas destacam a importância do trabalho intermediário entre a construção da teoria e a avaliação empírica da prática. Esse trabalho é, na nossa opinião, central à abordagem das questões normativas em discussão.

2 A Explicação da Reviravolta Empírica: Críticas e Algumas Respostas

O que explica a tendência empírica no estudo do direito internacional? Esta tendência doutrinária, a nosso ver, é impulsionada pelo crescente papel do direito internacional na governança global e, assim, pelo aumento da atenção que outras disciplinas têm dado ao direito internacional como um objeto de estudo. O fim da Guerra Fria, a queda do Muro de Berlim e a globalização cultural e econômica criaram uma nova demanda pelo direito internacional e propiciaram sua realização. A proliferação do direito internacional, em outras palavras, pode ser entendida como o produto de um contexto estrutural distinto, de maior convergência ideológica, e da maior exigência funcional.

Estes desenvolvimentos estimularam progressos na teoria das ciências sociais, com renovado interesse no direito internacional. A antiga escassez de trabalhos empíricos sobre direito internacional refletiu, em especial, a resistente supremacia da tradição realista da doutrina do direito internacional. Para os realistas clássicos e estruturais, o poder do estado determina os resultados no cenário internacional, sendo o direito internacional um “epifenômeno”, relegado a não ter nenhum impacto causal independente sobre os resultados¹⁹. Ainda que o realismo seja um

paradigma importante e tenha sido sistematicamente aplicado para estudar o direito internacional nos últimos anos²⁰, a principal corrente doutrinária atual reflete a escolha racional, a tradição institucionalista, associada a Robert Keohane, e conhecimentos construtivistas, associados a John Ruggie e Alexander Wendt²¹.

À luz das teorias da escolha racional e construtivista, o direito internacional tem papéis potencialmente importantes que merecem detida investigação empírica. No paradigma institucionalista racional, instituições internacionais facilitam a cooperação entre estados, reduzindo os custos de transação de acordos internacionais celebrados entre múltiplas partes e promovendo seu cumprimento por meio de monitoramento e fiscalização²². Este trabalho complementou o dos economistas, que começaram a estudar o papel das instituições no nível internacional, quer para compreender e melhorar o fornecimento de bens públicos globais²³, quer para facilitar a resolução de outras formas de cooperação e seus desafios²⁴. Os construtivistas, por outro lado, enfocaram o papel das instituições internacionais no exercício do poder normativo e na formação das percepções de problemas, soluções e interesses pelos estados e outros atores²⁵. Em outras palavras, à luz da teoria institucionalista racional, o direito internacional ser-

20 GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Para uma posição realista modificada, ver STEINBERG e ZASLOFF, nota *supra* 19.

21 KEOHANE, Robert. *After hegemony: Cooperation and discord in the world political economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984; WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; RUGGIE, John G. “What Makes the World Hang Together? Neo-utilitarianism and the Social Constructivist Challenge”. *International Organization*, vol. 52, p. 855, 1998.

22 HAFNER-BURTON, Emilie; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. “Political Science Research on International Law: The State of the Field”. *American Journal of International Law*, vol. 106, p. 47, 2012.

23 KAUL, Inge; CONCEIGIO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDONZA, Ronald U. (orgs.). *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*. New York: Oxford University Press, 2003; SANDLER, Todd. *Global Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

24 SCHELLING, Thomas. *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

25 Ver FINNEMORE, Martha; TOOPE, Stephen J. “Alternatives to “Legalization” – Richer Views of Law and Politics”. *International Organization*, vol. 55, p. 743, 2001.

19 Ver STEINBERG, Richard; ZASLOFF, Jonathan. “Power and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 64, 2006.

ve a propósitos funcionais críticos, e à luz da teoria construtivista, ele exerce autoridade normativa. Em ambos os casos, estas teorias validam a promessa de o direito internacional moldar a ordem mundial.

Abordagens sociologicamente orientadas da lei e da globalização, como a política mundial, pós-colonial e teoria do direito e desenvolvimento, também têm sido cada vez mais influentes na doutrina jurídica internacional, em paralelo com as abordagens de RI²⁶. A teoria política mundial estuda como os scripts legais internacionais funcionam como veículos de normas culturais globalizadas, levando à convergência e, assim, ao cumprimento. A abordagem política mundial foi desenvolvida empiricamente por os sociólogos como John Meyer, John Boli, Elizabeth Boyle, entre outros, a respeito de direitos humanos e questões econômicas neoliberais, e tem sido usada como suporte para a construção de teorias sobre direito internacional por Ryan Goodman e Derek Jinks²⁷. A teoria pós-colonial examina a interação entre leis internacionais e sistemas nacionais dos países em desenvolvimento e tem sido estudada empiricamente utilizando métodos etnográficos por antropólogos, como fez Sally Merry no tocante às questões dos direitos das mulheres, tanto no nível internacional²⁸ quanto doméstico. Além disso, acadêmicos da sociologia jurídica têm estudado empiricamente a difusão de modelos jurídicos através de instituições internacionais, contribuindo para a teoria do direito e de-

26 Para uma boa visão global, ver HALLIDAY, Terence; OSINSKY, Pavel. "Globalization of Law". *Annual Review of Sociology*. vol. 32, p. 447, 2006.

27 Ver MEYER, John. "The World Polity and the Authority of the Nation-State" in: BERGENSEN, Albert. *Studies of the Modern World-System*, 1980; FINNEMORE, Martha. "Rules of War and Wars of Rules: The International Red Cross and the Restraint of State Violence" in: BOLI, John; THOMAS, George. *Constructing World Culture: International Nongovernmental Organizations since 1875*, p. 149, 1999; BOYLE, Elizabeth Heger. *Female Genital Cutting: Cultural Conflict in the Global Community*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2002; GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. *Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law*. New York: Oxford University Press, 2013.

28 Ver MERRY, Sally E. *Human rights and gender violence: translating international law into local justice*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. A abordagem do direito internacional pelo Terceiro Mundo vem de estudos pós-coloniais e inclui o trabalho de Antony Anghie na ASIL em 2010. ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*. Cambridge: UK, Cambridge University Press, 2005.

envolvimento²⁹.

Tendo em vista o crescente número de artigos sobre temas de direito internacional publicados em renomados periódicos de diversas ciências sociais, é evidente que essas disciplinas estão dando cada vez mais atenção ao direito internacional. Para fornecer uma amostra dessa tendência através das disciplinas, revisamos todas as publicações da "*International Organization*" de 1980 a 2010, a revista carro-chefe na área de RI; "*Law and Social Inquiry*", a renomada revista publicada pela "*American Bar Foundation*" para o estudo multidisciplinar do Direito, com ênfase especial na sociologia do direito; e o "*Journal of Legal Studies*", famosa revista para o estudo multidisciplinar do direito, cujo foco é direito e economia³⁰. A "*International Organization*" publicou um único artigo sobre direito e tribunais na década de 1980, mas vinte e seis anos na década de 2000, o que corresponde a 9% de todos os artigos publicados durante a década³¹. A revista "*Law and Social Inquiry*", por sua vez, aumentou a publicação de artigos sobre temas de direito internacional e transnacional em mais de quatro vezes durante esse mesmo período, de 2,2% (1980-1990) para 10% (2000-10) dos artigos totais publicados. Vemos uma tendência ainda mais dramática na "*Journal of Legal Studies*", que não havia publicado nenhum artigo sobre direito internacional até 2000 (embora tenha incluído um reduzido número de artigos sobre direito comparado), mas publicou 24 nos anos 2000.³² Apresentamos esses dados para mostrar, em especial, a maior atenção que essas disciplinas dão ao direito internacional. No entanto,

29 Ver HALLIDAY, Terence; CARRUTHERS, Bruce. *Bankrupt Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis*. Stanford: Stanford University Press, 2009; PISTOR, Katharina; WELLONS, Philip. *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development: 1960-1995*. New York: Oxford University Press, 1999.

30 Os dados estão disponíveis no apêndice online em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444448. Último acesso em 13 de janeiro de 2015.

31 O número de artigos sobre tratados mais que triplicou no mesmo período, e a porcentagem conjunta de artigos sobre direito e tratados quintuplicou, de 4.32% (1980-89) para 10.88% (1990-99) e para 22.91% (2000-09).

32 *The Journal of Law, Economics and Organization*, outra revista que trata de *law and economics* com forte foco empírico, tem se mostrado menos propensa a publicar artigos de direito internacional, com menos de 1% (2 de 233) de artigos publicados sobre o tema desde 2000, e nenhum anterior a esse período.

nossa análise deste trabalho também confirma que muito dele é empírico e usa métodos quantitativos e qualitativos para avaliar como o direito internacional atua na prática.

Embora a tendência empírica da doutrina do direito internacional tenha se desenvolvido em primeiro lugar fora das tradicionais publicações de direito internacional, migrou para eles, inclusive para a *American Journal of International Law*. Nos anos 1990 e 2000, a *AJIL* publicou um número crescente de artigos e resenhas de livros que desafiavam as teorias do direito internacional e prescrições pela falta de sua base empírica, passando a exigir uma análise empírica³³. Desde 2007, a *AJIL* vem publicando um número

33 Para uma excelente obra embasada em estudo empírico, ver STEINBERG, nota *supra* 9. Uma pequena amostra dessa necessidade por trabalho empírico é trabalhada por DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. "Symposium on Method in International Law: The Law and Economics of Humanitarian Law Violations in Internal Conflict". *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 394, 1999. "Enquanto o movimento de *law and economics* é rico em teoria, ele exalta o empirismo, no qual é surpreendentemente pobre."; FRANCK, Thomas M. "Centennial Essay in Honor of the 100th Anniversary of the *AJIL* and the *ASIL*: The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium". *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 88, 2006. "Para abordar esse problema, é necessário recorrer a um tipo de empirismo legal para perguntar: quantos Estados, em quantas situações de disputa, atualmente desacreditam o direito concernente ao uso da força com palavras e ações?"; e RAUSTIALA, Kal. "Form and Substance in International Agreements". *American Journal of International Law*, vol. 99, p. 581, 605, 2005. "Não importa qual abordagem teórica seja favorecida, o impacto empírico de diferentes estruturas deve ser reconhecido. No entanto, a escassez de pesquisas sobre este tema torna tais reivindicações provisórias." Para uma crítica mais antiga no mesmo sentido, ver BALDWIN, Gordon B. "Book Review". *American Journal of International Law*, vol. 57, p. 976, 1963, resumindo REESE, Willis. *International contracts: choice of law and language*. Dobbs Ferry: Oceana, 1962. "O direito internacional estudado atualmente sofre pela escassez de estudos empíricos." Nós encontramos crescentes demandas por trabalho empírico particularmente na revisão de livros de direito internacional. Ver também ALVAREZ, Jose E. "Book Review". *American Journal of International Law*, vol. 102, pp. 909, 913, 2008, resumindo VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007. "Também faltam mais esforços empíricos gerais para demonstrar tendências nas muitas decisões arbitrais públicas a que se tem acesso até hoje."; BODANSKY, Daniel. "Book Review". *American Journal of International Law*, vol. 99, p. 280, 2005. (resumindo BENVENISTI, Eyal. *Sharing Transboundary Resources International Law and Optimal Resource Use*. New York: Cambridge University Press, 2002) ("Como muitos juristas internacionais, contudo, Benvenisti mostra-se mais confortável com a doutrina legal do que com a pesquisa empírica sistemática."); NZELIBE, Jide.

crescente de estudos empíricos originais, dos quais contamos ao menos seis³⁴.

Em muitos casos, estudiosos do direito estão se envolvendo em colaborações multidisciplinares. Acadêmicos do direito trazem maior conhecimento interno de como as instituições jurídicas internacionais operam, colaborando com os cientistas sociais qualificados para implantar cada vez mais sofisticadas ferramentas empíricas. Estas colaborações novamente refletem tanto o aumento do interesse de outras disciplinas no estudo do direito internacional quanto o

"Resenha", 103 *AJIL*, pp. 619, 620, 2009, resumindo TRACHTMAN, Joel. *The Economic Structure of International Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. "[Trachtman] adverte que muitas de suas premissas empíricas sobre como os Estados se comportam não devem ser consideradas absolutas. Ao longo do livro, ele se mostra insatisfeito com a necessidade de submeter suas principais reivindicações, bem como aquelas de abordagens concorrentes, a testes empíricos rigorosos."; SIMMONS, Beth A. "Book Review". *American Journal of International Law*, vol. 103, p. 388, 2009, resumindo O'CONNELL, Mary Ellen, *The Power and Purpose of International Law*, 2008, "Esta última afirmação é difícil de se sustentar empiricamente, e muito embora se afirme o contrário na crítica de Goldsmith e Posner – além de ser – reiterado de diversas maneiras ao longo do livro, a evidência do impacto das normas legais e justificativas sobre o comportamento não é apresentada de forma sistematizada".

34 Desde 2007, esta revista publicou VILJOEN, Frans; LOUW, Lorette. "State Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and People's Rights". *American Journal of International Law*, vol. 101, p. 1, 2007. Ver também HELFER, Laurence R; ALTER, Karen J; GUERZOVICH, M. F. "Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community". *American Journal of International Law*, vol. 103, p. 1, 2009; Laura A. Dickinson, "Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance". *American Journal of International Law*, vol. 104, p. 1, 2010; KONTOROVICH, Eugene; ART, Steven. "An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy". *American Journal of International Law*, vol. 104, p. 436, 2010; LANGER, Maximo. "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Regulating Role of the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes". *American Journal of International Law*, vol. 105, p. 1, 2011; SARFATY, Galit A. "Why Culture Matters in International Institutions: the Marginality of Human Rights at the World Bank". *American Journal of International Law*, vol. 103, p. 647, 2009; GOODMAN, Ryan. "Humanitarian Intervention and Pretexts for War". *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 107, 2006 (revisando e sintetizando sistematicamente o trabalho empírico existente, de modo a construir afirmações teóricas empiricamente fundamentadas sobre o direito de intervenção humanitária internacional, e desafiando os argumentos convencionais de que a legalização da intervenção humanitária levará necessariamente a mais conflitos armados internacionais, já que as justificativas humanitárias serão usadas como pretexto).

interesse dos estudiosos do direito internacional nos métodos utilizados por estas outras disciplinas³⁵.

O aumento da atenção ao empirismo dado ao direito internacional também é suportado por desenvolvimentos técnicos e oportunidades de financiamento que facilitam a coleta e análise de dados. Um importante desenvolvimento tem sido o rápido aumento do poder de pacotes estatísticos. Operações que, vinte anos atrás, teriam exigido muitas horas nos mais avançados computadores, podem agora ser realizadas em uma questão de segundos, em computadores pessoais individuais. Esta evolução permitiu análises qualitativas comparadas de crescente sofisticação e rigor e aumentou a demanda por produção de bases de dados. Além disso, o aumento das oportunidades de financiamento tem estimulado essa tendência. O “*National Science Foundation*” (NSF), cujo orçamento subiu sete vezes desde 1983, tornou-se uma importante fonte de financiamento para as ciências sociais³⁶.

Além de seu papel no desenvolvimento teórico, a reviravolta empírica tem importantes vantagens normativas. Primeiro, como realistas jurídicos têm sustentado por muito tempo, o estudo empírico da lei ajuda a elucidar os pressupostos, quer sobre a legitimidade do direito, quer sobre seu impacto benevolente. Por exemplo, os realistas estavam interessados nas tendências existentes dentro da doutrina jurídica³⁷. A fim de revelar essas tendências, os estudiosos avaliaram empiricamente o que está por trás da formação do direito internacional. Em segundo lugar, o trabalho empírico tem implicações práticas para os internacionalistas que desejem compreender o que funciona, permitindo-lhes reavaliar o direito internacional e suas instituições internacionais. A normatividade do direito internacional visa a mudar o comportamento, por isso só faz sentido avaliar o direito internacional de forma empírica quanto às condições

35 Sobre ciência política, ver HAFNER-BURTON, nota *supra* 22.

36 *National Science Foundation, Fiscal Year 2011 Budget Request*, disponível em: <http://www.nsf.gov/about/budget/fy2011/index.jsp>. Último acesso em 13 de janeiro de 2015. Por exemplo, cada um de nós recebeu múltiplos NSF por trabalhos quantitativos e qualitativos, fornecendo tempo e recursos para o engajamento em questões empíricas.

37 NOURSE e SHAFFER, nota *supra* 2.

de sua eficácia³⁸.

Cientistas sociais positivistas têm argumentado que uma vez que “dever implica poder”, uma completa e sólida explicação do que o direito internacional pode realizar sob condições diferentes pode informar a nossa compreensão de quando e como ele deve ser invocado³⁹. Argumentos normativos legais dependem de suposições sobre o estado do mundo e o resultado provável de regras jurídicas alternativas. A doutrina fornece um conjunto de ferramentas para refinar entendimentos de desenho institucional e prática, de modo a aumentar a eficácia das instituições jurídicas internacionais. A teoria condicional do direito internacional adverte, no entanto, contra a cópia simplista dos mecanismos de um contexto ou assunto, ou de uma área para outra, e, portanto, tem uma orientação de nível médio que é adequadamente cautelosa ao tirar conclusões.

O projeto empírico tem sido objeto de duras críticas, principalmente no que tange ao seu risco de reducionismo e cientificismo⁴⁰. No direito internacional, Martti Koskenniemi foi sem dúvidas o mais sincero. Como ele escreve:

“estes novos realistas, na sua arrogância, acreditam no poder de suas matrizes preditivas e expli-

38 Ver BODANSKY, Daniel. *The Art and Craft of International Environmental Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. (“o interesse na questão da efetividade (...) resultou da crescente interação entre juristas internacionais e cientistas políticos, bem como na reviravolta empírica em muitas áreas da doutrina jurídica”).

39 Para uma abordagem interessante da invocação seletiva do direito internacional e outras normas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ver RATNER, Steven R. “Law Promotion Beyond Law Talk: The Red Cross, Persuasion, and the Laws of War”. *European Journal of International Law*, vol. 22, p. 459, 2011 (trabalho que resultou de numerosas entrevistas e um ano de observação participativa no escritório em Genebra do Comitê Internacional da Cruz Vermelha).

40 Ver NOURSE e SHAFFER (pp. 117-19), nota *supra* 2, “Há também um risco relativo de se cair no cientificismo... Um dos graves perigos de utilizar a ideia de ‘sua ciência é melhor do que a minha ciência’ é o de que ele esconde importantes (e talvez falsas) reivindicações normativas através das próprias categorias que escolhe... Se as categorias que se usa em um estudo são elas próprias tendenciosas, imprecisas ou falsas, então a forma estatística vai simplesmente adicionar uma aparência de legitimidade e poder para o que pode ser inteiramente falso. A eugenia é o exemplo clássico deste tipo de processo”.

*cativas. Mas tendo em vista que esses sistemas especializados não são menos imprecisos que a lei, este movimento apenas institucionaliza uma mentalidade técnica antipolítica*⁴¹.

As críticas também provêm de neoconservadores em contextos de mudança subjacentes. Por exemplo, o jornalista Ron Suskind lembra de uma resposta de um funcionário do governo:

*O assessor disse que caras como eu estavam “no que chamamos de comunidade baseada na realidade”, que ele definiu como pessoas que “acreditam que as soluções emergem de seu estudo criterioso da realidade discernível.” Eu balancei a cabeça e murmurei algo sobre princípios iluministas e empirismo. Ele me interrompeu. “Essa não é mais a maneira como o mundo realmente funciona”, continuou ele. “Somos um império agora, e quando agimos, criamos nossa própria realidade. E enquanto você está estudando essa realidade judiciosamente, como você queira – nós vamos continuar criando novas realidades, as quais você pode estudar também, e é assim que as coisas vão se resolver. Nós somos atores da história... e vocês, todos vocês, vão ser relegados a estudar o que fazer*⁴².

Certamente, o projeto empírico tem sem seus críticos (e riscos), mas isso não quer dizer que a crítica não possa ser combatida, e fortemente. O imenso custo humano e financeiro da segunda guerra do Iraque pode ser visto como resultado da inclinação antiempírica de seus autores, bem como da incapacidade de respeitar o direito internacional e os procedimentos legais internacionais. Em resposta às críticas da esquerda de que estudos empíricos são reducionistas e conservadores, servindo para preservar o *status quo*, a teoria condicional das RI especificamente visa a evitar o reducionismo das análises normativistas

41 KOSKENNIEMI, Martti. “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”. *Theoretical Inquiries*, vol.9, p. 30, 2007; ver também VERDIRAME, Guglielmo. “The Divided West. International Lawyers in Europe and America”. *European Journal of International Law*, vol. 18, p. 553, 2007.

42 SUSKIND, Ron. “Faith, Certainty and the Presidency of George W Bush”, *N.Y. TIMES MAGAZINE*, 17 de outubro, 2004, vol. 44.

incapazes de observar o contexto. Está baseada no pragmatismo filosófico, que sustenta que intervimos em um mundo incerto e devemos avaliar empiricamente o impacto de intervenções anteriores, usando essa informação para determinar o que é desejável e possível em novos contextos.⁴³ Para dar um exemplo, como Thomas Carothers escreveu sobre as sanções aplicadas contra o Haiti no início de 1990, que foram destinadas a promover o desenvolvimento de uma norma jurídica internacional democrática:

A resposta da comunidade internacional ao golpe de 1991 no Haiti é frequentemente citada como exemplo da nova solidariedade positiva e força da comunidade internacional (ou pelo menos o da comunidade interamericana) no que diz respeito à democracia. Infelizmente, o efeito real tem sido a piora da vida da maioria dos haitianos

(...)

*A atual defesa de uma norma democrática é importante em direito internacional, mas é baseada em uma consideração empírica superficial dos acontecimentos mundiais. Ela diz, em certo sentido, “Olha, lá é uma onda democrática, agora aqui está o novo princípio de direito que nos propomos a seguir.” Na verdade, a realidade é muito mais complexa, muito mais confusa. Uma análise jurídica deve levar em conta as complexidades da realidade empírica e, em cada turno, considerá-las na análise doutrinária, se é para ir além de uma visão Panglossian simplista do mundo – se é para evitar ser relegado à longa lista de projetos utópicos descartados do direito internacional*⁴⁴.

Precisamos, em outras palavras, de uma teoria condicional do direito internacional que se construa a partir de avaliações empíricas de contexto.

A doutrina se desenvolve em ciclos⁴⁵. Em alguns pe-

43 NOURSE e SHAFFER (pp. 84-85, 88, 112-21), nota *supra* 2.

44 CAROTHERS, Thomas. “Empirical Perspectives on the Emerging Norm of Democracy in International Law”. *American Society of International Law Proceedings*, vol. 86, pp. 261, 266, 1992.

45 BEDERMAN, David J. “Review”. *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 490, 2006, resumindo YOO, John. *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs After 9/11*.

ríodos, pode enfatizar a teoria; em outros, pode mover-se para um foco maior na empiria. A reviravolta empírica no estudo do direito internacional pode ser vista como parte de um ciclo, mas acreditamos que também vai deixar a sua marca no estudo do direito internacional. Ela proporciona a esperança de persuadir aqueles que não conseguem levar em consideração o contexto empírico ao invocar ou não invocar o direito internacional.

3 O Trabalho Transversal: concepção e papel dos instrumentos legais e tribunais

O novo programa empírico é tão amplo e profundo que não é possível examinar sua totalidade em um artigo. A nossa abordagem é para ser ilustrativa e não exaustiva, enquanto, ao mesmo tempo, para identificar temas que envolvem a maior parte do trabalho empírico. A crescente legalização e judicialização da política internacional levaram ao aperfeiçoamento da ordem jurídica e uma maior cooperação transfronteiriça. Uma questão fundamental para o trabalho empírico, então, é entender as modalidades do ordenamento jurídico. Quando os Estados optam por cooperar, eles podem escolher pela utilização de um instrumento escrito e, nesse caso, a forma e natureza jurídica desse instrumento. Eles também têm a opção de criar novas instituições para desenvolver normas, fiscalizar seu cumprimento e resolver disputas. Nesta parte, consideramos trabalhos empíricos transversais tanto na concepção de instrumentos como de tratados quanto no uso de instituições legais, como tribunais, abordando, respectivamente, a “legalização” e “judicialização” das RI. Em cada caso, notamos onde o trabalho empírico seria mais útil.

3.1 Estrutura e Natureza Legal do Instrumento: Direito Consuetudinário Internacional, Tratados, e Soft Law

Chicago: University of Chicago Press, 2005. “atualmente, temos percebido um padrão cíclico da doutrina desse campo”; TRUBEK, David M.; ESSER, John. “Critical Empiricism and American Critical Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora’s Box?” *German Law Journal*, vol. 12, p. 115, 2011 (fazendo referência a ciclos na doutrina jurídica).

Os estados possuem inúmeros mecanismos de cooperação; o tratado é apenas um deles. Grande parte do direito internacional tradicionalmente não surgiu a partir de instrumentos legais, mas por meio da prática do Estado, consubstanciada no direito internacional consuetudinário, que é a prática do estado sob um senso de obrigação legal⁴⁶. Esta fonte de direito internacional tem sido objeto de muita crítica e especulação teórica⁴⁷, mas relativamente pouco trabalho empírico analisa o âmbito e as modalidades em que as normas do direito internacional consuetudinário (ou, para essa matéria, os princípios gerais de direito) são usadas para informar debates. Muitos acreditam que o direito internacional consuetudinário está em declínio⁴⁸, mas se o declínio é apenas relativo, em relação aos tratados, e não absoluto, nunca foi empiricamente avaliado.

Precisamos, portanto, de mais análises empíricas sobre como direito internacional consuetudinário é formado e gera efeitos⁴⁹. Uma estratégia pode ser

46 Ver OPPENHEIM, Lassa. “The Science of International Law: Its Task and Method”. *American Journal of International Law*, vol. 2, p. 313, 1908 (“As regras do atual direito internacional são, em grande medida, não escritas, mas baseadas no costume”).

47 Ver GUZMAN, Andrew T. *How international law works: a rational choice theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Trata do papel da reputação no cumprimento do direito internacional consuetudinário; GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric. “Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law”. *Journal of International Law*, vol. 40, p. 639, 2000. Desafia a “falsa premissa... de que o direito internacional consuetudinário (...) influencia o comportamento nacional”; NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel P. “The Customary International Law Game”. *American Journal of International Law*, vol. 99, p. 541, 2005. Sustenta que “as regras do direito internacional consuetudinário podem modificar as vantagens ligadas a comportamentos relevantes e, portanto, afetar o comportamento por meio do auto-interesse”.

48 GUZMAN, Andrew T. “Saving customary international law”. *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, p. 271, 2005. “As relações internacionais modernas tornaram os tratados uma ferramenta mais importante – no que diz respeito ao direito internacional consuetudinário”; PARRY, Clive. *The sources and evidences of international law*. Manchester: Manchester University Press, 1965 (sustentando que o direito internacional consuetudinário se tornou menos importante que os tratados internacionais).

49 Para um bom estudo a respeito, ver BAKER, Roozbeh. “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”. *European Journal of International Law*. vol. 21, p. 173, 2010 (defendendo o reforço do papel dos tribunais na formação do direito internacional consuetudinário). Ver também GINSBURG, Tom; CHERNYKH, Svitlana; ELKINS, Zachary. “Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate

a de focar a atenção nas ordens dos Estados. Normas de direito internacional consuetudinário são frequentemente invocadas, mas faltam análises empíricas sobre o que embasa essas invocações. O estudo sistemático dos fundamentos que os Estados invocam (notadamente quanto ao costume) em suas ações judiciais, bem como os que tribunais utilizam no processamento, seria útil e poderia contribuir para um maior rigor na prática jurídica. Tal abordagem requer o rastreamento do surgimento e da evolução de determinadas regras consuetudinárias, além da atenção a invocações de costumes que não são reconhecidos como regras vinculantes. Esse trabalho, por sua vez, pode ajudar a revigorar o direito consuetudinário e fornecer vantagens para propor modificações doutrinárias⁵⁰. Com efeito, sem qualquer sentido real do âmbito de utilização do direito consuetudinário internacional é difícil avaliar o seu funcionamento e eficácia.

Por outro lado, a última década assistiu a um trabalho empírico considerável sobre os tratados. Desse trabalho empírico existente, discernimos pelo menos cinco pontos importantes. Estes pontos dizem respeito: (1) à mudança da natureza do direito internacional como refletido nos tratados, (2) às razões por que os Estados escolhem diferentes tipos de tratados, (3) à escolha entre tratados juridicamente vinculativos e “soft law”, (4) à inclusão de determinado tipos de arranjos nos tratados, como mecanismos de flexibilização e delegação de solução de disputas, e (5) ao impacto dos tratados comparativamente com outras formas de ordenação.

Em primeiro lugar, os estudiosos estão documentando o crescente uso de tratados internacionais para presidir as RI⁵¹, o que pode ser visto como uma vol-

ta ao contrato (em oposição ao costume e à lei natural), embora tratados universais, como a Carta das Nações Unidas, sejam entendidos como constitucionais, em vez de contratuais⁵². O número global de tratados multilaterais registradas na Secretaria Geral da ONU aumentou em 400% em “pouco mais de duas décadas⁵³.” O trabalho empírico tem examinado mudanças no objeto desses tratados. John Gamble e seus colegas usaram um banco de dados de quase seis mil tratados assinados nos últimos 350 anos (*Comprehensive Statistical Database of Multilateral Treaties*) para constatar uma virada humanista nos tratados⁵⁴, com o direito internacional estendendo-se às pessoas, e não apenas aos Estados soberanos. Eles e outros também observam uma crescente orientação regulamentar em tratados internacionais, para muitos domínios regulatórios administrativos.⁵⁵ Acadêmicos do direito internacional, por exemplo, notaram maiores níveis de elaboração de tratados em áreas tão diversas como agro-biotecnologia, meio ambiente, segurança alimentar, investimento e trabalho.⁵⁶

tric International Law: A Model and a Search for Empirical Indicators”. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, p. 61, 2005. “A metáfora da maré crescente parece apropriada”.

52 Ver FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as the constitution of the international community*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009; DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

53 GREENBERG, Jonathan D. “Does Power Trump Law?” *Stanford Law Review*, vol. 55, p. 1789, 2003, comparando valores de 1979 a 2002.

54 GAMBLE et al. (pp. 61-80), nota *supra* 51.

55 *Id.* (p. 72), “houve uma expansão significativa na gama de atividades regidas por acordos multilaterais, com o maior aumento ocorrendo na esfera econômica (comparando números de 1979 a 2002)”; COGAN, Jacob K. “The Regulatory Turn in International Law”. *Harvard International Law Journal*, vol. 52, p. 321, 2011.

56 Ver DEGARMO, Denise K. *International Environmental Treaties and State Behavior: Factors Influencing Cooperation*. New York: Routledge, 2004; FRANCK, Susan D. “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law”. *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 19, p. 337, 2007. “Durante as duas últimas décadas, o número de tratados relacionados a investimentos triplicou”; HELFER, Laurence R. “Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO”. *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, p. 649, 2006 (observando o aumento do número de acordos na Organização Internacional do Trabalho); STEWART, Andy. “Book Note”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, pp. 332, 341, 2007, resumindo FRANCONI, Francesco; SCOVAZZI, Tullio. *Biotechnology and International Law*. Oxford: Hart, 2006 (observando o “aumento

International Law”. *University of Illinois Law Review*, p. 201, 2008, discutindo o impacto do direito internacional consuetudinário na prática nacional; HOLZMEYER, Cheryl. “Human Rights in an Era of Neoliberal Globalization: The Alien Tort Claims Act and Grassroots Mobilization in *Doe v. Unocal*”. *Law & Society Review*, vol. 43, p. 271, 2009 (estudo de caso examinando o impacto externo de invocar o direito internacional consuetudinário nos tribunais dos EUA).

50 BRADLEY, Curtis A; GULATI, Mitu. “Withdrawing from International Custom”. *Yale Law Journal*, vol. 120, p. 202, 2010. Ver também simpósio sobre o tema 21 *Duke J. Comparative and International Law*, outono de 2010.

51 GAMBLE, John K.; KU, Charlotte; STRAYER, Chris. “Human-Cen-

Em segundo lugar, os estudiosos estão analisando as diferenças nas escolhas dos Estados entre tratados multilaterais e bilaterais. Thomas Miles e Eric Posner criaram um banco de dados de mais de 50.000 tratados para examinar quais Estados aderem a determinados tipos de tratados e as suas razões para fazê-lo. Eles descobriram que “os Estados mais antigos, menos corruptos e (novamente) maiores celebram mais tratados bilaterais e tratados multilaterais ‘fechados’, enquanto que os pequenos Estados são relativamente mais propensos a participar de tratados multilaterais universais⁵⁷.” Eles explicam estas descobertas a partir de uma escolha perspectiva racional que leva em conta os benefícios e os custos diferenciais, especialmente os custos de transação envolvidos em celebrar cada tipo de tratado. Estados maiores têm mais recursos à sua disposição para se dedicar à elaboração de tratados, e podem adaptar os seus compromissos às suas necessidades de maneira mais eficiente.

Em terceiro lugar, os estudiosos têm abordado a escolha de instrumentos juridicamente vinculantes em relação a acordos informais “*soft law*”:⁵⁸ O uso de instrumentos de *soft law* está se expandindo de forma significativa à luz do papel crescente das redes transgovernamentais, organizações internacionais e atores não estatais, dando origem ao que às vezes são chamados arranjos legais transnacionais⁵⁹. Embora

do número de tratados abordando a segurança alimentar e agrobiotecnologia”).

57 MILES, Thomas J.; POSNER, Eric A. “Which States enter into Treaties, and why?” Law School, University of Chicago, Law and Economics, *Working Paper* nº 420, 2008. Disponível em: http://www.law.uchicago.edu/files/files/420_2.pdf.

58 ABBOTT, Kenneth W; SNIDAL, Duncan. “Hard and Soft Law in International Governance”. *International Organization*, vol. 54, p. 421, 2000; SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark. “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”. *Minnesota Law Review*, vol. 94, p. 706, 2010.

59 Ver ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. “Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, p. 501, 2009; SHAFFER, Gregory. “Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints”. *Law and Social Inquiry*, disponível em <http://www.iilj.org/publications/documents/2010-4.shaffer.pdf>. Sobre o papel de atores que não os Estados, ver SLAUGHTER, Anne-Marie, *The New World Order*, 2004; ÁLVAREZ, Jose E. “International Organizations: then and now”. *American Journal of International Law*, vol. 100, p. 324, 2006; CASHORE, Benjamin; EGAN, Elizabeth; AULD, Graeme; NEWSOM, Deanna. “Revising Theories of Non-state Market Driven (NSMD) Governance: Lessons from the Finnish Forest Certification Experi-

numerosos estudos de caso interessantes envolvendo *soft law* estejam disponíveis⁶⁰, a pesquisa sistemática quanto ao seu uso e efeitos permanece em estágio inicial. É interessante notar, entretanto, que Stefan Voigt tem usado recentemente um banco de dados criado pelo Departamento de Estado dos EUA nos termos do Caso Zablocki-Act para avaliar o uso de “acordos internacionais informais”, que, sob a égide da lei, são aqueles que não envolvem a aprovação pelo Congresso dos EUA⁶¹. Baseando-se em um banco de dados com 2.289 acordos informais celebrados pelos Estados Unidos entre 1981 e 2010, ele identifica o seguinte: o número de acordos informais aumentou drasticamente entre meados da década de 1990 até 2006, mas, desde então, caiu significativamente; cerca de dois terços desses acordos versam apenas sobre políticas em três áreas (militar, ciência e tecnologia, e de ajuda); mais de 90% destes acordos são bilaterais; e cerca de 40% são celebrados por um ator estadunidense diferente do presidente ou o secretário de estado. Ele também descobriu que estes acor-

ence”. *Global Environmental Politics*, vol. 17, p. 1, 2007; MEIDINGER, Errol. “Multi-interest Self-Governance through Global Product Certification Programmes” in: DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd (orgs.). *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, p. 259, 2008; RAUSTIALA, Kal. “The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law”. *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, p. 1, 2002.

60 Ver SHELTON, Dinah. *Commitment and Compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2004; KIRTON, John; TREBILCOCK, Michael. “Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance” in: *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, pp. 3 e 9. 2004; RATNER, Steven R. “Does international law matter in preventing ethnic conflict?” *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, p. 591, 2000 (estudo empírico construído a partir de entrevistas e observação participante em relação ao uso de *soft law* no escritório do Alto Comissariado para as Minorias Nacionais da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa); SHAFFER e POLLACK, nota *supra* 58.

61 VOIGT, Stefan. “The Economics of Informal International Law-an Empirical Assessment” in: *Informal International Law: Mapping the Action and Testing Concepts of Accountability and Effectiveness*, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=1835963>. Último acesso em 13 de janeiro de 2015. O ato, no entanto, exclui do seu âmbito de aplicação os acordos informais que se relacionam com atividades militares específicas, têm uma classificação de segurança nacional, envolvem a coordenação entre os órgãos da administração e da aviação costais, ou aquelas relacionadas com as políticas anticrime e antinarcóticos.

dos foram especialmente comuns com estados fronteiriços, o que, ele sugere, deve-se à maior frequência de interação com eles. Conclui que muito mais trabalho empírico acerca do uso de acordos informais é necessário, especialmente em relação a estados que não os Estados Unidos.

Em quarto lugar, os estudiosos estão produzindo cada vez mais bancos de dados de análise qualitativa comparada relativos a tratados para avaliar o uso de diferentes tipos de disposições neles. Barbara Koremenos utiliza uma amostra aleatória de tratados para avaliar como os estados lidam com a incerteza dos tratados, e acha que os estados respondem a essa incerteza por meio da limitação da duração dos tratados, incluindo cláusulas de escape sob as quais o rigor das obrigações resta enfraquecido⁶². Koremenos também usa esse banco de dados para avaliar quando e por que os estados optam por delegar questões, e descobre que os Estados são mais propensos a incluir disposições de solução de controvérsias nos tratados quando eles enfrentam problemas complexos de cooperação caracterizados pela incerteza, incentivos a falhas ou inconsistências temporais⁶³. Estes resultados, ela argumenta, apoiam uma visão racionalista de que os Estados se lançam mão das delegações para resolver estes tipos particulares de desafios.

Em quinto e último lugar, precisamos de trabalho empírico que estude o impacto dos tratados, em comparação com outras formas de ordenar, sobre o comportamento do Estado, e de avaliações sobre se os diferentes domínios do direito internacional variam, de acordo com a teoria condicional do direito internacional. Os estudos quantitativos existentes, por exemplo, ainda têm de abordar sistematicamente o impacto do *design* dos tratados sobre o comportamento do Estado e o comportamento da outra parte (apesar de discutirmos alguns estudos quantitativos e qualitativos em nossa abordagem dos do-

mínios particulares do direito internacional).

Uma questão empírica aventada em relação aos tratados é a dos efeitos de seleção. George Downs, David Rocke e Peter Barsoom salientam que aferir o impacto de tornar-se parte em tratados é difícil porque os Estados controlam as obrigações que aceitam; altos níveis de cumprimento não implicam, portanto, que os tratados tenham um efeito independente sobre o comportamento do estado⁶⁴. Para ilustrar, considere o debate, suscitado pelo trabalho de Beth Simmons, sobre cumprimento da lei internacional de dinheiro. Sua análise do Artigo VIII do Tratado do Fundo Monetário Internacional mostrou um alto nível de cumprimento⁶⁵. Fatores para realçar o cumprimento incluíam um forte efeito regional, sugerindo que o comportamento tenha sido impulsionado por dinâmicas regionais. A orientação do Estado de direito (averiguada por uma variável de análise política de risco) também foi importante, enquanto características gerais como as de democracia ou ditadura não parecem afetar a adesão. Ela afirma que as preocupações de reputação e mercado competitivo explicam os padrões de cumprimento.

Em importante sequência, Jana Von Stein usa um modelo de seleção de estatística para estimar o efeito do grau de comprometimento gerado por tratados sobre o comportamento dos Estados, independentemente de todas as fontes de seleção⁶⁶. Ela descobre que a falta de controle das fontes de seleção leva a exagerar consideravelmente o efeito do compromisso previsto pelo Artigo VIII sobre o comportamento em conformidade. A autora conclui que os Estados começam seu comportamento compatível antes mesmo de assinar o tratado por causa das inúmeras exigências para tornar-se parte dele. Ela sustenta

64 DOWNS, George; ROCKE, David M; BARSOOM, Peter N. "Is the Good News about Compliance Good News about Cooperation?" *International Law and International Relations*, vol., p. 92, 1996.

65 SIMMONS, Beth A. "International Law and State Behavior: Commitment and Compliance in International Monetary Affairs". *American Political Science Review*, vol. 94, p. 819, 2000; SIMMONS, Beth A. "Money and the Law: Why Comply with the Public International Law of Money". *Yale Journal of International Law*, vol. 25, p. 323, 2000.

66 VON STEIN, Jana. "Do Treaties Constrain or Screen? Selection Bias and Treaty Compliance". *American Political Science Review*, vol. 99, p. 611, 2005.

62 KOREMENOS, Barbara. "Contracting Around International Uncertainty". *American Political Science Review*, vol. 99, p. 549, 2005.

63 KOREMENOS, Barbara. "When, What, and Why Do States Choose to Delegate?" *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, p. 151, 2008; KOREMENOS, Barbara. "If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?" *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, p. 189, 2007.

que este comportamento põe em xeque o argumento de que a obrigação do Artigo VIII serve como um mecanismo de constrangimento que eleva os custos de reputação que um estado vai pagar em caso de descumprimento. Em vez disso, ela vê o tratado como um dispositivo de rastreamento que sinaliza aos mercados futuras intenções políticas do Estado-parte. Acreditamos que a contribuição de Simmons resiste às críticas neste caso particular, pois os efeitos de antecipação são, sem embargo, efeitos, e o uso de defasagens na avaliação dos dados pode resolver a questão sobre os efeitos de seleção⁶⁷. Dito isso, a questão dos efeitos de seleção, junto com 'endogeneidade' e a causalidade reversa, é comum e transversal àquela dos estudiosos, que enfoca o dever de cumprimento⁶⁸.

3.2 Tribunais Internacionais

Uma segunda questão transversal é a criação de instituições jurídicas. Nesta seção, debruçamo-nos brevemente sobre o empirismo no funcionamento dos

67 Ver SIMMONS, Beth A; HOPKINS, Daniel J. "The Constraining Power of International Treaties: Theory and Methods". *American Political Science Review*, vol. 99, p. 623, 2005 (argumentando que os efeitos das declarações do Artigo VIII são aplicáveis a uma série de modelos de seleção, incluindo técnicas de correspondência que tentam imitar semi-experimentos. Ver GRIECO, Joseph; GELPI, Christopher F.; WARREN, T. "When Preferences and Commitments Collide: The Effect of Relative Partisan Shifts on International Treaty Compliance". *International Organization*, vol. 63, p. 341, 2009 (apresentando evidências de que as preferências do Estado mudam de acordo com mudanças partidárias no Poder Executivo, e que estas alterações reduzem os efeitos restritivos do artigo VIII – muito embora o artigo VIII continue a exercer efeitos significativos causais, mesmo em face de mudanças na orientação partidária); KELLEY, Judith. "Who Keeps International Commitments and Why? The International Criminal Court and Bilateral Non-surrender Agreements". *American Political Science Review*, vol. 101, p. 573, 2007 (fazendo uso de uma metodologia criativa para concluir que muitos Estados signatários do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional recusaram-se a celebrar acordos bilaterais de não rendição com os Estados Unidos devido à importância de preservar seus compromissos: "compromissos internacionais não apenas aproximam Estados; eles também os constroem").

68 Tecnicamente, a endogeneidade diz respeito a uma correlação entre a medida de uma variável independente e o termo de erro em uma regressão sobre a variável dependente. A endogeneidade tem muitas causas possíveis, uma das quais é a causalidade reversa – situação em que mudanças na variável dependente causam mudanças na variável (explicativa) independente. Essa possibilidade é problemática porque o padrão pressuposto é o de que a causalidade surge a partir da variável independente, alcançando posteriormente a variável dependente.

tribunais internacionais, que assumiram crescente importância ao longo das duas últimas décadas, na medida em que o direito internacional (até certo ponto) se judicializou⁶⁹. A judicialização não significa necessariamente, porém, que os interesses do Estado sejam ignorados, especialmente se juízes forem influenciados, em sua tomada de decisão, pelos seus próprios Estados, ou aqueles com orientações semelhantes, favorecendo-os. De maneira análoga, isso não significa que os tribunais tenham independência sobre seu comportamento. A teoria condicional do direito internacional é necessária para avaliar tanto as condições segundo as quais os tribunais são mais propensos a operar de forma independente quanto às condições em que eles são mais propensos a moldar comportamentos e estruturas de entendimento de obrigações internacionais.

Nos últimos anos houve um aumento do número de tribunais internacionais com distintas jurisdições sobre áreas específicas, tais como comércio, direitos humanos, direito do mar, investimentos e disputas territoriais. Em contraste com meados dos anos 1980, quando apenas alguns de tribunais internacionais atuavam, vinte e cinco foram identificados, assim como este texto, pelo *Project on International Courts and Tribunals*⁷⁰. Este desenvolvimento tem estimulado análises empíricas⁷¹.

Um importante tema concerne à questão sobre se estes tribunais podem ser considerados "independentes" em algum sentido. Os céticos argumentam

69 Abordamos brevemente o trabalho empírico em outras instituições internacionais, tais como organismos de normalização, em outro estudo. Ver GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. "How Does International Law Work?" in: *Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, p. 753, 2011.

70 Estão incluídos doze tribunais internacionais e órgãos arbitrais, nove corpos regionais, e quatro tribunais penais híbridos envolvendo uma mistura de juízes nacionais e internacionais.

71 DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996; HAGAN, John. *Justice in the Balkans Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal*. Chicago: University of Chicago Press, 2003; TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare; SWIGART, Leigh. *The International Judge: an introduction to the men and women who decide the world's cases*. Waltham: Brandeis University Press, 2007; VOETEN, Eric. "The Politics of International Judicial Appointments Evidence from the European Court of Human Rights". *International Organization*, vol. 61, p. 669, 2007.

que os tribunais internacionais são simplesmente agentes dos Estados que os criam, e são de menor importância⁷². Outros argumentam que os tribunais internacionais de fato desempenham um papel importante, se não tão central como os doutrinadores desejam⁷³. Na década de 1990, esta pergunta recebeu pela primeira vez a atenção extensiva em relação ao Tribunal de Justiça Europeu (TJE)⁷⁴.

A independência dos juizes internacionais – e, portanto, seu papel na definição e aplicação do direito internacional – é uma questão empírica importante. Uma pequena, mas cada vez mais sofisticada literatura começou a enfrentá-lo. De certa forma, a independência é mais fácil de analisar no patamar internacional do que no nacional, porque os juizes normalmente são nomeados pelos Estados-partes de um acordo internacional, e pode-se testar se esses juizes favorecem seus próprios Estados. Uma hipótese relativamente simples acerca de como os tribunais produzem direito internacional é a de que os juizes irão favorecer seus próprios estados quando tiverem chances. Designar a participação do estado em um caso é um pouco mais fácil mensurar, comparativamente às variáveis independentes existentes no nível nacional, em que os estudos tendem a revelar preferências políticas (por exemplo, nos Estados Unidos, o partido de nomeação do presidente) nas variações de votos⁷⁵. Se os juizes internacionais votam sistematicamente a favor dos Estados-partes que os nomearam, a evidência sugere que eles estejam menos propensos a adotar papéis independentes, com base em seus próprios pontos de vista na interpretação do significado do direito ao longo do tempo.

72 Ver POSNER, Eric; YOO, John. “Judicial Independence in International Tribunals”. *California Law Review*, vol. 93, p. 1, 2005.

73 GINSBURG, Tom; MCADAMS, Richard H. “Adjudicating in anarchy: an expressive theory of international dispute resolution”. *William and Mary Law Review*, vol. 45, p. 1229, 2004; HELFER, Laurence R; SLAUGHTER, Anne-Marie. “Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo”. *California Law Review*, vol. 93, p. 899, 2005. Ver também a doutrina da OMC analisada na parte III abaixo.

74 Ver discussão em HAFNER-BURTON et al., nota *supra* 22.

75 Notamos, no entanto, que em disputas internacionais envolvendo partes privadas (como a arbitragem sobre investimentos), classe, incentivos à carreira e orientação ideológica podem também ser relevantes, o que torna a análise complexa, particularmente à luz do número relativamente pequeno de decisões.

A pesquisa empírica alcançou resultados diferentes no que concerne à independência dos juizes em relação aos estados que os designam. Usando uma análise multivariada para estudar a Corte Internacional de Justiça, Posner e Figueiredo descobrem que os juizes raramente votam contra seus Estados de origem e que favorecem Estados cujo nível de riqueza é próximo ao de seu próprio Estado⁷⁶. Posner e Figueiredo também mostram conexões, embora tênues, entre os padrões de voto dos juizes e a política ou semelhanças culturais dos estados envolvidos em disputas específicas. Eric Voeten realiza uma abordagem semelhante em sua análise abrangente de padrões de voto sobre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, mas, em contraste com o estudo anterior, conclui que os juizes nesta seara geralmente têm independência judicial⁷⁷. Revela, também, que a origem profissional faz a diferença, sendo que antigos diplomatas⁷⁸, bem como juizes *ad hoc* que atuam em um único caso, mostram-se mais favoráveis aos seus governos nacionais⁷⁹. A partir da perspectiva da teoria condicional do direito internacional, esses contrastes refletem indiscutivelmente diferenças entre os tribunais sendo estudados. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem jurisdição somente sobre Estados europeus, e todos os seus juizes são também europeus. Esses estados são mais homogêneos em seus interesses e pontos de vista do que na totalidade do corpo de membros da ONU ou juizes integrantes da Corte Internacional de Justiça. Além disso, uma vez que a cada parte em uma controvérsia perante a CIJ pode selecionar um juiz (como em um processo arbitral)⁸⁰,

76 POSNER, Eric; FIGUEIREDO, Miguel. “Is the International Court of Justice biased?” *Journal of Legal Studies*, vol. 34, p. 599, 2005. Apesar de não encontrar nenhuma evidência de tendências regionais, os autores têm poucos dados sobre esta última questão devido à reduzida participação de dois terços dos membros da ONU.

77 VOETEN, Eric. “The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights”. *American Political Science Review*, vol. 102, p. 417, 2008.

78 Ver também BRUINSMA, Fred J. “The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)”. *Vereniging voor de Sociaal-wetenschappelijke bestudering van het Recht*, vol. 28, p. 7, 2007.

79 VOETEN (p. 425), nota *supra* 77.

80 GINSBURG e MCADAMS, nota *supra* 73. Por exemplo, o Artigo 31(2) do Estatuto da CIJ prevê: “Se a Corte incluir entre os magistrados um de nacionalidade de uma das partes, qualquer outra parte poderá designar uma pessoa de sua escolha para que assuma o lugar de magistrado. Essa pessoa deverá ser escolhida preferencialmente entre as que tenham sido indicadas como can-

há certa expectativa de que esse juiz será leal a seu estado de origem.

Apesar de muitos estudos sobre tribunais internacionais serem provenientes do campo das RI e, tomando um viés racionalista, considerarem interesses dos Estados, com juízes e outros atores condicionando papéis e efeitos dos tribunais, considerável trabalho sociológico sobre tribunais internacionais também vem sendo realizado. Este último trabalho é baseado em extensa pesquisa de campo e examina o desenvolvimento de tribunais internacionais ao longo do tempo, além dos novos campos jurídicos em que eles atuam. Alguns desses trabalhos concentram-se no papel de agentes individuais, à luz das disputas mais amplas entre profissões jurídicas, lançando mão das estruturas construídas por Pierre Bourdieu sobre o papel do profissional e do social na construção do direito⁸¹. Um maior número de trabalhos etnográficos acerca dos tribunais internacionais ajudaria a desenhar o quadro da motivação judicial quando da prolação de sentenças, moldando procedimentos e criando jurisprudência. Este trabalho complementaria o programa de pesquisa quantitativa sobre a independência dos juízes internacionais em relação aos Estados nomeadores.

Uma segunda questão central atinente a tribunais internacionais na condição de atores é se (e em que condições) eles afetam a produção, consolidação e aplicação do direito internacional – e, portanto, seus resultados políticos. Sem essa avaliação, é difícil compreender seu desenho institucional, seja na reforma dos tribunais existentes, seja na criação de instituições futuras. Os estudos empíricos, que nos ajudam a entender os contextos em que os tribunais internacionais são eficazes, conformam uma parte importante da teoria condicional do direito internacional. Ginsburg e Richard McAdams, por exemplo, realizam uma análise quantitativa da CIJ na tomada de decisão para ilustrar a “expressiva” função do julgamento internacional⁸². Eles identificam que a CIJ,

didatos de acordo com os Artigos 4 e 5.” O Artigo 31 (3) prevê: “Se a Corte não incluir entre os magistrados um de nacionalidade de uma das partes, qualquer parte poderá, nos termos do parágrafo 2 deste Artigo, proceder à escolha de um juiz.”

81 DEZALAY e GARTH, nota *supra* 71.

82 GINSBURG e MCADAMS, nota *supra* 73; ver também SCHULTE,

frequentemente carente de poder sancionador, é mais eficaz quando, em vez de impor soluções, facilita a coordenação entre as partes, criando um ponto de referência que ajuda a coordenar as expectativas, mesmo na ausência de acordo. A CIJ é relativamente eficaz em ajudar os Estados a coordenar seu comportamento em conflitos *low-stake*, como disputas fronteiriças, mas menos eficaz quando o conflito armado já eclodiu e os Estados têm poucos incentivos para recuar. De maneira similar, Todd Allee e Paul Huth usam um banco de dados sobre disputas territoriais para examinar as condições em que os Estados recorrem às regras jurídicas internacionais⁸³. Utilizam como fator central os custos políticos internos. Quando os líderes creem que concessões irão gerar custos políticos, eles usam regras internacionais para dar suporte político a fim de chegar a um acordo. A decisão judicial fornece um novo ponto focal que ajuda os líderes a resolver posições conflitantes, em parte por meio da redução de pressões políticas internas de compensação.

De forma correlata, um corpo crescente de trabalhos empíricos ilumina o papel das instituições domésticas no que tange ao sucesso da adjudicação internacional. Em estudos sobre o Tribunal de Justiça da União Europeia, Karen Alter explica como as decisões do Tribunal têm mobilizado dinamicamente atores domésticos, tais como empresas e juízes nacionais em tribunais inferiores (em contraste com juízes de tribunais de apelação e de cortes supremas⁸⁴). Este processo dinâmico ajudou a consolidar a integração europeia, porque as empresas passaram a ajuizar ações judiciais embasadas por institutos jurídicos da Corte Europeia de Justiça perante as cortes domésticas, cujos juízes endereçaram questões à Corte Europeia e proferiram decisões à luz de suas respostas. Mais recentemente, num estudo sobre o Tribunal

Constance. *Compliance with decisions of the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

83 HUTH, Paul; TODD Allee. “Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Political Cover”. *American Political Science Review*, vol. 100, p. 219, 2006.

84 ALTER, Karen J. *Establishing the Supremacy of European Law: the making of an international rule of law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2001; ver também HELFER, Laurence; ALTER, Karen. “Nature or Nurture? Judicial Lawmaking in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice”. *International Organization*, vol. 64, p. 563, 2010, comparando a CJE e o Tribunal Andino.

de Justiça da Comunidade Andina, Laurence Helfer, Alter, e Florencia Guerzovich avaliam como “ilhas” de julgamento internacional eficazes podem surgir. Durante o seu primeiro quarto de século, o Tribunal emitiu mais de 1.400 decisões, mais de 90% das quais diziam respeito a propriedade intelectual – tornando-se o terceiro tribunal internacional mais ativo, atrás apenas do TJUE e da CEDH⁸⁵. Usando uma abordagem multimétodo envolvendo trabalho de campo e análise quantitativa, eles atribuem o sucesso da “ilha” de propriedade intelectual à demanda relativa a determinadas instituições domésticas (neste caso, institutos de propriedade intelectual), em comparação com os outros. Estes dois estudos demonstram o valor de se atentar aos incentivos dos atores domésticos para se adequar às decisões dos tribunais internacionais⁸⁶.

Em suma, o estudo empírico dos tribunais em diferentes disciplinas está florescendo à luz da crescente judicialização das RI. Focamos, nesta seção, em algumas questões amplas correlativas a tribunais internacionais, seus juízes, bem como o impacto interno das decisões desses tribunais. Agora nos voltamos a estudos empíricos adicionais dentro de cinco diferentes domínios do direito internacional.

4 ESTUDOS EMPÍRICOS EM ÁREAS SUBSTANTIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL

O crescimento do trabalho empírico sobre direito internacional reflete a proliferação e fragmentação do direito internacional em uma matriz de diferentes domínios substantivos envolvendo múltiplas organizações internacionais que lidam com temas específicos. Ao mesmo tempo em que este crescimento institucional internacional jogou luz sobre a coerência do direito internacional, serviu também a propósitos funcionais diversificados, e suscita uma abordagem empírica acerca das duas questões de organização para esta seção: como cada domínio do direito internacional é produzido, e como e em que

condições cada domínio da matéria de direito tem relevância? A razão central para esta tendência de especialização no trabalho empírico é que a produção e o impacto do direito internacional variam em função das diferentes condições encontradas nos domínios específicos. Este ponto básico foi desenvolvido cedo por Wolfgang Friedmann em seu tratado fundacional “*The Changing Structure of International Law*”, onde fez a diferenciação entre o direito internacional tradicional, de “coexistência”, e o surgimento do novo direito internacional, que aborda determinados objetivos funcionais em domínios específicos. A fragmentação do direito internacional reflete os contextos variados que os Estados, empresas e indivíduos enfrentam para avançar em seus objetivos particulares. Grande parte do novo rumo do trabalho empírico tem, assim, focado em questões concernentes a domínios específicos⁸⁷. Análises sobre domínios específicos têm a vantagem de ser realistas e capazes de isolar características que operam apenas nestes campos. Enquanto generalizar, sem definir um domínio específico, pode ser arriscado, as análises específicas de domínios podem, em conjunto, fornecer uma visão geral de como o direito internacional atua em diferentes condições, e por que ele funciona de forma diferente em áreas distintas.

4.1 Direitos Humanos

O direito internacional dos direitos humanos opera num contexto distinto. Ao contrário das outras áreas do direito que abordamos, esta não envolve problemas de ação coletiva ou externalidades materiais entre os estados. Assim, não apresenta, a partir da perspectiva da teoria dos jogos estratégicos, uma situação que possa ser analisada de forma proveitosa nos termos do dilema do prisioneiro, batalha dos sexos, ou outros jogos de coordenação⁸⁸. Estudiosos racionalistas podem, assim, afirmar que não devemos

85 HELFER et al., nota *supra* 34.

86 Ver também SHAFFER, Gregory. *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*. Washington: Brookings Institution, 2003, discutindo o papel catalisador dos interesses privados na litigância interestatal na OMC.

87 FRIEDMANN, nota *supra* 4.

88 O “dilema do prisioneiro” é um “jogo colaborativo” em que as diferentes partes têm interesse mútuo em colaborar, mas enfrentam incentivos para não fazê-lo devido ao medo da não cooperação da outra parte. Em contraste, o “jogo de batalha dos sexos” é um “jogo de coordenação” em que as partes desejam cooperar, mas com escolhas diferentes. Por exemplo, um marido e uma mulher podem querer tirar férias um com o outro, mas um prefere as montanhas e o outro a praia. Ver a discussão em STEIN, Arthur A. “Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World”. *International Organization*, vol. 36, p. 299, 1982.

ver nenhum impacto dos tratados internacionais de direitos humanos e que os tratados internacionais de direitos humanos apenas refletem “conversa fiada”⁸⁹. Por conseguinte, são de grande importância, àqueles que procuram promover os direitos humanos, normas para determinar se o direito internacional dos direitos humanos, na verdade, é importante e, em caso afirmativo, como e em que condições.

Louis Henkin observou que quase todos os Estados observam quase todas as suas obrigações quase todo o tempo⁹⁰. Downs, Locke e Barsoom pontuaram que esta observação nos diz pouco sobre o poder do direito internacional, pois os Estados podem estar selecionando as obrigações cujo cumprimento é fácil⁹¹. Esta observação está refletida no grande número de reservas feitas em tratados de direitos humanos, ao contrário do que ocorre em outras áreas do direito internacional, como a criminal, comercial, de investimentos e a ambiental, todas abordadas na sequência⁹². Além disso, mesmo a conjectura de Henkin acerca da conformidade não foi totalmente verificada. Com efeito, ela não parece uma realidade em algumas áreas, e a seara dos direitos humanos tem sido um tema central do debate nesse sentido. Emilia Powell e Jeffrey Staton, por exemplo, mostram que quase 80% dos Estados que ratificaram a Convenção contra a Tortura violaram o acordo no ano de ratificação⁹³. A obra de Powell e Staton é parte de um debate muito importante a respeito da eficácia dos

instrumentos de direitos humanos que surgiram com o término da II Guerra Mundial. Na verdade, a maior parte do trabalho empírico sobre direitos humanos procura abordar diretamente a questão da relevância da legislação internacional sobre intervenção em nome dos direitos humanos. No entanto, em primeira instância, a questão relacionada a por que Estados assinam e ratificam tratados internacionais de direitos humanos também tem recebido certa atenção empírica.

4.2 Como o direito internacional dos direitos humanos é produzido.

A maioria dos estudiosos concorda que os Estados ratificam os tratados de direitos humanos, primariamente, por motivos muito relevantes – que difere dos outros contextos que discutimos abaixo e ajuda a dar sentido à diferença entre a adesão generalizada aos instrumentos de direitos humanos globais e a prática dos Estados, que conta com pouca ou nenhuma fiscalização internacional desses instrumentos. Tanto estudiosos racionalistas quanto construtivistas foram adiante e testaram teorias empíricas importantes acerca da ratificação. A escola política afirma que os Estados entram em tratados internacionais de direitos humanos a fim de sinalizar a sua adesão às normas culturais globais, estilizadas como “universais”, “modernas” e “avançadas”; esses estudiosos sustentam que os tratados refletem e convergem expressamente em um processo de aculturação global⁹⁴. Racionalistas como Oona Hathaway e Beth Simmons fornecem evidências quantitativas que indicam que, embora os Estados de fato ratifiquem tratados internacionais de direitos humanos por razões expressivas, eles, tendo mecanismos independentes de aplicação de direito interno, estão mais propensos a ratificar tais tratados se acreditarem nas normas e que podem cumpri-las a um custo razoável⁹⁵. Isto é, os Estados com sistemas judiciais independentes estão cientes de que a ratificação de um tratado pode ter consequências por meio de rei-

89 Ver GOLDSMITH e POSNER, nota *supra* 20.

90 HENKIN, Louis. *How Nations Behave* (1979).

91 DOWNS et al., nota *supra* 64.

92 Ver HELFER, Laurence R. “Exiting Treaties”. *Vanderbilt Law Review*, vol. 91, pp. 1579, 1641, 2005 (observando que os Estados ratificaram os tratados de direitos humanos com “dezenas de reservas duvidosas em termos legais”); HELFER, Laurence R. “Not Fully Committed? Reservations, Risk and Treaty Design”. *Yale Journal of International Law*, vol. 31, p. 367, 2006.

93 Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 10 de dezembro de 1984; ver POWELL, Emilia e STATON, Jeffrey, “Domestic Judicial Institutions and Human Rights Treaty Violation”, *53 INT’L STUDIES*, p. 149 (2009); ver também GILLIGAN, Michael e NESBITT, Nathaniel. “Do Norms Reduce Torture?”, *38 J. LEGAL STUD.* 445 (2009) (utilizando o percentual de Estados do mundo que é parte da Convenção contra a Tortura como um padrão para avaliar o surgimento de normas anti-tortura; após calcular os níveis de tortura a partir da data em que a Convenção foi aberta à assinatura em 1985, até 2003; e não encontrando apoio para a proposição de que as normas anti-tortura reduzem a tortura ao longo do tempo).

94 BOLI-BENNETT, John; MEYER, John. “The Ideology of Childhood and the State”. *American Sociological Review*, vol. 43, p. 797, 1978; GOODMAN e JINKS, nota *supra* 27; BOYLE, nota *supra* 27; Meyer, nota *supra* 27.

95 SIMMONS, nota *supra* 1; HATHAWAY, Oona. “Do Human Rights Treaties Make a Difference?” *Yale Law Journal*, vol. 111, p. 1935, 2002.

vindicações perante seus tribunais nacionais. Em paralelo, Andrew Moravcsik alega que, a partir de uma variante internacionalista liberal de uma perspectiva racionalista, os tratados de direitos humanos são ratificados pelas democracias recém-estabelecidas para ‘guardar’ as políticas nacionais de direitos humanos ao transformá-los em compromissos de direito internacional⁹⁶. As políticas nacionais de direitos humanos podem, assim, tornar-se mais difíceis de serem revertidas.

Hathaway lançou uma nova onda de trabalhos empíricos com sua constatação contraintuitiva de que os Estados que ratificam tratados de direitos humanos são mais propensos, em média, a violar os acordos⁹⁷. Uma explicação é elucidativa. Ela sustenta que os Estados violadores visam a desviar das pressões políticas domésticas para sinalizar a intenção de melhorar a prática dos direitos humanos por meio de ratificações⁹⁸. Por outro lado, os Estados que contam com mecanismos legais internos de aplicação, mas que gozam de boa proteção aos direitos humanos, são menos propensos a ratificar tratados de direitos humanos, pois eles se preocupam caso não cumpram todas as obrigações previstas pelo tratado⁹⁹. Em tra-

balho posterior, Hathaway fornece evidências de que as decisões dos Estados a comprometer-se e cumprir os tratados de direitos humanos são de fato influenciados pela probabilidade da aplicação da jurisdição interna dos termos do tratado e nas consequências colaterais dos compromissos previstos pelo tratado¹⁰⁰. A partir de uma análise de riscos para testar a disposição dos Estados para ratificar os tratados de direitos humanos fundamentais, ela encontra suporte empírico robusto para estas proposições¹⁰¹.

Enquanto apenas Estados ratificam tratados, atores não estatais são fundamentais para o desenvolvimento de normas de direitos humanos, e estudiosos têm documentado os seus papéis-chave. Atores não estatais foram fundamentais, por exemplo, para a luta contra a escravidão no século XIX¹⁰². O seu trabalho não só levou à Convenção de 1926 para a Repressão do Tráfico de Escravos e Escravidão, mas também para a ampla aceitação da opinião de que a proibição da escravidão é uma norma de *jus cogens*.¹⁰³ Mais recentemente, os estudiosos têm documentado o papel de grupos de mulheres na promoção dos direitos das mulheres, culminando na Convenção de 1979 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher¹⁰⁴, e o papel dos grupos de defesa dos

96 MORAVCSIK, Andrew. “The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe”. *International Organization*, vol. 54, p. 217, 2000 (buscando suporte para suas proposições por meio de um exame aprofundado da criação e evolução do regime europeu de direitos humanos pós-Segunda Guerra Mundial sob a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 4 de novembro de 1950, ETS No. 5, 213 UNTS 221).

97 HATHAWAY, nota *supra* 95; ver também HAFNER-BURTON, Emilee; TSUTSUI, Kiyoteru; MEYER, John. “International Human Rights Law and the Politics of Legitimation: Repressive States and Human Rights Treaties”. *INT’L SOC.*, vol. 23, p. 115, 2008.

98 Um estudo recente de Peter Rosendorff e James Hollyer inverte toda a questão, sustentando que os ofensores que encabeçam um regime autoritário ratificam, mesmo considerando que haverá custos internacionais, como um sinal aos oponentes domésticos da vontade do governo de exaltar a repressão. HOLLYER, James e ROSENDORFF, Peter. *Why Do Authoritarian Regimes Sign the Convention Against Torture? Signaling, Domestic Politics and Non-compliance*, disponível em <https://files.nyu.edu/bpr1/public/papers/HollyerRosendorffQJPS.pdf>.

99 Este legalismo pode ser superado quando preocupação suficiente é colocada em perspectiva internacional. Ver SIMPSON, A. “Britain and the Genocide Convention”. *British Yearbook of International Law*, vol. 5, 2003 (em estudo de caso sobre as razões por trás da adesão britânica à Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio), 9 de dezembro de 1948, S. EXEC. DOC. NO.

91-B (1970), 78 UNTS 277.

100 HATHAWAY, Oona. “Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?”. *Journal of Conflict Resolution*, vol. 51, p. 588, 2007.

101 A análise de risco é uma ferramenta estatística cujo foco está na duração de um fenômeno de interesse e nos fatores que levam a alterações. BOX-STEFFENSMEIER, Janet; JONES, Bradford. *Event History Modeling: a Guide for Social Scientists*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

102 CHAMOVITZ, Steve. “Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, pp. 183, 191-92, 1997 (descrevendo esforços de ONGs para combater a escravidão); NYE JR., Joseph. “The Information Revolution and the Paradox of American Power”, *ASIL Proceedings*, vol. 97, pp. 67, 70, 2003 (“Organizações religiosas transnacionais opõem-se à escravidão desde 1775”).

103 25 de setembro de 1926, 46 Stat. 2183, 60 LNTS 253; ver *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of The United States* §702 (1987), listando proibições relacionadas à escravidão como *jus cogens*.

104 18 de dezembro de 1979, 1249 UNTS 13; ver MCPHEDRAN, Marilou; BAZILLI, Susan; ERICKSON, Moana; BYRNES, Andrew. *The First CEDAW Impact Study: Final Report*, 2000 (revelando que a CEDAW não teria sido adotada sem o esforço de ONGs); ver também KECK, Margarete E; SIKKINK, Kathryn. *Activists Beyond Borders: advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press,

direitos das crianças na promoção da Convenção de 1989 sobre os Direitos da Criança.¹⁰⁵ A dinâmica que permite que alguns grupos tenham sucesso utilizando-se de quadros normativos específicos, enquanto outros não, é uma área importante a ser explorada.¹⁰⁶

4.3 Como e sob quais condições internacionais os direitos humanos são importantes.

A doutrina continua a girar em torno da questão fundamental de saber se e em que condições os tratados internacionais de direitos humanos fazem a diferença para aqueles que os ratificam. Estudiosos destacaram as condições que afetam o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos. Entender esse relacionamento tem implicações normativas para aqueles que procuram promover o projeto de direitos humanos.

Um tema emergente nessa literatura diz respeito à necessidade de instituições nacionais para se proteger os direitos humanos, de modo que a adesão tem mais chances de melhorar o desempenho em democracias do que em autocracias. O envolvimento da

1998 (descrevendo como redes de ONGs abordaram o problema da violência contra as mulheres).

105 20 de novembro de 1989, 1577 UNTS 3; ver COHEN, Cynthia. "The role of nongovernmental organizations in the drafting of the Convention of the Rights of the Child". *Human Rights Quarterly*, vol. 12, p. 137, 1990 (descrevendo o envolvimento das ONGs por meio de documentos da ONU e das próprias ONGs); ver também GRUGEL, Jean; PERUZZOTTI, Enrique. "Grounding Global Norms in Domestic Politics: Advocacy Coalitions and the Convention on the Rights of the Child in Argentina". *Journal of Latin American Studies*, vol. 42, p. 29, 2010 (descrevendo o papel de ativistas na promoção do direito das crianças na Argentina); GRUGEL, Jean; PERUZZOTTI, Enrique. "Claiming Rights under Global Governance Children's Rights in Argentina". *Global Governance*, vol. 13, p. 199, 2007 (estudo de caso descrevendo o impacto da Convenção sobre o Direito das Crianças na advocacia doméstica da Argentina).

106 Ver ANDERSON, Carol. *Eyes off the prize: the United Nations and the African American struggle for human rights, 1944-1955*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003 (a Associação Nacional para o Avanço das Pessoas de Cor foi incapaz de lançar uma agenda de direitos humanos nas Nações Unidas – o que resultou no lançamento de um Movimento de Direitos Civis sem foco nos direitos sociais e econômicos necessários para se alcançar a igualdade dos negros); KECK e SIKKINK (p. 184), nota *supra* 104, apontando como a incorporação de reivindicações das mulheres no "quadro dos direitos", ou em um quadro mais amplo supriu o quadro de "discriminação" da convenção das mulheres de 1979 e o "desenvolvimento" de um quadro das mulheres no debate sobre desenvolvimento.

sociedade civil, em particular, parece crucial. Linda Keith utiliza um modelo relativamente simples para mostrar que a independência judicial está positivamente correlacionada com a proteção dos direitos humanos em todo o mundo¹⁰⁷. Eric Neumayer usa um modelo de abordagem mais sofisticado para mostrar que a ratificação de instrumentos de direitos humanos favorece proteções no interior de Estados onde existam instituições democráticas e uma sociedade civil forte¹⁰⁸.

Uma vez que tanto a natureza do Estado quanto das instituições que o compõem afetam a importância do direito internacional, um problema potencial dos estudos empíricos é a utilização de amostras demasiadamente generalizantes. Em uma astuta abordagem, Simmons dá um passo metodológico importante ao desagregar a amostra de Estados de modo a excluir tanto os falsos positivos (Estados que ratificam tratados sem a intenção de cumprir) quanto os falsos negativos (Estados que não precisam ratificar tratados para compelir ao cumprimento das garantias de direitos humanos)¹⁰⁹. Ela observa que:

*“em direitos civis e políticos, o maior impacto de um tratado é mais suscetível de ser encontrado não nos extremos estáveis de democracia e autocracia, mas na massa de nações com instituições em fluxo, onde os cidadãos potencialmente têm motivos e meios para alcançar sucesso na reivindicação de seus direitos”*¹¹⁰.

A autora conclui que, para este grupo do meio de Estados (após a exclusão dos extremos), a ratificação de instrumentos de direitos humanos está associada a melhorias positivas na proteção dos direitos, com

107 KEITH, Linda C. "Judicial Independence and Human Rights Protection around the World". *Judicature*, vol. 85, p. 194, 2002.

108 NEUMAYER, Eric. "Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?" *International Conflict Resolution*, vol. 49, p. 69, 2005; ver SIMMONS, nota *supra* 1; HATHAWAY, nota *supra* 95; HEYNS, Christof; VILJOEN, Frans. "The impact of the United Nations human rights treaties on the domestic level". *Human Rights Quarterly*, vol. 23, p. 483, 2001; KEITH, Linda C. "The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: does it make a difference in human rights behavior?" *Journal of Peace Research*, vol 36, p. 95, 1999.

109 SIMMONS, nota *supra* 1.

110 *Id.*, p. 155.

as principais variáveis intervenientes sendo a mobilização doméstica e a execução judicial doméstica.

Para o grupo dos Estados do meio, ela acredita que os tratados de direitos humanos estruturam agendas executivas, fornecem suporte para o litígio de questões que envolvem direitos humanos perante os tribunais internos e desencadeiam mobilização popular. Ela resume seu extenso trabalho quantitativo, juntamente com alguns estudos qualitativos, da seguinte maneira: “Os resultados dos direitos humanos são altamente dependentes da natureza de demandas, instituições e capacidades doméstica”¹¹¹. Tratados internacionais de direitos humanos, em outras palavras, constituem uma alavanca para que a mobilização nacional possa atingir melhores resultados, mas não funcionam bem por conta própria, na ausência de mobilização doméstica. Esta descoberta se coaduna com outros estudos empíricos que enfatizam o papel da mobilização da sociedade civil em ambientes domésticos na efetiva implementação dos direitos humanos¹¹². Na verdade, a existência de organizações da sociedade civil é uma variável central para os sociólogos que trabalham com a tradição da política mundial; estudos constataram que os processos de difusão surtem efeitos, embora sujeitos a determinadas condições locais em que as normas “modernas” são mais propensas a dominar¹¹³.

A ênfase no poder de mediação de instituições nacionais e de grupos da sociedade civil demonstra que os efeitos dos tratados de direitos humanos podem ser indiretos e ter vários canais. Em importante estudo etnográfico, Sally Merry investiga as relações entre a produção global e a apropriação local de direitos

humanos concernentes à violência de gênero em cinco Estados na região asiática do Pacífico, com foco nos papéis das conferências da ONU, no ativismo das ONGs transnacionais e em outros intercâmbios transnacionais de ideias e práticas¹¹⁴. Ela destaca “o papel dos ativistas que servem como intermediários entre os diferentes conjuntos culturais de entendimento de gênero, violência e justiça”¹¹⁵ e que se apropriam das normas jurídicas internacionais para fins locais. O trabalho de Merry conclui que a lei internacional dos direitos humanos tem mais propensão a ser relevantes onde atores não estatais funcionam eficazmente como intermediários para transmitir e adaptar as normas de direitos humanos para determinados contextos domésticos. Esses processos de adaptação local constituem formas de indigenização e *bricolage*, ou o que poderia ser chamado de “globalismos localizados”¹¹⁶.

Em um mundo de fragmentação jurídica internacional, as influências de diversas áreas de direito internacional podem se complementar ou contrariar dentro dos Estados¹¹⁷. Direito internacional econômico e política, por exemplo, têm potencial de impedir ou fomentar a melhoria dos direitos humanos.¹¹⁸ Atores podem alguma vez utilizar diferentes regimes de direito internacional para competir por influência. Estudiosos analisaram empiricamente esses processos e avaliaram seus resultados. Boyle e Minzee Kim, por exemplo, utilizam métodos quantitativos para avaliar o relativo impacto da tensão entre direitos

111 *Id.*, p. 373.

112 Ver LINOS, Katerina. “Diffusion through Democracy”. *American Journal of Political Science*, vol. 55, p. 678, 2011 (examinando por que *soft law* internacional e transnacional muitas vezes desencadeia grandes reformas jurídicas nacionais, apesar dos fortes estrangulamentos que os diferentes eleitorados nacionais impõem aos líderes dos países democráticos); HAFNER-BURTON, Emilie M.; TSUTSUI, Kiyoteru. “Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises”. *American Journal of Sociology*, vol. 110, p. 1373, 2005.

113 Ver BOYLE, nota *supra* 27, fazendo uso de uma combinação de métodos quantitativos e qualitativos para investigar como os atores nos níveis internacional, nacional e local afetam as políticas e práticas sobre circuncisão feminina.

114 MERRY, nota *supra* 28.

115 MERRY, Sally E. “Human Rights and Transnational Culture: Regulating Gender Violence through Global Law”. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, p. 53, 2006.

116 Ver também DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *The Internationalization of Palace Wars lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press, 2002, quanto à adoção de direitos humanos globais e receitas econômicas neoliberais na América Latina.

117 SHAFFER e POLLACK, nota *supra* 58.

118 Ver ABOUHARB, Rodwan; CINGRANELLI, David. *Human rights and structural adjustment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, constatando que a celebração de acordos de ajuste estrutural com o Banco Mundial tem um impacto negativo sobre a proteção dos direitos humanos; HAFNER-BURTON, Emilie M. “Trading Human Rights: How Preferential Trade Agreements Influence Government Repression”, *International Organization*, vol. 59, p. 593, 2005 (mostrando que as relações internacionais na forma de acordos comerciais podem melhorar as práticas de direitos humanos).

humanos e normas neoliberais de desenvolvimento adotadas em um período de 20 anos de tratados de direitos humanos e acordos de ajuste estrutural, respectivamente, em mais de setenta países de baixa e média renda¹¹⁹. O estudo conclui que a norma de direitos humanos concernente à educação primária universal prospera, em parte significativa, por meio da operação de ONGs transnacionais que lançaram mão da legitimidade dessas normas.

As perguntas sobre se, quando e como acordos e normas de direitos humanos fazem diferença continuará a ser importante, e ainda há muito a ser estudado. Mas o trabalho até esta data tem avançado significativamente adiantado a teoria condicional do direito internacional. Nós vemos quatro grandes desafios para essa literatura. Primeiro, o campo tem de seguir a abordagem de Simmons de desagregar a análise qualitativa comparada, descartando extremos em que acordos internacionais de direitos humanos são ratificados sem a menor intenção de fazer cumpri-los (Zimbábue), ou com a intenção de cumprir as normas internacionais de direitos humanos sem qualquer necessidade ratificá-los (Estados Unidos). O impacto real dos instrumentos pode ser visto em Estados situados no meio. Em segundo lugar, o campo necessita de melhores medidas sobre direitos humanos para aferir seus resultados, que é a variável dependente na pesquisa quantitativa. Muito do trabalho quantitativo existente baseia-se em indicadores subjetivos de violações de direitos humanos. Os relatórios anuais do Departamento de Estado dos EUA, por exemplo, são atraentes por sua amplitude e abrangência longitudinal, mas estão sujeitos a alguns vieses políticos. Uma pequena, porém importante, literatura sobre os desafios da mensuração dos direitos humanos tem se amalgamado e é propícia a produzir melhorias progressivas nos indicadores utilizados na avaliação do desempenho dos direitos humanos¹²⁰. Produzir indicadores novos é difícil, mas

119 KIM, Minzee, BOYLE, Elizabeth e HALTINNER, Kristin. „Neoliberalism, Transnational Education Norms, and Education Spending in the Developing World”, 1983-2004, *LAW & SOC. INQUIRY* (no prelo).

120 CINGARELLI, David; RICHARDS, David. “The Quantitative Study of Human Rights Violations” in: FORSYTH, David. *The Encyclopedia of Human Rights*, 2009; LANDMAN, Todd; CARVALHO, Edzia. *Measuring human rights*. New York: Routledge, 2010; ver também DA-

todos os indicadores padrão de abusos de direitos humanos têm suas falhas. Terceiro, muitos estudos empíricos usam a ratificação como uma variável binária para capturar participação nos regimes internacionais de direitos humanos. Mas, certamente, a participação não é uma questão de tudo-ou-nada; a participação estatal se verifica em diferentes graus e modalidades. Refletir cuidadosamente sobre a variável independente será importante para o trabalho futuro que tentar capturar o impacto dos regimes internacionais. Finalmente, uma combinação de métodos quantitativos e estudos de caso envolvendo trabalho de campo bem embasado seria útil para avaliar aprofundadamente os mecanismos por meio dos quais, e em que condições, o direito internacional dos direitos humanos importa. A doutrina jurídica que temos discutido representa um passo na direção certa¹²¹.

4.4 Direito Penal Internacional e Direito Humanitário

O problema enfrentado em direito internacional penal (DIP) e no direito internacional humanitário (DIH) é mais complexo do que a dos direitos humanos. Por um lado, DIP e DIH têm, em parte, o mesmo objetivo fundamental dos direitos humanos em expressar as normas de boa conduta¹²². Por outro lado, DIP e DIH

VIS, Kevin; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally. “Indicators as a Technology of Global Governance”. *Institute for International Law and Justice*, Working Paper No. 2010/2, 2011 (discutindo como os indicadores têm sido utilizados na governança global e como o uso de indicadores tem o potencial de alterar a natureza da governança global). Para trabalhos anteriores, ver JABINE, Thomas B; CLAUDE, Richard P. *Human rights and statistics: getting the record straight*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1991.

121 GOODEMAN, Ryan; JINKS, Derek; WOODS, Andrew. “Social Science and Human Rights” in: GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek; WOODS, Andrew. *Understanding Social Action, Promoting Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2012.

122 Ver BLUM, Gabriella. “The Laws of War and the ‘Lesser Evil’”. *Yale Journal of International Law*, vol. 35, p. 1, 2010 (descrevendo a “força expressiva” dos DIH como sua “única fonte de força”); SLOANE, Robert. “Prologue to a Voluntarist War Convention”. *Michigan Law Review*, vol. 106, p. 443, 2007 (“Esforços para rever o DIH devem considerar não só o provável efeito de novas regras propostas sobre as estruturas de incentivo, mas também as suas dimensões expressivas”); SLOANE, Robert. “The Expressive Capacity of International Punishment: the Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law”. *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, p. 39, 2007, mostrando que tribunais penais internacionais podem contribuir eficazmente para a ordem pública mundial como instituições penais autoconscientes

frequentemente envolvem questões de reciprocidade em relação a tratamento e dilemas envolvendo situações de prisioneiros. Para teóricos instrumentalmente orientados, os Estados e suas forças armadas, em um esforço para garantir que suas forças e civis sejam tratados humanamente, usam o direito internacional para codificar entendimentos recíprocos¹²³. Também ao contrário dos direitos humanos, alguns crimes no DIP, como a pirataria em alto mar, envolvem problemas de ação coletiva. DIP e DIH também diferem das áreas do direito que abordaremos em seções subsequentes – comércio internacional, investimento e direito ambiental –, na medida em que o DIP e o DIH envolvem, recorrentemente, questões que afetam a sobrevivência do Estado ou conflitos de elite pelo poder. Nessas questões de “alta política”, o direito pode ser relegado a um papel subordinado. Como resultado, dilemas normativos sobre o uso apropriado do direito internacional em relação a alternativas políticas tornam-se especialmente marcantes, destacando a necessidade da teoria condicional do direito internacional

O crescimento explosivo das instituições internacionais para regular a conduta dos conflitos armados – incluindo a expansão do DIP – tem sido um dos grandes desenvolvimentos das duas últimas décadas. Aproximadamente 50 anos depois de Nuremberg, a comunidade internacional criou dois grandes tribunais internacionais *ad hoc* (o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia - TPII), seguido pelo Tribunal Penal Internacional, bem como tribunais *ad hoc* para o atentado de Lockerbie, para o assassinato do antigo primeiro-ministro libanês Rafik al Hariri e para crimes de guerra cometidos em Serra Leoa. Esses desenvolvimentos têm estimulado disputas políticas com grandes implicações normativas, dando origem a doutrinas empíricas para sustentar suas alegações. Um argumento central do movimento anti-impunidade, de Nuremberg em diante, tem sido dizer que os processos criminais por graves violações dos direitos humanos têm um efeito significativo de dissuasão, que eles facilitam transições democráticas e que eles

e expressivas.

123 Ver MORROW, James D. “When Do States Follow the Laws of War?”. *American Political Science Review*, vol. 101, p. 559, 2007.

ajudam a moldar memórias coletivas de forma mais propícia à paz duradoura¹²⁴. Essa afirmação tem de ser examinada empiricamente, à luz de circunstâncias diferentes que podem afetar os resultados desejados.

4.5 Como o DIP e o DIH são produzidos.

A maior parte do trabalho empírico sobre por que o DIH e o DIP é construção de estudos de caso históricos e qualitativos¹²⁵. Na década de 1990, a França, o Reino Unido e os Estados Unidos, trabalhando no âmbito do Conselho de Segurança da ONU, impulsionaram a criação de tribunais internacionais *ad hoc*. Os Estados Unidos, no entanto, resistiram à criação do Tribunal Penal Internacional, que foi apoiada por países europeus e muitos outros, incluindo Canadá.

Estudos empíricos têm examinado as diversas alianças entre Estados, ONGs e organizações internacionais que trabalharam para criar esses novos tribunais¹²⁶. Esse trabalho empírico foi de suma importância para desafiar as teorias centradas no estado no comportamento internacional, e ilustra os significativos resultados teóricos para o trabalho empírico qualitativo que descrevemos. DIP e DIH têm sido produzidos por meio do trabalho de indivíduos, ONGs e Estados, com atores privados e eventos particulares como catalisadores¹²⁷. O papel de Henry

124 AKHAVAN, Payam. “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?”. *American Journal of International Law*, vol. 95, p. 7, 2001 (“A evidência empírica sugere que o TPII e TPIR têm contribuído significativamente para a construção da paz nas sociedades do pós-guerra, bem como para a introdução da responsabilidade criminal na cultura das relações internacionais”); BASSIOUNI, M. “Combating impunity for international crimes”. *University of Colorado Law Review*, vol. 71, pp. 409-422, 2000 (“Acredita-se que a busca por justiça e responsabilização constitui um valor humano fundamental, ajuda a alcançar a paz e a reconciliação, e contribui para a prevenção e a dissuasão de conflitos futuros”).

125 Ver VEUTHEY, Michel. “From Solferino to Kosovo: the Contribution of International Humanitarian Law to International Security”. *International Humanitarian Law*, vol. 1, pp. 207-238, 2003 (descrevendo eventos que levaram a mudanças relevantes no DIH).

126 Ver GLASIUS, Marlies. *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement*. London: Routledge, 2006 (descrevendo o envolvimento de ONGs e outros atores exigindo a criação do TPI); KOREY, William. *NGOs and the Universal Declaration of Human Rights: A Curious Grapevine*. New York: St. Martin's Press, 2001 (descrevendo o processo que levou ao estabelecimento do TPII).

127 Ver GOLDSTEIN, Bohunk. “Implementation of International Humanitarian Law by Diplomacy, Official and Non-governmental”.

Dunant, um empresário suíço, ao fundar o Comitê Internacional da Cruz Vermelha em 1863 e fazer *lobby* perante os Estados para a elaboração da Convenção de 1864 (Genebra) é notório¹²⁸. A Cruz Vermelha continua a ser um ator ativo e defensor das Convenções de Genebra e das subsequentes Convenções de Haia e seus protocolos¹²⁹. Dunant agiu como um precursor para figuras proeminentes do DIH, como Rafael Lemkin em relação ao crime de genocídio. As ONGs também atuaram como catalisadores da Convenção de Ottawa, aprovada na esteira da Campanha Internacional para Banir as Minas Terrestres, de 1997, que (com seu líder Jody Williams) ganhou o Prêmio Nobel da Paz de 1997¹³⁰.

Estudiosos atentam para o funcionamento interno

International Humanitarian Law, nota *supra* 125, pp. 161, 176-77, descrevendo a Campanha Internacional pelo Banimento de Minas Terrestres (lançada por dezesseis ONGs) e a Coalizão das ONGs por um Tribunal Penal Internacional; MERON, Theodor. "The Humanization of Humanitarian Law". *American Journal of International Law*, vol. 942, pp. 239-278, 2000 (descrevendo eventos que levaram a mudanças no DIH); VEUTHEY, nota *supra* 118.

128 SCHINDLER, Dietrich; TOMAN, Jiri. *The laws of armed conflicts: a collection of conventions, resolutions, and other documents*. 3ª ed. Dordrecht: Nijhoff, 1988; ver GREENWOOD, Christopher. "Historical Development and Legal Basis" in: FLECK, Dieter. *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ª ed., 2008, descrevendo resumidamente o envolvimento de Dunant com o DIH; MOOREHEAD, Caroline. *Dunant's dream: war, Switzerland, and the history of the Red Cross*. New York: Carroll & Pub, 1999.

129 BUGNION, François. "The International Committee of the Red Cross and the development of international humanitarian law". *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, p. 191, 2004 ("Não obstante a sua origem privada, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha... tem sido a principal força motriz por trás do desenvolvimento do direito internacional humanitário ao longo dos últimos 140 anos"); FINNEMORE, nota *supra* 27, explorando o papel do Comitê Internacional da Cruz Vermelha no estabelecimento e na codificação dos princípios das Convenções de Genebra); RATNER, nota *supra* 39.

130 MASLEN, Stuart. *The convention on the prohibition of the use, stockpiling, production, and transfer of anti-personnel mines and on their destruction*. Oxford: Oxford University Press, 1997. Richard Price mostra como a sociedade civil internacional, em uma coalizão global contra o uso de minas terrestres, deslocou com sucesso o debate sobre minas terrestres de uma questão militar para uma questão humanitária e, assim, mudou as normas e comportamento da grande maioria dos países do mundo. PRICE, Richard. "Reversing the Gun Sights: Transnational Civil Society Targets Land Mines". *International Organization*, vol. 523, pp. 613-644, 1998. O tratado, que entrou em vigor em 1º de março de 1999, contava com 157 partes signatárias em novembro de 2011. Ver http://disarmament.un.org/treaties/t/mine_ban. Último acesso em 13 de janeiro de 2015.

dos tribunais penais internacionais e para os fatores que conduziram à elaboração desse ramo do direito nas últimas décadas. Dado seu *status* como o mais maduro e produtivo dos tribunais penais internacionais, muita atenção centrou-se sobre o TPII. O sociólogo John Hagan examinou as condições subjacentes segundo as quais a carismática promotora-chefe Louise Arbour, apoiada por um específico contexto institucional, estrategicamente escolheu casos-chave e influenciou os meios de comunicação a estabelecer a legitimidade do TPII e lançar as bases para a construção do TPI¹³¹. Esse trabalho destaca o contingente e o papel transformador que os indivíduos podem desempenhar no plano internacional. Hagan, Ron Levi, e Gabrielle Ferrales posteriormente realizaram mais entrevistas de campo, observação participante, e uma pesquisa de duas levadas de funcionários do TPII, para avaliar mudanças no Tribunal à luz das mudanças na política dos EUA atinentes ao tribunal sob a administração Bush, mediada pela dinâmica das organizações internacionais¹³². Eles encontraram um declínio da satisfação no trabalho e uma queda no moral resultante da perda de um sentido de relevância organizacional – o qual impede o funcionamento do Tribunal. Esse estudo deve conduzir os teóricos a analisar mais detidamente como o comportamento organizacional pode ser afetado pelas relações entre a organização em questão e externalidades (dos Estados Unidos, neste caso). Uma literatura semelhante está surgindo sobre o Tribunal Penal Internacional, embora os resultados devam ser considerados preliminares, tendo em vista o reduzido número de casos que o Tribunal apreciou até o momento¹³³.

131 HAGAN, John. *Justice in the Balkans prosecuting war crimes in the Hague Tribunal*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

132 HAGAN, John; LEVI, Ron; FERRALES, Gabrielle. "Swaying the Hand of Justice: The Internal and External Dynamics of Regime Change at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *Law & Social Inquiry*, vol. 31, pp. 585-616, 2006.

133 Ver DEITELHOFF, Nicole. "The Discursive Process of Legalization: Charting Islands of Persuasion in the ICC Case". *International Organization*, vol. 63, p. 33, 2009 (fazendo uso da análise de discurso para mostrar uma mudança de enquadramento durante as negociações – quando a maioria dos países se afastou da posição defendida pelas grandes potências, o que sugere o papel da persuasão); KIRSCH, Philippe; HOLMES, John. "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process". *American Journal of International Law*, vol. 93, pp. 2-12, 1999; SIMMONS, Beth; DANNER, Allison. "Credible commitments and the International Criminal Court". *International Organization*, vol. 64, p.

Relativamente poucos estudos examinaram o processamento de crimes internacionais em tribunais nacionais, uma via alternativa para o fortalecimento das instituições internacionais. Em um estudo compreensivo, todavia, Maximo Langer mostra que processos nacionais baseados na jurisdição universal são relativamente raros, além de sujeitos a controles políticos, e que, conseqüentemente, concentram-se em acusados provenientes de Estados que são menos propensos a gerar custos políticos significativos para o Estado que processa¹³⁴. Da mesma forma, Eugene Kontorovich e Steven Art estudam a incidência da jurisdição universal em processos por pirataria cometidos ao longo de um período de doze anos (1998-2009) e atestam que o processamento extranacional ocorre em apenas 1,47% dos casos, refletindo graves problemas das ações coletivas¹³⁵. Esses resultados sugerem, assim, que os estados podem voltar-se aos mecanismos internacionais para superar tais dificuldades. Eles também ilustram tanto o poder do trabalho empírico de informar debates normativos quanto os riscos de simplesmente presumir que os sistemas domésticos fornecem um substituto eficaz para o direito internacional.

4.6 Como e em que condições DIP e DIH importam.

A evidência empírica sugere que o impacto da aplicação do DPI deve ser dividido em termos de longo e curto prazo, em diferentes condições. Quanto aos efeitos de longo prazo, a evidência indica que Nuremberg teve um importante efeito didático a respeito da regeneração da identidade nacional alemã¹³⁶. Tribunais penais internacionais, em outras palavras, podem potencialmente servir a propósitos educativos de longo prazo, influenciando a reconciliação nacional e, com o tempo, as memórias coletivas do passado, tendo assim um impacto sobre as relações interestatais futuras. Os estudiosos também têm mostrado empiricamente que o desenvolvimento do direito penal nacional e das instituições jurídicas tem reduzido significativamente a violência dentro dos

Estados ao longo do tempo. Resta saber, contudo, se a recente ascensão do DPI e das instituições de DPI – sob condições muito diferentes de legitimidade daquelas dos tribunais nacionais – surtirá efeitos dissuasórios de longo prazo, especialmente em situações que envolvem conflitos civis¹³⁷.

Um grupo de estudiosos realistas pautou-se em estudos de caso sugestivos de que o processamento por crimes de guerra pode ter conseqüências perversas, possivelmente estimulando líderes e insurgentes a resistir a negociações de cessar-fogo devido ao receio de serem processados¹³⁸. Eles defendem que tais processos criminais poderiam levar a violações exacerbadas de direitos humanos. Enquanto a maior parte do trabalho empírico na arena de DPI e de justiça de transição se refere a casos específicos, tornando difícil a generalização, alguns estudiosos optaram por se engajar em estudos mais amplos, transnacionais. Jack Snyder e Leslie Vinjamuri, dois acadêmicos do campo da segurança internacional, fazem o levantamento das reclamações dos autores de processos internacionais e, em um estudo de trinta e dois casos de guerra civil, revelam que processos informados por padrões universais frequentemente não auxiliam

225, 2010 (fazendo uso de uma abordagem realista).

134 LANGER, nota *supra* 34.

135 KONTOROVICH e ART, nota *supra* 34.

136 KARSTEDT, Susanne. "Coming to Terms with the Past in Germany after 1945 and 1989: Public Judgments on Procedures and Justice". *Law & Policy*, vol. 20, p. 15, 1998.

137 Ver, por exemplo, estudos sobre conflitos interestatais mais recentes, tais como STOVER, Eric; WEINSTEIN, Harvey. *My neighbor, my enemy: justice and community in the aftermath of mass atrocity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004 (constatando que "os julgamentos internacionais ou nacionais podem ter pouca relevância para a reconciliação em países pós-guerra", de modo que "se faz necessária a implantação de estratégias multi-sistêmicas a fim de que o reparo social possa ocorrer"); FLETCHER, Laurel; WEINSTEIN, Harvey. "Violence and social repair: rethinking the contribution of justice to reconciliation". *Human Rights Quarterly*, vol. 24, pp. 573-639, 2002 (estudo baseado em entrevistas de bósnios, argumentando que, para quaisquer sociedades reconstituírem-se de maneira pacífica, intervenções alternativas têm de ser implantadas em conjunto com julgamentos de crimes de guerra); MEERNIK, James. "Justice and Peace? How the International Criminal Tribunal Affects Societal Peace in Bosnia". *Journal of Peace Research*, vol. 42, pp. 271-289, 2005 (revelando que o TPII surtia apenas um efeito limitado na melhoria das relações entre os grupos étnicos bósnios); e MENDELOFF, David. "Trauma and Vengeance: Assessing the Psychological and Emotional Effects of Post-Conflict Justice". *Human Rights Quarterly*, vol. 31, pp. 592-623, 2009 (examinando a escassa evidência empírica no campo da justiça transnacional e revelando pouco suporte à proposição de que a verdade prejudica os indivíduos, ou que satisfaz a necessidade de justiça das vítimas).

138 GOLDSMITH, Jack; KRASNER, Stephen D. "The Limits of Idealism". *Daedalus*, vol. 132, pp. 47-63, 2003.

na redução das violações¹³⁹. Eles também descobrem que anistias legítimas estão geralmente associadas a melhores resultados. Do mesmo modo, Ku e Jide Nzelibe analisam dados a respeito do destino dos líderes golpistas africanos no período que compreende 1955-2003 e constatam que estes líderes não são suscetíveis de ser dissuadidos pela ameaça de processo ante a um tribunal penal internacional e que tais acusações poderiam exacerbar ainda mais as atrocidades, reduzindo os incentivos dos demandantes de se envolver em negociações de paz¹⁴⁰.

Numerosos outros estudos, no entanto – tanto estudos de casos específicos quanto gerais – sugerem que os julgamentos penais por abusos de direitos humanos têm tido efeitos positivos, que variam em função de seu tempo e utilização. Digno de nota neste contexto é que o DIP está muitas vezes ligado, direta ou indiretamente, ao uso de mecanismos de justiça de transição no interior dos estados, tais como julgamentos criminais, comissões da verdade e restringindo o acesso de indivíduos a empregos públicos. A literatura sobre DIP, conseqüentemente, coincide com a literatura mais ampla sobre justiça de transição, na seqüência de guerras civis. O melhor trabalho nessa área adota uma abordagem cuidadosa, cheia de nuances, em vez de rechaçar ou realizar juízos de valor. Sikkink e Carrie Walling salientam a importância de se examinar as condições em que os julgamentos criminais podem contribuir para o aperfeiçoamento dos direitos humanos¹⁴¹. Baseado numa pesquisa sobre as comissões da verdade e os julgamentos de direitos humanos em 192 países, os dois pesquisadores revelam que anistias e julgamentos por violações

139 SNYDER, Jack; VINJAMURI, Leslie. “Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice”. *International Security*, vol. 28, pp. 5-44, 2004.

140 KU, Julian G; NZELIBE, Jide. “Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities?” *Washington University Law Quarterly*, vol. 84, pp. 777-833, 2006.

141 SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie. “The Impact of Human Rights Trials in Latin America”. *Journal of Peace Research*, vol. 44, pp. 427-445, 2007; ver também KIM, Huhnjoon; SIKKINK, Kathryn. “Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Countries”. *International Studies Quarterly*, vol. 54, p. 939, 2010 (examinando cerca de cem Estados de transição, durante o período 1980-2004, e concluindo que “países com julgamentos em defesa dos direitos humanos após a transição têm melhores práticas de direitos humanos do que países que não levaram a cabo esses julgamentos”).

dos direitos humanos são frequentemente utilizados conjuntamente ao longo do tempo; por exemplo, se anistias anteriores restam erodidas, elas são por vezes substituídas por julgamentos. Por conseguinte, é errado analisar anistias e julgamentos como se fossem mutuamente excludentes.

O impacto do DIP pode depender, em parte, da percepção de sua legitimidade. Uma relevante literatura empírica questionou se os resultados dos ensaios do TPII foram tendenciosos. James Meernik e Kimi Rei não identificaram nenhuma evidência de que o Tribunal estivesse tratando sérvios mais severamente do que outros réus, aliviando parcialmente preocupações atinentes à “justiça dos vencedores”¹⁴². Meernik sabiamente considera que um painel composto por mais juízes de membros da OTAN está associado a taxas mais altas de absolvição e sentenças menos severas¹⁴³. A partir de uma perspectiva construtivista, tais exercícios aparentes de imparcialidade poderiam ajudar a legitimar um tribunal internacional, legitimando-o como ator na construção do emergente campo do DIP. No entanto, em relevante pesquisa acerca das alegações de vinganças supostamente cometidas pelo TPII, Hagan e Sanja Ironic conduziram pesquisas entre pessoas de várias etnias da ex-Iugoslávia, e encontram provas convincentes de influências locais quando do julgamento de criminosos de guerra. Eles acreditam, por exemplo, que

*“os sérvios de Belgrado são distintos em insistir que os criminosos de guerra sejam julgados em seus lugares de origem, enquanto os sérvios de Sarajevo e Vukovar concordam com outros grupos nesse ponto, de que criminosos de guerra devem ser julgados nos locais onde os crimes ocorreram”*¹⁴⁴.

Finalmente, é crucial identificar os canais pelos quais

142 MEERNIK, James; KING, Kimi. “The Sentencing Determinants of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: An Empirical and Doctrinal Analysis”. *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, pp. 717-750, 2003.

143 MEERNIK, James. “Victor’s Justice or the Law? Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. *Journal of Conflict Resolution*, vol. 47, pp. 140-162, 2003.

144 HAGAN, John; KUTNJAK IVKOVIĆ, Sanja. “War Crimes, Democracy, and the Rule of Law in Belgrade, the Former Yugoslavia, and Beyond”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 605, pp. 130-151, 2006.

o DIH afeta a condução da guerra. Um canal óbvio é a sua interiorização pelos militares. Ao examinar como advogados militares americanos internalizam os valores do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário, Laura Dick-Inson envolveu-se em vastas entrevistas de advogados militares e acena para a importância de cultura e estrutura organizacional.¹⁴⁵ Estudos paralelos de outras forças armadas iriam informar esforços efetivos no sentido de avançar em seu cumprimento. No geral, dadas as reivindicações conflitantes sobre o impacto do DIP e do DIH, mais trabalho empírico será necessário para avaliar as condições em que eles estão mais propensos a ter efeitos positivos. Do nosso entendimento das evidências empíricas, parece que o impacto varia em função de diferentes condições, tais como o nível e a natureza do conflito civil, o momento do julgamento em relação ao conflito, e se um Estado está no caminho para a democratização¹⁴⁶. Estudiosos também precisam avaliar empiricamente o impacto de fatores como o local onde acontecem os julgamentos

145 DICKINSON, Laura A. "Military Lawyers on the Battlefield: an Empirical Account of International Law Compliance". *American Journal of International Law*, vol. 104, pp. 1-28, 2010; DICKINSON, Laura A. Military Lawyers, "Private Contractors, and the Problem of International Law Compliance". *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, pp. 355-388, 2010. Em ambos os casos a autora constrói sua argumentação a partir de uma série de entrevistas com advogados militares americanos servindo no Iraque. Ver também DICKINSON, Laura A. *Outsourcing war and peace: preserving public values in a world of privatized foreign affairs*. Londres: Yale University Press, 2010. Para estudos quantitativos sobre o impacto da Lei de Guerra, ver THOMAS, Ward. *The ethics of destruction: norms and force in international relations*. Ithaca: Cornell University Press, 2001 (argumentando que as limitações auto-impostas por leis e costumes internacionais muitas vezes são cruciais para determinar como e quando a força é utilizada nas relações internacionais); MORROW, James D. "When Do States Follow the Laws of War?" *American Political Science Review*, vol. 101, pp. 559-572, 2007 (constatando que a ratificação dos tratados não afeta o comportamento de Estados não democráticos, ao passo que afeta os democráticos); e VALENTINO, Benjamin A.; HUTH, Paul; CROCO, Sarah. "Covenants without the Sword: International Law and the Protection of Civilians in Times of War". *World Politics: a Quarterly Journal of International Relations*, vol. 58, pp. 339-377, 2006 (revelando não haver nenhuma evidência de que os signatários das Convenções de Haia ou de Genebra, de 1907 e 1949, mataram menos civis do que aqueles não-signatários – ou ainda que algum dos signatários democráticos matou menos que outros).

146 Ver THOMAS, Oskar; RON, James; PARIS, Roland. *Does Transitional Justice Work? Perspectives from Empirical Social Science*, 2008 (manuscrito não publicado), fornecendo uma visão global dos debates empíricos (em arquivo com os autores).

e a identidade daqueles que os conduzem.

4.7 Direito do Comércio Internacional

O direito do comércio internacional, ao contrário do direito internacional dos direitos humanos, é baseado no mecanismo da reciprocidade; um Estado faz concessões comerciais a outros em troca de concessões de valores recíprocos¹⁴⁷. Além disso, envolve situações do "dilema do prisioneiro" uma vez que cada uma das partes do acordo tem incentivos para descumprir suas obrigações, enquanto os outros cumprirem, fazendo-os todos potencialmente piores se não forem respeitados. A teoria predominante entre os economistas é a de que os Estados aderem ao direito do comércio internacional a fim de resolver o dilema do prisioneiro¹⁴⁸ – em particular, provendo mecanismos de monitoramento e fiscalização. O direito do comércio internacional, além disso, ao contrário do DIP e do DIH, envolve questões típicas de baixa política que não são a segurança do Estado, as guerras civis e o uso de força – e isso aumenta as perspectivas de seu cumprimento se instituições eficazes forem criadas.

No entanto, o poder influencia na produção do direito do comércio internacional, tanto na criação dos termos da cooperação quanto no cumprimento des-

147 BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

148 Ver BAGWELL, Kyle; STAIGER, Robert. *The Economics of the World Trading System*. Cambridge: MIT Press, 2002; BRODA, Christain; LIMA, Nuno; WEINSTEIN, David. "Optimal Tariff and Market Power: The Evidence". *American Economic Review*, vol. 98, pp. 2032-2065, 2008 (utilizando novos dados e técnicas empíricas para fornecer evidência de suporte aos termos da teoria do comércio). Giovanni Maggi e Andrés Rodríguez fornecem uma teoria complementar dentro da economia, segundo a qual os governos estão motivados para assinar acordos comerciais pelo desejo de assumir compromissos críveis aos olhos dos lobbies industriais nacionais. MAGGI, Giovanni; RODRÍGUEZ-CLARE, Andrés. "A political-economy theory of trade agreements". *The American Economic Review*, vol. 97, pp. 1374-1406, 2007 (prevê "que a liberalização comercial é mais profunda quando o capital possui maior mobilidade entre setores, e quando os governos são motivados politicamente"); ver também MANSFIELD, Edward; REINHARDT, Eric. "International Institutions and the Volatility of International Trade". *International Organization*, vol. 62, pp. 621-652, 2008 (revelando que a adesão a instituições de comércio internacional reduz a volatilidade do comércio e, portanto, aumenta a previsibilidade e a estabilidade econômica tanto para os Estados quanto para os agentes econômicos).

ses termos. Estados que contam com maiores mercados internos podem ameaçar restringir o acesso aos seus mercados se outros estados não concordarem com as regras que preferir ou se descumprirem regras postas¹⁴⁹. Richard Steinberg abordou empiricamente este ponto em relação a questões de comércio e meio ambiente, mostrando como Estados exercendo seu poder de mercado fizeram valer suas posições em diferentes fóruns¹⁵⁰. Outros estudiosos, em paralelo, mas em diferentes sentidos, sustentam que o direito do comércio internacional ajuda a assegurar vantagens do capital transnacional, bem como de Estados poderosos, apontando para o “*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*”, como um exemplo¹⁵¹. Em outras palavras, pode-se observar uma inclinação estrutural da capacidade de Estados maiores e interesses dentro deles para moldar e implantar regras da OMC, alcançando seus interesses, direta e difusamente, por meio da utilização de recursos materiais, ideológicos e institucionais¹⁵².

O direito do comércio internacional tem sido estudado empiricamente de maneira ostensiva, o que reflete provavelmente o relativo sucesso do sistema de solução de controvérsias da OMC, à disponibilidade de dados de alta qualidade, e ao interesse de longa data de economistas em questões de comércio internacional¹⁵³. Muito desse trabalho empírico é lido e avaliado dentro da comunidade política comercial, afetando litígios estratégicos e propostas de reforma. Nesta breve abordagem, nós primeiro examinamos o trabalho empírico sobre a OMC, com ênfase no uso do

sistema de solução de controvérsias da organização e sobre os resultados judiciais do Painel e do Corpo de Apelação¹⁵⁴. Em seguida, examinamos o impacto desses mecanismos judiciais.

4.8 Como o direito do comércio internacional é produzido.

Uma considerável quantidade de trabalhos empíricos atuais versa sobre se a utilização do sistema de solução de controvérsias da OMC reflete vieses em favor de Estados maiores e mais ricos. Três hipóteses foram formuladas e testadas empiricamente – nomeadamente, que o sistema não é tendencioso, pois o uso reflete simplesmente o tamanho econômico, que o poder de mercado favorece em grande medida Estados ricos, por causa de sua capacidade de retaliar com vistas a impor decisões, e que as diferenças de capacidade jurídica explicam usos díspares. Esses estudos têm implicações normativas e políticas no que diz respeito tanto à equidade dentro do sistema de solução de controvérsias da OMC quanto às estratégias que os estados podem vir a desenvolver para torná-las mais efetivas.

Henrik Horn, Petros Mavroidis e Håkan Nordström promoveram esse campo de análise com seu artigo “O Uso do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é Tendencioso?”¹⁵⁵ Eles preveem quantas demandas baseadas no perfil comercial um membro faria e depois contrapõem essa previsão ao real número de demandas apresentadas. Eles revelam que o acionamento na OMC por Estados é um modo de rastrear, de maneira aproximada, sua participação no comércio global, embora notem alguns países atípicos, como é o caso do Japão. Quase dez anos depois, Joseph François, Horn e Niklas Kaunitz sabiamente comparam queixas reais na OMC iniciadas por estados contra o número previsto de seu modelo, que é baseado no tamanho de cada membro e em sua estrutura industrial¹⁵⁶. Eles usam novos dados

149 STEINBERG, nota *supra* 9.

150 *Id.*

151 Ver BRAITHWAITE e DRAHOS (pp. 79-80), nota *supra* 147; CHIMNI, B. “The World Trade Organization, Democracy and Development: A View From the South”. *Journal of World Trade*, vol. 40, p. 5, 2006 (a “criação da OMC, suas regras e organização, é o trabalho de poderosas forças sociais e dos Estados. Ela surgiu como uma instituição fundamental para manter a ordem capitalista global em benefício de uma classe capitalista emergente transnacional (CCT), cujos interesses são articulados por Estados poderosos”).

152 SHAFFER, Gregory. “Power, Governance, and the WTO: A Comparative Institutional Approach” in: BARNETT, Michael; DUVALL, Raymond. *Power in Global Governance*, 2005.

153 Henrik Horn e Petros Mavroidis fornecem uma avaliação de grande parte do trabalho quantitativo de Direito e Economia já realizado até hoje. HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros. *A survey of the literature on the WTO dispute settlement system*. Londres: Centre for Economic Policy Research, 2007.

154 Abordamos em outros lugares estudos sobre a negociação das regras da OMC. Ver GINSBURG e SHAFFER, nota *supra* 69.

155 MAVROIDIS, Petros; NORDSTRÖM, Håkan; HORN, Henrik. “Is the use of the WTO dispute settlement system biased?”. Centre for Economic Policy Research, Economic Research and Analysis Division, *Discussion Paper No 2340*, 1999.

156 FRANCOIS, Joseph; HORN, Henrik; KAUNITZ, Niklas. “Trading

estatísticos das disputas de uma base de dados do Banco Mundial e encerram uma avaliação da medidas de restrição de importação ao nível da indústria. Eles novamente encontram uma forte correlação positiva entre o número de queixas de um membro e o tamanho de seu comércio e PIB, sugerindo que o uso do sistema legal da OMC simplesmente reflete os padrões de comércio e, portanto, não é tendencioso.

Chad Bown usa uma estratégia diferente para verificar se o funcionamento do sistema apresenta vieses baseados em fatores orientados pelo poder¹⁵⁷. Ele estuda quais Estados foram os reais demandantes e terceiros nas disputas relacionadas a exportações afetadas na OMC, e conclui que, tendo controle sobre outros fatores, um estado é menos propício a propor demandas quando não tem capacidade de retaliar o demandado a partir da supressão de concessões comerciais, quando é pobre ou pequeno, quando tem um acordo comercial preferencial com o questionado, ou quando é especialmente dependente de assistência bilateral. De maneira análoga, Bruce Blonigen e Bown concluem que as discrepâncias do poder de mercado explicam os padrões de proteção *antidumping* (AD). Eles mostram que o Estado fica menos propenso a propor uma investigação AD contra um estado que possa retaliá-lo na mesma medida, e também que o Estado fica menos disposto a propor uma investigação em um caso AD doméstico quando o alvo provavelmente possa arquivar uma demanda na OMC contra ele nos termos do direito aplicado pela OMC¹⁵⁸.

Andrew Guzman e Beth Simmons examinam se o poder ou a capacidade legal influem de maneira mais relevante em demandas judiciais por meio de um projeto de pesquisa com foco na identidade do entrevistado alvo por um Estado em desenvolvimento¹⁵⁹.

profiles and developing country participation in the WTO dispute settlement system". *International Centre for Trade and Sustainable Development*, Issue Paper nº6. Estocolmo, 2008.

157 BOWN, Chad. "Participation in WTO dispute settlement: complainants, interested parties, and free riders". *The World Bank Economic Review*, vol. 19, pp. 287-310, 2005.

158 BLONIGEN, Bruce; BOWN, Chad. *Antidumping and retaliation threats*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2001.

159 SIMMONS, Beth; GUZMAN, Andrew. "To Settle or Empanel? An Empirical Analysis of Litigation and Settlement at the World Trade Organization". *Journal of Legal Studies*, vol. 31, p. 205, 2002.

Eles levantam a hipótese de que se o poder de mercado é mais relevante, então os países em desenvolvimento tendem a apresentar demandas contra os oponentes mais fracos, dado que há menor "medo de retaliação", e que se a capacidade jurídica é mais importante, então Estados em desenvolvimento vão utilizar os escassos recursos de que dispõem para atingir aqueles com maiores mercados, a fim de maximizar os retornos ao arquivar uma demanda. Eles concluem que apenas uma de suas *proxies* para poder ou capacidade legal (a média geral de "qualidade burocrática") produz um aumento estatisticamente significativo do coeficiente negativo, como previsto pela hipótese da pesquisa. Por outro lado, não encontram suporte para uma explicação baseada no poder de mercado.

Marc Busch, Eric Reinhardt e Shaffer examinam o impacto da capacidade jurídica em solução de controvérsias em direito do comércio internacional utilizando uma nova medida da capacidade jurídica derivada de sua pesquisa sobre os membros da OMC¹⁶⁰. Eles criam um índice legal de capacidade com base nas respostas dos Estados a cinco questões relativas, respectivamente, a suas equipes de profissionais, organizações burocráticas domésticas, organizações burocráticas em Genebra, experiência em lidar com assuntos gerais da OMC e envolvimento em litígios no âmbito da OMC. Os pesquisadores aplicam esse índice para avaliar a probabilidade de um Estado ser nomeado em uma petição AD nacional e, nesse caso, a probabilidade de que tal Estado desafie quaisquer obrigações resultantes da legislação antidumping na OMC. Eles concluem que os estados que possuem maior capacidade jurídica são tanto menos propensos a ser alvo de obrigações antidumping quanto mais propensos a desafiar tais obrigações no âmbito da OMC. Eles revelam que a capacidade jurídica afeta os padrões do início de controvérsias na OMC e a proteção AD subjacente entre os membros da OMC, ao menos tanto quanto o poder de mercado, se não mais.

160 BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric; SHAFFER, Gregory. "Does Legal Capacity Matter? A Survey of WTO Members". *World Trade Review*, p. 559, 2009; BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric; Shaffer, Gregory. "Does Legal Capacity Matter? Explaining Dispute Initiation and Antidumping Actions in the WTO". *International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 4*, 2007.

Estudos empíricos também empregaram métodos qualitativos para analisar o que está por detrás da propositura de reclamações na OMC, tais como o papel das empresas e dos advogados que eles contratam. Shaffer levou a cabo extenso trabalho de campo e realizou mais de uma centena de entrevistas na OMC e nas capitais nacionais para descobrir como os atores públicos e privados desenvolvem casos e usam a lei como forma de alavancagem no contexto das negociações¹⁶¹. Ele examina como o sistema legal da OMC desencadeou uma nova competição pela perícia do direito comercial, e traça o desenvolvimento de redes de parcerias comerciais público-privadas, escritórios de advocacia e funcionários do governo em demandas e ajudando a moldar Direito da OMC ao longo do tempo. Joseph Conti tem realizado um trabalho importante nesse sentido, com foco em como “bons casos” são construídos e o papel de aprender sobre os litígios na OMC¹⁶². Este trabalho conformou a base para as discussões em Genebra e diferentes regiões para avaliar as opções para a construção de capacidade jurídica, de modo a facilitar o acesso ao sistema jurisdicional da OMC.

No geral, esses estudos que invocam o sistema de resolução de conflitos na OMC concordam que o seu reflete a dimensão econômica dos Estados envolvidos. Estados grandes e ricos desenvolveram maior capacidade jurídica, o que lhes forneceu vantagens. A dimensão de seus mercados lhes conferem uma força a mais de alavancagem diante do processo de retaliação pelo não cumprimento das leis. O direito, em outras palavras, ainda que possa restringir o exercício bruto do poder material, pode também ser visto como um instrumento cujo uso reflete uma forma de poder. O uso do direito da OMC é condicionado pela

161 SHAFFER, nota *supra* 86; SHAFFER, Gregory. “The Challenges of WTO Law: Strategies for Developing Country Adaptation”. *World Trade Review*, vol. 5, p. 177, 2006. SHAFFER, Gregory; SANCHEZ RATTON, Michelle; ROSENBERG, Barbara. “The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil’s Success”. *Cornell International Law Journal*, vol. 41, p. 383, 2008.

162 CONTI, Joseph. *Between Law and Diplomacy: the social contexts of disputing at the World Trade Organization*. Stanford: Stanford University Press, 2011; CONTI, Joseph. “The Good Case: Decisions to Litigate at the World Trade Organization”. *Law and Social Review*, vol. 42, p. 145, 2008; CONTI, Joseph. “Learning to Dispute: Repeat Participation Expertise, and Reputation at the World Trade Organization”. *Law and Social Inquiry*, vol. 35, p. 625, 2010.

dimensão econômica e ao aproveitamento da capacidade jurídica, inclusive a partir do desenvolvimento de parcerias público-privadas.

Estudiosos também avaliaram empiricamente se os painéis e o Órgão de Apelação da OMC gozam de independência ao interpretar o significado do direito do comércio internacional. Alguns estudiosos defendem que os tomadores de decisões judiciais da OMC mostram tendências na livre negociação, o que não reflete as preferências dos Estados. Esses estudos focam no recorde de vitórias de demandantes nas disputas da OMC com uma taxa de sucesso de 90% para decisões do painel e do Órgão de Apelação combinados. John e Caroline Maton lançam mão de uma análise multivariada para mostrar que o sucesso dos demandantes não é explicado por fatores externos, como o poder econômico, a participação de terceiros, ou status do demandante de contendor experiente¹⁶³. Juscelino Colares cobre um conjunto mais amplo de casos e acrescenta outras variáveis de controle, tais como tipo de caso e assunto, identidade do partido e tipo de produto, mas usa uma abordagem bivariada¹⁶⁴. Ele demonstra que a seleção de efeitos, incentivos assimétricos, e “jogar pelas regras” (*playing for rules*) não podem explicar a constatação de que demandantes ganham tantas vezes. Em vez disso, ele afirma que as interpretações dos acordos da OMC favoreceram uma visão normativa de livre comércio, indicando o desenvolvimento de regras tendenciosas e fornecendo evidências de ativismo judicial.

Colares não examina, contudo, a possível explicação que os entrevistados estão sistematicamente contestando a baixa qualidade dos casos por razões políticas internas, mesmo que eles saibam que vão perder. Isto é, os entrevistados podem estar usando o sistema solução de controvérsias da OMC como cobertura política, tentando mostrar à indústria nacional afetada e aos seus apoiadores políticos que o

163 MATON, John; MATON, Carolyn. “Independence under Fire: Extra-Legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement”. *Journal of International Economic Law*, vol. 10, pp. 317-334, 2007.

164 COLARES, Juscelino. “A Theory of WTO Adjudication: from Empirical Analysis to Biased Rule Development”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, pp. 383-440, 2009.

governo está fazendo todo o possível para manter a medida restritiva ao comércio. A falta de restituição facilita essa resposta política, porque um membro pode efetivamente manter uma medida de comércio ilegal por quase três anos, durante o litígio, sem estar sujeito a nenhuma sanção legal retroativa. Pesquisas qualitativas complementares ajudariam a explicar os dados quantitativos.

4.9 Como e em que condições as questões de direito da OMC são importantes.

Duas questões se destacam em relação se e, em caso afirmativo, como o direito da OMC é relevante: a adesão afeta a liberalização do comércio e os Estados cumprem com os resultados da resolução de conflitos que afetam os padrões de comércio? Primeiro, os estudiosos têm examinado o impacto das instituições internacionais de comércio e de seu desenho institucional sobre padrões do comércio e compromissos comerciais. Dados de Andrew Rose sugerem, controversamente, que a adesão ao GATT/OMC não afeta os fluxos de comércio bilateral – um desafio frontal à teoria neoliberal¹⁶⁵. Suas conclusões foram desafiadas por Michael Tomz, Goldstein, e Douglas Rivers, que concluem que o GATT/OMC tem um impacto comercial positivo se incluirmos seus efeitos nas colônias, novos estados independentes e candidatos provisórios a membros *de facto* – que contestam as conclusões de Rose¹⁶⁶. Arvind Subramanian e Shang-Jin Wei também encontram efeitos comerciais positivos para os membros industrializados, embora não para os outros, o que sugere que o impacto do direito comercial depende do perfil de comércio de um Estado¹⁶⁷.

165 ROSE, Andrew. “Do we really know that the WTO increases trade?” *The American Economic Review*, vol. 94, pp. 98-114, 2004.

166 TOMZ, Michael; GOLDSTEIN, Judith; RIVERS, Douglas. “Do we really know that the WTO increases trade?” Comment. *The American Economic Review*, vol. 97, pp. 2005-2018, 2007.

167 SUBRAMANIAN, Arvind; WEI, Shang-Jin. “The WTO promotes trade, strongly but unevenly”. *Journal of International Economics*, vol. 72, pp. 151-175, 2007. Ver KUCIK, Jeffrey; REINHARDT, Eric. “Does Flexibility Promote Cooperation? An Application to the Global Trade Regime”. *International Organization*, vol. 62, pp. 477-505, 2008 (constatando que os Estados capazes de aproveitar a flexibilidade das provisões da OMC (isto é, leis antidumping) tendem a concordar com compromissos tarifários mais estritos e a implantar impostos mais baixos).

Em segundo lugar, vários estudos avaliam a eficácia relativa do sistema de solução de controvérsias da OMC / GATT em garantir o cumprimento das obrigações, facilitando, assim, os fluxos de comércio. A abrangente análise de Robert Hudec da resolução de controvérsias do GATT mostra que o sistema resolveu com êxito cerca de 90% das demandas legalmente válidas¹⁶⁸. Busch e Reinhardt mostram taxas igualmente elevadas de sucesso de resolução de disputas no âmbito da OMC mais judicializada¹⁶⁹. É importante ressaltar que as concessões feitas na esteira das decisões da OMC aparentam ter relevância econômica, como mostrado por Bown¹⁷⁰. Três anos após a data da adoção de uma decisão judicial da OMC em favor do demandante, e controlando outros fatores, o influxo de importações de bens do demandante afetado havia aumentado substancialmente no Estado demandado. Em outras palavras, a parte vencida não substituiu simplesmente uma forma de proteção por outra; em vez disso, a alegação de sucesso teve efeitos tangíveis. Em suma, as regras da OMC e seu sistema de judicialização construíram uma alavanca eficaz para que os Estados reduzissem barreiras comerciais e melhorassem os fluxos de comércio. Sua capacidade de fazê-lo, no entanto, está condicionada ao seu tamanho econômico, perfil comercial e capacidade jurídica.

4.10 Direito Internacional do Investimento

O contexto do direito internacional de investimentos é ao mesmo tempo semelhante e diferente do direito do comércio internacional. Ambos envolvem a gestão das externalidades de regulações domésticas que afetam as empresas estrangeiras. No entanto, o contexto de investimento, que tipicamente envolve ricos (Estados de origem industrial e Estados em desenvolvimento que as abrigam), é muito mais assimétrico e, assim, impõe distintas questões de distribuição. Porém, essa situação está mudando, em certa medida, com a ascensão de Estados recém-industrializados,

168 HUDEC, Robert. *Enforcing International Trade Law: the evolution of the modern GATT legal system*. Salem: Butterworth Legal Publishers, 1993.

169 BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric. “Bargaining in the Shadow of The Law: Early Settlement in GATT/WTO Disputes”. *Fordham International Law Journal*, vol. 24, pp. 158-172, 2000.

170 BOWN, nota *supra* 16.

afetando potencialmente o conteúdo e a operação da lei de investimentos¹⁷¹.

A demanda por leis internacionais de investimento é uma resposta a uma característica central da estrutura institucional doméstica: a suposição de que os tribunais locais não vão obstar efetivamente a tomada de investimentos de propriedade de estrangeiros pelos governos. Os economistas descrevem o investimento estrangeiro como um *problema dinâmico de inconsistência*: o Estado de acolhimento deve realizar um compromisso de credibilidade para que o estrangeiro investidor não renegue o acordo depois que o investimento foi feito. A resolução internacional de disputas ajuda a resolver este. As questões normativas fundamentais debatidas dizem respeito a se o direito dos investimentos internacional é tendencioso na sua formação e aplicação em favor de exportadores de capitais, e se ele realmente estimula o aumento do investimento que beneficia os países anfitriões.

4.11 Como o direito dos investimentos é produzido.

Enquanto o direito do comércio foi efetivamente multilateralizado, o direito dos investimentos permanece sujeito a um complexo conjunto de tratados bilaterais de investimento (TBI). As primeiras gerações de trabalho descreveram a evolução do regime, mas foi Andrew Guzman que lançou um programa de pesquisa moderno, indagando *por que* observamos um modo bilateral de acordo nesta área do direito¹⁷². Guzman explicou que os países em desenvolvimento estão presos em uma espécie de problema de ação coletiva. Enquanto para eles seria coletivamente melhor negociar um tratado multilateral, cada estado tem um incentivo para deixar do grupo, de modo a capturar uma fatia maior do *pool* global de investimento. Esta situação estimula, com efeito, uma corrida para liberalizar o direito de investimento estrangeiro. Estados economicamente pobres celebram

171 Ver ÁLVAREZ, Jose. "The Return of the State". *Minnesota Journal of International Law: a Journal Dedicated to the Study of International Law and Policy*, vol. 20, pp. 223-264, 2011 (discutindo as mudanças nos modelos de TBIs).

172 GUZMAN, Andrew. "Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties". *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, pp. 639-688, 1998.

acordos bilaterais que reduzem suas opções para regular o investimento. Estes acordos diferem de todos aqueles que seriam negociados multilateralmente.

O número de TBI celebrados entre Estados ricos e pobres cresceu drasticamente nos anos 1990. Zachary Elkins, Simmons, e Guzman examinam a propagação de TBI para testar, e, finalmente, apoiar a hipótese de Guzman de que os Estados em desenvolvimento competem uns contra os outros para celebrarem TBI com exportadores de capital¹⁷³. Eles também encontraram interessantes evidências para explicações baseadas em difusão; por exemplo, semelhanças culturais e de segurança explicam quais pares de estados são mais propensos a concluir TBI. Estes acordos representam, portanto, uma resposta ao caráter diferenciado do investimento, em oposição ao comércio, e ilustram algumas das condições sob as quais o multilateralismo perde para o bilateralismo – o que é importante para a teoria condicional do DIN.

Da mesma forma, os estudiosos têm debatido se a utilização de arbitragem em investimentos expõe tendências estruturais. Susan Franck está conduzindo um estudo empírico de campo a partir de uma análise quantitativa¹⁷⁴. Embora esta área ainda seja atormentada por pesquisas *small-N* e seleção de problemas (uma vez que nem todas as recompensas são publicadas ou divulgadas), ela acredita que a nacionalidade do presidente da arbitragem não influi nos seus resultados, indicando uma ausência de inclinação contra estados em desenvolvimento¹⁷⁵. Pode-se questionar, no entanto, se a nacionalidade do árbitro é sinal de inclinações no contexto

173 ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. "Competing for capital: the diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000". *International Organization*, vol. 604, pp. 811-846, 2006.

174 FRANCK, Susan. "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration". *Harvard International Law Journal*, vol. 50, pp. 435-489, 2009; FRANCK, Susan. "Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution". *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, pp. 767-815, 2008; FRANCK, Susan. "Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration". *The North Carolina Law Review*, vol. 86, pp. 1-87, 2007.

175 FRANCK, Susan. "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration, nota *supra* 174; ver também KAPELIUK, Daphna. "The Repeat Appointment Factor: Exploring decision patterns of elite investment arbitrators". *Cornell Law Review*, vol. 96, pp. 47-90, 2010 (constatando que árbitros recorrentes "não demonstram inclinações específicas ou uma tendência à corrupção").

do direito dos investimentos, porquanto ideologia e competição profissional podem afetar a seleção dos poucos árbitros do Estado em desenvolvimento em questão¹⁷⁶. A extensa pesquisa de campo e as entrevistas com árbitros realizadas por Dezalay e Garth mostraram a intensa concorrência entre os locais potenciais de arbitragem e entre árbitros americanos e europeus – ambos os quais ajudaram a moldar o desenvolvimento da lei de arbitragem e a assegurar sua legitimidade¹⁷⁷. Esta legitimidade é cada vez mais contestada, todavia, por exemplo, em relação a uma série de desafios para sentenças arbitrais contra a Argentina, enquanto estava imersa em uma crise financeira¹⁷⁸. Novos estudos devem avaliar como o sistema se adapta para responder criativamente a tais situações.

4.12 Como e em que condições o direito internacional dos investimentos é importante.

A questão-chave normativa atinente ao impacto dos TBI está relacionada a se eles realmente estimulam maior fluxo de investimentos entre os Estados contratantes e, em caso afirmativo, em que magnitude isso ocorre. O estudo empírico vem fornecendo novos dados importantes para esta análise. Jason Yackee não encontra relação positiva entre a força de proteção aos investidores em TBI e os fluxos de investimento¹⁷⁹. Ele fornece a explicação jurídico-social

176 Ver também VAN HARTEN, Gus, "Reply". *Y.B. INT'L INVESTMENT L & POL.*, 2010-2011 (respondendo a Susan Franck, Calvin Garbin & Jenna Perkins, *Response: Through the Looking Glass: Understanding Social Science Norms for Analyzing International Investment Law*, no mesmo volume).

177 DEZALAY e GARTH, nota *supra* 71.

178 BURKE-WHITE, William. "The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System" in: WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha; CHUNG, Kyo-Hwa; BALCHIN, Claire. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, p. 407, 2010 (argumentando que as decisões recentes entre Estados Unidos e Argentina envolvendo o TBI ameaçam a legitimidade do sistema de arbitragem investidor-Estado); BURKE-WHITE, William; VON STADEN, Andreas. "Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations". *Yale Journal of International Law*, vol. 35, pp. 283-346, 2010 ("a legitimidade da arbitragem investidor-Estado está em cheque nos últimos anos, aos olhos de alguns Estados").

179 YACKEE, Jason. "Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?" *Law & Society Review*, vol. 42, pp. 805-

de que os investidores muitas vezes ignoram a lei ou que, por causa de preocupações com reputação, eles utilizam meios informais para resolver disputas¹⁸⁰.

Uma teoria concorrente é a de que os TBI asseguram "compromissos credíveis", quando investidores estrangeiros têm motivos para crer que o sistema jurídico nacional de um Estado é insuficiente e, portanto, não é confiável para manter um negócio contratual¹⁸¹. Para testar a hipótese sobre comprometimento digno de confiança, uma série de estudos quantitativos verificam se os TBI e os fluxos de investimento estão relacionados; os resultados são variados¹⁸². Cada um desses estudos utiliza diferentes variáveis de controle, tais como riqueza, qualidade institucional e concentração de recursos naturais, e suas especificações econométricas também mudam. Embora a

831, 2008.

180 *Id.*

181 Ver GINSBURG, Tom. "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance". *International Review of Law and Economics*, vol. 25, pp. 107-123, 2005 (identificando pouca melhoria na qualidade institucional após a celebração do TBI, o que sugere que os dispositivos de comprometimento internacionais podem substituir, em vez de complementar, as instituições nacionais); TOBIN, Jennifer; ROSE-ACKERMAN, Susan. "Do BITs Benefit Developing Countries?" in: ALFORD, Roger; ROGERS, Catherine. *The Future of Investment Arbitration*, 2009 (constatando que os TBI servem de complemento).

182 Ver TOBIN e ROSE-ACKERMAN, nota *supra* 181; ver BANGA, Rashmi. "Impact of Government Policies and Investment Agreements on FDI in flows". *Indian Council for Research on International Economic*, Working Paper No. 116, 2003 (efeitos positivos); BUSSE, Matthias; KÖNIGER, Jens; NUNNENKAMP, Peter. "FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit?". Kiel, *Kiel Institute for the World Economy*, Working Paper n° 1403, 2008 (efeitos positivos); BÜTHE, Tim; MILNER, Helen. "The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements?". *American Journal of Political Science*, vol. 52, pp. 741-762, 2008 (efeitos positivos); GALLAGHER, Kevin; BIRCH, Melissa. "Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America". *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, pp. 961-974, 2006 (nenhum aumento do investimento dos EUA); HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. "Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment?" *World Bank Policy Research*, Working Paper n° 3121, 2003 (nenhum efeito); NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura. "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" *World Development*, vol. 33, pp. 1567-1585, 2005 (efeitos positivos); SALACUSE, Jeswald; SULLIVAN, Nicholas. "Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain". *Harvard International Law Journal*, vol. 46, pp. 67-130, 2005 (efeitos positivos); TOBIN & ROSE-ACKERMAN, nota *supra* 181; YACKEE, nota *supra* 179 (nenhum efeito dos grandes TBI). Cada um desses estudos lança mão de uma abordagem ligeiramente diferente.

concorrência na academia muitas vezes dependa de estudiosos demarcando e defendendo uma posição, seria produtivo, nos debates sobre TBIs, que eles trabalhassem juntos, a fim de resolver e conciliar seus resultados.

Tim Biithe e Helen Milner tomam um rumo peculiar para avaliar o papel do direito internacional sobre os fluxos de investimento. Eles aplicam a teoria dos compromissos confiáveis e concluem que a aderência a acordos multilaterais e a acordos preferenciais de comércio resulta em um aumento dos investimentos para os Estados-parte¹⁸³. Eles alegam que tal associação fornece informações que ajudam a garantir estabilidade política interna aos investidores. Aplicando argumento semelhante em uma pesquisa abrangente do trabalho empírico existente sobre TBI, esses autores revelam que TBI ajudam a sinalizar compromisso para com o conjunto de políticas liberais e melhorar, assim, todo o fluxo de investimento nos Estados que o recebem, independentemente da fonte, e não apenas em relação aos fluxos entre as partes de TBI.¹⁸⁴

Em resumo, a literatura sobre TBI aborda o conceito teórico de nível médio de comprometimento e demonstra a sensibilidade do trabalho empírico em relação a diferentes especificações. As discrepâncias entre os estudos existentes pode ser explicada pelo uso de diferentes medidas de fluxo de investimentos, bem como de diferentes técnicas estimativas. Estudos que focam apenas em fluxos de investimento bilateral entre as partes de um TBI revelam que TBI têm pouco impacto, enquanto estudos que focam em fluxos de investimento entre partes de TBI em geral demonstram que eles têm efeitos positivos. Os autores destes últimos fornecem evidências de que tornar-se parte de um BIT acarreta sinais para investidores estrangeiros sobre os compromissos de um estado para a proteção dos investidores. Enquanto a evidência de resultante de uma análise qualitativa comparada pode estar conduzindo na direção do consenso, a

183 MILNER, nota *supra* 182.

184 BUTHE, Tim; MILNER, Helen. "Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis" in: SAUVANT, Karl; SACHS, Lisa. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, 2009.

história acena para estudos qualitativos sobre decisões acerca de investimentos estrangeiros a fim de melhor entender as condições em que os tomadores de decisão respondem a mudanças normativas.

4.13 Direito Ambiental Internacional

O direito ambiental internacional é um campo crescente de estudo que enfrenta seus próprios desafios, especialmente em relação às externalidades ambientais transfronteiriças e à regulação de bens comuns globais. Esses desafios geralmente envolvem consideráveis complexidades científicas e técnicas em relação ao diagnóstico de um problema, suas causas e as implicações das alternativas de regulamentação. O direito ambiental internacional também comporta implicações distributivas diferenciadas para Estados e agentes privados, tornando a política legislativa especialmente proeminente. Por exemplo, enquanto muitos Estados perdem com a mudança climática, outros, sem dúvida, ganham, e em qualquer caso o custo de mitigação das mudanças climáticas varia em função da dependência relativa de combustíveis fósseis das economias nacionais. Começando pelo *Caso Trail Smelter*¹⁸⁵ que é produto de poluição ambiental transfronteiriça em um quadro bilateral semelhante à lei do distúrbio doméstico, preocupações ambientais adentraram muitas áreas do direito internacional, incluindo o direito comercial, o direito do mar e até mesmo a lei da guerra. Os atributos específicos do direito internacional ambiental chamam atenção, uma vez mais, para a teorização contextual e intermediária. Entre as mais interessante questões para estudo empírico está o papel dos atores não estatais e da *soft law* na produção de do direito ambiental internacional e em seu impacto.

4.14 Como o direito ambiental internacional é produzido

Estudos que tratam o direito ambiental como campo distinto cresceram significativamente nas duas últimas décadas. Estudiosos têm compilado e comparado numerosos estudos de caso qualitativos usando

185 *Trail Smelter (U.S. v. Can.)*, 3 R.I.A.A. 1905 (1941). Para um excelente panorama do direito ambiental internacional, ver BODANSKY, nota *supra* 38.

o método do processo de rastreio para determinar como o direito ambiental internacional é criado em áreas específicas¹⁸⁶. Em conjunto, esses estudos revelam que os regimes ambientais frequentemente começam como decepções, mas que eles podem criar, nas palavras de João Braithwaite e Peter Drahos, um “ambiente contratual” em que haja uma preocupação maciça que pode, posteriormente, ser canalizada em consequência de eventos importantes¹⁸⁷. Por meio desses regimes, *soft e hard law* são muitas vezes desenvolvidos em etapas, com a capacidade nacional construída para atender às preocupações ambientais específicas que estão em jogo.

Atores não governamentais frequentemente desempenham papéis importantes na elaboração de leis internacionais ambientais, inclusive chamando atenção para a preocupação global com o meio ambiente e definindo as questões a serem discutidas¹⁸⁸. Atores privados, sejam eles ativistas de ONGs, empresas, ou comunidades baseadas na origem do conhecimento, como cientistas e membros de determinadas profissões, trabalham tanto com os Estados quanto independentemente deles para moldar as percepções

186 Ver HAAS, Peter; KEOHANE, Robert; LEVY, Marc. *Institutions for the Earth: sources of effective international environmental protection*. Cambridge: MIT Press, 1993 (estudos de caso de sete problemas ambientais internacionais); YOUNG, Oran; OSHERENKO, Gail. *Polar politics: creating international environmental regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1993 (elabora a partir de cinco estudos de caso a formação de regimes ambientais para o Ártico, testando hipóteses sobre a formação de regimes); VICTOR, David; RAUSTIALA, Kal; SKOLNIKOFF, Eugene. *The implementation and effectiveness of international environmental commitments theory and practice*. Laxenburg: MIT Press, 1998 (quatorze estudos de caso cobrindo oito áreas); MILES, Edward. *Environmental regime effectiveness confronting theory with evidence*. Cambridge: MIT Press, 2002 (analisando a eficácia de quatorze regimes em função do caráter do problema e da capacidade para enfrentá-lo; combinando análise qualitativa e quantitativa; e traçando as etapas incrementais de formação, implementação e impacto dos regimes); MITCHELL, Ronald. *Intentional Oil Pollution at Sea Environmental Policy and Treaty Compliance*. Cambridge: MIT Press, 1994; MCGONIGLE, R.; ZACHER, Mark. *Pollution, Politics, and International Law: tankers at sea*. Berkeley: University of California Press, 1979.

187 BRAITHWAITE e DRAHOS (pp. 618-20), nota *supra* 147; ver também MITCHELL, Ronald B. “International Environmental Agreements: A Survey of Their Features, Formation, and Effects”. *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 28, p. 429, 2003.

188 Ver WAPNER, Paul. *Environmental activism and world civic politics*. Albany: State University of New York Press, 1996; KECK e SIKKINK, nota *supra* 104.

acerca dos problemas ambientais internacionais e de suas soluções. As doutrinadoras de sociologia do direito Penelope Canan e Nancy Reichman, por exemplo, fazem uso extensivo da observação participante e de entrevistas para avaliar o papel das comunidades epistêmicas, como cientistas, no desenvolvimento e implementação do Protocolo de Montreal, de 1987, sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio¹⁸⁹. Esse trabalho lançou as bases para o estudo do caso crucial da mudança climática, um problema mundial paradigmático para o qual os problemas de formação de regimes são especialmente agudos. Como é sabido, no entanto, tem havido tentativas para deslegitimar os cientistas, uma vez que são potencialmente capazes de angariar influência significativa.

As ONGs também têm sido fundamentais na criação de regimes híbridos orientados para o consumidor privado e para superar as limitações das alternativas construídas pelo Estado, estimulando novas pesquisas sobre a forma como esses regimes foram construídos¹⁹⁰. Ben Cashore e Errol Meidinger, por exemplo, demonstram como redes transnacionais da sociedade civil criaram novas normas transnacionais de manejo florestal, bem como instituições para aplicá-las¹⁹¹. Eles avaliam o papel dessas redes na definição e implementação de normas de *soft law*, inclusive por meio de regimes de rotulagem que revelam se a madeira serrada foi colhida de forma ambientalmente sustentável. Esses programas da sociedade civil frequentemente estimulam a competição por programas baseados em negócios, gerando, por sua vez, processos dinâmicos de definição do padrão competitivo¹⁹².

189 16 de setembro de 1987, S. TreatyDoc. No. 100-10 (1987), 1522 UNTS 3; ver CANAN, Penelope; REICHMAN, Nancy. *Ozone Connections Expert Networks in Global Environmental Governance*. Sheffield: Greenleaf Pub, 2002; ver também MITCHELL, Ronald. *Global environmental assessments information and influence*. Cambridge: MIT Press, 2006; HAAS, Peter. “Banning chlorofluorocarbons: epistemic community efforts to protect stratospheric ozone”. *International Organization*, vol. 46, p. 187, 1992.

190 Ver WAPNER, nota *supra* 188.

191 Ver ABBOTT e SNIDAL, nota *supra* 59; MEIDINGER, Errol. “The Administrative Law of Global Private-Public Regulation: the Case of Forestry”. *European Journal of International Law*, vol. 17, pp. 47-87, 2006; CASHORE et al., nota *supra* 59.

192 Grupos da sociedade civil, por outro lado, também divergem sobre questões ambientais: ONGs do Norte e do Sul muitas vezes

Há movimentos concernentes à construção de bases de dados para viabilizar uma análise quantitativa nessa área, como é evidenciado pela criação do Regime Internacional de Banco de Dados (RIBD), o que facilita a comparação entre regimes ambientais internacionais¹⁹³. Por exemplo, Denise Degarmo testou uma série de variáveis para prever a probabilidade de que um Estado se torne parte de um acordo ambiental multilateral; ela concluiu que governos mais abertos são mais propensos a se tornarem partes¹⁹⁴, consoante com o trabalho que citamos anteriormente em outros domínios, com destaque para as possíveis amplas implicações de estudos de contextos específicos.

4.15 Como e em que condições o direito ambiental internacional é importante.

O trabalho sobre o impacto da legislação ambiental internacional enfrenta os desafios levantados por Downs e seus colegas sobre direito internacional geral, isto é, se o direito internacional obriga os Estados a fazer mais do que o previamente planejado. O impacto do direito internacional ambiental pode ser avaliado em termos de mudanças formais na legislação nacional, mudanças no comportamento dos atores, e mudanças na qualidade do meio ambiente¹⁹⁵. Defensores do meio ambiente são claramente mais preocupados com o impacto final da legislação ambiental internacional e os mecanismos que podem ser adaptados para fortalecer esse impacto. Estudos

discordam sobre as abordagens adequadas para resolver os problemas ambientais em nível internacional, especialmente com relação à legitimidade de medidas comerciais unilaterais impostas pelos grandes Estados – ponto que muitas vezes é negligenciado por juristas orientados normativamente. Ver MAYER, Judith. “Environmental Organizing in Indonesia: The Search for a Newer Order” in LIPSHUTZ, Ronald e MAYER, Judith. *Global Civil Society and Global Environmental Governance*, p. 169, 1996; SHAFFER, Gregory. “The World Trade Organization under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO’s Treatment of Trade and Environment Matters”. *Harvard Environmental Law Review*, vol. 25, pp. 68-74, 2001 (elaborado a partir de entrevistas e análise sistemática de reuniões do Comitê da OMC).

193 BREITMEIER, Helmut; YOUNG, Oran; ZÜRN, Michael. *Analyzing international environmental regimes from case study to database*. Cambridge: MIT Press, 2006; ver também International Environmental Agreements Database, <http://iea.uoregon.edu>. Último acesso em 13 de janeiro de 2015.

194 DEGARMO, nota *supra* 56.

195 MITCHELL, Ronald. *International Politics and the Environment*. London: Sage Publications, 2009.

empíricos têm abordado tanto o cumprimento quanto a efetividade dos acordos internacionais sobre direito ambiental¹⁹⁶.

O impacto do direito ambiental internacional acontece tipicamente em contextos específicos. É preciso ter em conta as características da atividade, do acordo, fatores ambientais domésticos e internacionais, como mostrado por Edith Brown Weiss e Harold Jacobson em seu estudo sobre o cumprimento de oito Estados e da União Europeia de cinco acordos ambientais internacionais¹⁹⁷. Uma questão-chave é a forma de aumentar o impacto do direito internacional ao longo do tempo. Consoante o trabalho de Chayes e Chayes¹⁹⁸, muitos estudiosos do direito ambiental têm defendido uma “abordagem gerencial” na qual os acordos maximizam a inclusão mas minimizam compromissos iniciais e negligenciam a execução; devido à interação em curso entre Estados, suas posições transformam-se gradualmente, levando a uma cooperação mais profunda. Mecanismos de *soft law* são muitas vezes defendidos nessas circunstâncias. De uma série de quatorze estudos de caso envolvendo oito áreas temáticas, David Victor, Kal Raustiala e Eugene Skolnikoff concluíram que, embora o cumprimento de acordos juridicamente vinculantes seja alto, os Estados geralmente concordam apenas em prever compromissos modestos, os quais eles podem facilmente cumprir. Em contraste, os pesquisadores identificam que os acordos não vinculantes podem ser mais ambiciosos nas mudanças desejadas, podendo gozar de maior influência na mudança de comportamento dos Estados¹⁹⁹. Esta última conclusão foi sustentada por alguns estudiosos que combinaram métodos qualitativos e quanti-

196 WEISS, Edith e JACOBSON, Harold (eds.). *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Agreements* (1998); MILES et al., nota *supra* 186; YOUNG, Oran. *Compliance and public authority: a theory with international applications*. Baltimore, Published for Resources for the Future by the Johns Hopkins University Press, 1979; YOUNG, Oran. *The effectiveness of international environmental regimes causal connections and behavioral mechanisms*. Cambridge: MIT Press, 1999; BERNAUER, T. (1995). “The effect of international environmental institutions: how we might learn more”. *International Organization*, vol. 49, p. 351, 1995.

197 *Engaging Countries*, nota *supra* 196.

198 CHAYES e CHAYES, nota *supra* 7.

199 The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments, nota *supra* 186.

tativos para documentar como uma série de regimes considerados eficazes têm dado passos progressivos e incrementais, pavimentando caminhos para uma maior cooperação entre os Estados²⁰⁰. Mas essa conclusão também foi contestada – por exemplo, por Downs, Kyle Danish, e Barsoom, com base em sua revisão das respostas do Estado aos acordos de montagem do “modelo transformacional” em relação aos outros²⁰¹. Novos trabalhos empíricos são necessários para avaliar as condições em que uma abordagem incremental e transformadora tem mais chances de ser eficaz.

Finalmente, estudiosos do direito ambiental têm assistido a mecanismos que aproveitam os incentivos do setor privado e acarretam melhoras ambientais. A liderança de Ronald Mitchell no estudo da poluição marítima por hidrocarbonetos se destaca neste aspecto²⁰². Ele conclui que as obrigações assumidas por Estados para processar os infratores foram relativamente falhas na contenção de despejo de petróleo, mas que uma provisão especial em relação à instalação de equipamentos especificados em petroleiros teve grande impacto. Isso porque ela expandiu a meta de aplicação para incluir não apenas Estados, mas também sociedades de classificação de seguros e construtores navais. Seguradoras atendem apenas navios que são classificados como satisfatórios e que preenchem determinados requisitos, como a segregação dos tanques de lastro, medida importante para a redução da poluição por hidrocarbonetos²⁰³. O uso de um sistema de cumprimento de base ampla, além disso, teve como consequência o aumento da transparência e a redução de custos de implementação, dissuadindo violações. Da mesma maneira, Aseem Prakash e Mathew Potoski provam a importância de se apoiar no setor privado em seu estudo sobre a relação entre comércio e padrões de negócios internacionais voluntários sobre sistemas de gestão

ambiental (ISO 14001)²⁰⁴. Concluem que relações comerciais encorajam as empresas a adotar os padrões dentro do Estado se tais padrões forem adotados pela maior parte dos mercados exportadores do Estado. Em suma, estudos empíricos de curta duração sobre direito ambiental internacional salientam a importância da desagregação do Estado na análise de como o direito internacional torna-se eficaz – neste caso por meio do aproveitamento do setor privado.

5 Construindo a Teoria Condicional do Direito Internacional

O trabalho empírico não é ateuórico. Pelo contrário, de acordo com as análises emergentes que temos salientado, o método empírico é fundamental para construir o que nós denominamos *teoria condicional do DIN* – isto é, a teoria de nível médio que é sensível aos diferentes contextos em que o direito internacional opera e que aborda as condições em que o direito internacional é produzido e gera efeitos.

Do ponto de vista da teoria condicional do direito internacional (DIN), temos enfatizado os diferentes tipos de situações que o Direito Internacional envolve, tais como problemas de ação coletiva, externalidades, desafios de cooperação e coordenação com implicações distributivas e normas expressivas atinentes à conduta correta dentro de uma comunidade mais ampla (ver Tabela 1). O que tem sido chamado de fragmentação do direito internacional reflete diferentes desafios e os contextos político e social em que estados e atores não estatais operam. Como resultado destes diversos fatores, algumas áreas do direito internacional são caracterizadas por uma rede de tratados bilaterais (como em direitos dos investimentos e tributário), e outros caracterizados por uma abordagem multilateral ou uma mistura de abordagens multilateral e bilateral (como em direitos humanos e direito do comércio internacional). Em algumas

200 Ver MILES et al., nota *supra* 186.

201 DOWNS, George; DANISH, Kyle; BARSOOM, Peter. “The Transformational Model of International Regime Design: Triumph of Hope or Experience?”. *The Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 38, pp. 465-514, 2000.

202 MITCHELL, Ronald, “Regime Design Matters: Intentional Oil Pollution and Treaty Compliance”. *International Organization*, vol. 48, p. 425, 1994.

203 Ver discussão em BRAITHWAITE e DRAHOS (p. 618), nota *supra* 147.

204 PRAKASH, Aseem; POTOSKI, Matthew. “Racing to the Bottom? Trade, Environmental Governance, and ISO 14001”. *American Journal of Political Science*, vol. 50, pp. 350-364, 2006 (esboçando o estudo de um grupo de 108 Estados ao longo de sete anos). Para um interessante trabalho empírico sobre autorregulamentação industrial, ver LENOX, Michael. “The Prospects for Industry Self-Regulation of Environmental Externalities” in: WOODS, N. *Making Global Regulation Effective: What Role for Self-Regulation?*, 2008.

áreas, o *soft law* é visto como desejável e eficaz para facilitar padrões de cooperação (como no direito ambiental); em outros, a *hard law* e a resolução de conflitos por terceiros são vistos como centrais para induzir o cumprimento (como em direito comercial). O impacto do direito internacional também varia em função de diferentes condições presentes e das instituições que definem essas diferentes áreas temáticas. Por exemplo, o contraste ao comparar a alta política do direito humanitário, que pode envolver a própria sobrevivência do Estado, bem como disputas de elites pelo poder, com o campo do direito do comércio internacional, que não contém aqueles elementos. À luz dessa diversidade, a grande teoria não é útil. Sem atenção ao contexto, a teorização será de pouco uso prático.

Revisamos os principais resultados empíricos na literatura recente através de cinco importantes áreas de direito internacional. Essas áreas, é claro, estão longe de ser exaustivas, mas elas representam uma série de problemas importantes em que o direito internacional tem se desenvolvido e pode ser útil. A tabela 1 resume nossa opinião acerca de cada uma das cinco áreas abordadas na Parte III. Identificamos o problema estrutural central das áreas, observamos as principais questões que motivaram estudo empírico atual e listamos algumas conclusões condicionais em relação aos parâmetros que determinam se o direito internacional é produzido e se é eficaz.

A teoria condicional do direito internacional (IL) incide sobre os diferentes mecanismos por meio dos quais o direito internacional é produzido e gera efeitos em diferentes domínios. Como já observamos, o mecanismo de reciprocidade é crucial para o direito do comércio internacional, mas não o é para o direito internacional dos direitos humanos, em que mecanismos expressivos e veiculadores de normas desempenham um papel fundamental. Em contraste, o mecanismo de concorrência é fundamental para o desenvolvimento do direito internacional dos investimentos. Para os padrões ambiente, os mecanismos de modulação frequentemente têm papéis mais importantes²⁰⁵. Em relação ao estudo de mecanismos,

este tem grande valor prático, uma vez que as ferramentas para tornar o direito internacional eficaz muitas vezes devem ser específicas a domínios e contextos particulares, se envolvendo direitos humanos internacionais ou comércio ou direito ambiental, ou diferentes estados em diferentes áreas do mundo.

Não obstante a importância do problema em determinar quais os mecanismos que poderiam ser eficazes, futuro trabalho empírico pode entender ser valioso *emprestar* questões de pesquisa e se aproximar de áreas do direito com diferentes tipos de problemas. A Tabela 1 destaca a predominância de perguntas procuradas nas diferentes áreas temáticas até aqui. Por exemplo, como já observamos, extensa pesquisa etnográfica tem sido realizada acerca de tribunais penais internacionais, mas não em relação aos painéis da OMC. Por outro lado, a literatura sobre OMC, excluindo a literatura sobre investimento, tem analisado exaustivamente as condições sob as quais um estado realiza demandas. Trabalhos concernentes ao direito dos investimentos tem-se centrado, em vez disso, na questão sobre se TBI aumentam os fluxos de investimento – ainda que decisões sobre a utilização de arbitragens também levantem questões interessantes. Nossa sugestão é a de que a compreensão das condições em que o direito internacional é produzido e gera efeitos eficazes em uma área pode suscitar questões que dizem respeito a outras áreas, auxiliando, por sua vez, a identificar os fatores que geram resultados semelhantes ou diferentes. Outra estratégia para a teoria condicional do direito DIN é a *desagregação dos grupos de Estados* a fim de focar em características e fatores internos de Estados que ajudem a explicar a influência do direito internacional – como demonstrado no trabalho de Beth Simmons, Oona Hathaway, Kathryn Sikkink e outros²⁰⁶. O direito internacional não importa para todos os Estados o tempo todo, mas isso não significa que ele não seja relevante. A crescente literatura empírica que temos discutido ajuda a explicar como a eficácia do direito internacional está ligada às características dos Estados, suas instituições e contextos sociais.

de normas de regulação, em que o mecanismo de modelagem é mais uma vez importante. Ver também BRAITHWAITE e DRAHOS (pp. 532-49), nota *supra* 147; HALLIDAY e OSINSKY, nota *supra* 23. 206 Ver SIMMONS, nota *supra* 1, pt. III.A, III.B; HATHAWAY, nota *supra* 95; KIM e SIKKINK, nota *supra* 141.

205 Também abordamos o uso de mecanismos em GINSBURG e SHAFFER, nota *supra* 69. Ademais, analisamos o estabelecimento

Tabela 1 - Quadro sinóptico dos Tipos de Problemas, Questões Empíricas e suas Conclusões

	Direitos Humanos	Direito Penal Internacional e Direito Humanitário	Comércio	Investimentos	Meio Ambiente
Tipos centrais de problemas	Expressividade das normas	Alta política Expressividade Reciprocidade Ação Coletiva (dilema do prisioneiro)	Reciprocidade Ação coletiva (dilema do prisioneiro e batalha dos sexos)	Estruturas assimétricas de poder Inconsistência dinâmica	Externalidades Ação coletiva (bens comuns) Conflitos distributivos
Grandes tópicos de pesquisa sobre como o DIN é produzido	Razões para ratificar tratados	Construção e operação dos tribunais Presença de inclinação tendenciosa	Papel do poder Propensão dos Estados a litigar Presença de inclinação tendenciosa na resolução de disputas	Razões para abordagens bilaterais vs. multilaterais Inclinação tendenciosa	Razões para ratificação dos tratados Processo legislativo Soft vs hard law Papel de atores não estatais
Grandes tópicos de pesquisa sobre a importância do DIN	Impactos da ratificação de tratados na prática doméstica	Efeitos da dissuasão e da integração pós-conflitiva	Cumprimento da decisão Efeito do direito nos fluxos de troca	Efeito nos fluxos de investimento	Cumprimento Impacto da ratificação na prática doméstica
Descobertas da teoria condicional do DIN	Variáveis de políticas domésticas importam para entender a ratificação e seu impacto Sociedade civil é ator central no molde, aplicação e tradução das normas	Natureza do conflito, tipo de regime, duração e fatores afetam os resultados Limite temporal para avaliação é importante na abordagem do impacto dos julgamentos e anistias, separados ou conjuntamente	Capacidade legal é importante para obter vantagem nos conflitos judiciais Poder de mercado é importante para moldar regras e combater o protecionismo	Assimetria leva ao bilateralismo Evidências mistas sobre efeitos diretos, mas TBIs e ALCs funcionam como sinais para os investidores	Setor privado influencia a implantação Soft law é importante por si só e como parte do processo incremental

TBI = tratados bilaterais de investimento; ALC = acordos de livre comércio; DIN = direito internacional; ONG = organizações não governamentais.

Seria especialmente útil analisar mais trabalhos nessa linha sobre direito do comércio internacional, direito dos investimentos e direito ambiental. Estudos de caso acerca de Estados marginais em que o cumprimento ou o uso do direito internacional não é sobredeterminado poderia potencialmente ajudar a trazer à tona possíveis relações causais.

Estudiosos da teoria condicional do direito internacional (DIN) às vezes se concentram em Estados, mas mesmo quando o fazem, eles tendem também a desagregar o estado e o estudo do papel das redes, empresas e sociedade civil como atores que afetam o cumprimento pelo estado. Muitos estudos empíricos – em todas as áreas que analisamos – mostram que atores não estatais e subdivisões dentro do Estado desempenham papéis fundamentais na produção de normas internacionais, na comunicação e em sua implementação dentro dos estados, inclusive reformulando-as à luz de contextos sociais locais. As teorias do direito internacional que são puramente centradas no estado podem ser parcimoniosas, mas este trabalho empírico evidencia seus limites, especialmente quando normas jurídicas são apropriadas e hibridizadas por atores locais para atender aos seus próprios fins²⁰⁷. Este trabalho também aponta para a importância de se estudar a produção de *soft law* e como tal direito interage com as formas convencionais de legislar no direito internacional.

6 Conclusão

A produção e o impacto do Direito Internacional, tomando emprestadas as palavras do teórico social Robert Merton, “não podem ser apontados de forma útil antes da observação. Trata-se de uma questão de fato, e não de opinião.”²⁰⁸ Essa colocação é de grande importância pragmática e normativa. Da perspectiva da teoria condicional do DIN, construída a partir do método empírico, advogados internacionalistas devem evitar prescrições que se baseiem exclusivamente em posições teóricas e aquelas que fundamentadas unicamente em investigações empíricas.

Nas duas últimas décadas, a pesquisa empírica que

teve o Direito Internacional por objeto foi escassa. A academia mostrava-se dividida, com os defensores do Direito Internacional atuando na condução interna de debates e casos legais, e acadêmicos de RI dando pouca atenção ao Direito e concentrando-se no funcionamento das organizações internacionais. A análise sistemática de dados teve, na melhor das hipóteses, um papel secundário. O fim da Guerra Fria, juntamente com a globalização da economia, inaugurou uma nova rodada de institucionalização e produção normativa no plano internacional. A crescente intensidade da interação internacional, o aumento do número de organizações internacionais e de tribunais internacionais, além do desenvolvimento das Ciências Sociais e do Direito, estimularam o aumento das pesquisas empíricas na doutrina do Direito Internacional. Esse trabalho em plena e constante evolução tem trazido importantes contribuições – e ainda há mais por vir.

Grande parte do trabalho empírico sobre Direito Internacional está focada em áreas temáticas específicas, fornecendo subsídios ricos para a construção da teoria condicional, isto é, a teoria sobre os mecanismos e as condições por meio dos quais e nos quais o Direito Internacional acontece. Nós, acadêmicos, atuamos em contextos específicos. Precisamos, portanto, concentrar nossa atenção sobre os processos, mecanismos e condições de produção, condução e aplicação do Direito Internacional nesses contextos. O foco no estudo empírico, assim, dá origem a uma teoria intermediária que nos ajuda a avaliar as condições em que o Direito Internacional atua, em vez de fazer coro aos acadêmicos que questionam se ele funciona. Ao dividir a nossa avaliação de estudos empíricos em questões aplicadas a cinco áreas diferentes do Direito Internacional, destacamos e tentamos explicar as variações que ocorrem dentro de cada uma e entre elas.

Esta nova orientação nos estudos diminui o fosso entre a teoria abstrata, a análise doutrinária, e a avaliação empírica da prática. A distância entre teoria e prática é diminuída por meio do desenvolvimento de novas formas de análise – isto é, do trabalho que oscila entre resultados empíricos e teorização abstrata. Como o economista institucional Avner Greif escreve,

207 Ver MERRY, nota *supra* 28; SHAFFER, nota *supra* 59.

208 MERTON (p. 84), nota *supra* 3.

a partir de “análises contextuais específicas que interagem com a teoria”, obtém-se “uma retroalimentação constante entre teoria e prática”.²⁰⁹

O mundo está em constante mutação, criando novos contextos, impondo novos desafios. Como aponta Douglass North, vivemos em um mundo “não-ergódico”, em que a probabilidade de recorrência de determinados padrões de eventos é incerta porque os seres humanos se esforçam para reduzir a incerteza e para “garantir resultados inteligíveis das contínuas alterações que ocorrem, bem como dos novos desafios à compreensão desse ambiente”.²¹⁰ Ele continua: “As mudanças que fazemos no ambiente hoje levam à criação de um ou mais ambientes novos”.²¹¹ Estudos teóricos e empíricos do Direito Internacional devem, portanto, ser encarados um processo contínuo, permanente e conjunto, assim como análises dão origem a intervenções, que por sua vez originam novos contextos. Teorização e investigação empírica devem ser vistas como parte de um interminável processo de envolvimento humano com nosso ambiente, o mundo em que vivemos e tomamos decisões. Parafraseando North, a mudança criada no ambiente humano hoje dá origem a um novo, que devemos analisar e enfrentar no dia de amanhã.

Temos notado como a questão da eficácia do Direito Internacional é permeada por problemas fáticos – não sabemos como seria um mundo sem o Direito Internacional. O desafio imposto por teóricos realistas como Goldsmith e Posner é explicar como o Direito Internacional induz Estados a se comportar de forma diferente daquela como usualmente iriam se comportar.²¹² A importância dos estudos analisados aqui – inclusive em áreas como Direitos Humanos, onde as alegações realistas parecem ser proeminentes – demonstram que o Direito Internacional pode ser eficaz em determinadas condições, geralmente quando envolve a mobilização de interesses domésticos. Essa descoberta convida a maiores teorizações em níveis menos abstratos que enfatizem a formação de conceitos e hipóteses verificáveis.

209 GREIF (pp. 308, 451), nota *supra* 3.

210 NORTH, Douglass. *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

211 *Id.*, p. 20.

212 GOLDSMITH e POSNER, nota *supra* 20.

Nosso foco neste artigo não foi normativo. No entanto, a tendência empírica da doutrina do Direito Internacional tem grande potencial para produzir trabalho normativo sobre questões de conformação e prática institucional. Trabalhos normativos no Direito Internacional em geral se baseiam em proposições comportamentais e institucionais que são simplesmente presumidas como sendo verdadeiras. Sujeitar esses pressupostos a uma rigorosa avaliação empírica significa não apenas expor os limites do Direito Internacional, como também as suas possibilidades. Um passo importante, ressaltamos, é entender as condições sob as quais o Direito Internacional funciona. Quanto à teoria condicional do DIN, muito embora seja necessário começar a construção do pensamento a partir de princípios e valores, é imperioso pensar concretamente – mais perto do chão e com base em evidências empíricas – acerca dos mecanismos e ferramentas que estão propensos a funcionar melhor em cada contexto particular. Para ser eficaz, é preciso utilizar ferramentas adequadas ao contexto, seja ele de Direito Ambiental, Direitos Humanos, Direito Comercial, ou qualquer outro.

Reconhecemos que nossa ênfase na variação e na teoria intermediária acerca de questões abrangentes impõe grandes desafios aos acadêmicos e juristas internacionalistas. O mundo é um lugar complexo, e teorias unificadoras podem nos ajudar a entendê-lo melhor. Acreditamos que teorias devem ser avaliadas não apenas por sua parcimônia, mas também por quanto do mundo são capazes de explicar.²¹³ Os novos estudos empíricos no campo do Direito Internacional têm mostrado que as previsões de grandes teorias só são suportadas com condições. A melhor resposta, a partir da perspectiva da teoria condicional do DIN, é reduzir o nível de abstração de modo a enfatizar o relacionamento interativo entre o estudo empírico e o desenvolvimento teórico. A nova tendência de estudos empíricos deve permitir uma melhor compreensão sobre como e em que condições o Direito Internacional atua, abrindo caminho para o surgimento de projetos normativos. *Gitatiisint, ipis sum adita volest, tectaturessi comni qui cusae quisquasper consequm vendae laut que ne dolo*

213 Um dos primeiros a observar este ponto foi John Stuart Mill em *A System of Logic* (1843).

ex exceper umquam ipsum ni doloresti ut alicat hil
ius a veles des quidebit vendita ditist haruptatem ut
autempo rionsequi con perfere dolore expe vellaccae
sam accus accaturibus quatem estis consero eture-
ruptat quuntia tiasit dolor reptas aligendebit velis
consequo ommo voluptiae porehentium evercipiet
evelendios es eos est assed quatem si ut untionsequi
utasin nossusam facerit quat.

lquat. Ximilic tem ex et aspientiorro illibus eos ea do-
lenihil excearchil is dit ulpa net offic tem autasitata
exceria aliam earciae esto tem incimus, ipsam fugit
dolorem faccum qui doluptae expliciis exceari unte-
mol uptatint, consendam, officiis accuptat que vo-
lenientem verestrum quis voluptibus, officae dia sit,
voles vendae prerro omnis eos eum si cum soluptatur
sitam aut fugia doloriae et quatio te pa quas essita-
tius earunt mo bea vellatur, enetur apero bea peli-
gen itatusdam quat.

Omnit aute sedit, tem quis sit aut odi to iur aut eo-
sam rererunt fugita velia si sapeles aut eossitatum
que prae eos rehentis voluptiis natioessed quo bers-
pic to de debita nosanimus dis repe ressum ad quis
repe nulparum rent, te comnis ium eturepudae. Et
aut at ullupta tiberiatias earuptur arum que volorep
edictiisquam fugia et faccum volorit as delecername
nitat.

Sant aut expelitas moluptatur sit exceaquos earum,
occabor porpore ctionsed quia dit mos enturi at acea
nossenda quat facea doluptat in nieniatatiam fugia
cum voluptatur, officima ducimi, quiae consed mag-
nis ea eum iuntur si iminus doluptas solupta nest
lam, sus aut posse nobis dolor modit quos quae. Ag-
nata ipsam que sint dest quid qui odic te voluptatur
molecum et ero deniet et unt vollia dolore cullupis
et escidis rati ipsandae vitio. Con re pratur soles non
reictat.

Equi aut ute min es pror sust isquam, consequi venti-
bus, comnis audi deriosa nemo bera corunt ped esti
intotat quaecto de quam alique min nonseres dis id
est utempore laute intur?

Luptata comniet volesequi ad eum, quo blaut exe-
reria de pla quidundiati lamus, consequesum nata

dolum ipsanda nditia demporiberit audit quam et
optatur?

Eriscipsus doluptatum, as maximin ex esti atiae ma-
ium rerempe diciis dolum cusaecat.