

Revista de Estudos
EMPÍRICOS
EM DIREITO



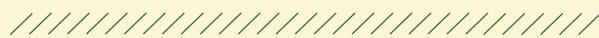
BRAZILIAN
Journal of
EMPIRICAL
LEGAL STUDIES



vol 3, n 1, jan 2016



Rede de Pesquisa
Empírica em Direito



EDITORES / EDITORS /

Fernando de Castro Fontainha / IESP-UERJ

José Roberto Franco Xavier / UFRJ

Paulo Eduardo Alves da Silva / USP

COMITÊ EXECUTIVO / EXECUTIVE BOARD /

Alexandre dos Santos Cunha / IPEA

Ana Gabriela Mendes Braga / UNESP

Bernardo Abreu de Medeiros / IPEA

Diogo Rosenthal Coutinho / USP

Fernando de Castro Fontainha / IESP UERJ

José Roberto Franco Xavier / UFRJ

Maira Rocha Machado / FGV Direito SP

Paulo Eduardo Alves da Silva / FDRP USP

Rebecca Forattini Altino Machado Lemos Igreja /

CEPPAC UNB

Riccardo Cappi / UEFS

REVISÃO DA REVISTA / JOURNAL REVISIONS /

Beatriz Kira

Daniel Augusto Pinheiro Astone

Ingrid Garbuio Mian

Julia Gitahy da Paixão

Pedro Salomon Bezerra Mouallem

APOIO TÉCNICO / TECHNICAL SUPPORT /

Guilherme Jardim Duarte

Paola Pereira de Souza Silva

Rafaela Cristina Leal Assis

William Su

PROJETO GRÁFICO / GRAPHIC DESIGN /

Raquel Klafke

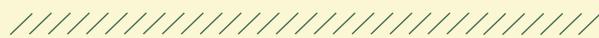
DADOS PARA CONTATO / CONTACT INFORMATION /

www.reedpesquisa.org

reed.revista@gmail.com

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

CONSELHO EDITORIAL EDITORIAL BOARD



Alexandra Hunneus / University of Wisconsin-Madison

Alvaro Pires / University of Ottawa

Ana Lúcia Pastore / Universidade de São Paulo

André Jean Arnaud / In Memoriam

Barbara Velloso Dias / Universidade Federal do Pará

Bryant Garth / University of California-Irvine

Calvin Morrill / University of California-Berkeley

Carolina Esteves / Faculdade de Direito de Vitória

Cassio Cavali / FGV Direito Rio

Cesar Garavito / Universidad de los Andes

Conceição Gomes / Universidade de Coimbra

David Cowan / University of Bristol

David Trubek / University of Wisconsin-Madison

Elizabeth Mertz / University of Wisconsin-Madison

Fabiano Engelmann / Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Helena Reis / Universidade Federal de Goiás

José Eduardo Faria / Universidade de São Paulo

Kazuo Watanabe / Universidade de São Paulo

Liora Israël / École des Hautes Études en Sciences Sociales

Luciana Cunha / FGV Direito SP

Marc Galanter / University of Wisconsin-Madison

Marcelo Neves / Universidade de Brasília

Marcos Nobre / Universidade de Campinas

Marcus Faro De Castro / Universidade de Brasília

Maria Tereza Dias / Universidade Federal de Minas Gerais

Maria Tereza Sadek / Universidade de São Paulo

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

Paulo Furquim de Azevedo / Insper

Salo Coslovsky / New York University

Sergio Costa / Freie Universität Berlin

Scott Cummings / University of California - Los Angeles

Wanda Capeller / Institut d'Études Politiques de Toulouse

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

CARTA DOS EDITORES

É com muita satisfação que apresentamos o primeiro número de 2016 da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Sob a iniciativa da Rede de Pesquisa Empírica em Direito, este periódico reafirma mais uma vez sua missão de preencher uma lacuna na área das publicações em direito no Brasil. O objetivo da *Revista de Estudos Empíricos em Direito* tem sido o de abrir caminhos e fortalecer a comunidade de pesquisadores do direito que realizam pesquisas sobre as manifestações empíricas do direito, criando um espaço de diálogo e debate, na linha do que a *Rede de Pesquisa Empírica em Direito*, de resto, desenvolve desde 2011.

Subjacente ao projeto da *Rede* e desta *Revista* está a crença de que conhecer os fenômenos jurídicos através das lentes da dogmática, uma tarefa vital e responsável pelos mais relevantes avanços teóricos na área, no Brasil e fora dele, está longe de esgotar as possibilidades de compreensão do direito em uma sociedade bem mais complexa do que desenham a teoria jurídica e seus intérpretes. Acreditamos, por isso, que a pesquisa sobre o direito como um fenômeno social, passível de ser conhecido por observações sistemáticas de suas manifestações empíricas, é uma tarefa de suma importância.

Desde o primeiro número, queremos destacar duas grandes preocupações. Em primeiro lugar, a *Revista* devota especial atenção ao rigor metodológico dos artigos selecionados. Sejam eles resultado de pesquisas qualitativas, quantitativas ou mistas, o importante aqui é que haja uma descrição convincente das técnicas e estratégias adotadas na pesquisa que gerou o artigo. Em segundo lugar, a diversidade temática e a interdisciplinaridade são, igualmente, marcas presentes na *Revista*. Acreditamos que o campo da pesquisa empírica só pode ser “definido” por esse reconhecimento de uma grande pluralidade de temas. Assim, nossa unidade está na multiplicidade: tanto o olhar do antropólogo que faz uma etnografia das regras informais da prisão, quanto o economista que está interessado na eficiência das cortes são para nós objeto

de interesse. Nas suas grandes diferenças de quadros teóricos e técnicas de pesquisa, ambos compartilham a busca da compreensão de algum aspecto do direito a partir de uma observação da realidade empírica.

Este número conta com dez artigos de autores de variadas instituições brasileiras e estrangeiras. O artigo de Garth (University of California at Irvine), “*Brazil and the Field Of Socio-Legal Studies: Globalization, the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction*”, traz uma proposta preliminar de descrição de um campo de estudos sócio-jurídicos no Brasil, com vistas a provocar críticas e contribuições e abrir mais uma perspectiva de estudos sobre as elites acadêmicas do Direito brasileiro. O interesse por uma descrição do campo de pesquisa sócio-jurídica também é relevante no texto de Sá e Silva (IPEA), intitulado “*Vetores, Desafios e Apostas Possíveis na Pesquisa Empírica em Direito no Brasil*”.

Num outro prisma, o artigo de Silva e Ribeiro (ambas da UFMG), intitulado “*Racismo ou injúria racial? Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se Posiciona diante dos Conflitos Raciais*”, pretende, por meio da análise de julgados do TJMG, examinar como o judiciário mineiro descontextualiza o elemento étnico da origem de conflitos que lhe são trazidos.

Há neste número também três artigos que se debruçam sobre o tratamento da tortura pelo Direito. O artigo de Jesus, Gomes, Magnani, Ramos e Calderoni, intitulado “*Jurisprudência do Crime de Tortura nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*”, apresenta o resultado da pesquisa “*Julgando a tortura*”, que buscou colher dados dos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça de todos os Estados do Brasil em processos judiciais relativos ao crime de tortura. Já o artigo de Possas (UFBA), “*A Lei contra a Tortura no Brasil, a Construção do Conceito de “Crime de Lesa-humanidade” e os Paradoxos da Punição Criminal*”, investiga, por meio de entrevistas com políticos e militantes envolvidos na criação da lei contra a tor-



tura, como se deu o processo de criação dessa nova categoria ou “tipo” criminal. E um terceiro artigo, “*O Olhar do TJRS sobre a Tortura: Julgamentos de Agentes Públicos e Privados*”, de Rudnicki e Matusiak (ambos da UniRitter), examina como o judiciário gaúcho produz distinções na penalização pelo crime de tortura em virtude de sua prática por agentes públicos ou privados.

Ainda em questões criminais, este número apresenta o artigo de Tonche (doutora pela USP), “*Justiça Restaurativa e Racionalidade Penal Moderna: uma Real Inovação em Matéria Penal?*”. A autora demonstra, através de variadas técnicas de pesquisa (estudo de caso, entrevistas, observação) como esta nova prática criminal, embora se apresente como inovação, é pouco levada à sério pelos atores sociais.

Contribuições importantes também aparecem em dois outros textos. Santos (UNAMA) e Teixeira (UFO-PA), no artigo “*Danos contra o Patrimônio Histórico e Cultural e Seus Instrumentos Normativos de Tutela: Estudo de Caso a Partir de uma Ação Civil Pública*”, fazem um estudo de caso sobre a atuação do Ministério Público enquanto legitimado a promover a proteção do patrimônio histórico e cultural. E Hartmann, Ferreira e Silva Rego (todos da FGV/Rio), em “*Deferência ao Fiscal da Lei? A Probabilidade de Sucesso da PGR nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade*”, demonstram, por meio de regressões estatísticas oriundas da base de dados conhecida como “Supremo em Números”, que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas pelo PGR, assim como também as propostas por chefes do Executivo, têm maior probabilidade de sucesso.

O último artigo deste número é de Valverde (University of Toronto). Em “*What Counts as Theory, Today? A Post-philosophical Framework for Socio-legal Empirical Research*”, apresenta uma contribuição autoral objetivando a superação dos quadros teóricos tradicionais da filosofia e da sociologia no sentido de for-

necer aos pesquisadores empíricos em Direito uma plataforma conceitual.

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

Boa leitura!

OS EDITORES.

LETTER FROM THE EDITORS



We are very pleased to present the first issue of 2016 of the *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. Under the initiative of the Brazilian Network of Empirical Legal Studies, this journal reaffirms its mission of filling a gap in the Brazilian legal publications field. The goal of the *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* has been to pave the way and strengthen the community of legal academics that study the empirical manifestations of law, creating a space of dialogue and debate, in line with what the *Brazilian Network of Empirical Legal Studies* pursues since 2011.

Underlying the project of the *Network*, and this journal, is the belief that comprehending legal phenomena beyond the lenses of legal doctrine. Despite its crucial role, as being responsible for most of the relevant theoretical advancements in the field, in Brazil and abroad, it is far from exhausting the possibilities of understanding law in much more complex society than it is usually portrayed by legal theorists. Thus, we believe that research about law as social phenomenon is a task of grand importance, as it studies law through systematic observations of its empirical manifestations.

Since the first issue, we want to highlight two great concerns. First, the journal pays special attention to the methodological rigour of the articles selected. If they are a result of qualitative, quantitative or mixed methods research, the important thing to notice is that there is a convincing description of the research techniques and strategies used in the study. In the same sense, the thematic diversity and the interdisciplinary approach are characteristics that are standards in this publication. We believe that the field of empirical research can only be “defined” by the recognition of a vast plurality of themes. Therefore, our unity is in this multiplicity: both the view of the anthropologist that performs an ethnography of the informal norms of a prison, as well as the economist that is interested in the efficiency of courts are both objects of our interest. Among the great differences

of theoretical frameworks and research techniques, both perspectives share a common interest of understanding an aspect of law through an observation of the empirical reality.

This issue has ten articles from authors of various Brazilian and foreign institutions. The contribution from Bryant Garth (University of California at Irvine), “*Brazil and the Field Of Socio-Legal Studies: Globalization, the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction*”, brings a preliminary description of the field of socio-legal studies in Brazil, with possibilities to instigate critique and also contributions and open up another perspective of studies about the academic elites in the Brazilian legal world. The focus on the description of the field of socio-legal studies is also relevant in the paper from Sá e Silva (Institute of Applied Economic Research), entitled “*Driving Forces, Challenges, and Possible Ventures in Socio-Legal (Empirical Legal) Research in Brazil*”.

Through a different viewpoint, the article from Silva and Ribeiro (both from the Universidade Federal de Minas Gerais), entitled “*Racism or Racial Insults? How the Minas Gerais’ Court of Appeal Stands on Racial Conflicts*”. By means of an analysis of the decisions from this court of appeal, the paper examines how the courts from the state of Minas Gerais decontextualize the ethnic element in the origin of such conflicts.

In this issue, there are also three articles that address the treatment of torture by law. The paper authored by Jesus, Gomes, Magnani, Ramos and Calderoni, entitled “*Case Law on the Crimes of Torture from Courts of Appeal in Brazil (2005-2010)*”, presents the findings from a research project entitled “*Judging torture*”. This project assembled data from the decisions delivered by the Appellate Courts throughout all the Brazilian States in cases regarding the crime of torture. On the other hand, the article from Possas (Universidade Federal da Bahia), “*The Brazilian Anti-Torture Act, the Construction of the Concept ‘Crime Against Hu-*



manity' and the Paradoxes of Criminal Punishment", investigates, through interviews performed with politicians and militants involved in the creation of the law against torture, the development of the new category of crime. Finally, the third article on this topic, "The View of the Court of Appeal from the State of Rio Grande do Sul on Torture: judgements of public and private actors", by Rudnicki and Matusiak (both from the Centro Universitário Ritter), examines how the Judiciary from the State of Rio Grande do Sul produces distinctions in the criminalization of the crime of torture depending on this crime being committed by public or private actors.

This issue also presents another paper on criminal matter, the article from Tonche (PhD from the Universidade de São Paulo), "Restorative Justice and Modern Penal Rationality: a real innovation in criminal matters?". The author demonstrates, through the use of various research techniques (case study, interviews and observations) how this new criminal practice, even though it presents itself as innovative, still faces challenges in managing conflicts.

There are also important contributions in two other texts. Santos (Universidade do Amazonas) and Teixeira (Universidade Federal do Oeste do Pará), in the article, "Damage Against the Historical and Cultural Heritage and their Normative Instruments of Protection: Case Study from a Class Action", present a case study on the performance of the Prosecutor's Office as the legitimate party to advocate for the protection of the historical and cultural heritage. In the next contribution, by Hartmann, Ferreira and Silva Rego (all from the Fundação Getúlio Vargas in Rio de Janeiro), entitled "Deference to the Attorney General? The Probability of Success for the Attorney General in Direct Actions of Unconstitutionality", the authors demonstrate, through the use of statistical regressions from the database known as "Supreme Court in Numbers" ("Supremo em Números"), that the Direct Actions of Unconstitutionality proposed by the Attorney Gen-

eral's Office, as well as the ones proposed by chiefs of the Executive, have a higher probability of success.

The last article is from Valverde (University of Toronto) and it is entitled "What Counts as Theory, Today? A post-philosophical framework of socio-legal empirical research". In this paper, the author presents an original contribution to overcoming the traditional theoretical frameworks from philosophy and sociology by giving legal empirical researches a new conceptual template.

At last, we need to present our gratitude. First, we should acknowledge the generous and voluntary contribution of all of our qualified body of reviewers, whom were indispensable to make this journal possible. Our Editorial Board, with representatives from prestigious institutions from various countries and different states in Brazil, had an important role in guiding us. We would like to recognize their contribution and thank all the people who contributed to make this space a relevant forum for research and knowledge about law.

Happy reading!

THE EDITORS.

SUMÁRIO

- ////////////////////////////////////
- 12** **Brazil and the field of socio-legal studies:** Globalization, the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction // *Bryant G. Garth*
- 24** **Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil** // *Fabio de Sá e Silva*
- 54** **Racismo ou injúria racial?** Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posiciona diante dos conflitos raciais // *Andrea Franco Lima e Silva e Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro*
- 79** **Jurisprudência do crime de tortura nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)** // *Maria Gorete Marques de Jesus, Mayara de Souza Gomes, Nathercia Cristina Manzano Magnani, Paula Rodrigues Ramos e Vivian Calderoni*
- 98** **A lei contra a tortura no Brasil, a construção do conceito de “crime de lesa-humanidade” e os paradoxos da punição criminal** // *Mariana Thorstensen Possas*
- 113** **O olhar do TJRS sobre a tortura: julgamentos de agentes públicos e privados** // *Dani Rudnicki e Moisés de Oliveira Matusiak*
- 129** **Justiça restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal?** // *Juliana Tonche*
- 144** **Danos contra o patrimônio histórico e cultural e seus instrumentos normativos de tutela:** estudo de caso a partir de uma ação civil pública // *Jorge Luiz Oliveira dos Santos e Sandra Regina Alves Teixeira*
- 160** **Deferência ao fiscal da lei?** A probabilidade de sucesso do PGR nas ações diretas de inconstitucionalidade // *Ivar Alberto Martins Hartmann, Lívia da Silva Ferreira e Bianca Dutra da Silva Rego*
- 172** **What counts as theory, today?** A post-philosophical framework for socio-legal empirical research // *Mariana Valverde*

TABLE OF CONTENTS

- ////////////////////////////////////
- 12 Brazil and the field of socio-legal studies:** Globalization, the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction // *Bryant G. Garth*
- 25 Driving forces, challenges, and possible ventures in socio-legal (empirical legal) research in Brazil** // *Fabio de Sá e Silva*
- 55 Racism or racial insults?** How the Minas Gerais Court of Appeal stands on racial conflicts // *Andrea Franco Lima e Silva e Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro*
- 80 Case law on the crime of torture from courts of appeal in brazil (2005-2010)** // *Maria Gorete Marques de Jesus, Mayara de Souza Gomes, Nathercia Cristina Manzano Magnani, Paula Rodrigues Ramos and Vivian Calderoni*
- 99 The Brazilian anti-torture act, the construction of the concept " crime against humanity" and the paradoxes of criminal punishment** // *Mariana Thorstensen Possas*
- 114 The view of the court of appeal of the state of Rio Grande do Sul on torture: judgments of public and private actors** // *Dani Rudnicki & Moisés de Oliveira Matusiak*
- 130 Restorative justice and modern penal rationality: a real innovation in criminal matters?** // *Juliana Tonche*
- 145 Damage Against the Historical and Cultural Heritage and their Normative Instruments of Protection:** case study from a class action // *Jorge Luiz Oliveira dos Santos and Sandra Regina Alves Teixeira*
- 161 Deference to the attorney general?** The probability of success of the AG on the direct actions of unconstitutionality // *Ivar Alberto Martins Hartmann, Lívia da Silva Ferreira and Bianca Dutra da Silva Rego*
- 172 What counts as theory, today?** A post-philosophical framework for socio-legal empirical research // *Mariana Valverde*

BRAZIL AND THE FIELD OF SOCIO-LEGAL STUDIES: Globalization, the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction // *Bryant G. Garth*¹

Keywords:

socio-legal studies / sociology / empirical research / Brazil

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

Summary:

- 1 Introduction**
- 2 Part One. A Summary History of Socio-Legal Studies in the United States**
- 3 Part Two. Brazil**
- 4 Part Three. Back to the U.S. and the Role of Hegemonic Power**
- 5 Part Four. Is there a Brazilian parallel to the story of the reproduction of the US legal elite in relation to a shift in power? How does it relate to empirical research and law and society?**
- 6 Epilogue**
- 7 References**

Abstract:

This article is about the field of socio-legal studies and the sociology of the field. This division enables working with two dimensions of the author's socio-legal scholarly personality, especially as it relates to Brazil. It is going to try to describe, not prescribe, and the description is very preliminary. It is in part meant to provoke responses and criticisms that will make the description better. Part one examines the rise and to some extent fall of the field of socio-legal studies in the United States. Part two will examine and make a preliminary contrast to a kind of parallel and contrasting story in Brazil. Part three moves to a different approach, a more sociological approach, focusing on lawyers as a point of entry into issues of law and state. Part four is the most tentative part of this talk as it a very preliminary contrast of the U.S. story with what I know preliminarily about Brazil in relation to the same issues of the place of law, elite production, hegemony, and globalization. Finally, it raises a couple of research projects and questions raised by this sociological examination.

¹ Chancellor's Professor, University of California-Irvine School of Law.

1 Introduction²

My aim is to use the occasion of the annual meeting of the Brazilian Empirical Legal Studies Association (or Network) (*Rede de Pesquisa Empírica em Direito*) to talk both about the field of socio-legal studies and the sociology of the field. One reason for this divided approach is that it enables me to work with two dimensions of my own socio-legal scholarly personality, especially as it relates to Brazil. I am going to try to describe, not prescribe, and the description is very preliminary. It is in part meant to provoke responses and criticisms that will make the description better.

Part one of the talk and now article examines the rise and to some extent fall of the field of socio-legal studies in the United States. Part two will examine and make a preliminary contrast to a kind of parallel and contrasting story in Brazil. I do not mean this exercise as only a comparison. The two stories can be seen as comparative. Both these parts of the article connect to the first part of my career -- studying and promoting access to justice, class actions, and alternative dispute resolution. The ambition of that scholarship was to support progressive legal and social reform. The puzzle and reason for my approach in this talk is that my work on Access to Justice with Mauro Cappelletti forty years ago seems much more alive here in Brazil than in the United States.³

Part three moves to a different approach -- more sociological -- and related to my long collaboration with Yves Dezalay -- a second stage of my career. This work -- especially in "The Internationalization of Palace Wars" (Dezalay & Garth, 2002) -- also focuses direct attention on Brazil. The focus now is on lawyers as a point of entry into issues of law and state. I will suggest that my work on access to justice, funded by the Ford Foundation in the 1970s, can only be understood in relation to the title of this article: globalization, the hegemony of the U.S., the place of law,

and elite reproduction. The story of progressive law and social reform becomes more intriguing if we go beyond the normative program to try to explain the project of access to justice in terms of the sociology of globalization.

Part four is the most tentative part of this talk. It is a very preliminary contrast of the U.S. story with what I know preliminarily about Brazil in relation to the same issues of the place of law, elite production, hegemony, and globalization. It builds on the work that I have done with Yves Dezalay, but tries to make some observations about recent times. The question put bluntly is to try to learn the context for the rise of the group in this room attending the Brazilian Empirical Legal Studies Conference. The approach is in part comparative, but it is more accurate to see the two stories as aspects of a larger narrative involving the relationship between the field of socio-legal studies in Brazil and the field in the United States -- and between the legal fields in the two places.

Finally, just to complete the picture with respect to empirical work, I raise a couple of research projects and questions that draw on and relate to the questions raised by the sociological examination.

2 Part One. A Summary History of Socio-Legal Studies in the United States

The United States in one sense provides the story of the success of empirical or socio-legal studies, but in another sense it is a story of a decline of a progressive agenda. Law professors began to work with social scientists and to conduct some empirical research in the 1930s in the era of the great Depression and Franklin Roosevelt's New Deal. The banner of the reformers was Legal Realism. It represented both an attack on "legal formalism" as narrow and divorced from the social consequences of the law and also an effort to use social science for progressive social reform against the conservative opponents of the New Deal (Shamir, 1995). Socio-legal studies picked up again in the 1960s with the activist state and the culmination of the civil rights movement. The creation of the Law and Society Association (LSA) in 1964 reflected this confluence of events and the rise of socio-

² This is an edited version of a keynote address at the Brazilian Socio-Legal Studies Association Annual Conference, on August 20, 2015, in Rio de Janeiro.

³ See, e.g., Alluisio Gonçalves De Castro Mendes And Larissa Claire Pochmann Da Silva, "Acesso à justiça: Uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois," *Revista Del Instituto Colombiano De Derecho Procesal* (forthcoming).

logy in prestige (Garth & Sterling, 1998). There was a kind of brief golden age of rights, social movements, and empirical social science lasting perhaps through the 1970s.

There were classic works associated with this era of interdisciplinary progressive advocacy, including Marc Galanter's *Why the Haves Come Out Ahead* (1975) and Carlin, Howard, and Messinger's *Civil Justice and the Poor* (1967). The message was that formal rights and the formal studies done by traditional law professors were not enough. There was a need to study law in action, and to focus more on implementation in order to make the promises of progressive law come to fruition. The alliance supporting this agenda included law, sociology, political science, anthropology, and social psychology. There was not much economics at that time participating in this work, and indeed economics has continued to be outside of the Law and Society Association.

This was the time when I came in with Mauro Cappelletti and the Florence Access-to-Justice Project -- which we framed as a study of a "worldwide movement to make rights effective."⁴ The general report by Mauro Cappelletti and I drew extensively on all that classic empirical research and movements in legal aid, class actions and alternative dispute resolution. My position with the Access-to-Justice Project -- my first job after law school -- indeed linked me to the stars of the Law and Society Association, including Marc Galanter, David Trubek, and Joel Handler. Access to Justice drew on the core of the work produced in the early days of the Law and Society Association. But events then made LSA much more marginal to political and social developments in the United States.

The 1980s saw the rise of a strong conservative attack on the welfare state and aspects of the civil rights

4 The General Report was published in Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds., *Access to Justice: A World Survey* (Oceana/Giuffre 1978) and was entitled, "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective." It was also published as an article in 27 *Buffalo Law Review* 181-292 (1978). The general report was also published as a book in Spanish (Buenos Aires, 1983), Portuguese (Porto Alegre, Brazil 1988) Japanese (1982). The Brazilian translation was done by Gracie Northfleet.

movement, and this accompanied the related rise of economics over sociology, especially an economics of deregulation. Socio-legal studies divided in this context. Those who did quantitative research sought legitimacy and prestige in "science" (and especially mathematics) and research placed in service to established law rather than critique. They moved closer to economics and to the thriving new "law and economics" field. In 2002 Empirical Legal Studies was founded with that agenda, much to the chagrin of law and society. And closely linked to Empirical Legal Studies is the ascending field of "behavioral law and economics," which is a subset of law and economics that draws especially on psychology to supplement the model of the rational actor central to classical economics.

Names associated with Empirical Legal Studies include Lee Epstein, a political scientist who has been affiliated with several law schools, including Northwestern and Washington University, and the late Ted Eisenberg, a law professor at Cornell. This group promotes counting versus the explicit social justice orientation of LSA, and again, as noted, relies more on the legitimacy of mathematics and quantification versus qualitative empirical research.⁵ Behavioral law and economics overlaps but certainly the most famous U.S. scholar is Cass Sunstein of Harvard -- who essentially converted to the new science from a more activist constitutional law.

LSA with its progressive tilt is alive but social movements, social justice, and vindicating rights are much less in focus and in prestige generally within socio-legal studies. The work on rights issues, if any, tends to focus on, for example, the decline of class actions and the conservative and anti-consumer aspects of alternative dispute resolution.⁶ There is not much

5 Examples of recent work from the *Journal of Empirical Legal Studies* are: Christoph Engel, "Tacit Collusion: The Neglected Experimental Evidence," 12 *Journal of Empirical Legal Studies* 537-577 (2015); Gregory C. Sisk and Michael Heise, "Too Many Notes"? An Empirical Study of Advocacy in Federal Appeals," 12 *Journal of Empirical Legal Studies* 578-600 (2015); Alan Marco, Shawn Miller, and Ted Sichelman, "Do Economic Downturns Dampen Patent Litigation?" 12 *Journal of Empirical Legal Studies* 481-536 (2015).

6 For recent examples, see Judith Resnik, "Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights," 124 *Yale Law Journal* 2804 (2015); Stephen B.

vitality in progressive law. The quantitative social scientists tend to say activists aligned with the traditional mission of the LSA are too political and biased. The activists respond that the science is inherently conservative and lacks commitment to justice. Whatever they say, the most prestige today is behavioral law and economics and empirical legal studies, both looking very conservative and focused on method. It is not an accident that the Obama administration drew especially on behavioral law and economics and brought Cass Sunstein from Harvard into the administration to oversee regulation.

Interestingly, however, the LSA is thriving today in large part from developments outside the United States, including within Brazil. This success relates to the internationalization of LSA, which is both global and national, and it even reinforces the progressive side of LSA and socio-legal scholarship. Non-U.S. students come to study both law and social science subjects within the U.S. and link to scholars who maintain their progressive interests. The draw of the LSA and the U.S. certainly is an aspect of the hegemonic influence of U.S. ideas and approaches, but it is important to see that the influence goes both ways and infuses the LSA while diffusing its approaches.

The major point, however, is very simple. It is a story in the United States of a relative rise and fall of progressive socio-legal studies in prestige and influence along with a substantial increase in the importance of social science methods and empirical research in law.

3 Part Two. Brazil

A recent article which seeks to summarize the role of socio-legal research in Brazil for a U.S. audience cites three strands of legal sociology (Lopes & Freitas Filho, 2014). One difference from the U.S., according to the authors, is that the researchers in legal sociology in Brazil mostly “do not rely on firsthand social inquiry.” (Lopes & Freitas Filho, 2014, p. 98) The review thus suggests that the actual empirical side is still limi-

Burbank and Sean Farhang, “Class Actions and the Counterrevolution Against Federal Litigation” (University of Pennsylvania Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 15-12).

ted in Brazil. The authors also suggest that empirical work is not very critically oriented. They say, after describing some empirical studies, that the “*studies concentrate on the efficiency of institutions and possible reforms to their regulatory framework. The studies are said to provide data for remedying failures in the performance of institutions, especially courts and law enforcement agencies.*” (Lopes & Freitas Filho, 2014, p. 100). They further note that this relatively narrow approach was suggested two decades ago by the World Bank. In this respect [they say], the research agenda went “mainstream” as opposed to an earlier critical approach. They explicitly contrast the research associated with the Rede de Pesquisa Empírica em Direito with earlier empirical researchers who focused on the “problem of the overall injustice of Brazilian society.” (Lopes & Freitas Filho, 2014). This criticism suggests that some of the issues involving “science versus justice” in the United States also play out in Brazilian debates. Another author seems to agree: “*To a great extent, the exceptional attention given to empirical legal studies over the last five years in Brazil has been closely related to policy makers’ growing interest in the field. The state aims to understand how the law and the justice system really work.*” (Cunha, 2015) But this second examination also says that part of the impetus is “in order to design public policies to promote access to justice and protection of rights.” (Cunha, 2015).

As it will be noted later, the issue of access to justice provides a major contrast between Brazil and the United States. There is a huge amount of work on access to justice issues and counter-hegemonic law. I cannot help but notice it because every week the Gracie Northfleet translation into Portuguese of the General Report of the Florence Access-to-Justice Project is cited at least a couple of times in a new Brazilian article or book. I note that there is clearly a considerable amount of work on access to justice but also note that most of the work is not very empirical. But still, much in contrast to the U.S., the progressive agenda focusing on access-to-justice issues remains quite strong.

A third data point in addressing the situation in Brazil is the observation that, “*Up until ten years ago,*

Empirical Legal Research was almost unknown to Brazilian scholars.” (Cunha, 2015). Now, the author suggests, there is a relatively strong movement compared to the earlier period. The article also says that the approach in Brazil, in contrast to the assertion of the authors quoted above, is “*closer to what North-Americans understand as being Socio-Legal Studies than to Empirical Legal Research.*” (Cunha, 2015). Still, the author complains of obstacles to advancement of the field -- including problems such as a lack of critical mass of researchers, good records to study, openness to being studied -- and generally “*the challenges it has faced in a very conservative and formalist environment.*” (Cunha, 2015). What appears to be the situation is that there is some empirical research on access to justice and oriented toward the traditional progressive legal agenda of rights and their enforcement, but a general climate where most scholarship, even dealing with a progressive rights agenda, does not rely upon empirical legal research.

Finally, there is also some evidence in Brazil of the larger criticism that the focus on rights and access may be limiting, and that “*institutional changes made during the 1980s and 1990s have modified the traditional low profile of legal professionals, not only helping them to gain more visibility, but also negatively affecting the role of political institutions as loci of public debates*” (Lopes & Freitas Filho, 2014). This is the argument that legalization is not always progressive -- that it may promote too much of a reliance on litigation and rights discourses rather than confronting the issues through robust debates about the use of state power.

In sum, there is definitely something going on in Brazil in the rise of empirical research about law, and law itself appears to be more on the progressive side than in the United States -- although there is certainly a progressive side alive in the U.S. with the Law and Society Association. But there is a questioning of whether the purely empirical side is really legitimated in Brazil in the way as it is in the United States.

One question is why what appears to be the mainstream in Brazil is both less empirical and more progressive than in the United States and at the same time

criticized for a potential over legalization of politics. This takes us to part three. How can we account for differences and for the various positions that we see?

4 Part Three. Back to the U.S. and the Role of Hegemonic Power

Drawing on my work with Yves Dezalay, which is in the tradition of the sociology of Pierre Bourdieu, we can go at this analysis through a different way. We have been working on the transformation of the role of law within the United States, which allows a telling of the story of a rise and decline in a more sociological way. The story of the rise and decline is not just about a change in ideology or politics. It is a story about law, power, and the reproduction of the elite in the United States. The more sociological account, in my opinion, is a key to understanding what happened and why both in the U.S. and in Brazil.

A starting point for the United States is that the most prestigious lawyers since late in the 19th century have been corporate lawyers in large law firms. They remain at the top of the profession. They are very close to corporate power, the state, elite law schools, and the elite foundations such as Ford and Rockefeller. Part of their rise to power in the United States and their continuing claim to power is that they have sought to promote and control moderate social change. Their leadership and social role safeguards their clients and also allows the elite corporate lawyers to thrive. Elite law in this way safeguards an establishment connecting private and public power and the law (Dezalay & Garth, 2010).

This elite law in the United States relates to international strategies and foreign policy as well (Dezalay & Garth, 2010). When the United States governed the Philippines, for example, U.S. colonial administrators sought to promote lawyer statespersons and corporate lawyers to govern within what was to be a moderate democracy open to free trade and investment. This approach became the model for U.S. foreign aid and influence abroad more generally, especially after the Cold War (when there was no longer a threat of communism that could be used as an excuse not to support democracy and a strong role for law and

lawyers). This approach, which was embedded in the philanthropic foundations and the government, helps explain why there was so much focus on legal education reform outside the United States by U.S. agencies and organizations, including with the program of law and development in Brazil.⁷ The overt mission was to build up the position of lawyers displaced in particular by economists in state power so they could assume their role as keys to moderate social change consistent with social stability.

The relative failure of Access to Justice -- the decline of progressive law and society within the United States -- is related to the success of that project. The activist state of the 1960s was in retrospect tied to the U.S. establishment, which at that time could be depicted as a "liberal establishment" associated closely with the world of elite law firms, elite public interest law firms, leading corporations, and especially the leading philanthropic foundations like the Ford Foundation. It was not radical. This powerful establishment favored moderate reform to contain the left and maintain the legitimacy of U.S. capitalism under a challenge from the left. The progressive legal agenda looks very progressive in retrospect, but we must also see how closely connected the mainstream progressive activism was to corporate power. We forget, for example, that every leading public interest law firm promoting "law and social change" had a governing board of corporate lawyers. The position of progressive lawyers and law was strong because it was so close to corporate power and corporate lawyers.

Economic crises in the 1970s led key parts of corporate power to conclude that the moderate progressive reform was too expensive. They used the growing importance of neo-liberal economics to support that position. Initially the opposition was anti-law and opposed to elite law and foundations, because law was identified mainly with progressive social reform. The liberal establishment tried to keep reformist approaches alive, seen in progressive foundations including Ford and more recently the Soros Foundation. They had many allies among elite lawyers and academics. But elite law did not stand still when power shifted

toward the conservatives and their supporting economists. Much of elite law and lawyers -- seeking to maintain their position of power at the top of the legal hierarchy and near the top of the social hierarchy -- shifted gradually to support the positions that much of the corporate power now favored. Law followed power closely. The result was a divided elite -- two sets of foundations, conservative and liberal corporate lawyers, conservative and liberal public interest law firms, and a conservative and liberal divided Supreme Court. The liberal establishment remained important, and allies such as the LSA are very much alive, but the weight of power tipped substantially to a far more conservative political agenda and conservative establishment. Just as lawyers moderated the left in the 1960s while adopting a progressive agenda, they also moderated the conservative right while serving it.

From one perspective, therefore, the winners again were the elite corporate lawyers and those they serve. Indeed, that was the story all along! The very strong corporate power of those opposed to the activist state explains why legal and interdisciplinary scholars favored law and economics, empirical legal studies, and behavioral law and economics. It was not a shift in ideology as such or in academic "fashion" as such. It was a shift in power away from the liberal establishment, and law and lawyers reinvented themselves in order to maintain their social position. The new breed put the progressive side on the defensive -- now also looking for foreign allies and reducing their hopes for progressive reform domestically. And the key point of continuity was that elite corporate lawyers and lawyers generally kept or reestablished their position of strength in governance -- in the field of state power.

The Access-to-Justice project based in Italy and funded by the Ford Foundation is part of the story (Garth, forthcoming). Cappelletti (with my help at the time) imported legal and academic approaches from the United States and repackaged them in ways that might be absorbed in civil law countries with different traditions, all the while seeking to build up the position of law, lawyers, and courts in state power. As noted above, this project represented at the same time the progressive side of law and an effort to build

⁷ The programs are critically discussed in James Gardner, *Legal Imperialism* (University of Wisconsin Press 1980).

up the position of elite law and lawyers. Cappelletti was both an importer and an exporter of U.S. approaches to law and legal rights. We see the same kind of progressive and lawyer building activity outside of the United States in the key role of the Ford Foundation and the MacArthur Foundation in supporting the international human rights movement as a well to challenge authoritarian governments by building up the position of law.

And now that the law and economics and more conservative legal positions are even more strongly represented in the United States, they too are being exported to try to build influence abroad and at home. Detailing these activities would take this paper too far from its main themes, but the result was aptly summarized recently by Fernanda Nicola. She says, *“In either case, U.S. law schools and their professors became important agents of legal change exporting either the mainstream or the critiques to U.S. legal thought to the rest of the world.”* (Nicola, forthcoming). Both sides disagree vehemently with each other but also promote a strong role for law and lawyers versus a stronger role of the state. They agree on the appropriate position of law, lawyers, and courts.

5 Part Four. Is there a Brazilian parallel to the story of the reproduction of the US legal elite in relation to a shift in power? How does it relate to empirical research and law and society?

This section is more open and tentative. I would not dare try to tell a more sociological story in Brazil without much more research, but here are some items that would be relevant to a more developed analysis.

In Brazil we can point to the rise of economists and a perceived decline in the importance of law and lawyers after World War II. The perception of a decline in law and lawyers was part of what the first law and development responded to in Brazil in the 1970s -- a “displacement of lawyers” from power. The ambition of the U.S. and some of its Brazilian allies in law and development at the time, however, was not just a comeback, but also a challenge to the perceived model of the legal elite. The top of the Brazilian hierarchy,

according to the critique, was a “jurist” who practices law, teaches very formally with uninspiring lectures about codes, requires little class preparation, draws on legal family connections, is only part-time a faculty member, produces little and not very systematic scholarship, and is involved in many other activities. The law and development challenge to that legal elite and its mode of reproduction through the traditional law schools failed. That particular failure is why James Gardner and others pronounced law and development a failure in Brazil (Gardner, 1980). But there is a somewhat related and complicated story of human rights, the activities of the Brazilian Bar Association (the OAB), and the adoption and impact of the 1988 Constitution, which gave a greater role for law and courts and especially for the Ministério Público. These changes were both global and local (Dezalay & Garth, 2002). A generation later, some new schools -- especially those linked to the Getúlio Vargas Foundation in São Paulo and Rio de Janeiro -- also begin to challenge that model with new teaching models.

The question is how to examine these changes sociologically and to relate them to what is happening with empirical legal research in Brazil. For me the starting point for sociological research is an examination of the elite jurists just described -- just as we started with the elite corporate lawyers at the top of the profession in the United States. The elite jurists especially at the traditional law schools led by University of São Paulo are still the most important group in the legal profession in Brazil, which is another way of saying also that they are closely connected to political and economic power in various ways. The question is how have the jurists maintained their power in recent decades. How have they changed in response to challenges such as new legal education, U.S. inspired neo-liberalism, the rise of economists, and globalization, and where if at all does empirical research enter this picture? Did the jurists at one point seem out of date and “behind the times” when economists became so important? Corporate lawyers and elite law schools in U.S. responded to the new power of neo-liberal economics and conservative politics by converting much of the legal establishment to serve it. Certainly there is some evidence of change in the same direction in Brazil, notably with the rise

of corporate law firms. But Brazilian jurists clearly did not make the same conversion that the legal establishment made in the United States.

Here are some stories of importing, retooling and adaptation of jurists in particular from the literature. They can be looked at as preliminary data for a more fully developed analysis.

First, Fabiano Engelmann, a sociologist, specifically questions how the establishment retooled. He argues that the rise of “critical” perspectives on legal education and law in the period after the end of the military regime in the 1990s, which drew on *critiques de droit* from France and the *magistratura democratica* in Italy, inspired efforts to build up the political role of courts. This process began in the south in Porto Alegre among judges (including Gracie Northfleet who translated access to justice) and extended into the legal academy there and later among the traditional schools such as the University of São Paulo. Critical legal approaches became dominant in graduate dissertations and brought life to “legal theory” in the traditional faculties of law. The orientation of the legal theory also connected law graduates to the social movements that could be brought into the courts and litigation. This new knowledge and the new constitution of 1988 helped, he suggests, to retool the legal establishment and a new generation of judges and members of the Ministério Público for an active role engaged with but also opposed to economists and “neo-liberalism” -- “justice opposed to neo-liberalism.” (Engelmann, 2007; 2011).

Second, authors suggest that the reforms in addition to the Constitution of 1988 went with this retooling. In particular, the Brazilian class action, according to a recent article, traces its origins to papers delivered in Italy in the 1970, written among others by Mauro Cappelletti, Michele Taruffo and Vincenzo Vigoriti. It links therefore to what the Access-to-Justice Project could re-export from the U.S. in order to build up the position of courts and lawyers. In Brazil, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover and Waldemar Mariz Oliveira Júnior, according to one study, were the pioneers who facilitated this reform (Lehfeld & Carvalho, 2010; Oliveira & Cappelletti, 2007). Along

with this new focus on a broader role of courts in social regulation came, interestingly from many of the same people, a Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais ostensibly with a focus on empirical research. There is a suggestion worth further research that this was a local change that helped retool and reinforce the position high up in the hierarchy of the “Paulista procedural school” epitomizing the legal elite of jurists (Almeida, 2011). There is a symbiosis perhaps in the relationship of the movement of critical scholarship, the activities of the judges, and the move to build more activism in the courts in part through class actions.

Third, it would be interesting to examine the new constitutionalism, which is again both local and also an import from the United States and Europe. Recent research suggests that Yale’s Seminario en Latinoamérica de Teoria Constitucional y Política (SELA) and in general education within the U.S. played a role in encouraging constitutional activism. Javier Couso, writing about several countries, cites the Europe influence and also says: “the inspiration came from the scores of Latin American legal academics who started to pursue graduate training in law in the United States in the late 1970s, where they were socialized by their liberal North American law professors into the virtues of the legendary Warren Court.” (Couso, 2013). He further notes also that “a final indicator of the rising influence of neo-constitutionalism in Latin America can be seen in the enormous interest that public interest law has sparked in some of the most prestigious law schools of the region ... financial support from U.S.-based foundations ...built a powerful network.” The enhanced role of law and lawyers that travels with this new constitutionalism is clear, he notes, from a shift among groups of scholars from citing Hans Kelsen to citing Ronald Dworkin as the relevant source of legal theory on law and the state. Interestingly, as noted, there is a critique that this is just an elite matter with a new legitimacy. One well known inside critic, Robert Gargarella, says “the old power structure was not disturbed.” (Gargarella, 2015). It was re-legitimated with consequences but still re-legitimated.

There is also evidence of a retooling in relation to the changing global agenda and rise of corporate law fir-

ms as well. These examples do not relate so much to empirical research or access to justice, but I provide them as indications of other trends within notable jurists that also link up to the business side. I use a few examples strictly from web sites to provide hints of what might be happening. One example of a new breed of jurist is Pierpaolo Bottini of USP. From the website in English: “Pierpaolo Cruz Bottini is Ph.D. Professor, Department of Criminal Law, Criminology and Forensic Medicine, Faculty of Law, USP; he is also coordinator of the criminal law course at the Institute of Public Law (Brasília - DF). He has completed a Masters and a Ph.D. at the same University. He is director of economic criminal law of the Brazilian Institute of Criminal Sciences, director of the International Association of Penal Law - Brazilian section, a member of the Jury Prize Innovare. He headed the Department of Judicial Reform of the Ministry of Justice (2005-2007) and the Department of Judicial Modernization of the same Department (2003-2005). He was a member of the National Council of Criminal and Penitentiary Policy and consultant for the Ford Foundation in a project to improve the Brazilian judicial system. Author of books in the area of criminal law such as “Money Laundering”, (with Gustavo Henrique Badaró, São Paulo, RT, 2012), “Crimes of abstract danger and precautionary principle in risk society”, (2nd edition, São Paulo, RT, 2008) and coordinated the works “Judicial Reform” (with Sergio Renault), “Contemporary Criminal Law” (Gilmar Mendes and Eugenio Pacelli), and the “New titles judicial execution”. He has also authored articles and publications in specialized criminal law journals.”⁸ Clearly he exemplifies a classic jurist succeeding in the new global agenda of money laundering and similar issues.

The leaders of the Brazilian arbitration organization (CBAR) seem also to fit a potential profile of adapting to shifts in the economy and state. One scholar in Brazil said that arbitration with notable jurists serving as arbitrators may provide “a substitute for opinions” that have long been key parts of the jurist profile and link to business. The classic kind of opinions reportedly have less value in an internationalized market with sophisticated corporate firms. But serving as an

arbitrator is one way to substitute.

Again, an example from a web site is: “Luiz Olavo Baptista has practised law for almost 50 years and has acted as lawyer, counsel and arbitrator both in Brazil and abroad. He advised international corporations, governments and individuals in matters related to international investments and negotiations, and participated in the drafting of international agreements. He is a member of the ICSID Panel of Conciliators, the Association Française d’Arbitrage and the ICC Commission on Arbitration. He has acted as arbitrator in commercial and investment disputes, in proceedings at the United Nations Compensation Commission, under the MERCOSUR Protocol for the Resolution of Controversies, before ICSID and the ICC International Court of Arbitration both as arbiter and chairman. He also participates in the leading Brazilian arbitration organisations. Mr. Baptista was a member of the WTO Appellate Body (2001-2009), which he chaired in 2008. He was a member of the Permanent Court of Arbitration in The Hague (1996-2002) and in 1998 was designated Special Representative for Brazil in a fact-finding and mediation mission related to trade issues. He is a former president and board member of the São Paulo Bar Association, member of the Federal Council of the Brazilian Bar Association (1981-1983, 1986-1987) and chaired the São Paulo Lawyers Assistance Fund (1983-1985). Mr Baptista received his law degree from the Catholic University of São Paulo in 1964 and his PhD from Paris II University in 1981. He is Doctor Honoris Causa (Lisbon University, 2009). He is a retired full professor of international law at the University of São Paulo Law School. Mr Baptista is fluent in English, Spanish, French, Italian and Portuguese.”⁹

Fourth, the Brazilian Empirical Legal Studies Association (or Network) is a complex mix of challenge to Brazilian tradition, international import, a response to the rise of economists, a desire for international credibility, and perhaps also a retooling of legal elites. Not much more can be said at this point except that the group’s existence, composition, and status remain part of what needs to be explained. I hope that my preliminary framing of the context in

8 <http://whoswholegal.com/profiles/44476/0/olavo%20baptista/luiz-olavo-baptista/>

9 <http://whoswholegal.com/profiles/44476/0/olavo%20baptista/luiz-olavo-baptista/c>

this article will contribute to a better sense of this organization's possible trajectories.

In sum, there is a kind of re-legitimation that these examples suggest which is in part a reorientation to imported approaches that make sense in the Brazilian economic and political context. But the Progressive side remains alive, high in prestige, and resists aspects of neoliberalism. Still, even if a successful retooling, it still seems that empirical approaches are not mainstream within faculties of law of traditional universities (even if there are some counter examples). For example, as one individual noted, the *"infrastructure of the traditional law schools is theory"* -- in contrast perhaps to the infrastructure of Getúlio Vargas at least in São Paulo, which could be more oriented towards empirical research. The research at most traditional law schools remains largely national in focus and theme, consistent with what Engelmann reported as the educational profile and orientation for the judiciary, the Ministério Público, and the OAB (Brazilian Bar Association). Not surprisingly, even though the standards for evaluating publications have tightened and increased in recent years, the criteria remain tilted toward the traditional hierarchy best equipped for theory.

We can tell a kind of story of the retooling of the legal establishment to find another role consistent with largely a domestic focus, some shift in legal theory, more focus on rights, access to justice, and class actions with a niche that in certain ways is against the neo-liberalism perceived to be coming still from the north -- and some retooling toward neoliberalism. It can be seen therefore in one sense as counter-hegemonic even if not really challenging the position of the economists. But not surprisingly, it is also connected to the north through NGOs and public interest law and foundations -- and the circulation of elites attending institutions of higher education. It may therefore also be hegemonic and global in the sense of the focus on legalization and judicialization against the state -- but, again, it is in some sense counter hegemonic as well. The explanation here as elsewhere is that the global and local are two sides of the same coin.

This tentative story may help to explain that the so-

cial movement side of law and society is doing very well in Brazil compared to the U.S. It also helps explain within law why it is relatively hard to find a place in Brazil for detailed empirical research. The approach of jurists even if retooled does not leave much time to produce or much opportunity for reward from empirical research.

What is interesting is that it appears the retooling of jurists in Brazil is very different from U.S. side of corporate lawyers and academic allies that in large part embraced the conservative movement, neo-liberal economics, law and economics, and empirical research strictly related to economics -- experimental studies and behavioral economics in particular. And others do try to keep the progressive side of the legal establishment in the fight, but without the success we see in Brazil.

The story in Brazil is still more complex. But there also is -- partly within new law schools like FGV and perhaps more generally -- a competing and perhaps complementary approach that is not neo-liberal but embraces international -- including international standards, international credibility, and seeking to build an empirical research infrastructure, which arguably requires full-time faculty so pushes against the traditional jurist. The challenge here is to operate within global markets as compared to strictly local scholarly markets, including neo-liberal issues, in the sense that those are the transnational rules and hierarchies, but they are also seeking to be counter hegemonic in two ways. One is seeking to get space in the global market by playing by and modifying rules -- international standards, even legal theory, WTO law, corporate law perhaps -- to take Brazilian perspectives and interests -- and the south more generally -- into account. It is also potentially counter hegemonic in the sense of challenging the hierarchy of jurists perhaps -- maybe at some point raising the stakes for what a law professor must be to succeed.

To conclude, we can compare the rise of socio-legal studies and its orientation in the two places, which I have tried to do in parts one and two; and/or we can try to relate these developments to challenges and responses to a structure of power where the role of

law is linked to a hierarchy in which in the U.S. elite corporate law is on top and in Brazil where elite jurists are on top -- and each of the elites is embedded in the structure of legal education, economic, state, and even familial power.

students.



Adaptive and entrepreneurial responses to globalization as a largely neoliberal project have ultimately modified and likely strengthened the role of legal establishments in both places. But also, to oversimplify, combinations of global and local have served to privilege progressive law and society in Brazil but not so much empirical research, while in the United States privileging the empirical side but not so much progressive law and society.

6 Epilogue

I could not resist closing with a few suggested avenues for Brazilian empirical research in addition to the ones implicit in my own tentative efforts. They reflect my own interests but I mention them for what they are worth.

- 7. Legal education can be examined as a potential battleground that stretches at least back to law and development in the 1970s. The challenges to the traditional law schools and responses to that challenge are worth studying.
- 8. How is the empirical legal studies movement and its allies developing a body of work -- how courts operate, access to justice, etc.? And what are the institutional ways to encourage it given that it is certainly not mainstream in law in Brazil. What is the infrastructure for activities including think tanks and alliances with economists and others?
- 9. What is happening not just at the top of the legal profession but below -- the questions that link to the After the J.D. study of the careers of a sample of all U.S. lawyers -- a project that I have worked with for more than 15 years? Issues include: satisfaction versus race and social class, law school, corporate jobs. In the U.S. the project reminds us both of elite reproduction and legitimacy and a slow opening up that provides both legitimacy and change. I wonder how this would apply to Brazil with 1200 law schools and some 736,000

7 References

- Dezalay, Y. and Garth, B. G. (2002). *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. University of Chicago Press.
- Shamir, R. (1995). *Managing Legal Uncertainty: Elite Lawyers in the New Deal*. Duke University Press.
- Garth, B. G. & Sterling, J. (1998). From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State. *Law and Society Review*, 32, 409-472.
- Galanter, M. (1975). Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Law and Social Change. *Law and Society Review*, 9, 95-160.
- Carlin, J., Howard, J & Messinger, S. (1967). *Civil Justice and the Poor*. Russell Sage.
- Lopes, J. R. de L. & Freitas Filho, R. (2014). Law and Society in Brazil at the Crossroads: A Review. *Annual Review of Law and Social Science*, 10, 91-103.
- Cunha, A. dos S (2015). *Empirical Legal Research in Brazil*. Presented at Law and Society Annual Meeting, Seattle, May 2015.
- Dezalay, Y. & Garth, B. G. (2010). *Asian Legal Revivals: Lawyers in the Shadow of Empire*. University of Chicago Press.
- Garth, B. G. (forthcoming). *The Florence Access-to-Justice Project in Law and in Context: Mauro Cappelletti as Importer, Exporter, and Academic Entrepreneur*.
- Nicola, F. G. (forthcoming). The Global Diffusion of U.S. Legal Thought: Waning Influence, National Security and Legal Education in Crisis. In D. Bonilla (Ed.), *Constitutionalism in the Americas*, New York: Cambridge University Press.
- Gardner, J. (1980). *Legal Imperialism*, University of Wisconsin Press.
- Dezalay, Y. & Garth, B. G. (2002). *The Internationalization of Palace Wars*, University of Chicago Press.
- Engelmann, F. (2007). Diversification de l'espace juridique et invention de la "critique du droit" au Brésil dans les années 1990. *Ed. jurídicas associées*, 65(1), 153-169.
- Engelmann, F. (2011). O espaço jurídico brasileiro e as condições de uso do capital internacional.
- Lehfeld, L. de S. & Carvalho, N. C. B. de (2010). Ativismo Judicial na Execução da Sentença Coletiva. *Diritto brasiliano*.
- Almeida, F. de (2011). Inherited Capital and Acquired Capital: The Socio-Political Dynamics of Producing Legal Elites. *Brazilian Political Science Review*.
- Couso, J. (2013). The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America. In J. Couso and A. Hunees (Eds.), *Cultures of Legality: Judicialization of Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2015). Too Much "Old" in the "New" Latin American Constitutionalism, <http://www.law.yale.edu/intellecualife/SELA.htm>

Data de submissão/Submission date: 16.10.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 4.12.2015

VETORES, DESAFIOS E APOSTAS POSSÍVEIS NA PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO NO BRASIL // *Fabio de Sá e Silva*¹

Palavras-chave:

pesquisa / empiria / direito / sociedade / epistemologia

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

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 A emergência da PED: vetores**
 - 2.1 A exaustão do positivismo jurídico
 - 2.2 A reforma do ensino jurídico
 - 2.3 A consolidação de uma ordem jurídico-política democrática e a apropriação do direito por outros atores acadêmicos e sociais
 - 2.4 O chamado das políticas públicas
 - 2.5 A globalização
- 3 Desafios atuais da PED**
 - 3.1 Desafios epistemológicos
 - 3.2 Desafios procedimentais (métodos e ética)
- 4 Uma aposta em PED: a construção social da legalidade na administração pública**
- 5 Considerações finais**
- 6 Referências**

Resumo

Estimulante, inspirador, alentador. Assim pode ser visto o horizonte da pesquisa empírica em direito no Brasil atual. Mas eventual interesse em celebrar ou promover essa condição não deve ocultar os obstáculos históricos e estruturais contra os quais ela foi erigida, tampouco arrefecer o exercício da nossa consciência crítica sobre os desafios com os quais a PED se defronta para se afirmar no tempo e no espaço – muitos dos quais, aliás, derivam exatamente das novas circunstâncias e, por isso mesmo, apenas muito lentamente se fazem enxergar. Este artigo busca contribuir com essa reflexão. Para tanto, baseado em revisão de literatura, coleta de dados primários, e em aspectos da experiência pessoal do autor, o texto examina o que chama de vetores, desafios e apostas possíveis na PED no país.

1 Graduado (USP) e Mestre (UnB) em Direito; Ph.D. em Direito, Política e Sociedade (Northeastern University, EUA); pós-doutor pelo Centro de Profissões Jurídicas da Harvard Law School. É Técnico de planejamento e pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Research Fellow no Centro de Profissões Jurídicas da Harvard Law School. O autor agradece à CAPES pelo apoio concedido a estágio pós-doutoral do qual resultou este texto, bem como aos pareceristas anônimos que o avaliaram.

DRIVING FORCES, CHALLENGES, AND POSSIBLE VENTURES IN SOCIO-LEGAL (EMPIRICAL LEGAL) RESEARCH IN BRAZIL // *Fabio de Sá e Silva*

Keywords:

research / empiricism / law / society / epistemology

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

Abstract

In Brazil, socio-legal (empirical legal) research (SL/ELR) has become an exhilarating, inspiring, and encouraging scholarly terrain. Yet, the chance to celebrate this condition shall not blind us to the historical and structural obstacles against which it was erected, nor shall it prevent us from critically assessing the challenges SL/ELR still faces ahead in order to get established – many of which, in fact, stem from new circumstances and, therefore, are not yet completely understood. This article seeks to contribute to such discussion. Through a review of the literature, primary data collection, and aspects of the author's own experience, it examines what it calls driving forces, challenges, and possible ventures in socio-legal (empirical legal) research.

1 Introdução

A pesquisa empírica em direito (PED) vive momento especialmente fértil no Brasil. O aparecimento de comunidades epistêmicas organizadas, com encontros anuais;² o lançamento de periódicos especializados; e a maior disponibilidade de recursos para projetos – em alguns casos bastante complexos e ambiciosos –, a partir não apenas das agências de fomento em ciência e tecnologia, mas também de órgãos do Executivo e do Judiciário envolvidos com o planejamento e a execução de políticas públicas, são alguns dos principais indicadores desse *momentum*.

Juntos, esses fatores ajudam a delinear um quadro que muito se distingue daquele que, há não mais que duas décadas, parecia ser o das práticas hegemônicas na produção e difusão do conhecimento jurídico no país: o da confusão entre sucesso no mundo profissional e excelência acadêmica; do uso de textos legais e doutrinários como fonte exclusiva dos trabalhos; do apoio em argumentos retóricos e falácias de autoridade como principais procedimentos analíticos; e da valorização dos manuais como instrumentos *tout court* para a comunicação dos resultados de tais esforços cognitivos.

O resultado tem sido não apenas a proliferação de PEDs envolvendo temáticas, abordagens, técnicas e alcances os mais variados – o que, por si só, já mereceria a nossa atenção –, mas também uma grande dinamização da academia jurídica, mediante a formação de novas redes e alianças; a emergência de uma nova gramática e agenda de preocupações, em que têm forte destaque, por exemplo, questões

ligadas ao método; e o questionamento dos sistemas de reconhecimento e prestígio dominantes, com um chamado à profissionalização da atividade científica.

Estimulante, inspirador, alentador. Assim pode ser descrito, afinal, o horizonte da PED por quem atua diretamente ou acompanha de perto, como colaborador, interlocutor ou crítico externo, o que vem sendo produzido no contexto das PEDs.

Mas eventual interesse em celebrar ou promover essa condição não deve ocultar os obstáculos históricos e estruturais contra os quais ela foi erigida, nem arrefecer o exercício da nossa consciência crítica sobre os desafios com os quais a PED se defronta para se afirmar no tempo e no espaço, muitos dos quais, aliás, derivam exatamente das novas circunstâncias e, por isso mesmo, apenas muito lentamente se fazem enxergar.

Este artigo busca contribuir com tal reflexão. Para tanto, baseado em revisão de literatura, coleta de dados primários, e aspectos da experiência pessoal do autor atuando nas várias frentes que compõem o horizonte da PED no Brasil dos últimos 15 anos, o texto examina o que designa por vetores, desafios e apostas possíveis na PED no país.

Os argumentos estão divididos em quatro seções, além desta introdução. A seção 2 resgata elementos históricos que respondem pelo fortalecimento da PED no Brasil, depois de décadas em que esta foi marginalizada e até mesmo desqualificada pela academia, em especial a jurídica.

A seção 3 destaca questões problemáticas que a PED, no entanto, sempre teve de confrontar. Se no momento atual a emergência de uma comunidade mais organizada e profissionalizada em torno da PED permite que ela se apresente com mais força frente às resistências “externas”, nem por isso é possível esperar que, sozinha, ela dê conta de questões que, em outras ocasiões, tenderam a dividir esse mesmo bloco “internamente”.

A seção 4 compartilha com os leitores estratégia de organização de PED que tenho buscado utilizar em um dos meus mais recentes projetos, no qual, ainda

2 A referência é a coletivos como a Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED) ou a Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (AbraSD). A REED mantém esta Revista, atualmente no terceiro volume, e seu IV Encontro, realizado em Brasília, em 2014, teve 80 trabalhos recebidos e 40 aprovados. Além disso, a REED tem realizado seminários e cursos regionais. A AbraSD possui 267 associados e mantém um periódico, a Revista Brasileira de Sociologia do Direito, cujo volume inaugural foi publicado em 2014. O V Congresso da AbraSD, em 2014, teve 197 trabalhos aprovados. Ambos os coletivos realizaram encontros em 2015, sendo que o VI Congresso da AbraSD também foi integrado ao Congresso do *Research Committee on Sociology of Law* da *International Sociological Association* (ISA/RCSL), mas ao tempo da finalização deste artigo os dados sobre participantes e submissões para estes eventos ainda não estavam consolidados (Fontes: <<http://reedpesquisa.org/>> e <<http://www.abrasd.com.br/>>. Elaboração do autor).

que inconscientemente, me senti demandado a oferecer respostas práticas a muitos dos desafios que esbocei nas seções precedentes. A seção 5, então, traz considerações finais.

2 A emergência da PED: vetores

Em seu uso mais corrente – linguagem “nativa” dos sujeitos nela engajados –, PED remete a uma maneira de apreender o direito que passa pela *coleta e análise sistemáticas de dados da realidade* (social, política, cultural, econômica, institucional, etc.). Em princípio, portanto, o eixo da definição tem caráter *metodológico*. Qualifica-se como PED todo processo cognitivo informado ou mediado por instrumentos como pesquisas *survey*, entrevistas, observação direta ou participante, etc..³

Decisões metodológicas, porém, são sempre baseadas em pressupostos epistemológicos. Há diferentes razões, assim como diferentes objetivos a partir dos quais alguém entende ser válido e adequado apreender o direito desta ou daquela maneira. E como a ciência é uma prática social, tais pressupostos não podem residir apenas na consciência individual de cada pesquisador, mas devem ser minimamente compartilhados por comunidades ampliadas (Kuhn, 1970). A formação destes (sempre precários) consensos, por sua vez, é mediada por fatores sociais, políticos, econômicos, culturais, etc. (Kuhn, 1970; Santos, 1989). Esta seção identifica cinco desses vetores: (i) a exaustão do positivismo jurídico; (ii) a reforma do ensino jurídico; (iii) o chamado das políticas públicas; (iv) o advento da democracia e a apropriação do direito por outros atores acadêmicos e sociais; e (v) a globalização.

3 Nesse sentido, pode haver confusão com o tratamento do tema nos EUA, onde a principal sociedade científica constituída em torno de “estudos empíricos em direito”, a *Society for Empirical Legal Studies* (SELS), baseada na Escola de Direito da Universidade de Cornell, costuma atrair pesquisadores com abordagem mais quantitativa. A *Law and Society Association* (LSA) e a noção de pesquisa em Direito e Sociedade (*Law and Society* ou L&S) parecem se aproximar mais do que se faz no Brasil a título de PED, embora também não seja possível estabelecer identidade entre L&S e PED. Para maiores informações sobre a SELS, consulte <<http://www.lawschool.cornell.edu/SELS/>>. Para maiores informações sobre a LSA e o paradigma L&S, consulte <www.lawandsociety.org>.

2.1 A exaustão do positivismo jurídico

A expressão positivismo jurídico comporta duas acepções. A primeira, vinculada à filosofia e à teoria geral do direito, remete ao esforço de racionalização do conhecimento jurídico levado a efeito ao longo dos séculos XIX e XX, como parte das transformações nas práticas científicas e filosóficas que dão início à modernidade. Assim como em inúmeras outras áreas do conhecimento, este esforço tem início com a tentativa de se definir um *objeto* e um *método* próprios à investigação (jurídica), a partir dos quais o *jurista* – ator social agora legitimado pela academia e pelas instituições políticas como detentor da prerrogativa de falar sobre o direito – deve empreender esta tarefa (Kelsen, 2005; Hart, 1961; Ferraz Jr., 2003).

Frente a esse desafio, o positivismo estabelece que *normas* e *ordenamento* jurídicos são os objetos centrais do conhecimento do direito. Distinguindo normas jurídicas de outras normas – por exemplo, as leis morais ou da natureza –, o positivismo destaca que as primeiras são *postas* pelo poder político instituído. Este processo, no entanto, deve ser autorizado por normas anteriores até os limites da Constituição. O *ordenamento* é o conjunto de normas jurídicas assim *positivadas*. E como toda norma jurídica tem o seu fundamento de validade em normas anteriores, o ordenamento é marcado por atributos como os de coerência, completude e unidade lógica (Kelsen, 2005; Hart, 1961; Ferraz Jr., 2003).

Na medida em que assim estabelece e caracteriza as *normas* e o *ordenamento* como objetos do conhecimento jurídico, o positivismo também delimita os termos (métodos) pelos quais o sujeito deve com eles se relacionar. Ao fazê-lo, o positivismo impõe duas exigências epistemológicas ao jurista. Por um lado, este deve cingir-se ao exame da ordem normativa emanada a partir do Estado – a forma pela qual o poder político passou a ser exercido na modernidade, em contraste com formas mais tradicionais ou místicas, típicas de sociedades pré-modernas. O direito, em suma, só pode ser encontrado em leis, decretos, portarias, sentenças, acórdãos, etc. Por outro lado, o conhecimento da ordem normativa assim delimitada deve ter por finalidade última e exclusiva a identificação dos deveres que ela objetivamente estatui (Kelsen, 2005; Hart, 1961; Ferraz Jr., 2003).

Em outras palavras, é como se o ordenamento jurídico contivesse *verdades objetivas*, na forma de permissões ou proibições de condutas humanas, as quais incumbe ao jurista conhecer e explicitar. O conhecimento de tais verdades deve se dar por expedientes analíticos exclusivamente *internos* ao sistema de normas de direito positivo (do Estado). E sua explicitação deve se dar pela enunciação de proposições *descritivas* da vigência e do alcance das normas que integram tal sistema. Preocupações sociais, econômicas, culturais ou institucionais (preocupações da ordem do *ser*) extrapolam o que se espera de um empreendimento intelectual eminentemente jurídico. *Críticas* ao conteúdo do sistema, por sua vez, ingressam no terreno da *política jurídica*, tarefa inapropriada e indesejável para o jurista.

Em uma segunda acepção, positivismo jurídico remete a um conjunto mais localizado (e bem mais grosseiro) de práticas acadêmicas e profissionais, as quais, por razões variadas, tiveram grande disseminação nas Faculdades de Direito e na estrutura de Estado no Brasil e nos países da América Latina. Tais práticas envolvem a reprodução irrefletida de textos legais e construções discursivas, as chamadas obras doutrinárias, as quais são tomadas como expressão incontestada da verdade jurídica.⁴

Ao final do século XX, este conjunto de atitudes e concepções acerca do conhecimento e do ensino do direito se torna objeto de diversos questionamentos. Estes têm natureza paradigmática e funcional, como se aborda a seguir.

Novos paradigmas

Da metade para o final do século XX, a filosofia e as ciências sociais julgaram impossível seguir concebendo o conhecimento do direito como tarefa meramente analítica e descritiva (Wittgenstein, 1995, 2003, 2006; Strout, 2005; Glock, 1997; Pitkin, 1993;

⁴ Embora a segunda acepção do positivismo jurídico em tese possa existir independente da primeira, na experiência brasileira é difícil distinguir uma da outra. Ao contrário, o positivismo rasteiro das práticas acadêmicas e profissionais sempre se reproduziu com pretenso apoio nos fundamentos do positivismo filosófico e epistemológico, procurando afirmar a autoridade de suas fontes e método em função de sua suposta autenticidade jurídica.

Gadamer, 1983, 1999, 2001, 2004). O estudo das normas e do ordenamento jurídicos passava a ser visto como um processo de inexorável *atribuição de sentido*. Produzia-se, assim, uma distinção entre *texto* e *norma*, na qual o primeiro se tornava apenas um ponto de partida para a enunciação da segunda. Ainda que pudesse pretendê-lo, portanto, o jurista não mais era visto como alguém capaz de *explicitar o conteúdo objetivo* de uma ordem jurídica. Ao contrário, ele passava a ser visto como alguém que *constrói discursivamente* tal conteúdo, na medida em que se debruça sobre os termos desta mesma ordem jurídica (Viehweg, 1979; Ferraz Jr., 2003; Habermas, 1996, 1998, 2002, 2003; Dworkin, 1999, 2000, 2002).

Esta nova condição deu ensejo a importantes movimentos de renovação na teoria e na metodologia do direito. Nos EUA, por exemplo, os chamados estudos jurídicos críticos (*critical legal studies*) tomaram-na como base para lançar a tese, bastante radical, de que ordens jurídicas (ou seja, direito positivo do Estado) são, em princípio, vazias de significado (*legal indeterminacy*). Assim, a determinação da vigência e do alcance de uma norma constitui invariavelmente um ato de poder (Unger, 1976, 1983; Kennedy, 1997; Gordon, 1988; Tushnet, 1996). Partindo desta tese, os *crits* atribuíram ao jurista a tarefa de *desconstrução* das doutrinas e decisões jurídicas vigentes, para denunciar suas contradições, fragilidades e, em especial, seus interesses ocultos. A proposta é muito semelhante à que, na América Latina dos anos 1970, notabilizou o argentino Luís Alberto Warat (1977, 1981, 1994a, 1994b, 1995, 2004) e sua semiologia do poder.

Tanto os *critical legal studies* quanto a semiologia política de Warat tiveram influência limitada nas Faculdades de Direito, sendo rapidamente estigmatizados como movimentos estéreis, nos quais a crítica se justificava apenas pela crítica. Não obstante, seus pressupostos alimentaram correntes que valorizaram as dimensões hermenêuticas e pragmáticas da produção do conhecimento jurídico.

Nestas propostas intermediárias entre a crítica e o compromisso em relação ao positivismo, o estudo das normas e do ordenamento jurídicos foi situado no âmbito de práticas interpretativas e da produção de enunciados com pretensão vinculante que, por

sua vez, visam reafirmar a vigência da ordem jurídica (posta). Para dar conta desta nova tarefa, o jurista deveria enfrentar tensões não presentes nas formulações canônicas do positivismo, tais como entre *texto* e *contexto* (Habermas, 1996, 1998, 2002, 2003; Dworkin 1999, 2000, 2002) ou entre *passado* e *futuro* (Luhmann, 1982, 1983; Araújo Pinto, 2002; Carvalho Neto, 1999, 2001; Rocha, 2003; De Georgi, 1998; Campilongo, 2011).

Velhas disfunções

Mas se na acepção teórica e filosófica do positivismo os questionamentos derivaram de uma *crise de premissas*, na acepção prática e profissional eles derivaram de uma *crise de funcionalidade*. Confrontadas com novos perfis de conflito, sobretudo no contexto da redemocratização do país, as soluções jurídicas indicadas pelos tradicionais manuais de direito ou sugeridas pela literalidade da lei não se mostravam suficientes.

Casos notáveis, por exemplo, foram os das ocupações de terras e prédios de apartamento em pressões por reforma agrária ou urbana, ou das greves de trabalhadores em grandes centros urbano-industriais, todos impossíveis de serem equacionados a partir das noções de contrato e propriedade amplamente difundidas em uma cultura jurídica informada por aquelas fontes e métodos.

Tais questionamentos desencadearam três rupturas consideráveis nas formas de produção do conhecimento e do ensino jurídico. A primeira se refere ao aumento da relevância e da influência da sociologia jurídica, particularmente na vertente de estudos sobre eficácia e efetividade da ordem jurídica (posta), ou seja, sobre a distância entre o *direito dos livros* e o *direito em ação* ou entre *law in books* e *law in action*. São expoentes dessa época, por exemplo, os estudos de Santos sobre o pluralismo jurídico a partir do antagonismo entre o direito da favela e o direito do asfalto, com base em pesquisa de campo na atual comunidade do Jacarezinho, no Rio de Janeiro (1977, 1980a, 1980b, 1995, 2013); de Falcão (1984) sobre conflitos de propriedade a partir das lutas pela apropriação do espaço urbano do Recife; ou de Faria (1984, 1988, 1989a, 1989b, 1991) sobre os limites do Poder Judiciário e de uma cultura jurídica liberal-

-burguesa diante das múltiplas crises que acompanham o fim do regime militar.

Nas duas outras rupturas, a rejeição à perspectiva eminentemente *descritiva* do positivismo se associa à solidariedade com grupos oprimidos, visando fazer da produção do conhecimento do jurídico um componente de lutas por mudanças sociais. Observa-se, assim, uma crescente adesão a abordagens explicitamente engajadas, como a pesquisa-ação ou a observação participante, em geral associadas a novas correntes teóricas, como o direito alternativo, de Arruda Jr. (1991, 1992) e Carvalho (1992, 1997, 1998; ver ainda Andrade, 1996; e Souto, 1997); a dialética social do direito, de Lyra Filho (1980, 1982, 1983, 1985); e seu sucessor *O Direito Achado na Rua*, de Sousa Jr. (1984, 1990, 1993, 1997, 1998, 2003). Observa-se ainda uma diversificação da academia e das profissões jurídicas, mediante o surgimento de grupos interessados em questionar a função social do conhecimento jurídico, como a Associação de Juizes para a Democracia (AJD)⁵ e a Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP).⁶

Obviamente, estes movimentos não foram suficientes para uma completa superação do positivismo.⁷

5 “A AJD, entidade civil sem fins lucrativos ou interesses corporativistas, tem objetivos estatutários que se concretizam na defesa intransigente dos valores próprios do Estado Democrático de Direito, na defesa abrangente da dignidade da pessoa humana, na democratização interna do Judiciário (na organização e atuação jurisdicional) e no resgate do serviço público (como serviço ao público) inerente ao exercício do poder, que deve se pautar pela total transparência, permitindo sempre o controle do cidadão” (<http://www.ajd.org.br/quem_somos.php>, acesso em 10 Mar. 2015).

6 “A Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP) é uma articulação descentralizada, sem hierarquia, articulada em nível nacional e organizada de forma horizontal. Tem por objetivo dar suporte técnico, agilizar e otimizar a prestação da assessoria jurídica aos movimentos sociais e resgatar a utopia da advocacia voltada para os interesses das causas populares. Esta experiência nasceu com a necessidade de agregarmos e aglutinarmos os/as profissionais do direito para melhorar a prestação do trabalho de assessoria jurídica, debatendo e esclarecendo as estratégias na defesa jurídica processual, especialmente nas questões criminais e cíveis, resultantes da luta pela reforma agrária, posseiros e pequenos agricultores” (<http://www.renap.org.br/index/quem_somos>, acesso em 10 Mar. 2015).

7 Para tanto, seria necessário colocar em questão a outra premissa do positivismo jurídico, qual seja, a do monismo e da equivalência que este estabelece entre *direito* e *Estado*, o que nem mesmo a radicalidade dos *critical legal studies* ou da semiologia do direito

No entanto, serviram para expandir os horizontes do que se considerava pesquisa jurídica legítima. Em termos teóricos e epistemológicos, aquilo que até então integrava mundo do *ser* – e por esta razão era tido como impertinente ao conhecimento do direito –, agora se tornava parte útil, relevante, ou mesmo indispensável aos expedientes pelos quais se determina a vigência e o alcance do *dever ser*. E transformar o direito, parodiando Marx e Engels, tornava-se tão relevante quanto interpretá-lo (Marx & Engels, 1986).

2.2 A reforma do ensino jurídico

Se a exaustão teórica e funcional do positivismo permitiu a multiplicação de discursos e práticas legítimas em relação ao *que é saber direito*, com a valorização do conhecimento de aspectos até então situados no plano do *ser*, a reforma do ensino jurídico permitiu que tais discursos e práticas pudessem se difundir e se enraizar nas Faculdades de Direito.

A expressão *reforma do ensino jurídico* remete ao processo conduzido a partir dos anos 1990, inicialmente liderado pela Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela Comissão de Especialistas de Direito do Ministério da Educação (MEC). Tal processo foi estruturado por meio de diversos debates e seminários, dos quais resultou a elaboração de novas diretrizes curriculares para os cursos jurídicos, em substituição ao currículo mínimo vigente desde 1972. Estas diretrizes foram inicialmente consolidadas na Portaria MEC n. 1.886/1994, mais tarde substituída pela Resolução CNE n. 09/2004.⁸

de Warat trataram de empreender. Isto só veio a ocorrer pela via do pluralismo jurídico, o qual, por razões ligadas à organização do argumento, será abordado apenas mais adiante. É óbvio que, por representar a fronteira da compreensão moderna de direito, o pluralismo é cercado de desconfianças nas Faculdades de Direito. Não fosse o bastante, há que se ter em mente as pressões concorrentes pela manutenção da centralidade do positivismo jurídico em sua acepção mais grosseira, como é o caso dos concursos jurídicos.

8 A década que separa a edição da Portaria MEC n. 1.886/1994 e a homologação da Resolução CNE n. 09/2004 é marcada por várias ameaças à reforma. Inicialmente, o próprio MEC postergou o início da vigência da Portaria n. 1.886/1994. Depois, em função de mudança de arranjo interno do Ministério, que deslocou para o Conselho Nacional de Educação a prerrogativa de editar diretrizes curriculares, este órgão proferiu o Parecer n. 146/02, descartando mudanças promovidas pela Portaria MEC n. 1.886/1994 e em alguns casos até mesmo retrocedendo em relação ao currículo mínimo de 1972, ao permitir, por exemplo, que o curso de direito pudesse ser concluído em três anos. Como resultado, instaurou-

A elaboração e o conteúdo das diretrizes têm merecido trabalhos inteiros, aos quais o leitor interessado depois poderá recorrer (Porto, 1999; Felix, 2001; Oliveira, 2004; Sá e Silva, 2007; Sousa Jr., 2002a, 2002b). Para os limites deste artigo, cabe destacar três aspectos deste processo: o estabelecimento de novos princípios; de novas possibilidades de arranjos disciplinares; e de novos instrumentos para a mediação das relações de ensino/aprendizagem.

Novos princípios

Influenciada por críticos ao positivismo jurídico, inclusive e especialmente em sua expressão mais grosseira, a reforma do ensino jurídico teve como um de seus principais pontos o estabelecimento de novos princípios orientadores da relação de ensino-aprendizagem em direito. Ao invés das aulas-conferência e da leitura do Código como fonte primária de dados para a compreensão deste objeto, as novas diretrizes buscaram assentar tal processo em uma sofisticada combinação de atividades.

Em termos concretos, dois elementos presentes na Portaria MEC n. 1.886/1994 e repetidos na Resolução CNE n. 09/2004 ilustram esta mudança: a integração entre ensino, pesquisa e extensão, inclusive com a participação da pós-graduação, se presente na instituição; e o diálogo entre teoria e prática.

No primeiro caso, a intenção era superar uma perspectiva de formação que se alimenta das próprias tradições e hierarquias, abrindo-a para a complexidade do mundo e das relações sociais. Já no segundo, buscou-se desmistificar a tradicional equivalência entre prática jurídica e prática forense, dando margem a outras possibilidades de apropriação da experiência jurídica.

-se agudo conflito entre o CNE e os atores sociais que haviam se engajado na reforma do ensino jurídico, incluindo a impugnação judicial do Parecer n. 146/02. A elaboração da Resolução CNE n. 09/2004 foi parte de um processo de negociação, mediado pela Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI), que buscou reduzir as assimetrias entre a visão do CNE e o acúmulo produzido pelos setores reformistas no âmbito da formulação da Portaria MEC n. 1.886/1994.

Novas possibilidades de arranjos disciplinares

Além disso, a reforma introduziu flexibilização e/ou esgarçamento dos limites disciplinares no conhecimento e no ensino do direito. O objetivo era combater uma herança de encapsulamento arraigada não só na relação entre disciplinas dogmáticas e não-dogmáticas,⁹ mas entre as próprias disciplinas dogmáticas (por exemplo, entre direito substantivo e processual). Esta inovação se deu pela recusa de fixação de um currículo mínimo, como em 1972, em favor, ao invés disto, de uma lista de *conteúdos obrigatórios* originalmente elencados em forma de *matérias*.¹⁰

A relevante distinção entre *matérias* e *disciplinas* deixava claro que as instituições teriam liberdade de compor a grade curricular da maneira que entendessem mais conveniente para que os conteúdos das primeiras pudessem ser trabalhados. Não por outro motivo, as concepções adotadas pela Comissão de Direito do antigo Exame Nacional de Cursos para avaliar as instituições à época de vigência da Portaria MEC n. 1.886/1994 considerava esta normativa como:

Estruturada na sua linguagem e nos seus conceitos em conformidade com as demandas correntes do ensino jurídico do Brasil, e suficientemente plástica para admitir a criatividade e singularidade de projetos pedagógicos aptos a traduzir os novos paradigmas de formação jurídica em nosso país.

9 A expressão dogmática, neste texto, se refere à forma de conhecimento jurídico correspondente ao positivismo, cujo objetivo, portanto, é o da determinação da vigência e do alcance de normas a partir de textos e outras fontes autorizadas pelo próprio ordenamento. Trata-se de tomar o direito posto como ponto de partida inquestionável (dogma), sendo certo, porém, que “o jurista, ao se obrigar aos dogmas, parte deles, mas dando-lhes um sentido, o que lhe permite certa manipulação. Ou seja, a dogmática jurídica não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é função da dogmática” (Ferraz Jr., 2003, p. 49).

10 A Resolução CNE/CES n. 09/2004 vai além e, enunciando balizas para a elaboração dos projetos institucionais de oferta do curso, incorpora às diretrizes seções prescritivas sobre o “perfil do graduando”, “habilidades e competências”. Isto abre possibilidades para uma abordagem educacional completamente nova, em que o conteúdo (matérias) deve ser pensado em conjunção com as “habilidades e competências”, ou seja, com problemas concretos relacionados à função social do profissional do direito.

Para concluir:

Nesta plasticidade, (...) a Portaria n. 1.886/94 sequer faz referência a currículo mínimo, senão a diretrizes curriculares que não se confundem com aquele, conteúdos mínimos, compreendendo matérias, que podem estar contidas em disciplinas mas que com elas também não se confundem (INEP/MEC, 1998).¹¹

Além disso, há que se registrar, a partir da Portaria MEC 1.886/94, o advento pioneiro de um eixo de formação fundamental para o jurista, integrado por matérias até então marginalizadas no cotidiano das Escolas de Direito. Economia, Sociologia, Filosofia e Ciência Política apareceram em pé de igualdade com temas da dogmática e mais tarde foram ampliados pela Resolução CNE/CES n. 09 para contemplar História, Psicologia e Antropologia.

Novos instrumentos de ensino/aprendizagem

Além de introduzir novos princípios e exigências pedagógicas, a reforma ofereceu às instituições e aos sujeitos atuantes no ensino do Direito algumas indicações instrumentais para a realização de seus propósitos.

Isto ocorreu no que aparece como o terceiro aspecto principal das diretrizes destacado na presente análise: a criação de novos espaços (*loci*) para o desenvolvimento das relações de ensino-aprendizagem. São eles: os Núcleos de Prática Jurídica (NPJs), as Atividades Complementares (ACs) e os Trabalhos de Curso (TCs), todos os quais representam meios hábeis para experimentos didático-pedagógicos favoráveis à PED. NPJs e ACs permitem maior contato de estudantes e professores com a realidade social e jurídica. O eixo de formação fundamental e a perspectiva de interdisciplinaridade viabilizam discussões teóricas e metodológicas consentâneas com a coleta e a análise

11 A distinção entre matérias e disciplinas foi abolida na Resolução CNE/CES n. 09, mas a atuação do Conselho na elaboração deste documento teve como um de seus principais fundamentos a ideia de *flexibilidade curricular*. A interdisciplinaridade, por sua vez, foi incorporada como um dos elementos estruturais do projeto pedagógico dos cursos. Por isto, não é despropositado traçar uma linha de continuidade entre os dois documentos em relação a estes temas.

sistemáticas de dados sobre esta mesma realidade. TCs e ACs, por fim, criam oportunidades para a consolidação das reflexões produzidas em função deste novo arcabouço.

Vinte anos após a reforma, quase não há estudos voltados a estimar o impacto desta na organização dos cursos e das Faculdades de Direito. Não parece que as possibilidades de inovação contidas nas novas diretrizes curriculares foram aproveitadas plenamente, salvo poucos casos em que houve investimento de tempo, recursos e energia organizacional para a inovação. Ainda assim, parece evidente que alguns aspectos das novas diretrizes curriculares, como os aqui destacados, legitimam e fortalecem interesses e práticas voltados à PED, especialmente entre professores mais jovens e novas gerações de alunos.

2.3 A consolidação de uma ordem jurídico-política democrática e a apropriação do direito por outros atores acadêmicos e sociais

A relação entre positivismo e autoritarismo sempre esteve na base das principais críticas àquele paradigma (Warat, 1981, 1982; Lyra Filho, 1980, 1985; Sousa Jr., 1984; Faria, 1984, 1988). Não se tratava, com isto, de sugerir associação intrínseca entre ambos, mas de destacar o fato de que, em países como o Brasil, a reprodução do positivismo se mostrava funcional à manutenção de práticas políticas autoritárias. Ao disseminar acriticamente enunciados normativos que refletiam interesses das elites – as únicas com acesso ao poder político –, afirmando-os como verdades jurídicas em função da pretensa autoridade de seus intérpretes, o “senso comum teórico dos juristas” (Warat, 1982) não apenas reproduzia relações sociais hierarquizadas, como também contribuía para ocultar o conteúdo e a permanência destas relações. O direito, em suma, cumpria funções essencialmente ideológicas, no tradicional sentido marxista de como falsa consciência da realidade e elemento de alienação social.

O advento de uma ordem democrática, que tem como marco a Constituição de 1988, traz variados impactos sobre o conhecimento e o ensino do direito. Três são destacados nesta seção: novos *inputs*, exigindo novos *outputs*; novas apropriações sociais;

e novas apropriações acadêmicas do direito.

Novos inputs exigindo novos outputs

O advento da democracia fez com que o círculo vicioso (para alguns, virtuoso) entre uma ordem social mantida autoritariamente e as certezas jurídicas produzidas pelo positivismo desse lugar à tensão, característica de sociedades democráticas, entre o *instituído* e o *instituinte*. Liberdades básicas garantidas pela CF, como de expressão, reunião e organização intensificaram disputas pelo acesso a bens materiais e, mais tarde, simbólicos. Muitas vezes, estas disputas desafiaram juízos normativos e práticas jurídico-institucionais consolidadas. Abria-se então uma oportunidade para divergências e disputas na academia e nas profissões jurídicas, às vezes em torno de questões substantivas ou processuais específicas (internas) da ordem jurídica – por exemplo, o alcance e o conteúdo de medidas de reintegração liminar de posse em ocupações, ou da noção de casamento, em direito de família –, às vezes em torno de questões epistemológicas, ou seja, relativas aos procedimentos pelos quais o jurista deve delimitar o horizonte de possibilidades normativas dentro dos quais aquelas e outras questões devem ser situadas.

É em um contexto como esse, por exemplo, que a corrente de pensamento intitulada *O Direito Achado na Rua* (DANR), estabelecida na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, adquire importância (Sousa Jr., 1993; Sousa Jr. & Aguiar, 1993; Sousa Jr., Molina & Tourinho Neto, 2002; Costa et al, 2009; Sousa Jr., Fonseca & Apostolova, 2012).

Atualmente, graças a leituras imprecisas e depreciativas (embora muitas vezes rasteiras e preconceituosas) sobre o DANR, poucos se dão ao trabalho de re-visitarem suas proposições originais. Nestas, a dialética social do direito de Lyra Filho (1980, 1982, 1983, 1985) aparece como base para se investigar a atualidade de categorias jurídicas (de direito positivo do Estado), tendo em vista o que se entendia serem a expressão de conflitos estruturais pela organização das liberdades nas sociedades capitalistas: as reivindicações de movimentos sociais. Ao examinarem, por exemplo, a luta dos moradores do acampamento Telebrasilândia contra as iniciativas de remoção pelo Governo do Dis-

trito Federal, alegando necessidades de preservação do projeto original do “plano piloto” (Sousa Jr. & Costa, 1998), os pioneiros do DANR suscitaram discussões que apenas décadas depois seriam adequadamente processadas pelas “doutrinas” jurídicas, com a des-sacralização de categorias como *propriedade* e *ordem urbanística*, cujo conteúdo (social e discursivamente construído) era tomado por agentes do estado como fixo e imutável. Tratava-se, porém, em todo caso, de postular pela oxigenação dos procedimentos pelos quais juristas determinavam o alcance e o sentido da ordem normativa estatal, com o reconhecimento das tensões entre esta e práticas de movimentos sociais;¹² jamais de reclamar a supressão desta por uma ou mais ordens normativas não estatais.

Novas apropriações sociais

Mas os impactos da democracia no conhecimento e no ensino do direito não se dão apenas na forma de novos *inputs* sobre o sistema jurídico, forçando a produção de novos *outputs*, senão que sobre a ampliação de interfaces (e tensões) entre o direito e outros sistemas sociais. A ordem democrática impõe não apenas que atores relativamente estranhos à academia e às profissões jurídicas, tais como movimentos sociais ou grupos de interesse, se convertam em ativos demandantes de conhecimento jurídico, mas também que se constituam como polos produtores (ou catalisadores da produção) de tal conhecimento, de perspectiva que, todavia, é assumidamente vinculada a interesses conflitantes.

É aí que surgem, como se destacou, conferências e publicações de “advogados populares” discutindo temas de posse e propriedade na perspectiva da ação de movimentos sociais como o dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e dos Trabalhadores sem

12 Neste sentido, ao reclamar a recuperação do “impulso dialógico e crítico que hoje é fornecido pelas teorias políticas da justiça e pelas teorias críticas da sociedade” para “incluir no Direito Constitucional outros modos de compreender as regras jurídicas” sob pena de que ele se torne “definitivamente prisioneiro de sua aridez formal e de seu conformismo político”, Canotilho emblematicamente registrou: “estamos a referir sobretudo às propostas de entendimento do direito como prática social e os compromissos com formas alternativas do direito oficial como a do chamado direito achado na rua, um importante movimento teórico-prático centrado no Brasil” (1988).

Teto (MTST). Tais eventos e publicações ora colidem, ora convergem com as leituras da academia e das instituições jurídicas oficiais, mas se tornam meios pelos quais a sociedade civil se tornava partícipe da construção de tais possibilidades normativas. Repete-se, em todo caso, um padrão social e histórico, qual seja, o de que as democracias liberais tenham no direito, nas instituições e nas profissões jurídicas alguns dos principais mediadores de conflitos (Tocqueville, 2000; Bourdieu, 1987; Habermas 1996, 1998, 2002, 2003).¹³

E quanto mais a ordem democrática se consolida, mais esses meios se institucionalizam e se diversificam. Na jurisdição constitucional, por exemplo, eles passam a comportar a atuação de organizações da sociedade civil como *amici curiae*, na qual podem deduzir argumentos jurídicos perante os Ministros do STF. Em procedimentos administrativos, em espaços como audiências públicas, Conselhos ou Conferências, é possível e comum que essas organizações opinem sobre a vigência e o alcance de normas (de direito positivo do Estado) e, assim, influenciem interpretações e decisões de autoridades públicas.

O investimento de atores sociais no direito reforça o que a teoria já havia designado como a natureza hermenêutica e pragmática deste, situando-o como resultado de processos argumentativos nos quais, com o objetivo de sustentar suas posições interpretativas sobre a vigência e o alcance de normas jurídicas, as partes e os próprios Juízes mobilizam argumentos e imagens com as quais pretendem convencer terceiros (Viehweg, 1979; Ferraz Jr., 2003; Habermas, 1996, 1998, 2002, 2003; Dworkin 1999, 2000, 2002). Neste sentido, o direito, como objeto de conhecimento, mas também como *medium* pelo qual diferentes interesses se comunicam, se aproxima de uma prática social (Habermas, 1996, 1998, 2002, 2003). Em outras palavras, é como se o direito adquirisse uma nova ontologia, cuja apreensão aconselha, se é que não requer, o acesso ao contexto social no qual normas são negociadas, contestadas ou afirmadas.

13 É claro que isto também gera novos conflitos, como, por exemplo, entre advogados e ativistas, ou entre operadores do direito e classe política.

Quadro 1. Atividades na ANPOCS versando sobre estudos judiciários (2010–2014)

Ano	Evento	Item da Programação	Coordenação	Trabalhos aceitos	Média de público
2010	34º Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS)	Sessão Temática: Judiciário, ativismo e política	Fabiano Engelmann (UFRGS) e Gisele Cittadino (PUCRio)	17	NS/NR
2011	35º Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS)	Grupo de Trabalho: Judiciário e política: teoria e debates contemporâneos	Andrei Koerner (UNICAMP) e Marcus Faro de Castro (UNB)	12	22
2012	36º Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS)	Grupo de Trabalho: Judiciário e política: teoria e debates contemporâneos	Andrei Koerner (UNICAMP) e Marcus Faro de Castro (UNB)	14	20
2013	37º Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS)	Sessão Temática: Instituições judiciais, política e moralidades na democracia	Débora Alves Maciel (Unifesp) e Antonio Cesar Caldeira (Unirio)	9	17
2014	38º Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS)	Grupo de Trabalho: Instituições Judiciais, agentes e repercussão pública	Fabiano Engelmann (UFRGS) e Andrei Koerner (UNICAMP)	13	21

Fontes: Koerner et al.; < www.anpocs.org >. Elaboração do autor.

Novas apropriações acadêmicas

Esta consolidação do direito como *medium* privilegiado de governança das relações sociais, com consenso crescente em torno do “*rule of law*” (Kennedy, 2006; Trubek & Santos, 2006; Santos & Rodriguez-Garavito, 2006), torna as normas, práticas e instituições jurídicas um terreno fértil para críticas oriundas de outras tradições disciplinares. Não sendo mais monopólio dos juristas e tendo se tornado parte de um problema público, o direito começa a atrair a inevitável atenção de outros cientistas sociais. Esta aproximação, por sua vez, se dá em meio a ambiguidades. Por um lado, o direito, as instituições e as práticas jurídicas retornam à agenda de disciplinas como a ciência política, a sociologia e a antropologia,¹⁴ para as quais, aliás, as novas diretrizes curriculares dos cursos jurídicos

(Seção 2.2, supra) ofereciam novas oportunidades de engajamento profissional. Por outro lado, na medida em que são apropriados por estas disciplinas, tais objetos passam por recortes e diluições que derivam da variedade de orientações teóricas e metodológicas às quais agora estão submetidos. O resultado seria a ampliação e a diversificação ainda maiores do horizonte de possibilidades legítimas para a produção de conhecimento em direito: a apropriação do direito por outras disciplinas introduz novas teorias e métodos no cotidiano dos juristas e das Faculdades de Direito, além de encorajar novas alianças e formas de engajamento envolvendo juristas e não juristas.

Obviamente, alguns aspectos do direito (agora possível de ser concebido não apenas como sistema de normas, mas também como conjunto de relações sociais ou forma institucionalizada de exercício do poder) são especialmente suscetíveis a esse movimento. É o caso dos chamados estudos judiciários, que examinam a construção do direito em meio a va-

14 A última vez em que isto ocorrera foi no âmbito do Grupo de Trabalho Direito e Sociedade, da ANPOCS. Este GT foi criado em 1979 e desativado em 1986. Mas embora tenha servido como espaço de articulação entre juristas e cientistas sociais, o GT não foi capaz de engendrar um projeto coletivo, tampouco de afirmar a indispensabilidade da pesquisa empírica.

Quadro 2. Atividades em encontros de ciência política versando sobre estudos judiciários (2006–2014)

Ano	Espaço	Evento	Coordenação	Trabalhos aceitos	Média de público
2006	3º Encontro da Associação Latino-Americana de Ciência Política (ALACIP)	Área Temática: Política, Direito e Judiciário	Andrei Koerner (UNICAMP)	NSNR	
2009	6º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)	Criação da Área Temática: Política Direito e Judiciário	Andrei Koerner (UNICAMP)		
2010	7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)	Primeira edição da Área Temática: Política, Direito e Judiciário	Fabiano Engelmann (UFRGS)		
2012	8º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)	Segunda edição da Área Temática: Política, Direito e Judiciário	Fabiano Engelmann (UFRGS) e Ernani Carvalho Neto (UFPE)		
2014	9º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)	Terceira edição da Área Temática: Política, Direito e Judiciário	Ernani Carvalho Neto (UFPE) e Andrei Koerner (UNICAMP)	48	NSNR

Fontes: Koerner et al; <www.cienciapolitica.org.br>. Elaboração do autor.

riáveis como: organização, funcionamento e gestão de Tribunais; comportamento de juízes; relação entre juízes e democracia, entre outros. Estudo de Koerner et al, por exemplo, suplementado com a coleta de dados adicionais, permite visualizar o histórico e a expressão destes trabalhos nos principais encontros de ciências sociais e ciência política dos últimos anos. No caso das ciências sociais, verifica-se que, desde 2010, todos os encontros anuais da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS) contemplaram sessões temáticas e grupos de trabalho na área, todos eles com bons números de submissões (estimativa de oitenta, média de 13 aceitos) e público (média de 20 por sessão), consideradas as características do evento (Quadro 1).

Situação igualmente estimulante se verifica no domínio mais específico da ciência política. Em 2006, o III Encontro da Associação Latino Americana de Ciência Política (ALACIP), realizado em Campinas (SP), apresentou área temática dedicada a estudos de “Política, Direito e Judiciário”. A partir de 2009, a Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP) seguiu contemplando essa área temática em seus três encontros bianuais subsequentes,

sendo que o último contou com 48 apresentações, selecionadas de um total de 80 submissões (Quadro 2).

A apropriação do direito por outras disciplinas não se esgota, evidentemente, no estudo dos Tribunais e nas abordagens da ciência política, havendo contribuições permanentes e relevantes da sociologia e da antropologia. Tais contribuições permitiriam esgarçar ainda mais os limites teóricos e metodológicos pelos quais o direito pode ser apreendido, ao passo em que conduziriam a dúvidas e questionamentos, tais como sobre os limites entre descrição, crítica e prescrição. A esta altura, entretanto, tais questionamentos já estariam pautados pelo que abaixo denomino como o *chamado das políticas públicas*.

2.4 O chamado das políticas públicas
A consolidação da democracia e a melhoria das condições teóricas e práticas para que o conhecimento do direito desenvolvesse uma dimensão empírica já tenderiam a gerar algum impacto no engajamento e na produção técnico-científica da área, aproximando-a de elementos concretos da realidade.

Quadro 3. Recursos para financiamento de PEDs (MJ, CNJ e Ipea)

Instituição	Período de apuração	Valores estimados	Finalidades	Indicadores
Ministério da Justiça/ Secretaria de Assuntos Legislativos (MJ/SAL): Projeto “Pensando o Direito”	2007–2014	R\$ 6 milhões	Financiamento de pesquisas (editais); Concessão de bolsas para intercâmbio com pesquisadores estrangeiros, em parceria com o Ipea;	78 estudos financiados; Bolsas a 6 pesquisadores estrangeiros, em parceria com o Ipea, para intercâmbio com a comunidade de PED no Brasil
Conselho Nacional de Justiça/ Departamento de Pesquisa Judiciária (CNJ/ DPJ)	2010–2014	R\$ 17 milhões	Financiamento de pesquisas CNJ acadêmico (parceria com a CAPES); Editais; Parceria direta com universidades ou centros de pesquisa	50 estudos financiados (1)
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)	2010–2014	R\$ 500 mil	Apoio à REED (2)	Publicação de livros, apoio a eventos, apoio logístico para o funcionamento da REED

(1) Não inclui as pesquisas realizadas no âmbito do próprio CNJ

(2) Não inclui valores decorrentes da execução de projetos em parceria com CNJ e MJ

Fontes: Koerner et al; <www.cienciapolitica.org.br>. Elaboração do autor.

Esta condição, por sua vez, seria impulsionada de maneira ao mesmo tempo inesperada e vigorosa pela emergência de outro conjunto de atores: gestores públicos vinculados ao Executivo e/ou ao Judiciário envolvidos com o planejamento e a execução de políticas públicas, os quais, por diferentes razões, passaram a demandar análises não sobre o *law in books*, mas sim sobre o *law in action*.¹⁵ Em alguns casos, tais gestores tinham em vista alternativas de política pública, cujos impactos, todavia, não sabiam estimar com precisão. Em outros, ainda não tinham em vista estas alternativas; esperavam que o conhecimento da realidade social e jurídica pudesse oferecê-las.

O quadro acima ajuda a dimensionar a significância deste novo vetor, ao consolidar *parte* do volume de

recursos disponibilizado nos últimos anos para o financiamento de PEDs por parte de órgãos públicos como MJ, CNJ e Ipea.¹⁶ Os dados assim coletados são duplamente surpreendentes. De um lado, porque envolvem recursos que se somam às oportunidades do sistema de ciência e tecnologia em ao menos dois níveis federativos, ou seja, CAPES e CNPq, no âmbito da União, e Fundações de Amparo à Pesquisa, no âmbito dos Estados. De outro lado, porque se referem a recursos destinados quase que exclusivamente a pesquisas empíricas, ao contrário do que pode ocorrer nos financiamentos concedidos no âmbito do sistema de ciência e tecnologia, os quais permitem o financiamento de pesquisas “puras”, em áreas como teoria e filosofia

15 A esta altura, como decorrência da aprovação da EC n. 45, o Judiciário passava a contar com o Conselho Nacional de Justiça, órgão encarregado de realizar o planejamento estratégico deste poder, o qual foi dotado de um Departamento de Pesquisa Judiciária (Lei nº 11.364, de 26 de outubro de 2006). A gestão judiciária, assim, ao menos no âmbito da cúpula, iniciaria um processo longo e ainda inacabado de profissionalização e sofisticação.

16 O MJ ainda dispõe de outras fontes, como Pensando a Segurança Pública, Pensando a Justiça e parcerias com organismos internacionais, como PNUD, OEI e UNODC. O projeto Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos, foi incluído neste texto por ser o mais conhecido entre essas fontes, eis que foi o primeiro estabelecido, em 2007. A ideia original deste texto era reconstituir todos esses investimentos e sua série histórica, mas esse intento esbarrou na dificuldade de obter dados precisos nos órgãos. Decidiu-se, então, trazer os dados disponíveis e confiáveis, de maneira agregada, apenas para fins de ilustração do argumento.

do direito, além das tradicionais pesquisas jurídicas baseadas apenas em normas e suas interpretações.

Como resultado, a incipiente comunidade da PED se via consideravelmente fortalecida pelo que Sarat e Silbey (1988), em texto canônico da tradição americana dos estudos de L&S, definiram como o “chamado das políticas públicas” ou, no original, *The pull of the policy audience*.

Sarat e Silbey descrevem um cenário no qual o compartilhamento de uma visão instrumental da ciência no movimento de L&S, juntamente com a relativa permeabilidade do setor público americano a trabalhos acadêmicos – em especial quando advindos de instituições e grupos de elite – criavam um canal privilegiado de comunicação entre pesquisas e políticas públicas. Esta condição, diziam os autores, derivava da apropriação seletiva de elementos do realismo jurídico e da tradição iluminista no início do L&S, a partir dos quais parte deste movimento entendeu ser a produção de bases científicas para a melhoria das instituições e o alcance de objetivos de política pública uma de suas tarefas típicas. No entanto, concluíam Sarat e Silbey, o resultado foi que, ainda que muitas vezes de maneira inconsciente, os acadêmicos de L&S acabaram estabelecendo relação orgânica com os detentores do poder político e reduzindo o potencial crítico de sua produção.

Em casos como o brasileiro, a abertura desse canal ainda carecia das condições favoráveis observadas nos EUA, em meio a heranças como as do positivismo jurídico, do autoritarismo e da precariedade da estrutura burocrática.¹⁷ Como resultado, o Brasil veria surgir tensões diferentes daquelas observadas nos EUA dos

¹⁷ Sarat e Silbey partem de um modelo pluralista, no qual os burocratas, em geral equipados com informações, análises e *policy briefs* de partes interessadas, delimitam problemas de política pública (definem a agenda), a partir do que pesquisadores de L&S estruturam projetos visando oferecer aportes para a especificação de soluções. Quando Sarat e Silbey escreviam seu texto, a literatura da área já era suficientemente desconfiada da possibilidade de estruturação de um processo tão racional e linear. Em países como o Brasil, nos quais a estrutura do Estado passou por processo de sucateamento e até agora não foi devidamente recomposta, a formulação de políticas públicas é processo ainda mais fluido e impreciso, sendo que, muitas vezes, a contratação de estudos se dá no mais completo vácuo de reflexões ou informações sobre a realidade. A pesquisa, assim, é a um só tempo lócus de geração de informações e ideias e de exercício de poder.

anos 1980, porém igualmente dignas de problematização. Essas tensões se organizam, por um lado, em torno de *recortes* das pesquisas e, por outro, em torno de movimentos de recíproca *instrumentalização*.¹⁸

Recortes

Recortes são formas pelas quais o pesquisador segmenta os aspectos da realidade que pretende examinar e/ou enquadra os resultados desse esforço. Assim, o recorte afeta tanto a delimitação do objeto e dos métodos quanto a comunicação dos resultados das pesquisas.

Quanto à delimitação do objeto e dos métodos, é sabido que gestores tendem a conferir especial valor à dimensão aplicada da ciência. Ao convocarem acadêmicos para que examinem um objeto ou problema em profundidade, gestores esperam respostas rápidas e apropriáveis em seus processos cotidianos de tomada de decisão. Acadêmicos, por outro lado, em geral se preocupam mais com o valor teórico de suas possíveis descobertas. Por isso, tendem a pleitear prazos mais dilatados e projetos com escopo mais amplo, a fim de que lhes seja possível dialogar com a literatura acumulada e com outras preocupações correntes em seu campo de estudo.

Quanto à comunicação dos resultados, é sabido que gestores são particularmente ávidos por alternativas de caráter *incremental*, ou seja, que operem a partir de mudanças em *detalhes* do funcionamento do sistema jurídico ou judicial, pois os custos (políticos ou financeiros) de se introduzirem medidas de maior calibre são, em geral, muito elevados (Lindblom, 1959). Para gestores, portanto, mesmo as pesquisas mais ambiciosas devem ser capazes de delimitar situações problemáticas sobre as quais seja possível aplicar alguma forma igualmente delimitada de intervenção. Pesquisadores, por sua vez, têm dificuldade de simplificar o que, tendo examinado de maneira mais profunda e sistemática, entenderam ser um conjunto muito mais complexo de relações sociais, nas quais,

¹⁸ Estas conclusões estão baseadas na experiência pessoal do autor, como alguém que atuou nos mais diversos polos da relação entre academia e gestão pública: como gestor, como consultor e como servidor de um instituto de pesquisa aplicada integrante da estrutura de Estado.

muitas vezes, tudo se conecta com tudo.¹⁹

Como resultado, ao invés de oferecerem respostas práticas sobre se algo funciona ou não; por que funciona ou não; e como poderia funcionar melhor – o resultado esperado de um trabalho de pesquisa aplicada –, pesquisadores muitas vezes respondem à convocação de gestores com críticas gerais e genéricas a textos legais ou ao funcionamento de instituições, ou com projetos de lei destinados a amplas transformações, porém com baixíssima viabilidade política,²⁰ configurando-se, portanto, aos olhos de gestores, como mera peça de diletantismo.

Instrumentalização

As tensões quanto aos recortes, por sua vez, são muitas vezes agravadas por movimentos de recíproca instrumentalização.

A herança do positivismo jurídico e seu culto a argumentos de autoridade fazem com que muitos gestores se interessem pela participação de acadêmicos nos processos de políticas públicas não exatamente pelas informações que estes trazem, mas sim pela legitimidade que aportam aos produtos finais. Acadêmicos, neste caso, podem ficar suscetíveis a perigosa – embora por vezes consentida – instrumentalização, com seus trabalhos sendo estruturados apenas para confirmar teses anteriores de gestores, seja mediante a restrição de possibilidades de investigação, seja mediante a ocultação de críticas ou visões alternativas que podem emergir desses trabalhos.

19 Em parte, isso se dá como reação das ciências sociais ao autoritarismo, traduzida em uma perspectiva crítica e desconfiada do Estado, da qual sobrevivem leituras negativistas e propostas de mudança estruturais. É como se nada funcionasse e tudo tivesse que ser refeito por completo.

20 Lembro bem, a esse respeito, que em uma das minhas primeiras experiências na intersecção entre pesquisa e políticas públicas, acompanhei os trabalhos de um qualificado consultor do Ministério da Justiça, o qual havia se proposto a avaliar a adequação da Lei de Execução Penal brasileira e identificar possibilidades de alteração, tendo em vista o interesse do Ministro em reduzir o encarceramento. Depois de alguns meses, o consultor retornou com um projeto de lei que praticamente reescrevia a Lei de Execução Penal. Naturalmente, a proposta jamais teve qualquer desdobramento na máquina pública. Por outro lado, propostas mais modestas, como o fim do exame criminológico para a concessão de progressão de regime ou livramento condicional foram muito mais fáceis de serem viabilizadas, e tiveram imenso impacto na lógica do sistema.

O inverso, porém, também é verdadeiro. Não raramente, são os acadêmicos que procuram subordinar gestores, acreditando que podem ou devem prescrever as soluções a serem adotadas por estes, as quais sustentam serem mais legítimas porque baseadas em evidências. Neste caso, assim como na instrumentalização consentida, podem operar interesses prático-profissionais: para muitos acadêmicos, convém serem reconhecidos como as fontes de inspiração – e, por conseguinte, os “intérpretes autênticos” – de inovações jurídicas em políticas públicas (ou, na impossibilidade disto, como aqueles que, embora tivessem oferecido as melhores soluções “técnicas”, viram-nas ser descartadas pelos “políticos”).

O equacionamento desses conflitos passa pela sedimentação do campo da pesquisa aplicada e pelo estabelecimento de sua relação com a pesquisa pura, um dos desafios colocados para o futuro próximo da PED no Brasil. Passa, ainda, pela ampliação das capacidades de pesquisa e análise de informação no setor público, permitindo aos gestores o exercício de um diálogo mais qualificado com a academia: atualmente, gestores ficam reféns de acadêmicos quando não são capazes de fazer as perguntas corretas ou de distinguir entre interesses de curto, médio e longo prazo, ao passo em que acadêmicos se frustram quando as respostas que oferecem são tratadas com desdém por parte dos gestores.

Nada disso, porém, deverá servir para afastar as advertências de Sarat e Silbey (1988) em relação a certas tendências alienantes nas pesquisas conduzidas a partir do chamado das políticas públicas: a construção de narrativas herméticas sobre a realidade, as quais, tomadas como base para a regulação estatal, reforçam hierarquias sociais²¹; a supervalorização do direito estatal, ainda que seja para fazê-lo funcionar melhor, em detrimento do aprendizado com outras formas sociais de regulação; e a consequente recusa da possibilidade de apreender o direito a partir das

21 Isto significa reconhecer a natureza *política* das pesquisas aplicadas (para não dizer das pesquisas em geral), se não no sentido de que representam interesses concretos – embora até isto possa ocorrer –, ao menos no sentido de que informam processos que afetam e são afetados por interesses concretos. Daí a importância do adensamento do debate sobre ética em pesquisa, como será discutido mais ao final.

relações constitutivas que ele estabelece com outros processos sociais e suas múltiplas legalidades. A estas tendências e aos desafios que elas colocam para a PED, voltarei mais adiante no texto.

2.5 A globalização

Por fim, vetor importante de estímulo à PED está ligado à chamada globalização, ou seja, à ampliada circulação de pessoas, recursos e ideias para além das fronteiras nacionais.

A globalização permitiu intercâmbio de acadêmicos brasileiros – especialmente das novas gerações, formadas na crise do positivismo, na emergência de uma ordem democrática e no pós-reforma do ensino jurídico – com novas tradições de pesquisa em direito e ciências sociais, além de comunidades científicas estabelecidas em torno do estudo do *law in action*, em contraposição ao *law in books*.

Alguns dados permitem explicitar melhor o fenômeno aqui referido. Na segunda metade dos anos 1990, Junqueira e Oliveira (2002) conduziram *survey* com professores de sociologia jurídica no Brasil. Era o início do processo de institucionalização desta matéria e, de maneira bastante engenhosa, tais autores se propuseram a investigar em que termos os acadêmicos nela atuantes a concebiam, bem como se tinham alguma convergência de entendimentos sobre o que e como deveriam ensinar a título de sociologia jurídica.

A pesquisa em questão apresenta problemas de replicabilidade e comparação, já que adotou método de seleção de entrevistados por conveniência.²² No entanto, não deixa de ser instrutivo confrontar os seus resultados com outros registros atuais.

²² Solução possível seria procurar por professores equivalentes (das mesmas instituições) e investigar, a partir dos seus currículos Lattes, a filiação a tais sociedades. Este exercício, porém, extrapolaria os objetivos deste texto, pois limitaria a análise da evolução da pesquisa empírica ao campo da sociologia jurídica.

Tabela 1. Participação de professores brasileiros de sociologia jurídica em sociedades científicas no exterior

Resposta	LSA		RCSL	
	N	%	N	%
Já participou de encontros/ você é associado	02	3,6	02	3,6
Já ouviu falar	27	48,2	10	17,9
Nunca ouviu falar	27	48,2	44	78,6
Total	56	100,0	56	100,0

Fonte/elaboração: Junqueira (1994).

A questão que mais interessa para esta finalidade se referia à participação de professores de sociologia jurídica em sociedades científicas no Brasil e no exterior, visando aferir se havia algum senso de pertencimento compartilhado no campo (Tabela 1, acima). Junqueira e Oliveira, então, incluíram no questionário duas sociedades internacionais: a *Law and Society Association* (LSA) e o Comitê de Pesquisa em Sociologia do Direito (RCSL) da Associação Internacional de Sociologia (ISA). No texto, Junqueira (2002) justificou essa escolha nos seguintes termos:

O Research Committee on Sociology of Law (RCSL), que pertence à International Sociological Association (ISA) é a única associação verdadeiramente internacional (no sentido de não ser vinculada a nenhum país) na sociologia do direito. Criado em 1962, o RCSL reúne-se, anualmente, algumas vezes nos encontros da ISA que se realizam a cada quatro anos, outras em uma reunião conjunta com a Law and Society Association (LSA), outras isoladamente. Atualmente, o Research Committee está estruturado sob a forma de working groups, muitos dos quais realizam suas próprias reuniões. O Research Committee dirige o Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, que foi criado em 1989, com o apoio do País Basco, e que publica revistas com ampla divulgação, como a Oñati Proceedings e a Current Legal Sociology.

Por último, a Law and Society Association. Apesar de ser uma associação norte-americana, sua inclusão justifica-se por dois motivos. Em primeiro lugar, é a maior associação no campo da sociologia do direito – ou melhor, direito e sociedade – existente, tendo

sido criada em 1964. Em segundo lugar, a LSA publica a *Law and Society Review*, uma das principais revistas da área.

E assim comentou os resultados obtidos:

Apenas dois professores pertencem a essas associações (diga-se de passagem, os mesmos dois). De uma maneira geral, existe um fraco pertencimento à área. Não apenas isso. Parece existir pouco interesse em conhecer o campo. Pelo menos, apenas um professor assinalou que “gostaria de conhecer melhor essas organizações.” (p. 50).

Esse quadro parece bastante distinto do que atualmente se pode observar da participação de brasileiros em ambas essas sociedades, conforme Tabelas 2 e 3 abaixo. Seja em relação ao número de membros, seja em relação ao número de participantes nas reuniões, as estatísticas parecem operar em movimento crescente.

Tabela 2. Participação de brasileiros em sociedades científicas no exterior

Ano	LSA			RCSL		
	BRA	Total	% BRA	BRA	Total	% BRA
2009		1323				
2010	-	1349	-			
2011		1364				
2012	29	1342	2,16%			
2013	50	1761	2,84%			
2014	46	1283	3,59%	15	238	6,30%

Fonte: Consultas às entidades. Elaboração do autor.

Tabela 3. Participação de brasileiros em reuniões de sociedades científicas no exterior

Ano	BRA	NS/NR	Total	% BRA	Total ID País	% BRA Ajustada
2009	5	111	1326	0,38%	1215	0,41%
2010	14	160	1659	0,84%	1499	0,93%
2011	25	289	1812	1,38%	1523	1,64%
2012	32	157	2039	1,57%	1882	1,70%
2013	48	225	2326	2,06%	2101	2,28%
2014	52	198	1801	2,89%	1603	3,24%

Fonte: Consultas às entidades. Elaboração do autor.

Na tabela acima, que retrata os filiados da LSA e do RCSL, observa-se quanto à primeira o salto de 29 em 2012 para 50 em 2013, com ligeira queda para 46 em 2014. No entanto, 2014 é um ano em que caem as filiações à LSA em geral, de maneira que o resultado final é o aumento da participação relativa de brasileiros na entidade. Já quanto ao RCSL, não foi possível obter dados longitudinais, mas o número de 15 ou 6,3% é altamente significativo.

Dados sobre participação em reuniões, neste caso disponíveis apenas para a LSA, parecem confirmar essa tendência: o número sobe de apenas 5 participantes em 2009 para 52 em 2014, ano no qual a reunião foi realizada na longínqua cidade de Minneapolis, estado de Minnesota, nos EUA. Como nem todos os participantes informam a origem (alta frequência de NS/NR), a proporção entre os declaradamente brasileiros e os demais foi calculada de duas maneiras: considerando o total de respondentes, vai de 0,38% para 2,89% naquele período. Considerando os não informados como dados inválidos, vai de 0,41% para 3,24%.

Evidente que esse movimento pode encontrar inúmeras explicações, que vão desde a maior desenvoltura das novas gerações em idiomas estrangeiros até a redução dos custos de viagens internacionais e o aumento ou desburocratização das fontes de financiamento. Também pode se referir ao maior conhecimento da LSA no Brasil e aos avanços tecnológicos ou à ampliação do acesso à Internet, que permitem o registro e o pagamento por meios eletrônicos e facilitam o planejamento das viagens. Podem, por fim, resultar de maior pressão das agências de fomento à

pós-graduação por internacionalização da produção. Difícil considerar, porém, que esses fatores afetam exclusiva ou especialmente o Brasil, de modo a explicar o crescimento *relativo* observado na última tabela.

A participação em reuniões ou a filiação, no entanto, são apenas a face evidente da maior presença dos acadêmicos brasileiros nesses espaços. Supõe-se que essa maior presença permita intercâmbios e aprendizados teórico-metodológicos, estes bem mais difíceis de mensurar. Todavia, ela também suscita tensões que não são novas, mas remetem a assimetrias de poder entre países na ordem internacional e a indisposições resultantes das relações entre Norte e Sul, em função de processos históricos como colonialismo ou imperialismo (Trubek & Galanter, 1974). Trato disto a seguir.

Entre subordinação, horizontalidade e contra-hegemonia

Ao participarem de comunidades internacionais de PED, muitos pesquisadores se ressentem do que dizem ser uma *inserção subordinada*, na qual seus trabalhos se prestam apenas a reforçar os debates teóricos produzidos nos países centrais. Esta condição, dizem esses pesquisadores, é prejudicial à ampliação do conhecimento e o avanço em teoria no Brasil, pois implica em enquadramento *a priori* dos dados e análises aos debates travados no Norte global. Para alguns, tais problemas podem ser remediados por medidas que assegurem maior horizontalidade, tais como espaços em plenária e nos comentários a trabalhos que tratam do país em reuniões científicas, ou coautoria obrigatória em trabalhos em rede. Para outros, não há remédio possível, sendo imperativo que acadêmicos do Sul global constituam suas próprias redes e fóruns, a partir dos quais acreditam ser possível e até natural que surjam teorias alternativas.

Muitos entendem que essa polarização é falsa, enquanto outros, baseados em Dezalay e Garth (2002) podem dizer que é mero artifício retórico de elites capazes de transitar entre o Norte e o Sul, que ora se posicionam como elos entre esses dois extremos, ora se posicionam como críticos à hegemonia do primeiro em relação ao segundo, mas sempre com o objetivo de ampliar seu capital em “lutas palacianas”. Enquanto elemento propulsor de maior reflexividade, no en-

tanto, ela cumpre inegável função de dinamização do campo e de qualificação da inserção de brasileiros na cena internacional.

3 Desafios atuais da PED

Como as seções precedentes deixam ver, o cenário atual da PED é repleto de possibilidades, mas também de riscos. Há, inegavelmente, maior legitimidade para o engajamento com a PED do que havia décadas atrás. Há mais e melhor infraestrutura disponível, seja nas Faculdades de Direito, seja nas demais ciências sociais. Há dinheiro e interesse consideráveis por parte de gestores de políticas públicas. Há, no entanto, variadas expectativas socioprofissionais em relação à PED, assim como variadas relações de poder em meio às quais os sujeitos envolvidos com a PED devem se situar.

Neste contexto, o maior risco para a PED reside em disputas por hegemonia em relação a essas múltiplas vocações e usos sociais, ou seja, em tentativas recíprocas de subordinação entre pesquisa pura e pesquisa aplicada, entre o ponto de vista do direito e das demais ciências sociais, entre esta e aquela abordagem metodológicas, etc.. Para além de gerar infrutíferas intrigas pessoais ou de grupos, repetindo o que se vê nas Faculdades de Direito, estas tentativas tendem a reduzir as condições de reflexividade na comunidade da PED e, por conseguinte, sua capacidade de responder às tensões estruturais colocadas no campo.

A gestão da diversidade com base na qual a PED atual se constituiu, em suma, é o principal desafio para que esta sobreviva, se sofisticue e, afinal, prospere como campo do conhecimento. Para tanto, é necessário estar atento a questões oriundas de dois planos: epistemológico (“o que” e “por que” produzir PED) e procedimental (“como” produzir PEDs).

3.1 Desafios epistemológicos

As transições teóricas e sociais descritas como vetores da PED nas seções precedentes ampliaram as possibilidades de concepção do direito e dos sentidos de se conhecê-lo. A PED foi legitimada, mas também ganhou contornos de campo complexo, com muitos *objetos* e *objetivos*. Esta seção sintetiza tal variedade.

3.1.1 Objetos

A crise do positivismo como forma de conhecer o direito não implicou no fim da hegemonia do direito positivo estatal na regulação das relações sociais. Em consequência, mesmo para uma teoria jurídica que se pretenda pós-positivista, conhecer o direito segue sendo sinônimo, ainda que não mais exclusivo, de conhecer *normas* e *ordenamento* emanados a partir do Estado.

Neste cenário, a PED pode trazer informações que auxiliem o jurista a refletir melhor sobre as alternativas interpretativas e decisórias latentes no ordenamento. Mas, em sintonia com a expectativa (moderna e positivista) de separação estrutural entre *ser* e *dever ser*, este é o seu limite: as conclusões de um estudo de ciências sociais – forma precária, porém relativamente sistemática pela qual se busca apreender o *ser* – jamais devem ser tomadas em si mesmas como critério para definir a vigência e o alcance de uma norma (*dever ser*), senão que apenas como elemento de irritação a partir do qual o sistema jurídico, trabalhando a partir de seus próprios códigos (textos legais, doutrina, jurisprudência, etc.), poderá gerar seus próprios *outputs* (Luhmann, 1982, 1983; Araujo Pinto, 2002; Carvalho Neto, 1999, 2001; Rocha, 2003; De Giorgi, 1998; Campilongo, 2011).

Ao mesmo tempo, o advento de uma ordem democrática e a atração de outros cientistas sociais para o direito introduziram a importância de se estudar *práticas institucionais* como parte do processo que leva a compreender este objeto. Tão importante quanto a determinação da vigência e do alcance de uma norma, assim, passa a ser o estudo das condições nas quais operam aqueles sujeitos imbuídos da autoridade para fazê-lo (advogados, juízes, promotores, gestores públicos, etc.). Tal informação pode contribuir para a melhor compreensão e/ou para a crítica de posições interpretativas concorrentes, alimentando formulações alternativas ou simplesmente revelando o caráter falacioso ou ideológico de formulações hoje dominantes.

Os mesmos fatores, ademais, trataram de situar como parte integrante do direito – logo, como objeto irrecusável do conhecimento jurídico – as *práticas sociais* que estabelecem a tensão entre o *instituinte* e o *instituído*. Nesta perspectiva, torna-se impossível

separar o direito da ação de sujeitos sociais que disputam os termos pelos quais as liberdades são organizadas (Lyra Filho, 1985; Sousa Jr., 2006). A tarefa da PED, neste caso, é situar a ação desses sujeitos e a relação que ela estabelece com a construção de pretensões normativas, com, apesar de, ou contra a ordem jurídica estatal.

O Direito Achado na Rua continua sendo um dos mais emblemáticos projetos nesta linha, na medida em que entende o direito como o produto das práticas de movimentos sociais e nas tensões que estas estabelecem com a ordem normativa estatal. Mas as acepções de *O Direito Achado na Rua* podem ensejar pesquisas com escopo ainda mais amplo. Com base, por exemplo, em trabalhos de Touraine,²³ julgo ser possível (ou mesmo necessário) expandir o conceito de movimentos sociais para incluir formas de ação social não marcadas por atributos como os de identidade e oposição.

Caminho promissor é o de estudos que entrecruzam direitos (*rights*) e consciência jurídica, como em Silbey e Ewick (1998), Silbey (2005), Nielsen (2004, 2007) e Fleury-Steiner e Nielsen (2006). Tais estudos encontram evidência de mobilização social capaz de instituir direitos mesmo em iniciativas individuais e mais discretas de resistência, na medida, por exemplo, em que estas ajudam a configurar narrativas que mobilizam outras pessoas ou grupos.

Isto conduz à última faceta do direito como objeto da PED – a qual, todavia, merece maior atenção conceitual de nossa parte: o pluralismo jurídico.

Pluralismo jurídico e fronteiras da PED

A tese do pluralismo jurídico emerge com força em meado dos anos 1970, em larga medida pelas con-

23 Disse Touraine (1988, p. 13): “Ver os movimentos sociais apenas como forças prontas a invadir a sociedade, como se se tratasse de um exército estrangeiro prestes a conquistar o território nacional, é permanecer prisioneiro de uma concepção muito vaga e desatualizada. Em vez de se ver os movimentos sociais apenas nos levantamentos populares que desencadeiam revoluções, a sua presença tem que ser reconhecida em todos os aspectos da vida social onde a capacidade social para a ação sobre si mesma está constantemente a aumentar e onde os conflitos sociais em torno da apropriação dos principais recursos sociais são cada vez mais vividos”.

tribuições da antropologia jurídica. Investigando comunidades tradicionais ou países periféricos do capitalismo, acadêmicos desta área se defrontaram com formas e práticas jurídicas concorrentes com a ordem jurídica estatal sob cuja égide operavam.²⁴ Talvez o mais influente exemplo no Brasil tenha sido o estudo de Santos sobre práticas comunitárias de resolução de conflitos em favela do Rio de Janeiro (1977, 1980a, 1980b, 1995, 2013).

Neste sentido, o pluralismo sugere que diferentes ordens jurídicas coexistem, conflitam e cooperam entre si no tempo e espaço. Apesar da pretensão estatal de monopólio do direito, ou seja, da capacidade de positivar normas e estatuir deveres jurídicos, as sociedades apresentam outras relações de poder que conseguem fazê-lo com o mesmo sucesso. Deste fato, porém, em nenhum momento deriva a conclusão de que as ordens jurídicas não estatais sejam melhores ou mais virtuosas que as estatais. Em outras palavras, longe de ser uma defesa política de ordens jurídicas não estatais,²⁵ o pluralismo é um apelo a uma compreensão (pode-se dizer, realista) do direito como *interlegalidade*.²⁶

E mesmo que se centre no sistema jurídico e judicial

24 No caso dos países periféricos, o *momentum* dos estudos pós-coloniais ofereceu especial apoio às teses do pluralismo, na medida em que desmistificou a ordem jurídico-política de inspiração metropolitana até então dominante nas ex-colônias e revelou que, apesar de aparentemente estruturadas sob a forma de Estados Modernos, essas ex-colônias apresentavam combinações casuísticas e não-homogêneas de ordens jurídicas, com grande presença de elementos tradicionais. Para uma abordagem exaustiva de tais Estados heterogêneos, ver Santos e Trindade (2003) e Santos (2006).

25 Para uma crítica a trabalhos de pluralismo que, supostamente, soavam excessivamente românticos em relação ao direito da comunidade e injustificadamente hostis em relação ao direito do Estado, ver Oliveira (2004). Para um diálogo com esta questão, asseverando que ordens jurídicas não estatais não são necessariamente “boas”, mas são um fato social irrecusável, ver Santos e Trindade (2003).

26 Exemplo atual de coexistência entre práticas jurídicas e judiciárias estatais e não estatais ocorre na Bolívia, onde a ampliação de direitos sociais e a ênfase no papel redistributivo do Estado está associada ao reconhecimento dos direitos costumeiros forjados na cultura de seus muitos povos indígenas. Nessa situação, o Estado se torna ao mesmo tempo mais forte, pela hipertrofia nas suas capacidades de intervenção na realidade social, e mais fraco, por compartilhar ou deferir boa parte dessas capacidades a segmentos da comunidade.

estatal, é importante ter em mente que ele não carrega um sentido de univocidade, mas envolve uma série de diferenciações que só podem ser plenamente explicadas a partir de uma noção plural, sociologicamente falando, sobre o direito.

É bem verdade que este segundo tipo de pluralismo jurídico, ao qual se pode chamar de interno aos Estados capitalistas, foi durante muito tempo ofuscado pela crítica sociológica. No entanto, isto se deu por razões políticas, mais do que teóricas. Nos países centrais, a percepção de que o direito é criado e distribuído pelo Estado de maneira relativamente caótica, na qual os procedimentos institucionalizados de legislatura e adjudicação concorrem com uma variedade de expedientes “ad hoc”, data do aparecimento dos primeiros Estados-Providência na Europa e do *New Deal* nos Estados Unidos, cujos crescentes aparatos administrativos fizeram implodir a ideologia liberal e individualista do “*laissez faire*” e seu modelo idealizado de separação entre poderes do Estado e entre Estado e sociedade civil (Santos, 2001; Unger, 1976; Kennedy, 2006; Wiecek, 1998).

Embora tardio em relação aos países centrais, o advento do capitalismo industrial em países periféricos ou semiperiféricos como o Brasil produziu resultados semelhantes e, como não poderia deixar de ser, reclamou esforços correlatos de desideologização. A diferença foi que, para muitos autores que se encontravam imersos nesta realidade, dirigir o foco para o Estado parecia ser uma tarefa menos urgente. Afinal, por mais que o Estado estivesse passando por processos radicais de transformação (certamente dignos de atenção analítica), esses não conduziam a uma ordem política e jurídica mais democrática. A modernização econômica e jurídica em toda a América Latina teve como pano de fundo um contexto autoritário.²⁷

Foi por essa razão que a energia crítica do pluralismo foi canalizada para as ordens jurídicas situadas *fora* do Estado, numa valorização de iniciativas populares e comunitárias de criação do direito que, no mais das vezes, se colocavam em relação de aberta contrarie-

27 Faria foi um dos poucos que se dedicaram a examinar as tensões emergentes no interior do sistema jurídico e judicial estatal (1984, 1988, 1989a, 1989b, 1991).

dade com o chamado direito oficial. Neste sentido, a afirmação reiterada de um pluralismo jurídico a partir de suas manifestações *externas* tinha também inegável natureza de protesto, como que buscando enfatizar a existência de consciências jurídicas e políticas alternativas à do sistema vigente (Santos, 1980; Falcão, 1984; Sousa Junior, 1990, 1997).

A ênfase no estudo das ordens jurídicas *externas*, por sua vez, acabou por gerar uma desconfiança generalizada em relação ao pluralismo e às abordagens por ele informadas. Para muitos, o pluralismo trazia uma leitura excessivamente romântica em relação ao direito da comunidade e injustificadamente hostil em relação direito do Estado. A mudança das condições sociais e políticas nas quais tais leituras foram eventualmente construídas, tendo em vista, por exemplo, a redemocratização, que torna o Estado e seu direito mais permeáveis à influência de interesses populares,²⁸ inaugura momento propício para recuperarmos o potencial heurístico e crítico do conceito, a partir do qual é possível examinar o direito na perspectiva da *interlegalidade* e seus mecanismos de operação, inclusive para dentro do Estado.

Assentada essa condição no plano teórico, sobrevém, todavia, uma questão prática: se o direito não está apenas na ordem normativa estatal, quais os limites nos quais devemos apreendê-lo?

Assim como a política pode ser estudada em todos os contextos da vida social nos quais o poder é exercido (dos Parlamentos a programas de pós-graduação, todos têm sua “política”), o direito também é objeto fluido, podendo ser delimitado apenas e tão somente por convenções analíticas: em exemplo extremo, Nielsen, Roser e Patel (2013) se propuseram a estudar a relação entre direito e moral nos filmes da Disney entre os anos 1960 e 1990. Isso é PED – e não socio-

28 A rigor, a globalização neoliberal e o aumento do poder das grandes corporações e de organismos como o FMI, todos eles com suas respectivas ordens jurídicas, em muitos casos subordinando as de Estados Nacionais mais frágeis, já haviam provocado essas reflexões (ver, por exemplo, Santos & Rodríguez-Garavito, 2006). A segmentação entre Estado e comunidade já vinha sendo substituída por uma visão mais nuançada, em que o caráter democrático do direito é também uma questão empírica, devendo se admitir que, em muitos casos, o direito positivo estatal *tende* a ser mais democrático do que os direitos não estatais.

logia da cultura, por exemplo –, diriam eles, porque os produtos culturais são aspectos fundamentais da reprodução de nossas vidas (Silbey & Ewick, 1998; Silbey, 2005; Kostiner, 2003; Merry, 2002); e a geração atual de norte americanos, incluindo os profissionais do direito, foi criada assistindo tais filmes. Há, pois, sentido heurístico em apreender o direito das tramas da Disney e seus critérios ocultos de justiça, muitos dos quais fazem parte do repertório com o qual o direito oficial é determinado, ainda que inconscientemente.

Levar a sério o pluralismo representará, para a comunidade da PED, a oportunidade para se debruçar sobre estas e outras várias dimensões ocultas ou não intuitivas do direito. Como disseram Sarat e Silbey:

De fato vamos aprender coisas novas e animadoras sobre o nosso direito se deixarmos para trás o Estado e olharmos para a periferia, para pequenas cidades, áreas rurais, vizinhanças de trabalhadores e a forma como as pessoas nestes lugares se relacionam com normas jurídicas oficiais e constroem seu próprio universo de valores e comportamentos jurídicos (...) Devemos estudar famílias, escolas, ambientes de trabalho e movimentos sociais para apresentarmos uma imagem mais ampla, na qual o direito pode parecer, em princípio, virtualmente invisível. Encontraremos aí exemplos que confirmam e contradizem a ordem política e o discurso jurídico dominantes; também encontraremos exemplos que vão requerer de nós um reimaginar de tais discursos de maneira diferente. Entenderemos então o direito não como algo apartado da vida social, ocasionalmente operando sobre formas sociais, lutando para regulá-las ou moldá-las, mas como algo inseparável, fundido com todas as relações e práticas sociais. (1988, pp. 142-143, tradução nossa).

3.1.2 Objetivos

A multiplicação de possibilidades sobre o que pesquisar como direito se associa à multiplicação de finalidades legítimas para tal produção de conhecimento. A vocação mais imediata da PED tem sido produzir informação cientificamente válida sobre o *law in action*, em oposição ao *law in books*. A coleta e a análise sistemáticas de dados visando situar socialmente o direito, seja para apontar incongruências

entre o direito positivo do Estado e a realidade, seja para explorar as ricas interfaces entre ordens jurídicas que coexistem no mesmo espaço-tempo, é o que, neste texto, distingue a PED da pesquisa tradicional em direito. Todavia, a apreensão da realidade jurídica não é um fim em si mesmo.

Para a dogmática jurídica, o contato com informações sobre a realidade social do direito produz reflexividade, pois amplia as exigências argumentativas que constituem o processo de definição da vigência e do alcance das normas. É possível, então, renovar e qualificar o estoque conceitual. Exemplo hipotético, que poderia tranquilamente derivar de estudos estatísticos de processos crime, seria a constatação de que o atributo da “periculosidade” é utilizado de maneira sistemática para fundamentar a prisão provisória de jovens, negros, pobres e acusados de tráfico de entorpecentes. Isto permitiria argumentar que a categoria jurídica “periculosidade” vem sendo construída pelo Judiciário de modo a encobrir viés contra um grupo social determinado, sendo necessário estabelecer critérios para melhor definição do que seriam sujeitos “perigosos” para o direito.

Já para a teoria social, a apreensão do *law in action* gera elementos que permitem discutir a relação abstrata (teórica) entre ordens sociais e ordens jurídicas e, assim, aperfeiçoar o nosso entendimento não apenas sobre *o que é direito* (questão fundamental à teoria jurídica), mas também sobre como ele integra processos mais amplos de reprodução social.

A abordagem da teoria social é fundamental, pois é ela que provoca os pesquisadores – em especial os não interessados em contribuir diretamente para a renovação da dogmática – a superarem o estágio meramente descritivo em que boa parte da PED se encontra. A revelação de aspectos até então obscuros dos sistemas jurídicos, tais como padrões decisórios de Tribunais ou inconsistências de argumentos, ou de práticas que desafiam a lógica dominante, será sempre interessante e animadora. No entanto, a ciência requer ir além dos fatos: a lei da gravidade não marcou época porque disse que maçãs caem e sim porque, partindo desse fato, enquadró-o em um sistema de interpretação da vida natural. Em um país complexo e contraditório como o Brasil, a PED tem

imenso potencial de fazer o mesmo para a relação entre ordens jurídicas e a vida social, política e institucional. Mas são poucos, até agora, os estudos que buscam realizá-lo.

Por fim, a apreensão do *law in action* pode fazer parte de um programa consciente de intervenção na realidade.²⁹

Isto pode se estabelecer em dois contextos. O primeiro é o de compromissos políticos e relações sociais de solidariedade entre pesquisadores e comunidade, tal como na extensão, que além de figurar na estrutura constitucional da Universidade brasileira como indissociável da pesquisa, é estimulada pelas novas diretrizes curriculares em direito.³⁰ Nesses casos, o desenho das pesquisas pode incorporar estratégias como a observação participante; ou o resultado pode ser concebido como meio para uma finalidade social concreta, como em vertentes de pesquisa-ação nas quais investigadores e comunidade trabalham juntos para instruir demanda judicial ou administrativa.

29 Este texto vem trabalhando fundamentalmente o aspecto de produção do conhecimento na PED. Na relação com o ensino jurídico, é possível pensar na PED como geradora de insumos para a elaboração de projetos pedagógicos, tendo em vista, especialmente, o almejado desenvolvimento de *habilidades*. Neste aspecto, é bem vinda uma sugestão como a de Junqueira (1993), a qual, discutindo o sentido do ensino da sociologia jurídica nas Faculdades de Direito, disse que esta: “... deve representar uma oportunidade para os alunos pensarem criticamente, através da análise de pesquisas empíricas realizadas no Brasil, as formas estatais (Poder Judiciário, Justiça Administrativa, ação policial) e não estatais (associações de moradores, crime organizado, etc.) de resolução de conflitos. Esta ‘sociologia jurídica’ (...) deveria, portanto, encontrar uma outra denominação, tal como ‘acesso à justiça’, ‘formas de resolução de conflitos’ ou outro termo que remetesse diretamente ao conteúdo da disciplina.” (pp. 61-62).

30 Caso exemplar é, mais uma vez, o de *O Direito Achado na Rua*: por meio de cursos à distância, ele tem servido à capacitação dos movimentos sociais e suas assessorias jurídicas para a reivindicação de novos direitos de cidadania. Em sua relação com a comunidade, é uma fonte de assessoria jurídica, quer na vertente de acesso à justiça (caso do Acampamento da Telebrasilândia, no qual estudantes e professores ligados ao projeto representaram moradores frente a ameaças de que fossem removidos da área na qual habitavam por décadas), quer na vertente de educação jurídica popular (caso de recente parceria que o projeto celebrou para oferecer cursos de formação de Promotoras Legais Populares às mulheres da Ceilândia ou da manutenção de uma coluna de jornal visando a abordar temas jurídicos a partir de perguntas recolhidas junto à comunidade). Para informações a respeito, ver o recente Sousa Jr. (2015).

O segundo contexto é o do mencionado chamado das políticas públicas. Nesse caso, como se ressaltou, a pesquisa deve ser concebida desde o início como aplicada, tendo como objetivo principal responder a questões práticas. Isto inclui traçar linhas, ao menos referenciais, separando ciência e poder, de modo que à PED caiba oferecer informações ao gestor ou formulador de uma política a partir da apreensão externa e relativamente objetiva do direito (entendido como norma, práticas institucionais, práticas sociais, pluralidade de ordens jurídicas, ou todas essas acepções). A identificação e seleção de alternativas que daí sobrepõem deve ter maior protagonismo do gestor ou formulador, no âmbito de efetivas práticas de governança.

3.2 Desafios procedimentais (métodos e ética)

É no desenho das pesquisas, por sua vez, que a diversidade de vocações e usos sociais da PED destacados acima poderá ser adequadamente gerida.

Desenhos de pesquisa envolvem etapas e componentes variados: a delimitação de perguntas, a escolha de métodos e estratégias de condução da pesquisa, a identificação de respostas possíveis (hipóteses) e o enquadramento dos resultados desses esforços na construção de teorias (sociais ou jurídicas) ou conceitos (dogmáticos). A esta altura, porém, dois elementos merecem maior atenção: os métodos e a ética.

3.2.1 Métodos

A natureza interdisciplinar da PED estimula a variedade metodológica e tende a reduzir assimetrias e conflitos, como, por exemplo, entre métodos quantitativos e qualitativos. Isto, porém, vem às custas de um aprendizado, ainda em curso, sobre o manejo e a adequação dos métodos não apenas em relação aos objetivos, mas também ao próprio objeto. Juristas não são treinados em estatística, entrevistas, observação e outras técnicas de PED. Cientistas sociais o são, mas por desconhecerem o direito muitas vezes o recortam de maneira errada, utilizando *proxies* ou fazendo inferências de maneira equivocada. Tais confusões potencializam os conflitos em torno das abordagens legítimas e usos sociais da PED. A adequação entre método e objeto, portanto, é um desafio central para que a PED se solidifique.

3.2.2 Ética

Muitos dos dilemas sobre os usos sociais da ciência e a inserção social dos cientistas que emergem nas seções anteriores – por exemplo, entre engajamento e afastamento, relações locais e globais de poder, etc. – só encontrarão respostas quando os desenhos das pesquisas passarem a ser submetidos à avaliação de pares e a alguma forma de reflexão coletiva, na comunidade da PED, acerca de seus compromissos éticos. Isso pode se dar por vias formais, como os comitês de ética em pesquisa (CEPs), apesar dos cânones restritos com que hoje operam,³¹ ou por expedientes como publicação e discussão de relatos sobre itinerários de pesquisa em revistas e eventos da área. Tais medidas tendem a ampliar nossa consciência comum sobre as repercussões de uma atividade que tem forte capacidade de incidir concretamente na realidade.³²

Mas é preciso ir inclusive além dos pares e considerar que, em função desta capacidade, a PED também deve incorporar preocupação sobre como prestar contas aos sujeitos e práticas sociais a partir dos quais constrói suas narrativas sobre a realidade – o

31 Ver, a esse respeito, o conflito entre, de um lado, sociedades científicas e, de outro, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde (CONEP/MS), tendo em vista o interesse dos primeiros em obter regulamentação específica para as pesquisas de ciências humanas e sociais. Segundo relato do site de uma das sociedades, “O GT encarregado de elaborar a resolução específica para a ética em pesquisa nas ciências humanas e sociais no âmbito da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa/Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde (...) aprovou uma minuta em dezembro de 2014. Essa minuta foi rejeitada pela CONEP em seus delineamentos principais em uma carta enviada ao GT em 28 de janeiro de 2015. Os representantes das associações científicas nele representadas, assim como a coordenadora do GT (ela própria membro da CONEP) e uma das especialistas convidadas, enviaram no dia 02 de fevereiro um documento de resposta à carta da CONEP, rejeitando as recomendações e refutando os argumentos daquela Comissão do CNS, por representarem um total desconhecimento da realidade das pesquisas concebidas e realizadas no âmbito das ciências humanas e sociais, uma reiterada imposição das regras biomédicas e bioéticas sobre as outras áreas de pesquisa, e um desrespeito às dezoito associações que se dispuseram a trabalhar na nova legislação ao longo de um ano e meio”. Disponível em: <<http://www.portal.abant.org.br/index.php/institucional/etica-em-pesquisa>>, acesso de 10 Mar. 2015. Confira o documento em: <http://www.portal.abant.org.br/images/Noticias/Minuta_resol_CHS_do_GT_CONEP-2.pdf>, acesso em 10 Mar. 2015.

32 Essa é uma diferença fundamental entre o direito e outras ciências sociais. O direito, como dizia Kelsen, é normativo. O conhecimento da realidade tem como consequência bem mais imediata a regulação dessa mesma realidade.

que não significa abrir mão de atributos caros às ciências, como o rigor. Isto é, obviamente, uma tarefa difícil, para a qual os caminhos não estão dados. Porém, por tudo o que se discutiu nas seções anteriores, é cada vez mais indispensável.

4 Uma aposta em PED: a construção social da legalidade na administração pública

Como, então, é possível aproveitar as oportunidades e navegar entre os constrangimentos hoje colocados para a PED?

Nesta seção, relato brevemente projeto de pesquisa atual, no qual me vi em condições de empreender tais reflexões.

O projeto, desenvolvido no âmbito de instituição de governamental pesquisa, tem como título “a construção social da legalidade na administração pública”. Seu objetivo é entender de que forma o sentido do que é legal (ou seja, “lícito”) é definido no cotidiano de gestores e nas relações que estes estabelecem com outros agentes públicos e privados, como advogados públicos, empresas, etc. O método inicial era baseado em entrevistas e a equipe tinha composição multidisciplinar, com formações em direito, sociologia, ciência política e administração pública. No período de dois anos, mais de 70 entrevistas foram realizadas, todas com duração entre 1h-1h30min, com gestores de médio e alto escalão e advogados públicos. O protocolo das entrevistas envolvia questões sobre atribuições, desafios cotidianos, estratégias para lidar com tais desafios e, finalmente, sobre os problemas jurídicos que brotavam das respostas às demais perguntas, ou eram inseridos por meio de *probes* diante de temas como contratos, licitações, convênios, formulação de normas infralegais, discussão de alterações legislativas, etc.

Tratava-se, com isto, de situar socialmente o processo de atribuição de sentido para normas abstratas, tais como os princípios da administração pública contidos no art. 37 da CF.³³ A premissa teórica, assim,

33 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

de modo condizente com a perspectiva crítica, considerava o direito um elemento relativamente *indeterminado*, porém entendia que sua necessária e cotidiana determinação, para a adjudicação de conflitos e a formulação de políticas públicas, é resultado de uma variedade de processos e relações sociais.

Ao longo da pesquisa, os métodos foram ampliados para incluir análises de documentos, dados e até a elaboração de *survey* – por ora apenas uma possibilidade –, a qual visaria, depois, permitir a realização de análises estatísticas, que incorporem preocupações com representatividade e a busca de fatores explicativos.

Em se tratando de pesquisa aplicada e produzida no âmbito de agência governamental, todo esse esforço se canaliza inicialmente para responder questões práticas como as seguintes:

1. De que forma se dá a aplicação do direito positivo estatal no cotidiano da gestão pública?
2. Como os atores envolvidos, especialmente gestores e advogados, conflitam ou cooperam nesse processo?
3. Quais são os potenciais gargalos aí existentes?
4. Por que é tão difundido o discurso de que o direito (as regras, a excessiva “burocracia”) atrapalha a gestão?
5. É possível fazer algo para melhorar o aparato estatal nesse aspecto? Se sim, o que?

Por outro lado, é evidente que uma pesquisa como essa produz material apropriável para diversos fins.

Para a dogmática, por exemplo, uma análise sistemática da prática do direito administrativo (*law in action*) pode ensejar novas formulações em conceitos como a *discricionariedade*, que, em nossas observações, hoje não ajuda a iluminar processos de tomada de decisão em um ambiente institucional cada vez mais marcado por controles. Para a teoria social, a pesquisa tem potencial para diálogo fecundo com vertentes e abordagens teóricas variadas em direito, profissões jurídicas, sociologia das organizações e políticas públicas. Nos próximos anos, os pesquisadores envolvidos esperam retornar a essas comunidades epistê-

dade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...”.

micas com artigos e apresentações, na tentativa de refinar os sentidos teóricos dos resultados encontrados em tópicos como, por exemplo, a construção e a reprodução de poder profissional e a construção do campo do poder estatal (Bourdieu, 1987).

Por fim, defrontamo-nos com a dimensão política ou participativa da pesquisa: como se trata de trabalho produzido no âmbito de agência governamental, o Executivo é o interlocutor imediato, antes mesmo da academia. Os resultados serão partilhados e debatidos com setores do planejamento e gestão e da advocacia pública; e algum assessoramento adicional deve ser oferecido a estes atores, caso pretendam levar adiante medidas para a alteração de sua realidade. No entanto, a reflexão ética nos recomendou que os resultados também sejam divididos com os sujeitos que participaram da pesquisa e que seminários fechados sejam realizados com setores potencialmente afetados pela própria existência da pesquisa, como as entidades representativas de servidores. Isto não significa abrir mão do rigor, nem do afastamento que distinguem a atividade técnico-científica; significa apenas ter em mente a responsabilidade social do cientista enquanto alguém que, ao falar sobre a realidade, ajuda a conformá-la.³⁴

Nesse sentido, a aposta de nosso trabalho é na intersubjetividade: embora em algum momento teremos que delimitar o sentido de nossas análises para cumprir objetivos imediatos, procuramos nos manter sempre abertos às mais variadas críticas e olhares, esperando que isso contribua não apenas para a nossa reflexão, mas também para a reflexividade, no nosso trabalho e na relação deste com o mundo. Se conseguirmos fazê-lo, estamos certos de que os nossos produtos, embora modestos em conteúdo, terão as qualidades necessárias ao que pede o atual tempo da PED.

34 Veja-se que não está em questão a existência de relação entre sujeitos no processo de pesquisa, apenas as bases sobre as quais esta relação deve ser estruturada para garantir, a um só tempo, o rigor da pesquisa e a apropriação social do conhecimento. O mesmo se aplica, aliás, a pesquisas baseadas em técnicas como de observação participante ou pesquisa-ação, para as quais a literatura já documentou e criticou vários exemplos de subjugação da comunidade pelos pesquisadores.

5 Considerações finais

Este texto se debruçou sobre o contexto atual da PED a partir de três movimentos: (I) o resgate dos fatores que levam ao fortalecimento do campo; (II) os desafios colocados para o campo; e (III) exemplos práticos de tomadas de decisão em meio a tais oportunidades e constrangimentos.

No caso do item I, o texto abordou cinco vetores: (i) a exaustão do positivismo jurídico; (ii) a reforma do ensino jurídico; (iii) o chamado das políticas públicas; (iv) o advento da democracia e a apropriação do direito por outros atores acadêmicos e sociais; e (v) a globalização.

No caso do item II, depois de mapear as vocações e os usos sociais da PED, o texto enfatizou questões metodológicas e éticas, buscando localizar no *desenho* da pesquisa o terreno apropriado para definições em relação àqueles assuntos.

No caso do item III, o texto reportou a complexidade de pesquisa e as decisões tomadas por equipe da qual participei, destacando, especialmente, nossa atitude – não apriorística, mas como resultante de nosso aprendizado coletivo no trabalho – de abertura e diálogo diante de múltiplas e contraditórias pressões. Ao fazê-lo, citando Descartes (2001, p. 7), “meu propósito não foi ensinar o método que cada qual deve seguir para bem conduzir sua razão” e nem mesmo “mostrar de que modo me esforcei por conduzir a minha”, mas sim chegar ao fim do texto com a possibilidade de deixar duas notas de otimismo.

A primeira é de que, embora imensos, os desafios colocados para a PED não devem servir como fatores de imobilização, mas sim de catalisação de nossas energias intelectuais e de nossa capacidade de trabalho.

A segunda é de que, frente a estes desafios, é possível e desejável agirmos de maneira distinta, uma vez mais, daquilo que marca a pesquisa em direito em suas formas mais tradicionais:³⁵ de maneira que,

35 Como regra, o que se tem chamado no Brasil por “pesquisa jurídica” está muito mais próximo do cultivo narcisista de “teses” que da submissão de conclusões provisórias ao escrutínio do público (iniciado e não iniciado nos debates sobre o Direito, mas nem por isso menos afetado por eles). A escrita quase secreta dos gabinete-

como dizia Warat (2002, p. 221), leve à “aceitação das diferenças, à recepção do novo e à produção criativa do mundo. Porque isto é aprender Direito: ser criativo, aberto ao novo e predisposto à solidariedade. O resto é a crise”.



tes nega lugar ao trabalho associativo; a irmandade dos pequenos círculos de saber-poder bloqueia a interlocução com os diferentes e produz um considerável estreitamento dos cânones epistemológicos.

6 Referências

- Andrade, L. R. (1996). *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Araujo Pinto, C. P. (2002). *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Arruda Jr., E. L. (1991). *Lições de direito alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica.
- Arruda Jr., E. L. (1992). *Lições de direito alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica.
- Bourdieu, P. (1987). *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. 38 Hastings L.J. 805.
- Campilongo, C. F. (2011). *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- Canotilho, J. J. (1998). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- Carvalho Netto, M. (1999). A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série. Nº 6. Brasília: Faculdade de Direito da UnB.
- Carvalho Netto, M. (2001). A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrador para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In *Fórum administrativo*. Ano I. Nº 1. Belo Horizonte: Forum.
- Carvalho, A. B. (1992). *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica.
- Carvalho, A. B. (1997). *Direito alternativo em movimento*. Niterói: Luam.
- Carvalho, A. B. (1998). *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre: Síntese.
- Costa, A. B. et al. (2009). *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB.
- De Georgi, R. (1998). *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE.
- Dezalay, Y.; Garth, B. (2002). *The internationalization of palace wars: Lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States*. Chicago: Chicago University Press.
- Dworkin, R. (1999). *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2000). *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2002). *Levando direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.
- Falcão, J. (1984). *Conflito de Direito de Propriedade: Invasões Urbanas*. Rio de Janeiro: Forense.
- Faria, J. E. (1984). *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. Editora da Universidade de São Paulo
- Faria, J. E. (1988). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB.
- Faria, J. E. (1989b). *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal.
- Faria, J. E. (1991). *Justiça e Conflito: Os Juízes Em Face dos Novos Movimentos Sociais*. São Paulo: RT.
- Faria, J. E. (Org.) (1989a). *Direito e justiça : a função social do judiciário*. São Paulo: Ática.
- Félix, L. P. M. (2000). Apontamentos sobre a Iniciação Científica em Direito: A Formação de Habilidades para Pós-Graduação e Carreiras Jurídicas. In Machado, G. A. *Iniciação Científica em Direito: a experiência da Faculdade de Direito da UnB*. Brasília: Editora UnB.
- Félix, L. P. M. (2001). Da Reinvenção do Ensino Jurídico – Considerações sobre a Primeira Década. In *Comissão de Ensino Jurídico: OAB Recomenda – Um Retrato dos Cursos Jurídico*. Brasília: Conselho Federal da OAB.
- Ferraz Jr., T (2003) *Introdução ao estudo do direito técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Ed. Atlas.
- Fleury-Steiner, B; Nielsen, L. B. [Eds.] (2008). *New Civil Rights research: a constitutive approach*. Dartmouth: Ashgate Press.
- Gadamer, H-G. (1983). *A razão na época da ciência*. Tradução: Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Gadamer, H-G. (1999). *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Revisão: Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 3ª ed.
- Gadamer, H-G. (2001). *El giro hermenéutico*. Tradução: Arturo Parada. Madri: Catedra, 2ª ed.
- Gadamer, H-G. (2004). *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2ª ed.
- Glock, H-J. (1997). *Dicionário Wittgenstein*. Tradução: Helena Martins. Revisão: Luiz Carlos Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Gordon, R. W. (1988). *Law and Ideology* 3(1) Tikkun 14-18, 83- 86.
- Habermas, J. (1996). Postscript to Between facts and norms. Tradução: William Rehg. In Deflem,

- M. (ed). *Habermas, Modernity and Law*. Londres: SAGE Publications Ltd.
- Habermas, J. (1998). *Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy*. Tradução: William Rehg. Cambridge: MIT Press.
- Habermas, J. (2002). *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2ª reimp.
- Habermas, J. (2003). *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tauros, 4ªed., v. 1.
- Hart, H. (1961). *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press.
- INEP/MEC (1998). *Diretrizes Curriculares. Propostas das comissões do Exame Nacional de Cursos*. Brasília, 1998, disponível em: <<http://www.dominio-publico.gov.br/download/texto/me002241.pdf>>, acesso em 10 Mar. 2015.
- Junqueira, E. B. (1993). *A Sociologia do Direito no Brasil – Introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Luhmen Juris.
- Junqueira, E. B. (2002). Geleia geral: a sociologia jurídica nas Faculdades de Direito. In Junqueira, E. B.; Oliveira, L. [Orgs.]. *Ou Isto ou Aquilo A Sociologia Jurídica nas Faculdades de Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital.
- Junqueira, E. B.; Oliveira, L. [Orgs.] (2002). *Ou Isto ou Aquilo A Sociologia Jurídica nas Faculdades de Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital.
- Kelsen, H. (1979). *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*. Harvard University Press.
- Kennedy, D. (2006). *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Beard Books.
- Kennedy, D. (2006). The rule of law, political choices, and development common sense. In Trubek, D.; Santos, A. [Orgs] (2006). *The New Law and Economic Development: a critical appraisal*. NY: Cambridge University Press.
- Koerner, A. et al. *Texto de fundamentação da proposta de criação da Área temática “Política, Direito e Judiciário” no quadro da Associação Brasileira de Ciência Política em 2010 e do Seminário Temático “Judiciário, Ativismo e Política” no quadro da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais*. Mimeo.
- Kostiner, I. (2003). Evaluating Legality: Toward a Cultural Approach to the Study of Law and Social Change. *Law & Society Review*, v. 37, n. 2. (pp. 323-368).
- Kuhn, T. (1970). *The structure of scientific revolutions* (2nd ed.). Chicago: University of Chicago Press.
- Lindblom, C. E. (1959). The science of ‘muddling through’. *Public Administration Review*, 19. (pp. 79-88).
- Luhmann, N. (1982). *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press (Tradução de Stephen Holmes e Charles Larmore).
- Luhmann, N. (1983 & 1985). *Sociologia do direito (I e II)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro (Tradução de Gustavo Bayer).
- Lyra Filho, R. (1980). *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: SAFE.
- Lyra Filho, R. (1982). Direito e Aveso. *Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira*, n. 1. Brasília: Nair.
- Lyra Filho, R. (1983). Humanismo Dialético (I). *Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira*, n.2. Brasília: Nair.
- Lyra Filho, R. (1985). *O que é direito*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense.
- Marx, K.; Engels, F. (1986). *A ideologia alemã*. 5ª Ed. São Paulo (SP): Hucitec.
- Merry, S. E. (1992). Anthropology, Law, and Transnational Processes. *Annu. Rev. Anthropol.*, 21. (pp. 357-79).
- Nielsen, L. B. (2004). *License to Harass: Law, Hierarchy, and Offensive Public Speech*. NY: Princeton University Press.
- Nielsen, L. B. (2007). *Theoretical and Empirical Perspectives on Rights*. Dartmouth: Ashgate
- Nielsen, L. B.; Patel, N. A.; Rosner, J. (2013). “Ahead of the Lawmen”: Law and Morality in Disney Animated Films 1960–1998. *Law, Culture and the Humanities*. April.
- Oliveira, A. M. (2004). *Ensino Jurídico – Diálogo entre Teoria e Prática*. Porto Alegre: SAFE.
- Oliveira, L. (2004). Pluralismo jurídico e direito alternativo no Brasil: notas para um balanço. In Oliveira, L. (2004). *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal.
- Pitkin, H. F. (1993). *Wittgenstein and justice*. Berkley: University of California Press.

- Porto, I. F. (1999). *Ensino Jurídico, Diálogos da Imaginação*. Porto Alegre: SAFE.
- Rocha, L. S. (2003). *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos.
- Sá e Silva, F. (2007). *Ensino Jurídico. A Descoberta de Novos Saberes para a Democratização do Direito e da Sociedade*. Porto Alegre: SAFE.
- Santos, B. (1989). *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Porto: Edições Afrontamento.
- Santos, B. S. (1980a). Sociologia na primeira pessoa: Fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro. In *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 49. Brasília: Brasiliense. (pp. 39-79).
- Santos, B. S. (1980b). Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In SOUTO, C.; Falcão, J. (orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira.
- Santos, B. S. (1995). *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: SAFE.
- Santos, B. S. (2001). Para uma concepção pós-moderna de direito. In Santos, B. S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez.
- Santos, B. S. (2006). The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique. *Law and Society Review*, v. 40 n. 1. (pp. 39-75).
- Santos, B. S.; Trindade, J. C. [Orgs.] (2003). *Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique*. 2 volumes. Porto: Afrontamento.
- Santos, B. S. (1977). The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasárgada, 12 *Law & Society Rev.* 5, 89-90.
- Santos, B. S. (2013). *O Direito dos Oprimidos*. Coimbra: Almedina.
- Santos, B. S.; Rodriguez-Garavito, C. (2006) *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge University Press.
- Sarat S.; Silbey S. S. (1988). The pull of the policy audience. *Law and Policy* 10(2-3). (pp. 97-166).
- Silbey, S. (2005). After legal consciousness. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 1, (pp. 323-368).
- Silbey, S.; Ewick, P. (1998). *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: University of Chicago Press.
- Sousa Jr., J. G. (1984). *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: SAFE.
- Sousa Jr., J. G. (1990). Movimentos Sociais – A Emergência de Novos Sujeitos: o Sujeito Coletivo de Direito. In *XIII Conferência Nacional da OAB (anais)*. Belo Horizonte.
- Sousa Jr., J. G. (1997). *Movimentos Sociais e Práticas Instituintes de Direito: perspectivas para a pesquisa sócio-jurídica no Brasil*. In *OAB Ensino Jurídico: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*. Brasília. Brasília: OAB.
- Sousa Jr., J. G. (1998). Introdução. In *Para Revista do SAJU. Para uma Visão Crítica e Interdisciplinar do Direito*, v. I. Porto Alegre, (pp. 9-11).
- Sousa Jr., J. G. (1999). Prefácio. In Porto, I. da F.. *Ensino Jurídico, Diálogos da Imaginação*. Porto Alegre: SAFE.
- Sousa Jr., J. G. (2002a). *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: SAFE.
- Sousa Jr., J. G. (2002b). Conhecimento jurídico e suas formas sociais de produção. In *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: SAFE.
- Sousa Jr., J. G.; Molina, M. C.; Tourinho Neto, F. da C. (orgs.). (2002c). *Introdução crítica ao direito agrário*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado.
- Sousa Jr., J. G. (2006). *O Direito Achado na Rua: concepção e prática*. Brasília, s.d. Disponível em <www.unb.br/fd/nep/matdireitonep.htm>, acesso em 20 Set. 2006.
- Sousa Jr., J. G. [Org.] (1993). *Introdução crítica ao direito*. Série O Direito Achado na Rua, vol. 01. Brasília: UnB.
- Sousa Jr., J. G. [Coord.] (2015). *O direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Sousa Jr., J. G.; Aguiar, R A [Orgs.] (1993). Introdução crítica ao direito do trabalho. Série O Direito Achado na Rua, vol. 02. Brasília: UnB.
- Sousa Jr., J. G.; Costa, A. C. (1998). *Direito à memória e à moradia: realização de direitos humanos pelo protagonismo social da comunidade do Acampamento da Telebrasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Faculdade de Direito/UnB, 1998.
- Sousa Jr.; Fonseca, L. G.; Apostolova, B. S. [Orgs] (2012). *O Direito Achado na Rua - Introdução Crítica ao Direito das Mulheres*, vol. 5, Cead.
- Sousa, N. H. et al (2010) O Direito Achado na Rua: 25 Anos de Experiência de Extensão. *Participação: a revista do decanato de extensão da Universidade de Brasília*. Brasília: UnB.

- Souto, C. (1997). *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Stroud, B. (2005). Mind, meaning and practice. In Sluga, H.; Stern, D. G. (org). *The cambridge companion to Wittgenstein*. Nova York: Cabridge University Press, 1ª ed. 8ª reimp.
- Tocqueville, A. (2000). *Democracy in America*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Touraine, A. (1998). *Do social movements exist?* Comunicação apresentada no XVI Congresso da Associação Internacional de Sociologia. Montreal: Mimeo.
- Trubek, D. M.; Galanter, M. (1974). Scholars in Self Estrangement: Reflections on the Crisis in Law and Development Studies. *Wisconsin Law Review* 1062.
- Trubek, D.; Santos, A. (2006). *The New Law and Economic Development: a critical appraisal*. NY: Cambridge University Press.
- Tushnet, M. (1986). Critical Legal Studies: An Introduction to Its Origins and Underpinnings, 36 *J. Legal Educ.* (pp. 505-517).
- Unger, R. M. (1976). *Law in Modern Society*. New York, The Free Press.
- Unger, R. M. (1983). *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard University Press.
- Warat, L. A. (1981). À procura de uma semiologia do poder. *Rev. Sequência*, v. 2, n. 3. (pp. 79-83).
- Warat, L. A. (1982). *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. *Rev. Sequencia*, v. 3, n. 5. (pp. 48-57).
- Warat, L. A. (1994a). *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE.
- Warat, L. A. (1994b). *Introdução Geral ao Direito. A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: SAFE.
- Warat, L. A. (1995). *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: SAFE.
- Warat, L. A. (2002). Confissões Pedagógicas diante da Crise do Ensino Jurídico. In OAB. *Ensino Jurídico: diagnósticos, perspectivas e propostas*. Brasília: OAB.
- Warat, L. A. (2004). Os quadrinhos puros do direito. In: *Territórios Desconhecidos*. Florianópolis: Boiteux.
- Warat, L. A.; Cunha, R. M. (1977). *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca.
- Wiecek, W. M. (1998). *The lost world of classical legal thought. Law and Ideology in America, 1886-1937*. Oxford University Press.
- Wittgenstein, L. (1995). On certainty. In: Westphal, J (Org). *Certainty*. Tradução: Gertrude Elizabeth Anscombe. Cambridge: Hackett Press.
- Wittgenstein, L. (2003). *Philosophical investigations*. Tradução: G. E. M. Anscombe. Oxford: Blackwell Publishing, 3ª ed.
- Wittgenstein, L. (2006). *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução: A. H. Mueller. Disponível em <<http://www.herban.de>>. Acesso 10 Mar 2015.

Data de submissão/Submission date: 13.3.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 21.09.2015

Racismo ou injúria racial? Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posiciona diante dos conflitos raciais // *Andrea Franco Lima e Silva¹ e Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro²*

Palavras-chave:

racismo/ justiça/ acesso à justiça/ pesquisa empírica em decisões judiciais/ sociologia das relações raciais

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

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Democracia ou desigualdade: um balanço da sociologia das relações raciais**
- 3 As lentes da Justiça: a (re)construção da realidade social a partir dos documentos judiciais**
- 4 Os resultados da análise quantitativa: atores, ações e descrições do conflito racial na Justiça mineira**
- 5 A voz do Estado: o racismo e a injúria racial a partir de decisões judiciais**
- 6 Considerações Finais**
- 7 Referências**

Resumo

Neste trabalho, apresentaremos uma análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre os processos que tenham, como ponto central, práticas identificadas como racismo, discriminação ou preconceito de raça ou de cor. Com isso, buscamos responder às seguintes questões: que tipos de conflitos envolvendo raça ou cor são julgados, em segunda instância, pelo Tribunal; que atos, palavras e expressões estão presentes nesses casos; e quais são os argumentos utilizados e as estratégias discursivas empregadas pelos réus, pelos autores e pelos juízes na administração do conflito. Nossos resultados indicam que o sistema jurídico mineiro tende a descontextualizar expressões historicamente racistas, negando que a origem do conflito seja o preconceito racial, o que mantém a desigualdade característica de nossa sociedade.

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail para contato: andreafls@gmail.com

2 Professora do Departamento de Sociologia (DSO) e pesquisadora do Centro de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública (CRISP), ambos da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail para contato: ludmila.ribeiro@gmail.com

RACISM OR RACIAL INSULTS? How the Minas Gerais Court of Appeal stands on racial conflicts // *Andrea Franco Lima e Silva e Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro*

Keywords:

racism/ justice/ access to justice/ empirical research with judicial decisions/ sociology of race relations

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

Abstract

In this paper we present an analysis of the judgments released by the Court of Appeal of the state of Minas Gerais, regarding claims that have as their central point practices identified as racism, discrimination or prejudice on the basis of race or skin color. By doing so, we aim to answer the following questions: which type of conflict related to race or skin color is judged, and in the second instance, with regards to the Court of Appeal; which acts, words or expressions are present in these cases; which type of arguments are used and which discursive strategies are applied by defendants, victims and judges to manage the conflict. Our results indicate that the legal system tends to decontextualize expressions historically considered as racist, denying that the root of the observed conflicts is racial prejudice.

1 Introdução

Há mais de cinquenta e cinco anos passados, quando ainda frequentava os bancos da escola primária, eu ouvia meus mestres de então que, no Brasil, não havia questão racial, como, por exemplo, ocorria em outras partes do mundo, e, principalmente, na América do Norte. Aprendi que o povo brasileiro foi formado pela miscigenação de três raças: a branca, a negra e a indígena e que, por isso mesmo, aqui não havia ódio racial. Sempre vi no multicolorido desse povo sofrido, composto de negros, índios, brancos, mulatos, cafuzos e mamelucos, a comprovação mais evidente dessas lições. Sempre senti orgulho disso. Sempre senti orgulho de ser brasileiro, de pertencer a essa Nação sem preconceito racial ou de cor.” (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0000.00.152296-0/000, julgada em 30/11/1999 e publicada no DOJ em 03/02/2000).

As palavras que abrem este trabalho são parte de um acórdão que decidi sobre uma denúncia de racismo, a qual, supostamente, culminou na demissão de uma pessoa em razão de sua cor. Os acusados foram absolvidos por falta de provas. Essa decisão foi publicada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 30 de novembro de 1999, cerca de dez anos após a edição da Lei nº 7.716/89, também chamada de Lei Caó, que criminaliza determinadas práticas sociais como racismo.

Embora a sociedade brasileira não tenha sido marcada por práticas estritamente segregacionistas, a exemplo das que visualizamos nos filmes sobre a realidade norte-americana, tampouco é certo afirmar que vivenciamos uma democracia racial ou uma sociedade livre de questões raciais. Como relatado em inúmeros estudos³, no Brasil, as desigualdades sociais entre negros e brancos são evidentes e persistentes. Os indicadores sociais apontam, direta ou indiretamente, para a existência de preconceito e de discriminação nas relações sociais brasileiras⁴.

A Justiça pode nos ajudar a desenhar um panorama das relações sociais sob uma nova perspectiva. As

instituições jurídicas operacionalizam o que chamamos de “direito da sociedade moderna”, isto é, um corpo de leis cuja interpretação guarda nítida correlação com a complexidade de cada agrupamento social. Para Durkheim (1983), o Direito deve ser entendido enquanto o uma construção social, instituída por intermédio da ação do Estado que, ao criar determinadas leis, procura organizar e transformar determinadas realidades.

Ademais, a Justiça é a principal voz do Estado. Os seus ecos, muitas vezes dissonantes, vão além da letra da lei. Suas decisões podem inclusive afetar diretamente a dinâmica da sociedade, uma vez que em tais sentenças os juízes interpretam fatos sociais e estabelecem regras de convívio, prescrevendo normas morais de comportamento dos sujeitos. Assim, as instituições jurídicas, ao interpretarem o direito, ratificam as estruturas sociais, mantendo recortes, exclusões e privilégios. Na interpretação de Kant de Lima (2001, p. 15), o resultado dessa operação é “conciliação forçada de conflitos, visando à imposição da harmonia e do status quo para manter a hierarquia”. De certa forma, observamos essa operacionalização *sui generis* da Justiça brasileira no julgamento dos conflitos raciais, que terminam sendo naturalizados como parte da vida cotidiana.

A demanda pela administração judicial dos conflitos envolvendo elementos de raça ou de cor - neste trabalho, entendidos como “conflitos raciais” - não é recente. Um dos principais marcos sobre o tema é a Lei Afonso Arinos, editada em 1951, a qual introduziu o Poder Judiciário como um ator importante no combate ao racismo. Essa lei, uma demanda do movimento negro⁵, definiu as práticas racistas ali descritas como contravenção penal, mas mostrou-se ineficaz por não lograr nenhuma condenação sob sua vigência (Santos, 2013). Por cerca de 30 anos, essa ineficácia foi denunciada pelo movimento negro, cuja voz finalmente ecoou na Constituição de 1988, que definiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível⁶.

3 Hasenbalg e Silva (1979, 1992); Figueiredo (2002); Guimarães (2004); Osório (2008); Fernandes (2009); Miranda-Ribeiro (2012); entre outros.

4 Vide Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil – 2009-2010.

5 “Movimento Negro” é aqui entendido como o conjunto de movimentos, grupos, coletivos ou organizações de protagonismo negro envolvido no combate antirracista.

6 Constituição Federal, Art. 5º. XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Com o intento de dar maior efetividade à previsão constitucional, surge a Lei Caó⁷, que define, em seus artigos, inúmeras práticas identificadas como racismo; porém, dependentes, em demasia, do processo de interpretação do juiz para a sua aplicação e efetividade. No âmbito da legislação atual, o racismo decorre, dentre outras ações, de praticar, de induzir ou de incitar a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. São muitos os fatos e os atos que cabem nesses verbos, bem como muitas narrativas que buscam interpretá-los e, desse modo, dar-lhes sentido. Através da Justiça também está o estatuto da verdade sobre a natureza dos conflitos raciais, tendo em vista que essa é a principal voz do Estado.

Neste trabalho, partimos do entendimento de que, apesar da lei e da Justiça serem, há tempos, eleitas para a mediação de conflitos raciais, poucos são os estudos que exploram as decisões judiciais a fim de compreenderem como se dão as relações raciais no Brasil contemporâneo. No estudo do racismo, por exemplo, muitos trabalhos dedicam-se a demonstrar as relações entre negros e violência policial/criminalidade ou apresentam, majoritariamente, as delegacias como lugar da discriminação em razão da cor do sujeito.

Poucos são os que se focam na Justiça, do ponto de vista de condenar ou absolver a prática de racismo e, até mesmo, de definir o significado desse termo. Por isso, alguns questionamentos sobre a relação entre Justiça e raça ainda permanecem sem respostas: que interpretações sobre a realidade social são fundamentos de decisões favoráveis ou desfavoráveis às ações que envolvem a temática do racismo? Seria possível compreender, através do conflito racial narrado – e assim construído dentro de um determinado campo ou esfera [a Justiça] -, como um discurso [jurídico] interpreta e dá sentido a esse embate?

Na tentativa de responder a essas questões, analisamos os acórdãos, emitidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sobre as ações propostas a partir de conflitos que tinham, como ponto central,

⁷ Nomeada em homenagem ao seu autor, Carlos Alberto Oliveira dos Santos, advogado, jornalista e político brasileiro, em cuja carreira se destaca a luta contra o racismo.

atos imputados como prática de racismo, discriminação ou preconceito de raça ou cor. Buscamos desvendar quais conflitos, envolvendo raça ou cor, foram julgados pela Justiça mineira; quais os tipos de argumentos foram utilizados e quais estratégias discursivas empregadas pelos réus, pelos autores e pelos juízes na administração do conflito. Com isso, queremos compreender quais são os significados que a Justiça atribui a uma categoria que parece possuir acepções cada vez mais diferenciadas: o racismo.

A nossa argumentação encontra-se estruturada em cinco seções, além desta introdução. Na primeira, discorreremos sobre alguns discursos interpretativos das relações raciais brasileiras. Em seguida, desvelamos os caminhos percorridos até a organização dos acórdãos sobre racismo em uma base de dados. Na terceira seção, apresentamos os resultados quantitativos mapeados nos documentos analisados e, na quarta, problematizamos os limites e as possibilidades da análise do racismo a partir de decisões judiciais. Por fim, enumeramos alguns pontos da nossa argumentação que merecem uma ênfase maior a título de considerações finais.

2 Democracia ou desigualdade: um balanço da sociologia das relações raciais

Antes de entendermos as razões pelas quais analisaremos a administração judicial dos conflitos raciais, é importante que compreendamos por qual motivo a sociedade brasileira inseriu a questão do racismo na Constituição Federal, em uma legislação específica (a Lei Caó) e no Código Penal, que atualmente prevê o delito de injúria racial. Ao analisarmos a aplicação desses dispositivos, precisamos considerá-los como ponto de chegada de uma longa jornada, de modo que acadêmicos, políticos e ativistas lançaram mão de diversos discursos, ora ocultando, ora revelando a nossa dificuldade em lidar com indivíduos que possuem características exteriores diversas do padrão europeu, essencialmente caucasiano.

Diversos estudos contemporâneos reconhecem que a sociedade brasileira se negou, e ainda hoje se nega a reconhecer-se como uma sociedade racista (Cardoso, 2010). As versões idílicas sobre a “harmonia entre

as três raças constituidoras da nação”, encarnadas em muitos discursos das diversas esferas sociais, são habitualmente baseadas no ideal de democracia racial, inferido a partir do marco que foi o lançamento de *Casa Grande e Senzala*, traduzido também na “fábula das três raças” (Freyre, 1933).

A forma de representação das relações raciais brasileira, tal qual foi resgatada por DaMatta (1981), explica como ela se tornou o fundamento do que o autor chamou de “credo racial brasileiro”: “ideologia destinada a substituir a rigidez hierárquica que aqui se mantinha desde o descobrimento, quando nossas estruturas sociais começaram a se abalar a partir das guerras de independência” (Damatta, 1981, p. 68). Para o autor, essa maneira de ler a interação entre brancos, pretos e mulatos tem como resultado a persistência de um sistema hierarquizado, real, concreto, historicamente dado e legitimado por uma ideologia de harmonia e de cordialidade na qual se reforça, em um plano muito mais profundo, a desigualdade de cor.

Para entendermos como o sistema objetivo de desigualdade das posições sociais é escamoteado, a partir do discurso da democracia racial, é preciso reconstituir o percurso histórico da construção dessa narrativa. O ponto inicial do novelo é a ideologia que pretende reforçar os lugares sociais baseados na cor, de uma sociedade em transformação – a sociedade brasileira do século XIX –, cuja legitimação derivava do discurso científico da época: o estabelecimento do racismo tal qual doutrina científica supostamente respaldada pelo incipiente estudo da genética, pelo biologismo de Darwin, pelo evolucionismo de Spencer, pela criminologia de Lombroso, e pelas demais correntes ideológicas e científicas da época. Em todos desses estudos a conclusão era sempre a mesma: existiam indivíduos superiores e inferiores do ponto de vista psíquico. E o marcador externo da desigualdade era exatamente a cor da pele; esse a fim de viabilizar e legitimar as práticas escravistas da época.

Lembra-nos Guimarães (2004) que o racismo conforme conhecemos hoje surge no cenário político brasileiro sob o mesmo ponto de vista da doutrina científica quando se avizinhava à abolição da escravatura e, concomitantemente, a igualdade política e formal

entre todos os brasileiros. O Brasil do século XIX, marcado por características coloniais e em crise, é um país em busca do progresso, que seria obtido através da ordem e do preenchimento de uma carência básica: a nacionalidade. Essa, por sua vez, foi forjada a partir de uma “população plenamente identificada com a ideia de pátria, de sociedade brasileira, não só em termos de limites geográficos como também no sentido de uma etnia nacional” (Azevedo, 1987, p. 59-60). No debate sobre o progresso, em um contexto no qual a raça, segundo os fundamentos da própria ciência, poderia ser definidora do destino da nação, a questão racial torna-se central. Éramos um país com uma numerosa população de negros, e o embranquecimento da sociedade estabeleceu-se como uma condição necessária ao avanço nacional.

No campo das Ciências Sociais, o discurso da questão racial era legitimado a partir da ampliação considerável do alcance das teses de Oliveira Vianna e Nina Rodrigues. Para esses, a mestiçagem seria algo extremamente nocivo ao próprio projeto de nação, dada a dificuldade de se constituir uma civilização a partir de algo, bem como era, em essência, patológico. Nas palavras do próprio Nina Rodrigues:

(...) o que importa ao Brasil determinar é o quanto de inferioridade lhe advém da dificuldade de civilizar-se por parte da população negra que possui e se de todo fica essa inferioridade compensada pelo mestiçamento, processo natural por que os negros se estão integrando no povo brasileiro, para a grande massa da sua população de cor. (1977, p. 269).

O racismo também propagado pela Escola de Medicina da Bahia e pela Escola de Direito do Recife, compenetradas nos estudos da criminalidade centrada na perspectiva lombrosiana da anatomia e das origens genéticas, subsidiaram desde as políticas de imigração - voltadas ao embranquecimento e à substituição da mão-de-obra negra por imigrantes europeus brancos - até a amenização discursiva de práticas da tendência eugenista. Essas eram mais complexas porque estavam transvestidas de políticas que privilegiavam as ações da saúde pública e da educação, bem como as teorias da miscigenação “que pregavam a lenta, mas contínua fixação pela população brasileira de caracteres mentais, somáti-

cos, psicológicos e culturais da raça branca” (Guimarães, 2004, p. 11).

É no contexto, anteriormente citado, de interpretações que definiam o país como o lugar da miscigenação nociva a ser corrigida, que surge *Casa Grande e Senzala* (Freyre, 1933). Freyre inovou ao transcender tais interpretações racistas e biologistas do Brasil que sempre consideravam a miscigenação como um processo negativo (similarmente à abordagem criminológica de Nina Rodrigues). Admitia-se que esse poderia transformar a nação em construção, de um país onde a cor da pele não seria o principal marcador social, algo conforme ainda hoje não se verifica.

Orientado pela história social do negro da qual o principal marco teórico era Freyre, Donald Pierson, em pesquisa na Bahia entre os anos de 1935 e 1937, afirma que o Brasil se constitui numa sociedade multirracial de classes. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual as “raças” não eram propriamente ditas “raças” (Guimarães, 2003). As estruturas sociais não se estratificariam com base na descendência dos grupos, e as raças não seriam um princípio de organização e classificação nato. A unidade de classificação seria a cor, e essa, segundo o autor, não necessariamente fecharia as portas para ninguém e nem pesaria tanto na distribuição das oportunidades sociais⁸. O Brasil seria uma sociedade de classes, uma sociedade aberta, onde negros, brancos, índios, mestiços e pessoas de qualquer cor poderiam transitar pelos diferentes grupos sociais. A figura do mestiço era a evidência dessa incorporação e sua imagem tenderia a prevalecer na sociedade.

A força do racismo científico culminou perante um momento histórico no qual foi prova incontestada dos seus limites perversos: a Segunda Guerra Mundial.

⁸ Visão eminentemente contrária era apresentada por Nina Rodrigues, que se posicionou da seguinte maneira em relação à substituição de raça por cor: “Mais condenável ainda reputamos entre tanto a distribuição dos brasileiros em brancos, pardos e pretos, geralmente adotada nas nossas estatísticas médicas. Incluir, com efeito, num mesmo grupo de pardos ou mestiços não só os mulatos, mestiços do branco com o negro, como os mamelucos, mestiços do branco com o índio e os mulatos que voltam ao negro, não é somente fazer uma classificação de todo ponto artificial e arbitrária, é negar previamente, como fator etiológico, todo valor a semelhante discriminação de raças.” (Rodrigues, [1939], 2006, p.129).

Derrotada a doutrina nazista, que se sustentava na ideologia da superioridade de uma raça em detrimento das demais – que deveriam ser, inclusive, eliminadas - nos anos de 1950, grandes nomes mundiais da sociologia e da antropologia pronunciavam-se, através de uma declaração da UNESCO⁹, reforçando a tese que as:

diferenças genéticas não têm importância na determinação das diferenças sociais e culturais existentes entre diferentes grupos da espécie homo sapiens, e mudanças sociais e culturais no seio de diferentes grupos foram no conjunto, independentes das modificações na sua constituição hereditária. (Moura, 1994, p. 70).

Frente às teorias do racismo científico e as políticas segregacionistas imperantes nos Estados Unidos e na África do Sul, o Brasil de Freyre parecia à UNESCO um oásis de convivência harmoniosa entre raças, tornando-se o foco dos estudiosos sobre o tema das relações raciais. Tratava-se naquele momento de descobrir qual era o ingrediente essencial para a construção da democracia racial, onde o preconceito devia-se aos atributos adquiridos (conforme escolaridade e renda) e não pelas características físicas (conforme a cor da pele ou a etnia).

Anos mais tarde, novos estudos e pesquisadores como Florestan Fernandes (1955) romperiam com a forma de interpretar a sociedade brasileira. Ao estudar a condição dos negros em São Paulo, Fernandes (1955) denunciara a discriminação dessa população, subjugada de forma permanente numa situação de desigualdade. Segundo o autor, a mudança do estado social do negro produzida pela abolição, não promoveu consigo estratégias ou estruturas nas quais os permitissem serem incorporados em uma nascente sociedade de classes. Aliando-se a isso, a falta do desenvolvimento de uma democracia garantidora de

⁹ Conjunto de pesquisas sobre as relações sociais no Brasil organizado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) no início da década de 50, cuja iniciativa foi iniciada pelo impacto da Segunda Guerra Mundial e pela agenda antirracista formulada pela própria ONU no final dos anos 40. A imagem positiva de uma “democracia racial”, diferenciando o Brasil dos Estados Unidos e da África do Sul, despertou o interesse dos pesquisadores sobre o país.

igualdade de direitos, num cenário de rápido desenvolvimento do modelo capitalista. Os negros vinham de um contexto diferente de socialização (no sentido mesmo de *habitus*, conforme Bourdieu). Sem escolaridade e sem preparo (ou amparo) para sobreviver nas novas estruturas sociais que se estabeleciam, o seu espaço na sociedade capitalista era marginal, ainda menor que dos imigrantes adotados como principal força de trabalho.

Embora não se identifique conflito aberto, não há o que dizer da “democracia racial” nesse cenário, e essa é a grande crítica de Florestan Fernandes e Gilberto Freyre, que tornaria os dois autores os principais responsáveis pelas correntes interpretativas (e completamente opostas) das relações raciais brasileiras. Para aquele não há integração do negro na sociedade de classes e, para esse, a questão racial sequer é uma dimensão importante na estruturação das classes sociais.

Na tentativa de compreender qual seria a tese mais palpável para a explicação das relações raciais no Brasil, Hasenbalg (1979) realiza uma série de estudos empíricos e análises estatísticas sobre as desigualdades raciais brasileiras. A partir deste material, faz uma dura crítica à ideologia da democracia racial, que define como “poderoso instrumento ideológico de controle social”, cuja função é “legitimar a estrutura vigente de desigualdades raciais e impedir que a situação real se transforme numa questão pública” (Idem, p. 24). Também critica posicionamentos mais progressistas que até então atribuíam o problema principalmente aos resquícios da escravidão e ao dualismo estrutural que dividiam a sociedade brasileira, na qual conviviam instituições e padrões de relações sociais arcaicos e modernos, tendo em vista o desenvolvimento econômico como uma possibilidade de inclusão do negro. O autor não nega a relevância desses fatores, não obstante, no que toca à população negra, afirma que existe uma desvantagem competitiva e desqualificações próprias de suas condições raciais. O que se propõe é “desenfatizar o legado do escravismo como explicação das relações raciais contemporâneas” (Idem, p. 20), e acentuar as relações, os mecanismos e as estruturas de preconceito vigentes no momento da abolição, tão presentes na sociedade brasileira contemporânea.

Conquanto não muito difundido à época de sua publicação, o trabalho de Hasenbalg (1979) foi positivamente recepcionado pelo movimento negro, tornando-se um marco sociológico e político no entendimento das relações sociais. Anos depois, era possível reconhecer alguns desses mecanismos, relações e estruturas em diversos trabalhos sobre criminalidade, educação ou saúde a partir da desigualdade racial¹⁰. Fry (2006) ressalta a importância de análises que se utilizam de métodos quantitativos para compreender o impacto racial na mobilidade social e na desconstrução do mito da democracia racial. Todavia, sublinha que “o combate governamental ao racismo no Brasil parece ter colocado o antirracismo em segundo plano para investir em políticas de ação afirmativa que reforçam, mais do que tudo, identidades ‘raciais’ e ‘étnicas:’” (2006, p. 186). O autor também avalia negativamente tal aspecto, ressaltando que estão deixando “de lado os cuidados anteriores de identificar o peso relativo de classe e “raça” na distribuição dos prêmios e sofrimentos dos brasileiros” (Idem, p 186).

Certamente alguns conceitos formulados por Freyre, Fernandes, Hasenbalg e interpretados por Fry são ferramentas importantes no conhecimento e confronto das desigualdades raciais brasileiras. É preciso entender o que é raça, racismo, racismo institucional, e atinar quais são (e como atualizam-se) os discursos que conduzem à permanência dessa desigualdade.

Munanga (2004) entende que a utilização da categoria “raça” é pertinente na compreensão da sociedade, bem como possui potencial político em apontar o caráter histórico específico de determinadas crenças e práticas sociais da discriminação. O autor define o racismo moderno segundo um instrumento de hierarquização social do qual se determina a superioridade de um grupo, em detrimento de outro, pela via do discurso religioso ou científico. Nesse sentido, Guimarães (2004) afirma que o racismo é um sistema classificatório em que marcas físicas ou hereditárias significam uma essência moral, intelectual e cultural, que define o lugar do indivíduo na sociedade.

Na tentativa de compreender quais são os marcadores sociais utilizados para a classificação dos in-

¹⁰ Henriques (2001); IPEA, 2013

divíduos dentro (ou fora) de certas classes, Gomes (2005) identifica que a prática do racismo brasileiro está intimamente ligada à associação entre a aparência física (cor, cabelo, traços físicos) a um lugar de inferioridade. Ela afirma que, “no Brasil, quando discutimos a respeito dos negros, vemos que diversas opiniões e posturas racistas têm como base a aparência física para determiná-los como ‘bons’ ou ‘ruins’, ‘competentes’ ou ‘incompetentes’, ‘racionais’ ou ‘emotivos’” (Idem, p. 45). Sua obra também lança luzes sobre um aspecto muito importante e peculiar do chamado “racismo à brasileira”, o racismo que se afirma através da sua própria negação. Estamos na sociedade do racismo sem sermos racistas: “Quanto mais a sociedade, a escola e o poder público negam a lamentável existência do racismo entre nós, mais o racismo existente no Brasil vai se propagando e invadindo as mentalidades, as subjetividades e as condições sociais dos negros.” (Idem, p. 47).

Não é à toa que, em pesquisa realizada pela Folha de São Paulo em 1995, 89% dos brasileiros diziam haver preconceito contra negros no Brasil, mas somente 10% dos entrevistados admitiam-se preconceituosos (Schwarcz, 2012). Gomes (2005), chama ainda a atenção para a forma institucional do racismo, quando práticas discriminatórias sistemáticas são fomentadas pelo Estado ou contam como seu apoio indireto.

Apesar das diversas pesquisas sobre a influência da raça, especialmente mensuradas por seus fatores externos, na inserção do indivíduo na sociedade, são poucos os estudos que exploram a Justiça brasileira como campo que legitima ou desconstrói práticas essencialmente racistas. Desses, alguns são estudos sociológicos e surgiram especialmente a partir da década de 1990, logo após a promulgação da Constituição de 1988, que conferiu ao Judiciário maior poder institucional e papel político relevante. Tais análises concentram-se basicamente em duas áreas: a do acesso a direitos e a da prestação de serviços por parte das instituições do sistema de justiça (Sadek, 2002). Três estudos, vistos a seguir, são exemplares neste sentido.

Sales Jr. (2006), ao tentar compreender o tema da injúria racial em âmbito judicial, afirma que “a cor-

dialidade do não dito racista faz com que a discriminação social não seja atribuída à ‘raça’ e, caso isso ocorra, a discriminação seja vista como episódica e marginal, subjetiva e idiossincrática” (p. 232). Já Santos (2010), partindo de um levantamento de decisões judiciais sobre os casos de injúria no Brasil, pesquisou as formas segundo as quais o sistema judicial brasileiro por um lado, e os movimentos sociais por outro, interpretam a relação entre insultar e discriminar, a qual está na base da distinção entre injúria e crime de preconceito ou discriminação¹¹. Escrutinando especialmente a linguagem, e sua potencialidade, como produtora ou mantenedora de estigmas e marginalização social, a autora conclui que, não raro, o sistema jurídico tende a descontextualizar expressões historicamente racistas para, assim, negar o próprio racismo e restaurar a sensação de ausência do conflito racial.

Seguindo a mesma direção, Machado (2009) busca avaliar a efetividade das leis antirracismo no Brasil, tendo por base não só as condenações, mas também a compreensão da dinâmica e da lógica do Judiciário paulista no tratamento da questão. Com isso, ele demonstra que a qualificação jurídica dos casos envolvendo insultos com elementos raciais é efetivamente um ponto controvertido do tratamento jurídico do tema.

No qual pese a relevância desses três estudos sobre o tratamento judicial aos conflitos raciais, entendemos que há muito a se conhecer acerca do combate ao racismo. Especialmente no sentido de compreender qual conceito a Justiça (re)constrói sobre o tema, e, quais práticas (re)produzem a partir de seus discursos, inserindo ainda nesse tema, a problemática entre desigualdade e acesso a direitos, bem como a via penal como solução viável a demandas antirracismo. O presente trabalho pretende contribuir com algumas reflexões neste sentido.

11 Essa diferença será melhor esclarecida na próxima seção, quando analisaremos as decisões referentes a cada um desses descritivos.

3 As lentes da Justiça: a (re)construção da realidade social a partir dos documentos judiciais

As análises sobre a forma de atuação da Justiça na sociedade moderna têm espaço privilegiado dentro das ciências sociais. Weber ([1922] 2004, p. 09), por exemplo, chama a atenção para a importância desta instância como mecanismo de “aproximação formal entre a aplicação do direito e a administração (no sentido de ‘governo’)”. A Justiça é, assim, a arena em que a letra morta da lei ganha vida e, dessa forma, produz efeitos na vida dos indivíduos.

Na perspectiva de Bourdieu (1998), o campo do Direito, em qualquer sociedade, tem sua justificativa de existência fundada na necessidade de se regular as tensões sociais não apenas a partir do cumprimento dos dispositivos legais que orientam o funcionamento do sistema, como também a partir da adaptação desses requisitos à cultura do meio no qual ele encontra-se inserido. Logo, ainda que as regras de funcionamento do campo da Justiça sejam as mesmas em duas localidades específicas, a sua aplicação será diferenciada em virtude dos diferentes sistemas de crenças, valores e atitudes de cada uma das sociedades que se está analisando. O mundo jurídico não é, portanto, apenas um conjunto de regras, procedimentos e instituições jurídicas, mas também um conjunto de práticas que caracterizam a forma de administração dos conflitos em uma dada sociedade (Merryman, 1969).

Diante de um conflito qualquer, os operadores do direito não conseguem analisar o fato em si, pois eles não podem fazer-se presentes diante da interação social conflituosa. O que cabe a eles, de acordo com a sua posição no campo do Direito, é analisar as narrativas apresentadas pelos envolvidos de acordo com as acepções jurídicas em que cada uma delas se mobiliza. É a partir dessa construção coletiva sobre o que de fato ocorreu que se produz uma representação social acerca do conflito, dando-lhe uma nova interpretação e uma acepção muitas vezes diferenciada daquela que os próprios envolvidos possuíam.

Uma forma de compreender esse processo é mobilizando a descrição que Geertz (1975, p. 259) faz sobre as atividades de Justiça. Na perspectiva do autor, os

operadores se ocupam da “descrição de um fato de tal forma que possibilite aos advogados defendê-lo, ao juiz ouvi-lo e aos jurados solucioná-lo, nada mais é que uma representação” (Idem). Para o autor, a função da justiça é traduzir a realidade social desde uma perspectiva eminentemente jurídica, “de uma maneira específica de imaginar a realidade. Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, e sim do que aconteceu aos olhos do direito” (Idem).

Dentro desta forma de compreensão do funcionamento da Justiça é possível afirmar que qualquer disputa judicial tem “repercussões coletivas tanto quanto individuais” (Garth & Cappelletti, 2002, p. 72). A decisão de atribuir a um determinado comportamento uma pena (criação de uma norma penal), muitas vezes envolve em seu plano de fundo longas disputas políticas. O Judiciário, ainda que prime por manter-se neutro e, dentro de uma perspectiva positivista, parte de “outro mundo” que não o do direito, tende a ser uma arena na qual esses confrontos são ratificados, no sentido de ganharem uma interpretação jurídica condizente com a situação social de seus envolvidos.

Na interpretação que Kant de Lima (2004) faz da forma de operação da Justiça na sociedade brasileira, essa incapacidade dos operadores do direito se manterem neutros se torna ainda mais visível, posto que em cada caso, deve-se “aplicar particularizadamente as regras disponíveis – sempre gerais, nunca locais – de acordo com o *status* de cada um sob pena de se estar cometendo uma injustiça irreparável ao não se adequar à desigualdade social imposta e implicitamente reconhecida” (Idem, p. 51). Em terras tupiniquins, o direito, apesar de alegar “ser o produto de uma reflexão iluminada, uma “ciência normativa”, tem por objetivo o controle de uma população sem educação, desorganizada e primitiva” e, por isso, é aplicado de forma extremamente desigual (Kant de Lima, 2001, p. 13). Inclusive, uma das principais críticas ao sistema judicial é a sua seletividade, isto é, na dinâmica desse sistema reproduzem-se as relações sociais verticalizadas, bem como os processos de marginalização (Santos, 2013).

Concentrar o olhar na Justiça, ou em um dos momentos de fazer justiça, “o ato de decidir destinos, é olhar para uma prática de poder de uma instituição

de uma estatal” (Valente, 2014). Olhar para a Justiça é olhar para uma forma de estabelecimento de uma verdade que tem o condão de designar uma moral e regras de conduta numa sociedade. É uma forma de compreender de que maneira uma instituição que discursivamente alega imparcialidade e neutralidade atualiza-se através de suas práticas a desigualdade social, assumindo um papel indispensável de legitimação da ordem.

A Justiça trabalha com histórias capturadas, narradas e avaliadas sob situações específicas. É dela a autoridade de descrever ou prescrever a legitimidade de certas ações em detrimento de outras (Vianna, 2014). Ao debruçar-se sobre a análise de documentos, judiciais ou não, devemos estar cientes de estarmos submetidos a regimes de fala e de silêncio. O peso do silêncio, afirma Vianna, “talvez seja o mais sentido nos arquivos: o que as pessoas disseram especificamente?” (Idem, p. 46). No caso dos acórdãos especialmente, esses regimes ficam bem demarcados, desenhando os limites da própria pesquisa.

Nos documentos judiciais, alguns argumentos ou falas, testemunhos, destacam-se mais que outros. Trabalhamos com fragmentos, “pedaços que interessam a uma narrativa” (Vianna, 2014, p. 47), narrativa essa que constrói um processo que culminará em uma decisão. Há, contudo, lógica, sentido e coerência que devem ser buscados na leitura desses fragmentos. No processo, falas são construídas em contextos específicos (dentro de instituições, em meio a especialistas e ditas autoridades) e em um tempo específico (os momentos pré-estabelecidos pelos prazos processuais no curso do processo).

É relativamente longo o caminho a ser percorrido até termos uma decisão em nível de 2ª instância (acórdão). É necessário que se estabeleça um conflito ou uma demanda judicial que será encaminhada à Justiça (por uma das partes ou pelo Ministério Público). A composição desse conflito ou demanda se dará, inicialmente, por um juiz de 1ª instância, em uma determinada comarca (menor unidade territorial judiciária, podendo conter um ou mais municípios e distritos, circunscrita a um estado da federação, no caso da Justiça comum), ou seção judiciária (no caso da Justiça Federal). A primeira decisão judicial sobre

esse conflito se concretizará por meio da sentença emitida por esse juiz.

Os acórdãos são as decisões dos tribunais de 2ª instância, em julgamento de recurso da sentença que foi proferida em 1º grau de jurisdição¹². Esses recursos são julgados por, no mínimo, três desembargadores, sendo um deles o relator e os outros dois revisores e/ou vogais. O relator é quem primeiro analisa o processo, dando o seu voto, seguido dos vogais, que também julgam a questão através do voto, concordando ou discordando do relator. O conjunto dessas três decisões compõe o acórdão (Coacci, 2013). Esses documentos têm obrigatoriamente três elementos: a) o relatório, que conterá os nomes das partes, a síntese do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; b) os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; e o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem (artigo 458 do Código de Processo Civil – CPC, 1973).

Os Tribunais de Justiça, através dos acórdãos, produzem jurisprudência que orienta a aplicação da lei dentro do estado, consolidando paradigmas jurídicos. Isso significa dizer que, nos documentos estudados, temos acesso tanto a discursos por parte dos juízes sobre o que seria racismo e suas manifestações (ao discorrer sobre o fato denunciado), como temos aqueles que se abstêm de tratar a questão, embora tenham em mãos uma causa desencadeada por um conflito racial.

No entanto, nos acórdãos pesquisados também conhecemos pouco o perfil das partes envolvidas no conflito. Há pouca ou nenhuma descrição das condições socioeconômicas das partes (idade, profissão, escolaridade) e as informações descritivas que encontramos sobre acusado e vítima estão normalmente no relato do fato. Então, por que estudar as decisões?

Porque é ali, principalmente na decisão onde se encontra a voz do julgador, da Justiça, mais clara e abundantemente do que em qualquer outra fase do

12 Ou em julgamento de ações ou questões que lhes é de competência originária.

processo. Por outro lado, documentos judiciais cristalizam situações e têm a obrigação presumida de permanecer. Isso nos permite caminhar entre fatos e narrativas passadas em um período específico de tempo, acompanhando inclusive a variedade dessas narrativas. Analisar os acórdãos judiciais nos permite novas possibilidades de reflexão e exploração das experiências narradas (Vianna, 2014). São relatos que, ainda, nos dão acesso “ao conjunto de valores sociais que os sujeitos supõem que orientam as suas ações e as do mundo ao seu redor” (Idem, p.60).

Em acórdãos, as testemunhas (ou as partes) têm vozes, palavras citadas; outras, apenas uma menção: podemos encontrar, por exemplo, um relato completo de uma testemunha de defesa, e apenas uma pequena menção à existência de uma testemunha de acusação. Isso não significa que essas pessoas não tiveram voz ao longo do processo, mas, o relato ou fundamento do acórdão é um resumo dos acontecimentos, e ali encontra-se a versão mais filtrada que se pode ter dos fatos. Assim, além do limite da transcrição indireta do que as partes e testemunhas têm a dizer presentes nos processos, temos frequentemente, nos acórdãos, a omissão de algumas falas, já que essas são filtradas de acordo com o interesse de cada um dos desembargadores que julgam aquela demanda.

Essas dificuldades, contudo, não devem ser vistas como obstáculo à pesquisa: mesmo o silêncio tem algo a dizer. Faltas e parcialidades dizem sobre a necessidade ou intencionalidade de conduzir o olhar do outro a um caminho específico ou a uma construção única da realidade. A distância entre o falado e o escrito importa omissões ou talvez mesmo distorções, mas revelam mecanismos de controle burocrático e a construção da afirmação de uma autoridade (Vianna, 2014). Ou ainda: a afirmação de uma verdade.

Para compreender como um conflito que envolve a temática da raça/cor é apresentado e interpretado no âmbito da Justiça mineira, o trabalho analisou os acórdãos emitidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em grau de recurso sobre as ações cujo eixo central é um conflito racial.

4 Os resultados da análise quantitativa: atores, ações e descrições do conflito racial na Justiça mineira

Os resultados apresentados nesta seção são o primeiro passo de uma análise que tenta descortinar como a Justiça mineira constrói sociologicamente a categoria racismo. É preciso conhecer quem são os atores envolvidos nos conflitos, quais atos são trazidos até o Judiciário sob a identificação de “racismo” ou de “injúria racial”. Perceber como o judiciário recebe e (re) classifica essas narrativas, e, como se dá a resposta da Justiça aos conflitos apresentados. A partir desses resultados poderemos, em continuidade deste trabalho, desenvolver categorias de análise que nos permitam considerar os significados atribuídos ao racismo e à injúria racial, pelas partes e pela Justiça, dentro desse processo decisório que é o acórdão. Buscamos compreender, assim, como se constrói a diferenciação entre essas categorias nas narrativas do Tribunal de Justiça. No entanto, a partir de uma abordagem quantitativa, já é possível delinear algumas diferenciações e estratégias estritamente ligadas a esses significados, na Justiça penal e na Justiça cível. Assim, com esse propósito, selecionamos 57 acórdãos do repositório *online* no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG para nos ajudar nessa tarefa.

Para a escolha dos termos de busca é preciso ter em mente que, desde a promulgação da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, a Lei Caó, aconteceram algumas modificações legislativas que alteraram o tratamento do preconceito de raça e cor. O que merece destaque para esse trabalho é a alteração do art. 20 da Lei Caó,¹³ através da Lei nº 9.459, de 15 de maio de 1997, que passou a definir racismo como “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Essa mesma lei alterou o art. 140 do Código Penal, criando o crime de “injúria racial”, menos grave do que o crime de racismo, o qual consiste em utilizar de

13 No original: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

elementos referentes a raça, cor e etnia para ofender alguém.¹⁴

Os dados analisados são resultado da busca pelos seguintes termos: “racismo”, “7716/89” e “injúria racial”. A escolha dos termos de busca deu-se a partir de uma coleta inicial de documentos, quando foram selecionados acórdãos por meio de variadas palavras-chave, até se chegar a uma definição do que seria mais eficiente para a busca dos acórdãos. Por exemplo, o número da lei que cria o delito de injúria racial (9.459/97) não retornou qualquer decisão válida e, por isso, não entrou na lista final de descritivos que operacionalizaram a análise.

Buscamos as decisões publicadas entre 15 de maio de 1997 e 31 de dezembro de 2014, pois nos interessava compreender como a construção social do racismo se dava a partir ou em oposição à categoria injúria racial. Em seguida, tratamos esse material como nossas fontes. Ou seja, analisamos cada um desses documentos a partir de um formulário do *Google Docs*¹⁵, organizando informações eminentemente qualitativas em uma perspectiva quantitativa. A partir do banco de dados resultante, propusemo-nos a descrever os acórdãos e

responder às seguintes questões: quem são os envolvidos? Qual a dinâmica de interpretação e julgamento de situações que contam com uma ofensa de caráter racial? Então, com isso, descrevemos o significado do racismo para a Justiça.

Do ponto de vista dos casos inseridos em nossa base de dados, temos mais acórdãos referentes a injúria racial (33 casos) e racismo (22 casos) do que os indexados a partir da Lei Caó propriamente dita (2 casos), tal como indica o Gráfico 1.

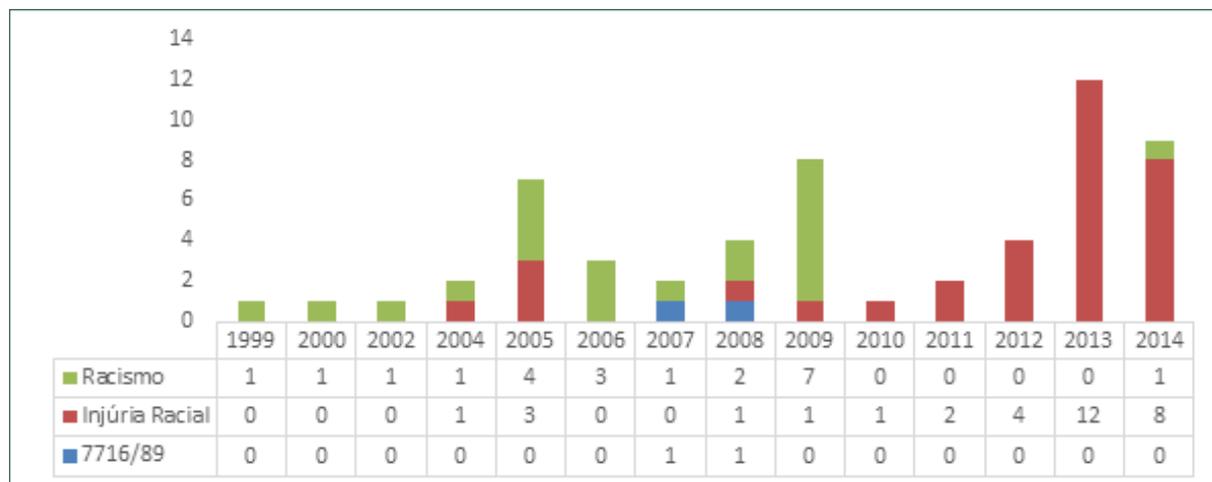
Há uma certa variação do fenômeno no tempo, já que nos primeiros anos existiu um número maior de casos encontrados com a menção ao racismo e, nos últimos, o termo foi a injúria racial. Em parte, isso se explica pela edição da Lei nº 12.033/2009, que modificou o art. 145 do Código Penal, alterando a classificação da ação prevista para o devido processamento dos crimes de injúria racial, de ação penal privada para ação pública condicionada.¹⁶ Trata-se de uma mudança significativa em termos de acesso ao direito, por dois motivos.

14 Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

15 Um pacote de aplicativos da empresa Google que funciona totalmente on-line diretamente no navegador. Com ele é possível criar e editar formulários, e assim, gerar planilhas para análises de pesquisas.

16 Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente procedem-se mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal. Parágrafo único. Procedem-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código.

Gráfico 1 – Distribuição dos acórdãos pesquisados, de acordo com a palavra chave e ano de publicação



Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

Primeiro, a classificação jurídica da ação, ou seja, da possibilidade de interposição do processo, é definida por lei e varia entre três tipos conforme a natureza do bem jurídico violado, a saber: ação pública incondicionada, ação pública condicionada à manifestação de vontade do ofendido e ação privada. Os crimes de ação penal pública têm como titular o Ministério Público, isto é, um órgão público como defensor da lei. A esse ato de ajuizamento da ação pelo MP dá-se o nome de “denúncia”. No caso da ação penal privada, a iniciativa para a propositura do processo não compete ao Poder Público, mas ao indivíduo, em particular. A esse ato de ajuizamento do processo pelo particular dá-se o nome de “queixa-crime”. Já no caso da ação penal pública condicionada, a titularidade do processo é do Ministério Público, contudo esse órgão só poderá apresentar a denúncia se amparado pela manifestação de vontade do indivíduo lesado ou seu representante legal, o que é denominado de representação.

A segunda dimensão referente ao acesso à Justiça que deve ser destacada diz respeito ao fato de que, até 2009, o crime de injúria era definido como de ação penal privada (que se procede mediante queixa), enquanto o crime de racismo, de ação penal pública incondicionada (status que ainda se mantém). Desse modo, inúmeros eram os casos nos quais os conflitos de natureza racial eram interpretados como crimes de racismo e assim denunciados pelo Ministério Público. Com efeito, uma vez nas mãos do juiz, esses casos eram reclassificados como injúria racial, um crime de ação privada, cuja prescrição dá-se em seis meses contados a partir da data do fato.

Ora, um dos conhecidos entraves à eficiência da justiça brasileira é a morosidade. Quando o crime era reclassificado na esfera judiciária, já houvera transcorrido seis meses da data do fato, e o ofendido via-se impedido de apresentar a queixa-crime, sendo esse fenômeno conhecido por “decadência”. Este ponto é importante, porque muitos processos de racismo eram desclassificados para injúria racial na segunda instância, e, no acórdão mesmo, já decidiam pela decadência. Tais casos não foram considerados neste artigo porque não tratavam do mérito, mas de dimensões eminentemente processuais.

Embora, pensando como o Ministério Público pode,

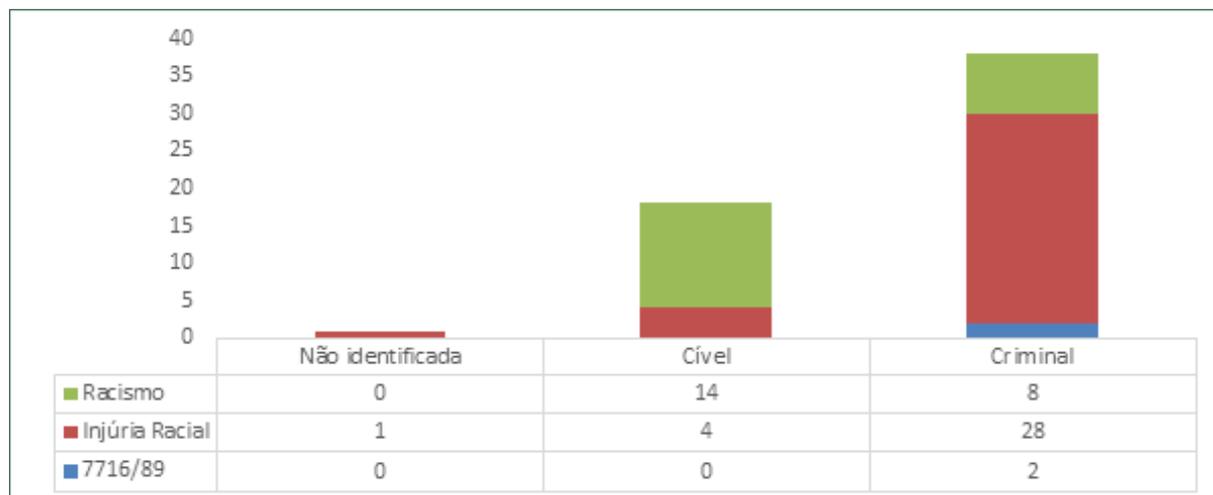
depois da mudança de 2009, ajuizar ações de injúria racial, é razoável presumir que o aumento de acórdãos desta natureza esteja relacionado ao papel do próprio *parquet*. Igualmente, é possível cogitar que as frequências descritas no Gráfico 1 estejam relacionadas a uma maior atuação do MP, escolhendo a via da injúria racial, depois da mudança de 2009, já que várias eram as decisões do próprio Judiciário neste sentido. Por outro lado, a titularidade do MP é uma saída para aqueles que não têm como financiar uma ação judicial.

Nos crimes de ação penal privada, a responsabilidade pelo custeio de um processo (custas processuais e honorários advocatícios, especialmente) é única e exclusiva do indivíduo que propõe a ação. Fora o custo de tempo com o acompanhamento de todos os atos e diligências de um processo penal. Esse dispêndio, destacando-se que a população negra encontra-se de praxe entre as economicamente mais desfavorecidas, era grande impeditivo para o avanço de um processo e, em consequência, do acesso à Justiça nos casos de discriminação racial. Com a mudança, o custo do processo passa a ser do Estado, mais especificamente, do Ministério Público, que, após a representação do ofendido, torna-se o titular da ação penal.

Outro ponto que merece destaque é a tendência da Justiça mineira em administrar o conflito pela lógica da injúria racial, na esfera criminal; e do racismo, na esfera cível (Gráfico 2). Aparentemente consoante, a Constituição Federal nomeia o racismo como crime inafiançável e imprescritível. A tendência é o seu rechaço no âmbito criminal, pelo menos em segundo grau, e a sua discussão na esfera cível. Onde os seus efeitos – do ponto de vista da condenação – tendem a ser mais monetários do que morais, em razão da ausência do recolhimento ao cárcere. Logo, parece que na Justiça cível, o emprego da categoria racismo é menos considerada tabu do que na Justiça criminal.

Mesmo assim, existe representação excessiva da esfera criminal (38 casos) em relação à esfera cível (18 casos), indicando que a discussão do problema da discriminação, em razão da cor da pele, encontra na criminalização uma esperança de desfecho. Inclusive, essa foi historicamente a saída encontrada pelo movimento negro para tentar chamar a atenção aos conflitos raciais, conforme argumentado na seção anterior.

Gráfico 2 - Distribuição dos acórdãos pesquisados, de acordo com a palavra chave e justiça de origem (cível ou criminal)

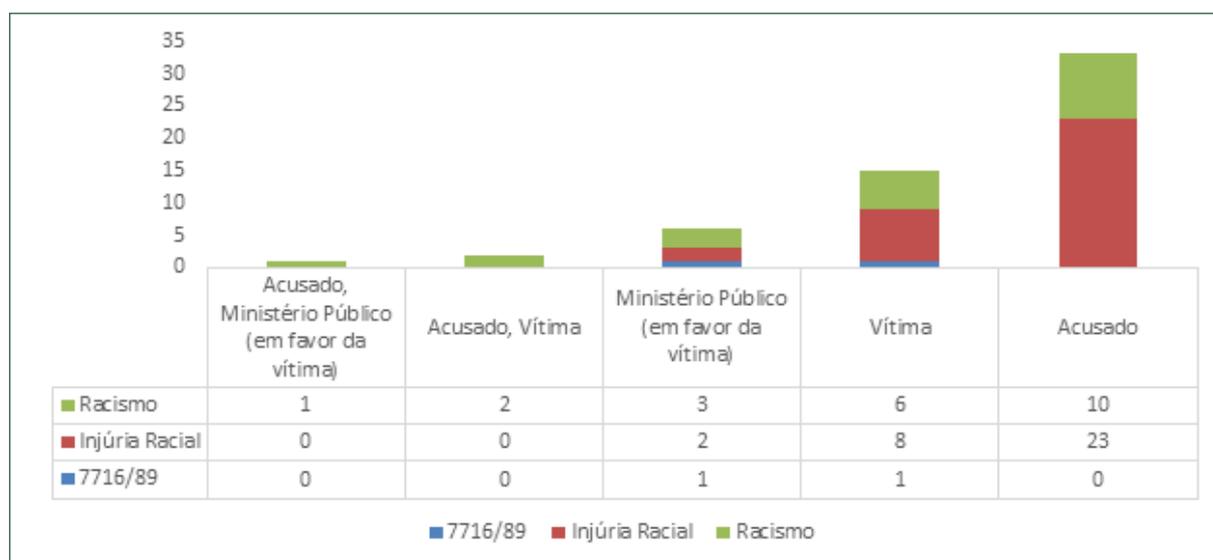


Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

Na maioria das situações, o segundo grau de jurisdição foi acionado por quem era acusado de praticar o ato. Em apenas três casos tanto vítima como acusado se sentiram prejudicados pela decisão de primeira instância e questionaram a sua adequação. Notam-se que as pou-

cas menções à Lei Caó foram encontradas nos casos em que a vítima pedira um reexame da decisão de primeira instância, nos quais pode-se indicar uma tentativa de se valer do marcador legal para acionar, juridicamente, o qualificativo de uma dada ação social (Gráfico 3).

Gráfico 3 - Distribuição dos acórdãos pesquisados, de acordo com a palavra chave e quem acionou a segunda instância



Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

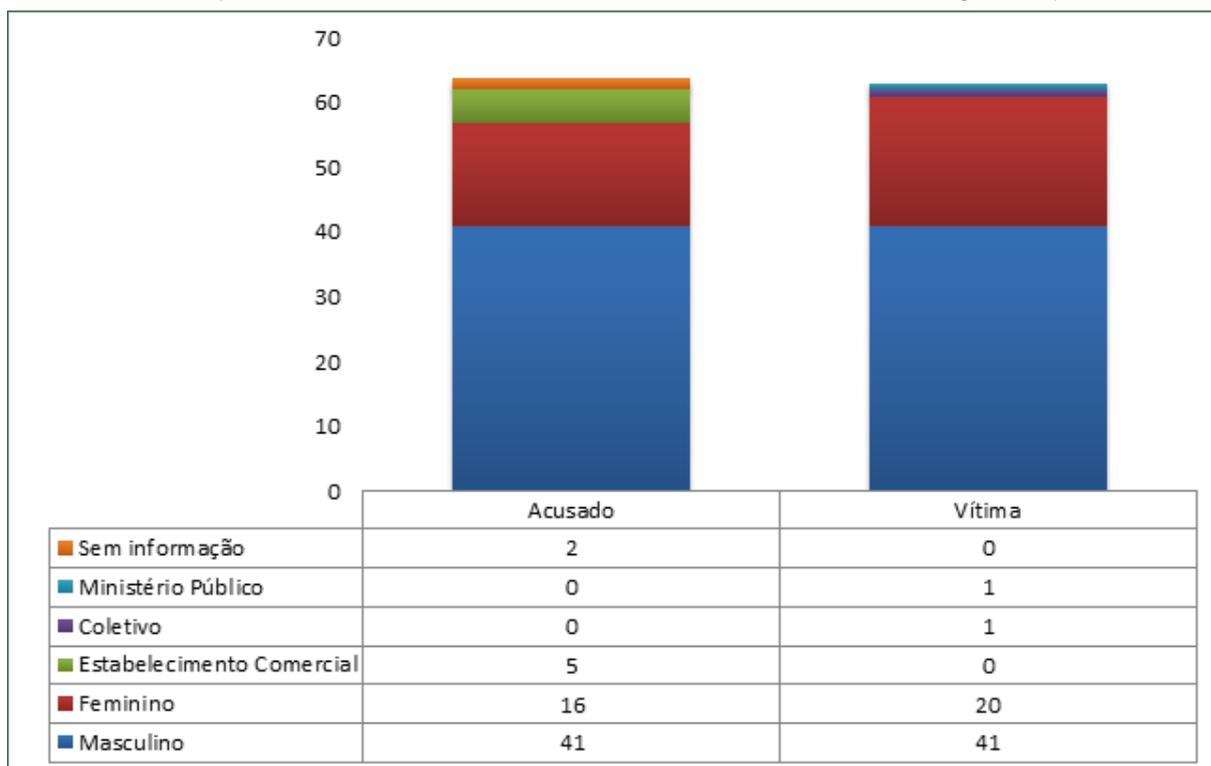
A grande maioria dos acórdãos apresenta apenas uma vítima e/ou um autor (40 casos). Em oito situações havia mais de um acusado em desfavor de uma

vítima e, em sete casos, o inverso. Em um acórdão não foi possível precisar quem era o acusado – se um indivíduo ou um coletivo.

Ao final, foram 127 envolvidos – 64 acusados e 63 vítimas. Boa parte dos acusados eram pessoas físicas e, entre esses, os homens eram os agressores mais frequentes. Em cinco situações, o acusado era uma pessoa jurídica, sendo que nesses casos, existia uma relação de consumo ou relação de trabalho envolvida

(Gráfico 4). Distribuições distintas são encontradas entre as vítimas, das quais apenas um caso foi um coletivo, e outro, foi o próprio Ministério Público enquanto garantidor da aplicação da lei. Todos os demais envolviam pessoas físicas, com predominância de homens (41 casos) em relação às mulheres (20 casos).

Gráfico 4 – Distribuição de acusados e vítimas identificados nos acórdãos analisados, segundo o perfil



Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

Conforme destacado anteriormente, nem sempre o acórdão apresenta informações que permitam a qualificação dos envolvidos. Uma das poucas dimensões que puderam serem identificadas e catalogadas foram as ocupações. Nesses itens, chamam a atenção o quantitativo de prestadores de serviço que se encontravam na posição de agressores. Na outra ponta (vítima), há um número substantivo de policiais (civis ou militares) e servidores públicos (Tabela 1). Talvez, uma explicação para esse fenômeno seja a atividade direta com o público, o que torna tais profissionais mais susceptíveis a insultos morais que, muitas vezes, tomam a cor da pele como ponto de partida. Como o próprio Código Penal estabelece que a pena pelo crime de injúria racial é elevada em um terço se o delito for cometido contra o funcionário público,

em razão do exercício de suas funções¹⁷, a opção desses profissionais em denunciar a injúria racial pode ser decorrente da percepção segundo a qual essa infração tem maior probabilidade de lograr a condenação do ofensor do que outros delitos.

17 Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: II - contra funcionário público, em razão de suas funções.

Tabela 1 - Distribuição de acusados e vítimas identificados nos acórdãos analisados, segundo a ocupação

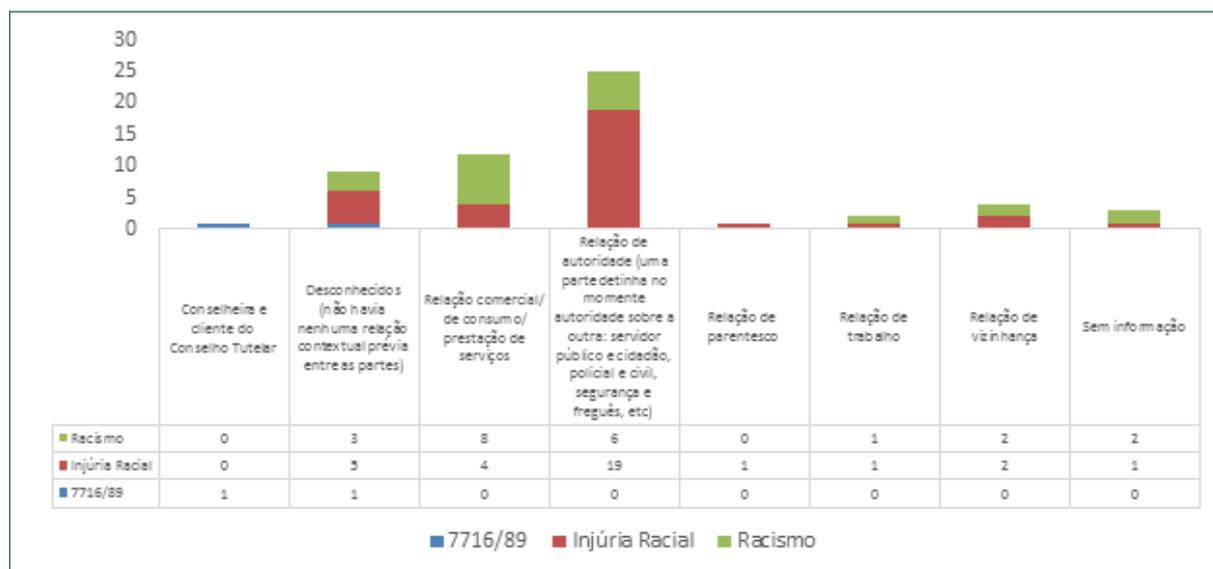
Perfil	Acusado	Vítima
Colunista	1	0
Detento	1	0
Empresário	4	0
Orientadora Educacional	1	0
Policia civil ou militar	3	16
Prestador de serviços; comerciário	9	3
Segurança	1	1
Servidor Público	2	7
Trabalhador autônomo	1	6
Trabalhador informal (camelôs, ambulantes, guardadores de carro, etc)	1	3
Estudante	0	2
Não se aplica - Ministério Público ou coletivo	0	2
Não se aplica - Estabelecimento Comercial	5	0
Sem informação	34	24
Total	63	64

Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

Essa interpretação torna-se mais plausível quando constatamos que amplo número de ofensas ocorreu em contextos de relação de poder, nos quais um indivíduo detinha autoridade ou discricionariedade em

relação a outro (Gráfico 5). Contudo, o demandante nesses casos, aquele que se sentiu vítima de uma prática racista, em sua maioria, é policial civil ou militar e/ou segurança particular.

Gráfico 5 - Distribuição dos acórdãos pesquisados, de acordo com a palavra chave e contexto em que ocorreu a agressão



Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

Uma hipótese a ser investigada em outras pesquisas é se essas acusações de injúria racial contra os poli-

ciais (civis ou militares) estão em concurso com outros crimes, o que torna descomplicado o acesso à justiça

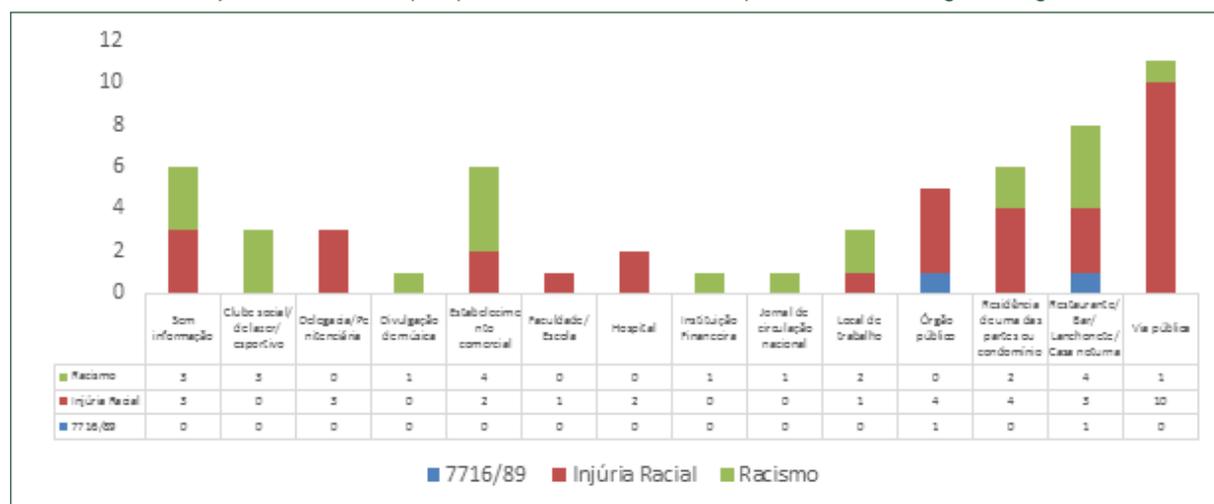
nesses casos, pois o sujeito perpetrador da ação já seria de todo modo processado pelo Ministério Público, em grande número dos casos. Por outro lado, também é possível questionar se seria mais eficiente acusar outra pessoa pelo crime de racismo ou injúria racial do que por desacato. A segunda situação, mais frequente, foi a relação comercial do qual 2/3 dos envolvidos processaram os demais pelo racismo.

O local mais frequente de uma acusação de caráter racial é a via pública, que aparece nos processos sem qualquer tipo de qualificação, como uma forma de referir-se ao espaço da rua propriamente dito. Se quisermos parafrasear Roberto DaMatta (1997), podemos afirmar que os conflitos raciais concentram-se na via pública porque esse é o lugar da impessoalidade. O local onde as características físicas têm um

peso bastante determinante na natureza de interação que se estabelecem entre os indivíduos.

Destarte, ter uma cor da pele mais escura pode significar a restrição a determinados espaços, apesar de serem públicos, ou a dados grupos, que não querem misturar pessoas de origem diversas em termos de fenótipos. Em seguida, estão os estabelecimentos privados de caráter público, como: bares, casas noturnas e restaurantes. Depois, aparecem as residências, onde têm lugar as relações de prestadores de serviço; e os estabelecimentos comerciais nos quais foram acionados principalmente por seus potenciais clientes (Gráfico 6). Outra categoria de destaque foi o órgão público, onde servidores públicos tendem a ser vítimas de agressões verbais por parte de cidadãos que buscam os seus serviços.

Gráfico 6 - Distribuição dos acórdãos pesquisados, de acordo com a palavra chave e lugar da agressão



Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

Na tentativa de compreender a dinâmica dos casos analisados, os acórdãos foram classificados quanto aos atos ou práticas que as vítimas identificaram como discriminações que tinham como base a cor da sua pele. Em regra, a ofensa se dá a partir das agressões verbais que remetem à origem da vítima, estimada a partir de suas características exteriores (como cor da pele) com o objetivo de ofender, humilhar ou intimidar o indivíduo. Dois trechos extraídos dos acórdãos pesquisados ajudam a vislumbrar essa dimensão.

Durante o seu período laborativo, a vítima era cons-

tantemente perseguida pelos DENUNCIADOS, seja através de tratamento mais rígido, seja através de humilhações perpetradas por meio de piadas e aforismos jocosos e preconceituosos, tais como: “preto que nasceu bom, nasceu morto”, “Deus criou o branco e o diabo criou o negro”, “vamos limpar o Brasil...mate um negro por dia”. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0000.00.152296-0/000, julgada em 30/11/1999 e publicada no DOJ em 03/02/2000)

Segundo a denúncia o acusado injuriou o ofendido o chamando de “macaco, nego desgraçado e filho

da puta”, tendo ainda o ameaçado: “se eu tivesse armado eu te encheria de tiros. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0637.11.005022-5/001, julgada em 20/11/2014 e publicada no DOJ em 28/11/2014)

Diante dessas imputações, a tendência do agressor é negar o fato, de forma direta ou combinando essa argumentação com a referência da ausência de qualquer tipo de prova. A segunda opção do acusado é justificar a sua ação retirando dela a dimensão ofensiva, dizendo que nunca foi sua intenção desvalorizar ou humilhar alguém, especialmente, em razão da sua cor de pele:

o declarante nunca percebeu que as piadas racistas, feitas por parte do Sr. JOSÉ CARLOS e outros,

entre eles um instrutor também da raça negra o Sr. SÉRGIO faziam, incomodavam tanto o VICENTE, porque as piadas não eram para ofender ninguém, apenas uma brincadeira para descontraírem no horário de almoço (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0000.00.152296-0/000, julgada em 30/11/1999 e publicada no DOJ em 03/02/2000)

Buscando encontrar parâmetros associados às argumentações mobilizadas por agressores e vítimas no contexto de conflitos raciais, foram codificadas tanto as práticas identificadas como racismo no acórdão, quanto como as apontadas pelas vítimas (e suas testemunhas), e as respostas dos acusados e suas testemunhas frente à acusação (Tabela 2).

Tabela 2 - Distribuição dos acórdãos analisados, segundo as justificativas de vítimas e acusados para a existência do processo civil ou criminal

Práticas identificadas como racismo no acórdão apontado pelas vítimas (e suas testemunhas)	Respostas dos acusados e suas testemunhas frente à acusação								Total
	Sem informação	Ausência de provas	Não teve a intenção de ofender	Nega os fatos a ele imputados	Nega os fatos a ele imputados Ausência de provas	Nega os fatos a ele imputados, se encontrava emocionalmente alterado	Ofendeu a vítima em legítima defesa	Se encontrava embriagado ou alterado	
Agressão verbal	10	3	13	13	5	1	6	2	43
Agressão verbal e Agressão física	0	0	0	2	0	0	0	1	3
Agressão verbal, impedimento para frequentar locais privados de frequência pública	0	0	0	1	0	0	0	0	1
Impedimento para adquirir bens ou serviços	0	0	0	2	0	0	0	0	2
Impedimento para adquirir bens ou serviços, Impedimento para frequentar locais privados de frequência pública	0	0	0	1	0	0	0	0	1
Impedimento para contratar funcionário em razão da raça/cor	0	0	0	1	0	0	0	0	1
Impedimento para frequentar locais privados de frequência pública	0	0	0	2	0	0	0	0	2
Piadas/ Chacota (envolvendo referências à raça/cor ou origem)	0	0	0	0	0	0	0	0	1

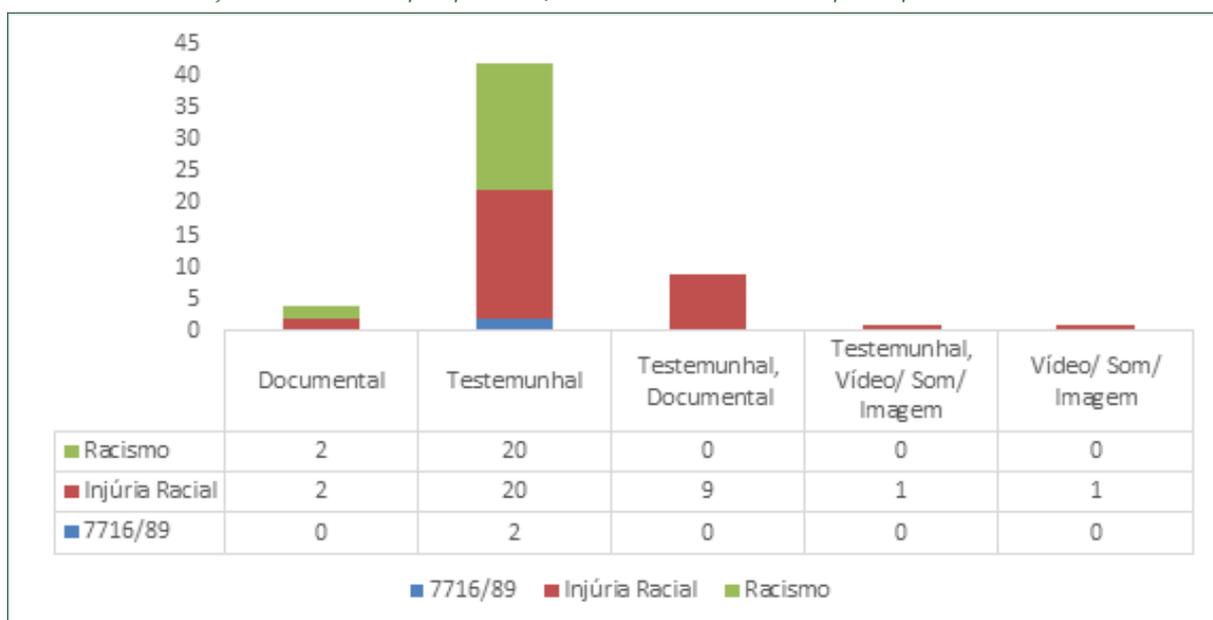
Piadas/ Chacota e Agressão verbal	0	0	0	0	0	0	1	0	2
Piadas/ Chacota e Impedimento para adquirir bens ou serviços, Demissão	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Total	10	3	13	22	5	1	7	1	57

Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

A discussão sobre a presença (ou a ausência) da discriminação fundada na cor em âmbito judicial parece ser estruturada a partir das narrativas que procuram qualificar atos e palavras como um crime de injúria racial, uma situação de desigualdade que tem como base o racismo; ou, ainda, uma ação descrita na Lei Caó. Em um cenário como esse, é difícil constatar a

existência de uma prova que não seja tão-somente o depoimento de quem viu (ou diz ter visto) a injusta agressão, o que explica a presença dos depoimentos (isoladamente) em 42 dos 57 casos como o único meio de prova (Gráfico 7). Apenas em casos de injúria racial esse tipo de prova é comprovado por documentos, que reforçam as narrativas contadas em juízo.

Gráfico 7 - Distribuição dos acórdãos pesquisados, de acordo com o meio de prova presente

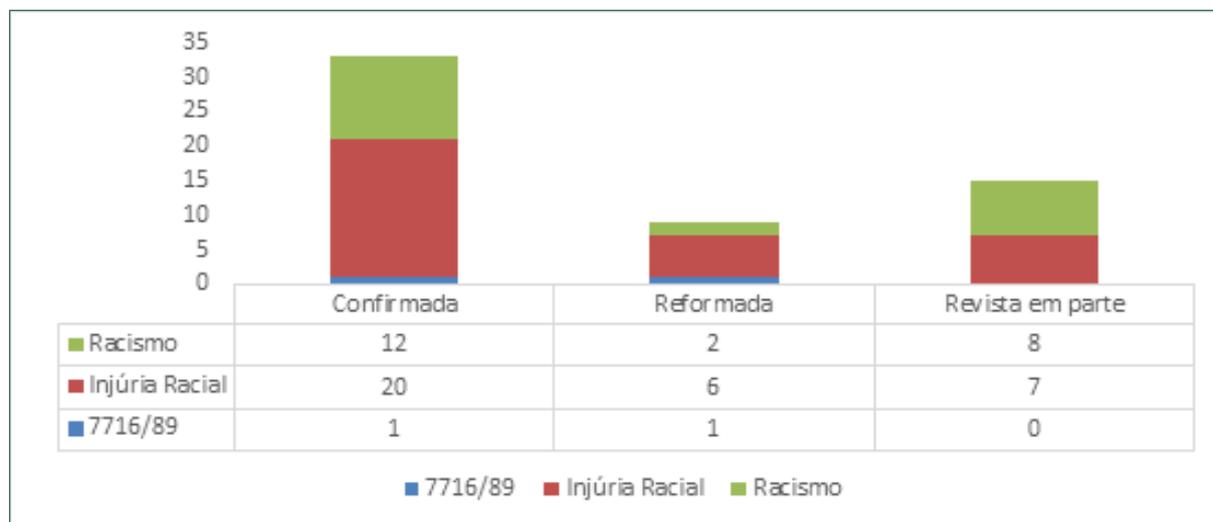


Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

É importante lembrar que, em segundo grau, geralmente, não existe coleta de novas provas, mas um reexame daquelas que foram reunidas ainda no processo de primeira instância. Talvez isso ajude a compreender por que a tendência do desfecho de segundo grau é manter a sentença de primeira instância,

independentemente do tipo de termo que levou da identificação ao procedimento e, por conseguinte, à decisão – se racismo, injúria ou Lei Caó (Gráfico 8).

Gráfico 8 - Distribuição dos acórdãos pesquisados, de acordo com a palavra chave e relação entre as decisões de primeira e segunda instância



Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

Quando a sentença não é reformada em favor da vítima, o argumento mais mobilizado é a falta de provas, o que impede uma decisão distinta daquela proferida em primeira instância. Por outro lado, quando a decisão mantida favorece a vítima, há um reconhecimento da ocorrência do fato. Contudo, o relator não se posiciona diretamente em relação ao caso, ou não dá relevância aos elementos referentes à raça/cor ou origem, ou, ainda, não interpreta a agressão como racismo (no sentido de causar dano ou ofensa a uma coletividade em razão da raça/cor ou origem):

Honra, moral, auto-estima, cidadania, apreço, fama, dor são atributos pessoais de cada cidadão, que, absolutamente não têm preço. É fato que o sentido legal e específico de reparação do dano moral, tem como caractere, em sentido propedêutico, a restauração da auto-estima do ofendido, diante de si mesmo a um primeiro instante e posteriormente em um segundo momento, aos olhos da sociedade (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0390.06.014598-9/001, julgada em 23/09/2008 e publicada no DOJ em 03/10/2008)

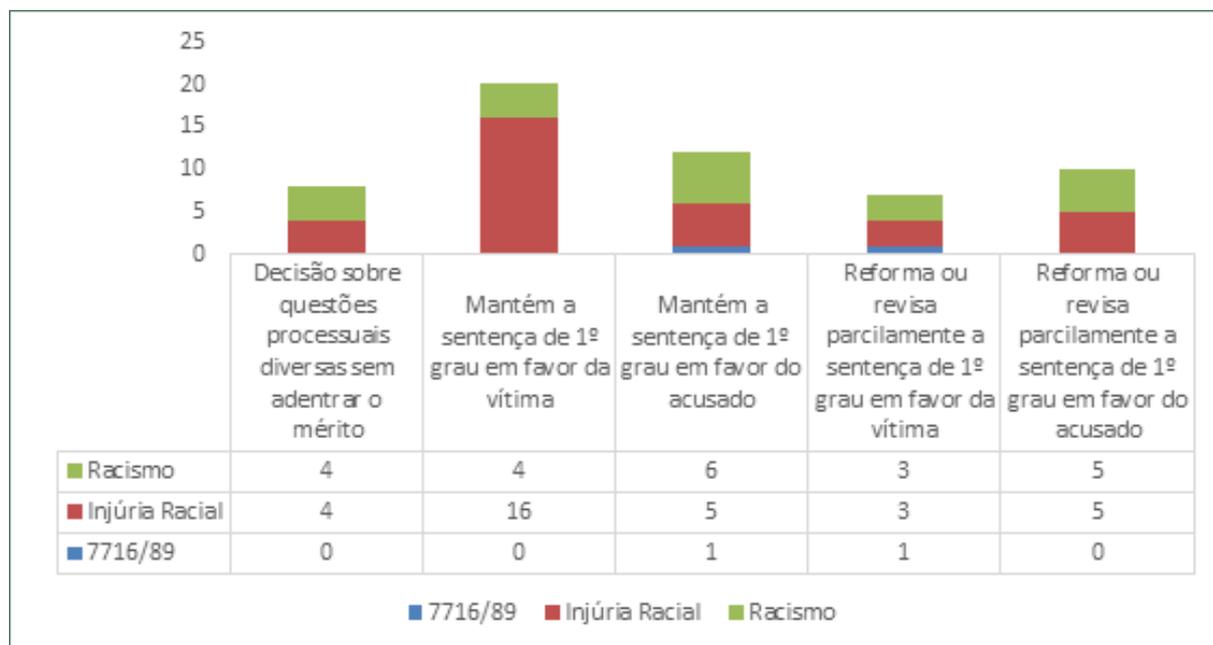
Logo assim em uma ação cível na qual a vítima pleiteava uma indenização por ter sido agredida verbalmente com ofensas do tipo: “Você é negra e não pode ter

nada.” “É nega safada sim.” “Sai pra lá sua preta, do cabelo ruim, enrolado”, apresenta-se uma reflexão acerca do dano sofrido pelo indivíduo, circunscrevendo-se a dimensão racial da relação que ensejou o ajuizamento da ação à transcrição dos depoimentos da vítima e testemunhas. Nas palavras dos juízes, a questão racial é trazida para os limites da ofensa individual.

Cabem muitas situações possíveis na reforma (parcial ou total) de uma sentença. Nas revisões parciais podemos perceber casos de majoração ou diminuição da pena, alteração do valor de uma indenização, questões processuais equivocadas que passaram despercebidas ao juiz de primeiro grau, as quais são corrigidas pelo Tribunal (em favor do acusado ou da vítima, mas sem que resulte em reforma do que foi decidido no 1º grau em relação à condenação ou à absolvição do acusado). Assim, devemos olhar com certa cautela o que significa revisar decisões em favor de uma das partes.

Contrastando a natureza do desfecho final com o termo que indexou a busca pelo acórdão inserido no banco de dados, constata-se que os casos envolvendo injúrias raciais são mais suscetíveis à manutenção da decisão em benefício da vítima. Embora o racismo não apresente um padrão claro, possui um quantitativo de casos bastante semelhante, em todos os tipos de pronunciamento judicial (Gráfico 9).

Gráfico 9 - Distribuição dos acórdãos pesquisados, de acordo com a palavra chave e o desfecho final



Fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1999-2014).

No caso da reforma total da sentença, temos três casos nos quais o acusado, absolvido no 1º grau foi condenado pelo Tribunal, três casos em que o condenado em 1º grau foi absolvido pelo tribunal, duas decisões sobre questões processuais que acabaram por gerar a absolvição do acusado e uma decisão sobre questões processuais que foram favoráveis ao pleito da vítima.

Do ponto de vista da discussão substantiva sobre o que é racismo ou injúria racial, constatamos que, em 18 dos 57 acórdãos, a questão racial não é aventada pelos juízes, a não ser pela menção ou citação da legislação. Em 17 acórdãos, o tema é tratado tangencialmente, visto como um desvio de conduta entre indivíduos que não abala a harmonia social. Aparentemente, há uma tendência a considerar-se as ofensas ao indivíduo, ainda que com nuances raciais, como algo que faz parte da vida na sociedade brasileira e, por isso, passível de ser sofrido por qualquer indivíduo que possua os fenótipos de um mestiço ou de um negro.

5 A voz do Estado: o racismo e a injúria racial a partir de decisões judiciais

No Brasil, a questão do insulto racial, considerada

como opiniões ou expressões negativas sobre um grupo em razão da raça/cor/origem, é bastante presente e latente nas relações raciais. Como destaca Guimarães (2000), o insulto racial institucionaliza um “inferior racial”, uma vez que demarca historicamente um lugar social de inferioridade, e reforça continuamente a existência desse lugar. Para o autor, esse pode ser o gatilho de um conflito, ou pode emergir durante um conflito, como um trunfo a ser sacado.

O entendimento que Guimarães (2000) tem dos insultos raciais encontra ressonância nos acórdãos judiciais pesquisados. Dos tipos de práticas ou atos que são reconhecidos como racismo, pelo menos por uma das partes do conflito (a qual acionou a Justiça), 42 são agressões verbais. Pelos dados apresentados, podemos inferir a hipótese de que, ao longo de pouco mais de uma década, e 25 anos depois do surgimento da Lei Caó, a Justiça vem se tornando um campo legítimo para a administração dos conflitos raciais, ainda que de uma maneira muito tímida. Porém, existe certa dificuldade de reconhecimento das práticas racistas tais quais descritas pelo art. 20 da Lei nº 7.716/89. Isso vem sendo suplantado pela alteração do Código Penal, no qual se introduziu a figura da “injúria racial”, um tipo penal considerado “mais brando” em seu significado, do que o crime de racismo propriamente dito.

Depois do aparecimento da injúria racial, podemos perceber que a incidência desse tipo penal excedeu as demandas por condenações de racismo na Lei Caó, quando analisamos os acórdãos da justiça mineira em segundo grau. A alteração legislativa ofereceu aos demandantes e à Justiça um instrumento mais estratégico para o embate do problema, permitindo ao juiz demarcar com maior nitidez o racismo (ato abominável, repudiado pela lei e pela sociedade, assim aparecendo em algumas decisões – no entanto, muito mal clarificado pela narrativa da Justiça a que tivemos acesso) em relação a um “quase-racismo”. Essa ofensa atinge moralmente a honra subjetiva do ofendido, contudo, não na sua condição de representante de um grupo de determinada raça/cor ou origem, embora se valha desses elementos.

Já a alteração de 2009 deu maiores poderes ao Ministério Público para ajuizar a ação, pois até então a legislação não permitia a ação direta do *parquet*. A possibilidade de o Ministério Público se responsabilizar pelo questionamento da injúria racial, ocupando-se dos custos indiretos de acompanhamento do processo (já que os diretos ficam diretamente suprimidos nesta situação), fez com que o questionamento do racismo fosse progressivamente migrando para a via do dispositivo inserido no Código Penal em detrimento do uso da Lei Caó propriamente dita. Mais uma vez, vivencia-se algo semelhante ao experimentado pela Lei Afonso Arinos.

Os dados analisados quantitativos neste artigo indicam que, no segundo grau de jurisdição, após a inserção da injúria racial no Código Penal combinada com a mudança da ação penal de privada para pública condicionada à representação para este tipo de delito, o questionamento do racismo decorrente de agressão verbal aumentou, encontrando na justiça penal a sua instância principal. Esse resultado nos permite outra hipótese: para aqueles que podem financiar um advogado particular, de forma individual ou coletiva, a tendência é o questionamento do racismo na justiça cível, procurando não uma condenação, e sim um ressarcimento financeiro para a lesão moral ou física sofrida.

Quando o teor das decisões é escrutinado, os atos inicialmente identificados como racismo pelas vítimas e suas testemunhas são ressignificados na Justiça,

para ofensas de cunho subjetivo e moral, circunscrita àquele(s) indivíduo(s), naquela circunstância específica. Santos (2013) afirma que alguns elementos para a explicação desse fenômeno se encontram na formação formalista/positivista dos magistrados,

que faz com que esses operadores busquem nos fatos a correspondência perfeita ao texto legal, para qualificar um ato discriminatório. Assim, a apreensão do senso comum, e mesmo entre os operadores do Direito, é que o comportamento racista pode ser ofensivo, mas nunca violador de direitos sociais, de modo que a própria sociedade devesse ser redimida, como é o caso dos crimes de ação pública, nos quais o Ministério Público é o senhor da ação, como defensor da sociedade. O crime de injúria racial, então, é mais “bem” concebido como uma violação da honra individual, o que encaminha para a ação privada e da ordem do ofendido (Idem, 2013, p. 80).

A maioria das vítimas serem policiais militares ou servidores públicos é um dado curioso, pois normalmente essas pessoas ocupam uma posição de autoridade. No entanto essa autoridade não parece suficiente para suplantar o insulto racial. É de se perguntar, em outros tipos de ofensa moral, se essas categorias também apareceriam em destaque na posição de vítima. Também vale a pena refletirmos sobre o acesso desses profissionais à Justiça. Especialmente no que toca aos policiais civis/militares, já que, não raro, as denúncias de racismo ou injúria racial vinham em concurso com outros crimes denunciados pelo Ministério Público.

Como bem nos recorda Sales Jr. (2006), essa harmonia, garantida pela “cordialidade” expressa nas relações raciais, resguarda principalmente formas de agressividade e disciplinamento de lugares sociais estabelecidos, e reduz as relações de poder a relações informais, pessoais, próprias do âmbito privado. Exatamente por isso, os juízes tendem a não enquadrar ofensas às características exteriores e “negras” dos indivíduos como o racismo. Afinal, isso significaria levar à prisão, sem fiança, donos de estabelecimentos comerciais, importantes funcionários públicos e outros tipos que compõem a classe média, um grupo que experimentou não apenas a mobilidade social como também o embranquecimento (Muniz, 2010).

6 Considerações Finais

A proposta deste trabalho foi compreender como a Justiça Mineira se posiciona diante dos conflitos raciais, de natureza cível ou criminal, que são levados ao seu conhecimento em segunda instância. Na tentativa de desvelar padrões – em termos de quem são as vítimas, da natureza do delito (se racismo ou injúria racial) e das decisões propriamente ditas – a documentação judicial foi transformada em fonte de pesquisa sociológica e codificada em um banco de dados. Após a análise dessas informações, a partir de uma perspectiva eminentemente descritiva, foi possível a construção de algumas reflexões interessantes sobre como o conflito racial é administrado pela Justiça, sendo ressignificado a partir de documentos oficiais.

Embora tenhamos encontrado poucos processos julgados, em nível de segunda instância, sobre conflitos raciais envolvendo os crimes de racismo e injúria racial, bem como as indenizações de cunho moral motivadas pela ofensa racial, podemos afirmar que, no estado de Minas Gerais, a demanda pela participação do Judiciário nesse conflito é crescente, especialmente após a introdução da figura da injúria racial pela Lei nº 9.459/97.

Nota-se ainda que a justiça penal não é a única esfera de administração procurada pelos envolvidos em um conflito racial. O interessante é que a partir da criminalização da injúria racial, a justiça cível passou a ser um campo potencial para a resolução do conflito, ou melhor, para a reparação monetária da ofensa racial, além da esfera penal. Esse fato também deve-se à entrada do Ministério Público como parte denunciante legítima desse crime, o que não ocorria quando a única conduta criminalizada era o racismo.

Outra constatação que merece destaque é o fato de que, na esfera penal, onde a frequência do conflito racial ainda é mais premente, a ofensa é tratada como um ataque à moral individual e não coletiva e, por isso, a ação social é interpretada como injúria racial e não racismo. Esta informação deve ser sublinhada porque o tipo penal de injúria racial é mais suscetível a arquivamentos sem punições severas, tendo em vista que encontramos mais condenações nos casos do crime de racismo previsto pela Lei Caó.

Das decisões que versavam sobre o crime de racismo, em apenas dois casos encontramos condenação na Justiça mineira. Ambos tratavam de pessoas que não conseguiram filiar-se a clubes recreativos depois de se apresentarem (presencialmente ou por foto) na realização do contrato. Ou seja, há nesses casos um ato físico de exclusão. As demais tratavam-se de ofensa verbal. Essas foram descartadas como crime de racismo, sendo sua maioria reclassificada como injúria racial, mas sofrendo extinção pela decadência, sem julgamento de mérito. Já os processos de injúria racial tiveram mais receptividade dentro do campo penal como estratégia de enfrentamento do conflito.

Uma possível explicação para esses resultados é a suposta crença dos julgadores do tribunal mineiro na ofensa racial como ato isolado, fruto da animosidade contingencial entre as partes. Essa estratégia é distinta daquela apontada por Guimarães (2004), Gomes (2005) e Sales Jr. (2006), os quais entendem o conflito como uma faceta da estrutura racista da sociedade brasileira, faceta essa que atualiza-se pelo uso da linguagem, da ofensa verbal que diz quem são e quais lugares devem ocupar os grupos sociais na estrutura hierárquica social.

Ao negar a força e o potencial de criação e manutenção de mecanismos excludentes do insulto moral (nesse caso, do insulto racial), podemos supor que ainda há na Justiça a percepção de que a sociedade é harmônica e que presencia pontualmente conflitos raciais, os quais dizem mais sobre a psique e as relações pessoais dos sujeitos, do que sobre a estrutura da sociedade como um todo. Não nos parecem exagero dizer que o mito fundador das três raças e o da democracia racial não estão distantes dos fundamentos das decisões do Tribunal de Justiça mineiro. Essas são hipóteses merecedoras de atenção e que, em tempo oportuno, serão avaliadas em um trabalho posterior, onde os discursos e narrativas presentes nos acórdãos serão tratados por uma abordagem qualitativa.

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

7 Referências

- Azevedo, C. M. M. de (1978). *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites – século XIX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Cardoso, L. (2010). Branquitude acrílica e crítica: A supremacia racial e o branco anti-racista. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y juventud*, 8 (1), pp. 607-630.
- Coacci, T. (2013). A pesquisa com acórdãos nas Ciências Sociais. *Métodos e fontes de pesquisa em Ciências Sociais*, 18 (2).
- Bourdieu, P. (1998). *O poder simbólico*. Tomaz, F. (Trad.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- DaMatta, R. (1981). *A fábula das três raças ou o problema do racismo à brasileira: uma introdução à Antropologia Social*. Petrópolis: Vozes.
- _____ (1997). *A casa e a rua*. Rio de Janeiro: Rocco.
- Durkheim, É. (1983). *Lições de sociologia: o direito, a moral e o Estado*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.
- Fernandes, F. (1965). *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Ed. Nacional.
- Freyre, G. (2006). *Casa Grande e Senzala* (48ª ed.). São Paulo: Global.
- Fry, P. (2006). Ciência Social e Política “Racial” no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, 68, pp. 180-187, dez/fev 2005-2006.
- Geertz, C. (1975). *The interpretation of cultures: selected essays*. London: Hutchinson.
- Gomes, N. L. (2005). Educação anti-racista: Caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/03. Secretaria de Educação Continuada. *Alfabetização e Diversidade*. Brasília.
- Guimarães, A. S. (2004). Preconceito de cor e racismo no Brasil. *Revista de Antropologia*, 47 (1), São Paulo.
- _____ (2003). Como trabalhar com raça em sociologia. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, 29 (1), jan./jun, pp. 93-107.
- _____ (2000). O insulto Racial: As ofensas verbais registradas em queixas de discriminação. *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, 38, pp. 31-48.
- Hasenbalg, C. A. (1979). *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal.
- Kant de Lima, R. (2004). Direitos Cívicos e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, 18, pp. 49-59.
- _____ (2001). Administração de Conflitos, Espaço público e cidadania uma perspectiva comparada. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, 1 (2), pp. 11-16.
- Machado, M. (2009). A legislação anti-racismo no Brasil e sua aplicação: um caso de insensibilidade do Judiciário?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 76, pp. 79-105.
- Machado, M. R. de A.; Santos, N. N. da S. & Ferreira, C. C. (2015). Legislação anti-racista punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do Direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 2 (1), jan., 2015, pp. 60-92.
- Merryman, J. H. (1969). *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. California: Stanford University Press.
- Moura, C. (1994). A dinâmica político-ideológica do racismo no novo contexto internacional. *São Paulo em Perspectiva*, 8 (3), São Paulo, pp. 66-76.
- Munanga, K. (2004). Um abordagem conceitual dos conceitos de raça, racismo, identidade e etnia. Brandão, A. A. (Org.). *Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira*, Universidade Federal Fluminense, Niterói.
- Muniz, J. O. (2012). Preto no branco? Mensuração, relevância e concordância classificatória no país da incerteza racial. *Dados*, 55 (1), pp. 251-82.
- Rodrigues, R. N. (1977). *Os africanos no Brasil* (5ª ed.). São Paulo: Cia. Editora Nacional.
- _____. *As coletividades anormais* (1939). Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.
- Sadek, M. T. A. (2002). Estudos sobre o sistema de justiça. Miceli, S. (Ed.). *O que ler na ciência social brasileira*, 4. São Paulo: Sumaré.
- Sales Jr, R. (2006). Democracia racial: o não-dito racista. *Tempo social, revista de sociologia da USP*, São Paulo, SP, 18 (2), nov., pp. 229-258.
- Santos, E. de M. L. (2010). *Racismo e injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos.
- Santos, I. A. A. (2013). *Direitos Humanos e as Práticas de Racismo*. Brasília: Edições Câmara.
- Schwarcz, L. M. (2012). *Nem preto, nem branco, muito pelo contrário*. São Paulo: Claro Enigma.
- Valente, R. C. (2014). Sobre etnografia em condições

de poder e assimetria: Uma experiência sobre o campo da cooperação para o desenvolvimento a partir da GTZ. Castilho (org.) et al. *Antropologia das práticas de poder: reflexões etnográficas entre burocratas, elites e corporações*. Rio de Janeiro: Contra-Capa, Faperj.

Vianna, A. (2014). Etnografando documentos: Uma antropóloga em meio a processos judiciais. Castilho (org.) et al. *Antropologia das práticas de poder: reflexões etnográficas entre burocratas, elites e corporações*. Rio de Janeiro: Contra-Capa, Faperj.

Weber, M. (2004). *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

Data de submissão/Submission date: 4.9.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date:
24.11.2015

JURISPRUDÊNCIA DO CRIME DE TORTURA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL (2005-2010) // *Maria Gorete Marques de Jesus*¹,

*Mayara de Souza Gomes*², *Nathercia Cristina Manzano Magnani*³, *Paula*

*Rodrigues Ramos*⁴ e *Vivian Calderoni*⁵

Palavras-chave:

tortura / jurisprudência / Lei nº 9.455/97 / justiça criminal / Tribunal de Justiça

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

Sumário:

- 1 Universo da pesquisa: recorte e justificção**
- 1.1 Caminhos e desafios da pesquisa
- 2 Filtros no sistema de justiça**
- 3 Retratos dos casos de tortura que chegam aos Tribunais**
- 3.1 As vítimas
- 3.2 Os acusados
- 4 Perfil do crime de tortura**
- 4.1 Propósito da tortura
- 5 Perfil dos processos**
- 5.1 Perfil do recorrente e Pedido feito na ação
- 5.2 Decisões de 1ª Instância
- 5.3 Decisões de 2ª Instância
- 5.4 Conversão das decisões (1º e 2º grau)
- 5.5 Fundamentação das decisões de 2ª Instância
- 6 Considerações finais**
- 7 Referências**

Resumo

O presente artigo apresenta o resultado da pesquisa: *Julgando a tortura: Análise de Jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*,⁶ que buscou colher dados dos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça de todos os Estados do Brasil em processos judiciais relativos ao crime de tortura. A partir desse material empírico, foi possível obter informações presentes nos acórdãos, tais como: o perfil do acusado e da vítima, local da tortura, propósito da tortura, argumentos das decisões e relação entre a decisão de primeiro e segundo grau. Conhecer os casos que chegam aos Tribunais de Justiça e analisar como eles são julgados foram uns dos principais objetivos desse levantamento. Cabe destacar que, diante da notória deficiência e ausência de dados sobre tortura no Brasil, essa pesquisa se torna ainda mais relevante.

1 Doutoranda e Mestra em sociologia pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Membro do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à tortura. Email: goretim@usp.br

2 Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC. Bacharela em direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogada. Email: mayara.dsgomes@gmail.com

3 Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharela em direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. Email: nacrimgnani@gmail.com

4 Mestra em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharela em direito pela Pontifícia Católica de São Paulo. Advogada. Email: paula.rodrigues.ramos@gmail.com.

5 Mestra em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo. Bacharela em direito pela USP. Advogada do Programa de Justiça da Conectas Direitos Humanos. Email: vivian.calderoni@conectas.org. @VivianCalderoni

6 A pesquisa foi iniciada em maio de 2011, encerrou-se em janeiro de 2015 e teve como objetivos: construir um banco de dados de jurisprudência de tortura a partir de acórdãos coletados nos Tribunais de Justiça (TJs) dos estados brasileiros, analisar as decisões e compará-las. O relatório completo foi publicado em janeiro de 2015 e encontra-se disponível em: <https://issuu.com/julgandoatortura>

CASE LAW ON THE CRIME OF TORTURE FROM COURTS OF APPEAL IN BRAZIL (2005-2010) // *Maria Gorete Marques de Jesus, Mayara de Souza Gomes, Nathercia Cristina Manzano Magnani, Paula Rodrigues Ramos and Vivian Calderoni*

Keywords:

torture / case law / Law 9.455/97 / Criminal Justice / Courts of Appeal

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

Abstract

This paper presents the results from the research entitled *Case law on the Crime of Torture from Courts of Appeal in Brazil (2005-2010)*, which collected data on the judgments of Brazilian appellate courts regarding lawsuits on the crime of torture. From this empirical material, it was possible to obtain information such as: the profile of the accused and the victim, the place of the torture, the purpose of the torture, the arguments that lead to the decision and the relationship between the decision from the first and second instances. One of the main goals of this study was to understand that the cases that reach the higher courts and how they are judged. It is worth noting that, given the serious deficiencies and lack of data on torture in Brazil, this research becomes even more relevant.

1 Universo da pesquisa: recorte e justificção

O objetivo deste trabalho é apresentar um breve panorama da pesquisa “Julgando a Tortura: Análise de Jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)”, a qual se prestou a analisar acórdãos que versaram sobre a apuração do crime de tortura proferidos pelos Tribunais de Justiça do Brasil, entre os anos de 2005 e 2010. Para tanto, o presente artigo é uma versão adaptada e modificada do relatório que foi publicado no início de 2015⁷.

Esta pesquisa foi desenvolvida por cinco organizações: Conectas Direitos Humanos, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Pastoral Carcerária, Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (ACAT) e Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP). Despertado pelo interesse em analisar os casos de tortura que chegaram aos Tribunais de Justiça, o levantamento realizado analisou decisões proferidas entre os anos de 2005 e 2010. Por meio dessa pesquisa, foi possível conhecer esses casos, bem como identificar o perfil das partes envolvidas (vítimas e acusados), das ocorrências (local e propósito), perfil dos processos em 2ª instância (decisões e fundamentações) e a atuação do Judiciário em segunda instância.

Dessa maneira, as reflexões e ponderações aqui expressas estão limitadas ao que essa pesquisa acessou, ou seja, o que os julgamentos de crimes de tortura em segunda instância analisados deixaram transparecer. Resta destacar que foram analisados 455 acórdãos que versavam sobre o crime de tortura e que foram recebidos pelos Tribunais de Justiça do Brasil.

Considerando a carência de dados sobre o crime de tortura, essa pesquisa contribui para a produção de dados em um tema em que as fontes são pouco acessíveis. Nesse sentido, é necessário que haja um sistemático processo de coleta de dados sobre o crime de tortura no país. Além disso, o levantamento dos acórdãos possibilitou perceber as deficiências das fontes de pesquisas, que consistiam nas decisões

7 A pesquisa foi coordenada por Maria Gorete Marques de Jesus e Vivian Calderoni. O relatório na íntegra está disponível em <https://issuu.com/julgandoatortura>.

dos Tribunais de Justiça (TJs). As diferentes formas de armazenar e disponibilizar acórdãos, a falta de descrição dos fatos nesses documentos e a inconsistência de informações consideradas relevantes para a pesquisa foram alguns desafios encontrados pela equipe de pesquisadores, e que serão explorados nas seções a seguir.

1.1 Caminhos e desafios da pesquisa

A Constituição Federal brasileira (1988) estabelece em seu artigo 5º, inciso III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. A prática da tortura tornou-se, com a Constituição de 1988, crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, inciso XLIII). Além disso, também reconhece como integrantes dos direitos constitucionalmente consagrados, os tratados internacionais de proteção de direitos humanos, que, assim sendo, passaram a ser direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno (art. 5º, § 2º).⁸ Nesse sentido, a “Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes”, ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989 e a “Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura”, ratificada em 20 de julho de 1989, integram o ordenamento jurídico brasileiro, em nível, no mínimo, suprallegal.

Apesar de vislumbrada na Constituição, a criminalização efetiva da prática da tortura ocorreu somente em 1997. Uma questão importante e já debatida por

8 A discussão sobre a inserção da legislação internacional ratificada pelo Brasil sempre foi polêmica. Muitos juristas defendiam que os tratados e as convenções deveriam ser concebidos como Leis ordinárias e não equiparadas ao texto constitucional. Em 2004, tendo como um dos objetivos solucionar essa questão, a incorporação dos tratados sobre direitos humanos como norma constitucional foi consagrada, quando foi inserida na Constituição a emenda constitucional 45/04: “3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. Texto da emenda disponível na página web: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acessado no dia 28 de agosto de 2008.

vários juristas e estudiosos do tema (Franco, 1997; Shecaira, 1997; Juricic, 2002; Cabette, 2006; Burihan, 2008) é o fato da Lei 9.455 /97 ter considerado a tortura como crime comum e não como crime próprio, como fazem as Convenções internacionais. Como crime comum, qualquer pessoa pode ser agente do crime de tortura e, portanto, processada segundo a Lei brasileira, independentemente de ser ou não agente do Estado (Burihan, 2008). A “Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes” e a “Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura”, por seu turno, definem o crime de tortura como crime próprio, isto é, aquele que somente pode ser praticado por uma determinada categoria de pessoas, neste caso específico, os agentes públicos (Franco, 1997).

Em razão de a legislação brasileira ser de tipo comum, o levantamento dos casos nos Tribunais de Justiça envolveu uma série de denúncias por crime de tortura, não apenas os cometidos por agentes públicos, como regem os tratados internacionais.

Parte significativa desta pesquisa dedicou-se a conhecer a atuação dos Tribunais de Justiça a partir de duas perspectivas: primeira, investigando de que maneira o crime de tortura tem sido compreendido pelos Tribunais de Justiça e, outra, decorrente da própria fonte de pesquisa, ou seja, os acórdãos, com suas peculiaridades, informações e limitações.

Para situar esse universo de pesquisa, é importante firmar algumas explicações. A primeira delas diz respeito ao próprio objeto da pesquisa, os *acórdãos*, que correspondem às decisões dos órgãos colegiados de um Tribunal de Justiça. Essa observação é relevante porque deixa claro que o trabalho realizado pelos pesquisadores não envolveu a leitura global do processo, uma vez que se pautou especificamente na análise detida dos acórdãos, restringindo-se, portanto, a colher as informações consolidadas nesses documentos.

As decisões do Poder Judiciário, nas quais se incluem os acórdãos, são registros oficiais, legais e públicos, qualidades que lhes conferem especificidade e que os tornam referenciais de pesquisa interessantes para análise. Primeiramente, porque esses documentos contêm aquilo que os julgadores decidiram

tornar como marca do seu tempo e de sua atuação histórica e, ainda, porque são legítimas representações e expressões do exercício de poder. Tendo em vista esse potencial, devotou-se atenção às narrativas construídas pelos operadores do direito registradas em decisões judiciais de segunda instância.

Os acórdãos também expressam posicionamentos e podem tornar-se jurisprudência, passando, então, a influenciar futuras sentenças.⁹ Essa particularidade, ausente nas sentenças dos juízes singulares, é outro ponto fundamental para a compreensão do potencial simbólico desta fonte de pesquisa.

Para o desenho da pesquisa foi estabelecido o critério temporal, que delimitou o período compreendido entre 1º de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2010. Além desse, outros recortes foram utilizados para a delimitação do objeto pesquisado. Um deles diz respeito às espécies de documentos jurídicos analisados, pois foram consideradas apenas decisões em sede de apelação e de revisão criminal, que apresentavam informações mais completas do fluxo dos casos no sistema de justiça. Ademais, foram excluídos da pesquisa os acórdãos que não tratavam especificamente do tipo penal “tortura”. Não entraram, portanto, no universo da pesquisa, casos denunciados ou desclassificados como maus tratos, lesão corporal ou abuso de autoridade em decisão de primeira instância, condutas que por vezes se confundem, nas narrativas judiciais, com o crime de tortura.

Vale também destacar que os processos criminais chegam ao Tribunal de Justiça após, ao menos, uma das partes não ter se conformado com a decisão de primeira instância proferida por um juiz singular e, por conta disso, ter havido recurso a um colegiado de magistrados, com a intenção de reforma da decisão de primeira instância. Logo, as decisões com trânsito em julgado em primeira instância ficaram automaticamente excluídas do universo de estudo, à exce-

9 Isso porque jurisprudência é o conjunto de decisões de um Tribunal – seja do Tribunal de Justiça, seja do Superior Tribunal de Justiça, seja do Supremo Tribunal Federal – que, reiteradas sobre determinado assunto, servem de subsídio para a definição de demandas similares. Em outras palavras, essa uniformização passa a exercer impacto como argumento de motivação decisória no futuro enfrentamento de conflitos por parte do Poder Judiciário.

ção das revisões criminais, que são originárias dos próprios Tribunais de Justiça. Certo é que existe um longo caminho a ser percorrido até que o processo chegue a um Tribunal de Justiça.

O acesso aos acórdãos foi realizado através dos sites dos Tribunais de Justiça dos Estados. A equipe de pesquisadores acessou os bancos de dados de jurisprudência disponibilizados pelos próprios Tribunais de Justiça e selecionou acórdãos referentes ao crime de tortura que tivessem sido assinados dentro do período estabelecido. No que tange aos bancos de dados, os pesquisadores encontraram dificuldades, pois não existe uma padronização/uniformização quanto ao armazenamento de informações, além da falta de informações sobre os critérios de armazenamento e disponibilização dos acórdãos.

Em razão de as fontes não serem padronizadas entre os diferentes estados brasileiros e de os sistemas de busca dos sites não estarem estruturados da mesma forma, não foi possível empregar apenas um único termo de busca nos sites visitados. Assim utilizamos os seguintes critérios de busca: “9455”, “9.455”, “9455/97”, “9.455/97” e “tortura”.

Além disso, para atender às finalidades da pesquisa, inicialmente, elaborou-se um questionário que foi utilizado pelos pesquisadores para a coleta de informações dos acórdãos. As questões compreendiam os seguintes tópicos: (i) perfil de vítima(s) e acusado(s), (ii) local da tortura, (iii) resultados da decisão de primeira e segunda instância, (iv) quem moveu a ação, entre outras informações presentes nesses documentos.

Através da coleta de dados e preenchimento do formulário de pesquisa, foi possível a construção de um banco de dados, que permitiu sistematizar as informações selecionadas, possibilitando o processamento e análise dos dados. Após a pesquisa e coleta de decisões, chegou-se ao final ao número total de 455 acórdãos. As informações coletadas nessas decisões subsidiaram a construção de dois Bancos de Dados (BD).

Os BDs subsidiaram duas análises. A primeira, a partir dos acórdãos, contribuiu para uma análise sobre o contexto da tortura. Já a outra análise elaborada

a partir do perfil dos acusados permitiu aprofundar análises processuais (dados dos agentes) e desdobramentos processuais (condenação, absolvição, desclassificação).

Uma das constatações durante a leitura das decisões foi o excesso de lacunas e pouco detalhamento. Diante desse panorama, em muitas ocasiões foi difícil inferir o contexto fático da tortura (perfis da vítima, local e data, dentre outros), bem como conhecer os antecedentes processuais do caso (informações como a data do oferecimento da denúncia e o resultado do julgamento em primeira instância, etc.). A deficiente redação dos acórdãos explica o elevado número de respostas não encontradas, registradas como “não consta”.

2 Filtros no sistema de justiça

Antes de tratar do objeto da pesquisa propriamente dito, devem ser destacados alguns aspectos com relação ao percurso dos processos criminais. De acordo com a lei processual penal, toda prática de crime deve ser comunicada às autoridades policiais para que se realize a investigação do fato e, na sequência, o encaminhamento do inquérito policial ao Ministério Público (MP). O MP, por sua vez, diante da comprovação de materialidade e de indícios de autoria, oferecerá a denúncia, por tratar-se de crime de ação penal pública. Em seguida, havendo recebimento da peça acusatória, o processo criminal será iniciado. Sobrevindo sentença de primeiro grau, caberá, então, recurso ao Tribunal de Justiça.

Dessa maneira, sendo caso de ação penal pública, todo cometimento do crime de tortura, em concordância com as regras acima expostas, deve ser levado ao conhecimento da autoridade policial para que siga o procedimento legal. Contudo, na prática, nem sempre os crimes de tortura seguem esse fluxo, uma vez que existem diversos filtros que operam, tanto anteriores, como posteriores, ao conhecimento do fato pela autoridade policial.

Assim, sabe-se que muitos casos de tortura continuam ocorrendo em unidades prisionais e durante abordagens policiais. Organizações nacionais e in-

ternacionais de direitos humanos seguem relatando-os.¹⁰ No entanto, apenas uma parcela dos casos de tortura é efetivamente comunicada ao delegado de polícia ou a outra instância formal de controle.

Vale lembrar que isso não é exclusividade do crime de tortura e ocorre em relação a todos os crimes, em maior ou menor medida. Tal fato dá origem ao fenômeno denominado de “cifra obscura”,¹¹ isto é, os crimes praticados não correspondem aos crimes comunicados e a diferença entre um grupo e outro constitui o número de ocorrências não comunicadas (Hassemer e Muñoz Conde, 1989). Assim, a cifra obscura é formada exatamente pela parcela de crimes que ocorreram, mas não chegaram ao conhecimento das autoridades competentes para apuração.

Além disso, nem todos os crimes que são levados ao conhecimento das autoridades resultam em investigação eficaz a ponto de produzir provas suficientes acerca de autoria e materialidade. A centralidade das investigações nos casos de tortura e a forma como elas impactam no trâmite do processo criminal foi um dos pontos ressaltados pelos estudos de Giffard (2000), Maia (2006) e Jesus (2010).

Por sua vez, o Ministério Público Estadual atua como mais um filtro, podendo não oferecer a denúncia – requerendo o arquivamento – nos casos em que concluir pela insuficiência de elementos de convicção

10 Ver o Relatório sobre Tortura: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura. 2010. Disponível em: http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Relatorio_tortura_revisado1.pdf. (Última consulta em 15 de fevereiro de 2015). Ver também pesquisa desenvolvida pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e Pastoral Carcerária: *Tecer Justiça: Presas e presos provisórios da cidade de São Paulo*. 2012. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/default2.asp> (Última consulta em 15 de fevereiro de 2015).

11 Em regra, o crime com menor cifra obscura é o homicídio, já que raramente escapa ao registro pelas autoridades, diferentemente do que ocorre com crimes patrimoniais, sobretudo não violentos. Já os crimes contra a liberdade sexual como o estupro, por exemplo, são delitos que têm cifra obscura altíssima, pois muitas vítimas se recusam a denunciar o ocorrido para alguma autoridade. O crime de aborto também tem uma grande cifra obscura, porque as mulheres que abortam e os médicos que as auxiliam não assumem a prática. O crime de tortura também é considerado um delito em que a cifra obscura é considerável, pois diversas vítimas têm medo de represálias ou não conhecem e não sabem como exercer seus direitos.

para a instauração da ação penal. Ademais, o juiz também pode rejeitar a denúncia e extinguir o feito.

Há que considerar, também, que após a prolação de sentença de primeiro grau existem outras ações possíveis para que uma demanda chegue a ser apreciada por um Tribunal de Justiça, quais sejam: i) que uma das partes processuais não se conforme com o julgamento inicial e recorra para que a questão seja reavaliada pelo segundo grau do Poder Judiciário;¹² ii) que o colegiado de desembargadores, após analisar os requisitos recursais, receba a irrisignação e, por maioria de votos, profira uma nova decisão, que pode manter ou alterar, em parte ou no todo, a anterior.

Em resumo, é possível, durante o transcorrer da ação penal, notar a incidência de diversas circunstâncias seletivas, as quais reduzem substancialmente o número de casos apreciados pelo Poder Judiciário de primeiro grau, e, mais ainda, pelos Tribunais de Justiça.

Feitas essas explicações, é importante dar novamente relevo ao fato de que a análise dos acórdãos permitiu conhecer apenas a fração das demandas julgadas pelos Tribunais de Justiça do Brasil a que os pesquisadores conseguiram ter acesso nos respectivos sites, não sendo adequado interpretá-la como o total de ocorrências dos crimes de tortura, tampouco dos processos criminais de tortura julgados pela primeira e segunda instâncias, mas, sim, como um universo restrito de casos. Restrito justamente por ter passado por diversos filtros até o momento da apreciação pelo Tribunal de Justiça e peculiar, também, pela própria fonte de coleta.

3 Retratos dos casos de tortura que chegam aos Tribunais

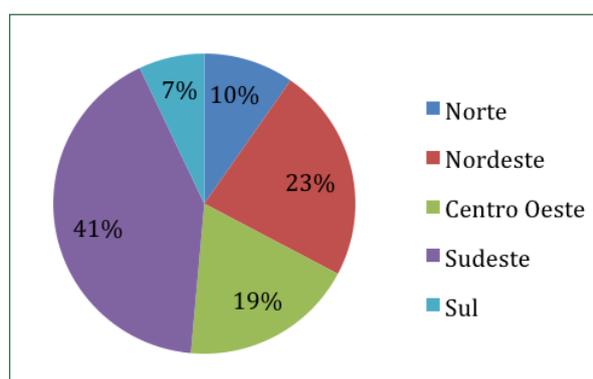
Os acórdãos representam uma importante fonte de pesquisa. Dessa maneira, os resultados abaixo demonstrados são oriundos do universo das 455 decisões acessadas. Sendo assim, destacamos que a partir do levantamento realizado e através das análises,

12 Os Tribunais de Justiça são, via de regra, o segundo grau de jurisdição, o que assegura ao cidadão o direito de revisão do seu pleito. Porém, inexistente hierarquia entre estes órgãos colegiados e o juiz singular, dado o primado jurídico da independência funcional.

nossas discussões e reflexões são exclusivamente atreladas ao que essas decisões nos forneceram.

Conforme mostra o gráfico abaixo, no total, foram acessados 44 acórdãos referentes ao crime de tortura na região Norte, 105 na região Nordeste, 85 na região Centro-Oeste, 189 na região Sudeste e 32 na região Sul. Apesar de terem sido encontrados mais acórdãos de tortura na região Sudeste (41%), isso não significa que ela apresenta mais casos de tortura ou que a tortura ocorra com maior frequência nesta região. Da mesma forma, não podemos afirmar que a região Sul, por ter nos oferecido apenas 7% do total de acórdãos, seja a região com menor ocorrência do crime de tortura. Isso porque existem diversos filtros até que fatos criminosos cheguem ao conhecimento dos Tribunais de Justiça e a fonte da pesquisa foram justamente os acórdãos, como já tratado acima.

Gráfico 01. Acórdãos pesquisados por região %.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos: 455

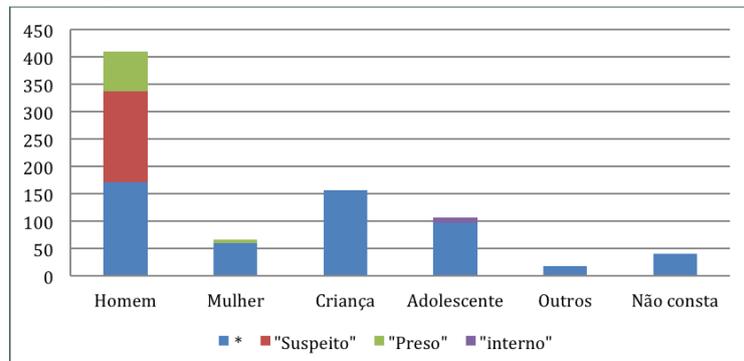
3.1 As vítimas

Nesta pesquisa também se buscou conhecer os perfis das vítimas de tortura dos acórdãos analisados. Os dados a seguir correspondem ao número de 800 vítimas de crimes de tortura contabilizados nos 455 acórdãos.¹³ Desse número total tem-se o seguinte panorama: 51% eram homens adultos, (sendo que 21% desse total eram homens considerados suspeitos da prática de algum crime e cerca de 9% eram homens presos) 20% crianças, 13% adolescentes, 9% mulheres adultas (incluídas nesse contingente mulheres

¹³ Esse número é superior ao número de acórdãos porque houve casos com mais de uma vítima.

presas, que atingem 1% das vítimas), além de 3% que diziam respeito a outros perfis e em 4% dos acórdãos não foi possível identificar o perfil da vítima.

Gráfico 02. Perfil das vítimas.



Fonte: Dados extraídos de 455 acórdãos. Total de vítimas: 800.

*Sem especificação com relação a status criminal (não entra na categoria “preso/a” nem “suspeito/a”)

Os números nos permitem chamar a atenção para uma realidade já destacada em relatórios nacionais¹⁴ e internacionais¹⁵ sobre a situação das pessoas privadas de liberdade. Nesses locais a tortura apresenta uma invisibilidade social, pois se tratam de espaços que “são mais difíceis de acessar, porque os presos estão sob a custódia dos próprios torturadores” (Pastoral Carcerária, 2010). Provavelmente isso explique por que apenas 10% dos casos apresentou pessoas privadas de liberdade como vítimas – elas encontram diversos obstáculos para fazer denúncias. Desses 10%, apenas 1% se referiram a casos de tortura promovidos por agentes contra mulheres presas. Poucos casos foram identificados no levantamento realizado.

A ausência de ocorrências necessariamente não significa a inexistência da tortura em unidades femininas, mas um sintoma da invisibilidade da violência praticada em estabelecimentos prisionais femininos.

¹⁴ Pastoral Carcerária. Relatório sobre tortura: Uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para a prevenção da tortura, disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/10/Relatorio_tortura_revisado1.pdf, último acesso 12/04/2014.

¹⁵ ONU, Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos cruéis e ou penas cruéis e desumanos, ou degradantes. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf, último acesso em 12/04/2014,

(Musumeci & Ilgenfritz, 2002; Pastoral Carcerária, 2007).

Casos de violência contra a mulher também foram denunciados como crimes de tortura. Apesar da existência da Lei Maria da Penha, alguns dos casos identificados no levantamento não apresentavam menção a este dispositivo legal. Assim, a despeito do critério temporal utilizado pela pesquisa, outro estudo mais aprofundado poderia nos ajudar a compreender por que tais casos não fazem menção à Lei nº 11.340/2006.

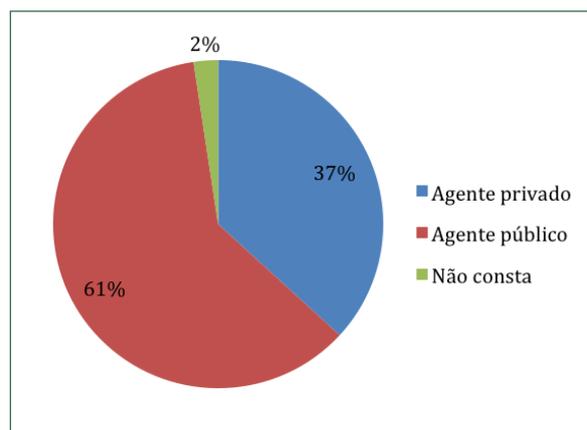
A despeito da categoria “outros” contemplar perfis diferenciados (por exemplo: fiel de igreja/culto, conhecido e empregado), os números apontam para a existência de uma variedade de perfil de vítimas nos casos estudados. Além disso, tivemos o dado de que em 4% dos acórdãos não havia menção ao perfil da vítima, o que revela a precariedade desses documentos, uma vez que essa é uma informação relevante para a compreensão do caso que está sendo julgado.

3.2 Os acusados

Para conhecer o perfil dos acusados pelo crime de tortura que chegam até os Tribunais de Justiça, foram traçadas duas categorias: (a) “agente público”, quando se tratava de agentes do Estado, funcionários públicos, portanto, policiais civis e militares, agentes penitenciários ou monitores de unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei envolvidos no polo ativo, e (b) “agente privado”, quando se tratava de pais, mães, padrastos, madrastas, babás ou quaisquer pessoas que não se enquadravam na categoria “agente público”.

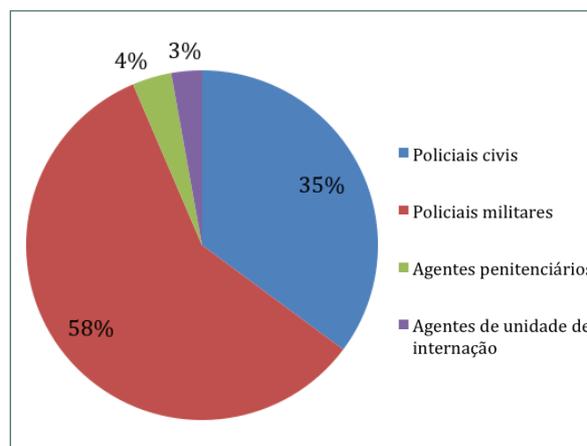
A quantidade total de acusados presente nos acórdãos que compuseram o universo da pesquisa foi de 752. Quando se observa o perfil dos acusados de forma comparada, percebemos que, no geral, a incidência é maior envolvendo agentes públicos, que representaram 61% dos casos, seguido por agentes privados, com 37%. O maior número de acórdãos analisados dizia respeito àqueles envolvendo agentes públicos como acusados. Em 2% dos casos, não foi possível identificar o perfil do acusado.

Gráfico 03. Perfil dos acusados %.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos: 455. Total de réus 752.

No que concerne ao perfil dos réus enquadrados na categoria de agentes públicos, do número total de 452 acusados, chegou-se ao seguinte resultado: 3,6% eram agentes penitenciários, 58,4% policiais militares, 35,2% policiais civis e 2,8% agentes de unidades de internação de adolescentes, conforme o gráfico abaixo:



Fonte: Tribunal de Justiça dos Estados do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos 455, número de réus (agentes públicos) 452.

4 Perfil do crime de tortura

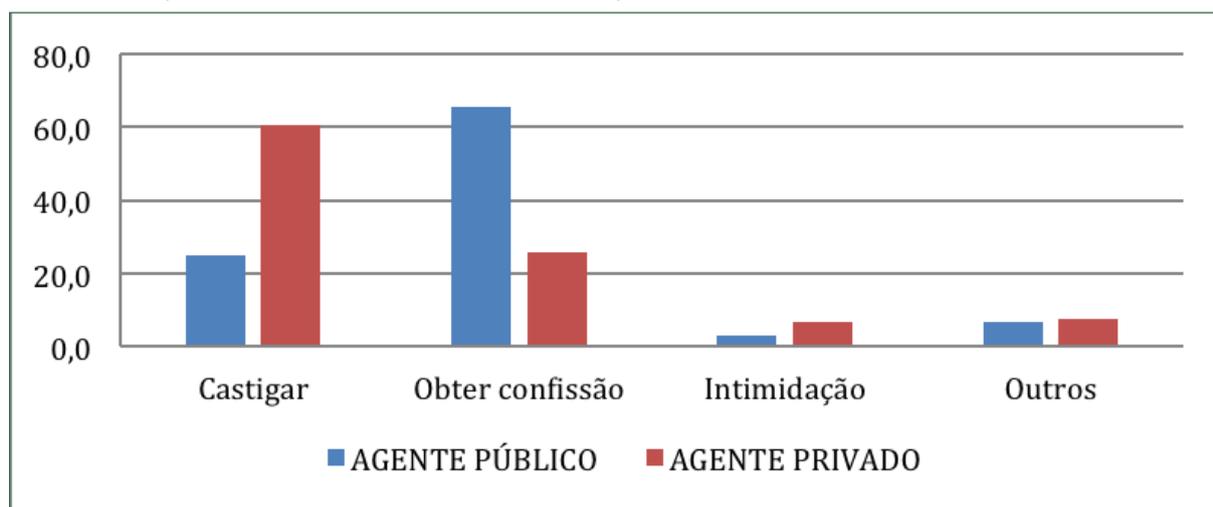
4.1 Propósito da Tortura

Foram elencadas quatro categorias para trabalhar a questão da “motivação” ou o “propósito” para o cometimento da tortura. As categorias seguem os conceitos da própria legislação que criminaliza a tor-

tura (Lei nº 9.455/97), são elas: (i) *castigar*; (ii) *obter confissão ou informação*; (iii) *intimidação*; (iv) *outros*, categoria que engloba as demais possíveis hipóteses como discriminar, humilhar, obter favores ou sem qualquer razão justificadora aparente.

Quando a tortura é utilizada como forma de castigo, os agentes privados aparecem, primordialmente, como autores dessa violência (61%). Quando a tortura é utilizada como meio de obtenção de confissão ou informação, aparecem como autores, na maioria dos casos, os agentes públicos (65,6%).

Gráfico 05. Propósito da tortura descrita nos acórdãos e perfil do acusado.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos: 455. Total de réus 752.

Esses dados acompanham o que a literatura sobre o tema já havia identificado: que os agentes públicos, na maioria das vezes em que são acusados de prática de tortura, teriam a intenção de obter a confissão ou algum tipo de informação da vítima (Maia, 2006). A tortura tem sido descrita por alguns estudos como método de investigação policial que, apesar de ilegal, encontra-se incorporado à cultura dessa corporação. A violência policial é descrita como estrutural, principalmente porque a organização policial admite certas atitudes ilegais, como a extração de confissões mediante ameaça e tortura (Izumino et al, 2001, p. 140).

4.2 Local em que ocorreu a tortura

Outro dado coletado nos acórdãos foi o local em que a tortura ocorreu. Tal informação foi agrupada em quatro categorias: (i) residências: categoria que compreende as hipóteses em que a tortura ocorreu dentro do local de moradia; (ii) locais de contenção: categoria que envolve cadeias, presídios penitenciárias, cadeiões, delegacias, casas de albergado, colônias penais agrícolas, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, além de outros locais de privação de liberdade; (iii) vias públicas: categoria que compreen-

de ruas, avenidas, praças e demais locais públicos, de trânsito livre para todos os cidadãos; (iv) outros: categoria que inclui os demais locais, a exemplo de supermercados, lixões, matagais, etc. .

Gráfico 6. Local de ocorrência %.

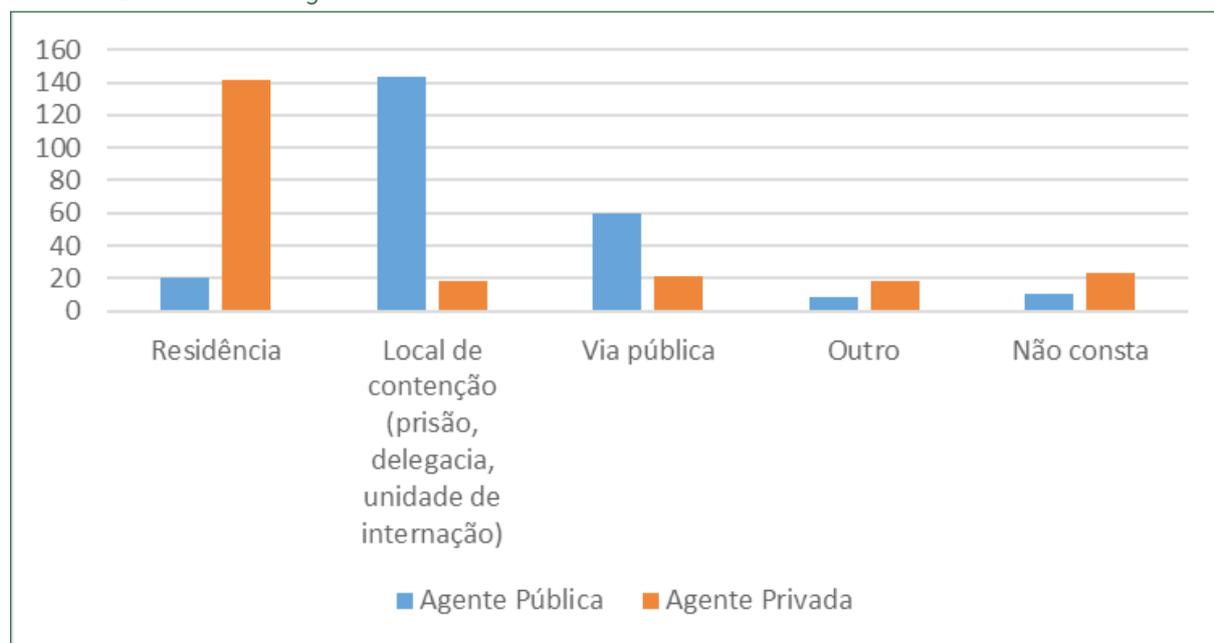


A partir da análise dos 455 acórdãos, foi possível notar que residências e locais de contenção registraram um número maior de casos. As residências aparecem em primeiro lugar com 33% dos casos e os locais de contenção logo a seguir com 31% das ocorrências. A categoria via pública apareceu em 16% das situações.

Ao cruzar os dados sobre o local onde ocorreu a tortura e o perfil do agressor, a maioria dos casos ocorridos em residências teve como autores agentes privados, enquanto que os ocorridos em locais de contenção e vias públicas foram perpetrados, em sua maioria, por agentes públicos. Depreende-se daí que, nos casos

que compuseram o universo pesquisados, a tortura cometida por agente privado tende a ocorrer nas próprias residências (ambientes domésticos) e os casos praticados por agentes públicos ocorrem, com maior frequência, nos locais de privação de liberdade e vias públicas.

Gráfico 7. Local x Perfil do agressor



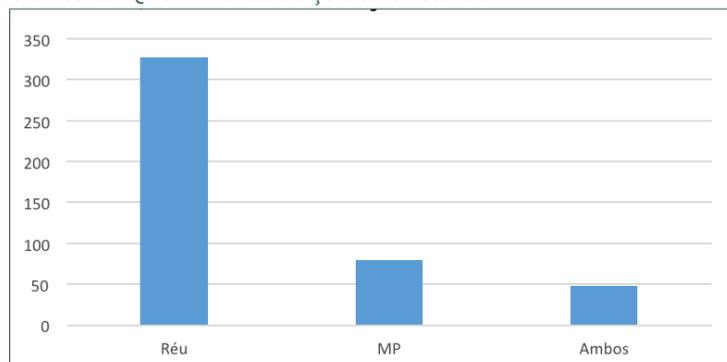
5 Perfil dos processos

5.1 Perfil do recorrente e pedido feito na ação
Os acórdãos são decisões emanadas por um juízo de segundo grau, que deve ser provocado pela via recursal para rever uma decisão de primeira instância, caso uma das partes envolvidas não tenha concordado com a mesma. Sendo assim, um ponto de interesse dessa pesquisa foi descobrir *quem* acionou o segundo grau e *qual pedido* essa parte pleiteou ao fazê-lo.

As categorias criadas foram: (i) o réu; (ii) o Ministério Público; (iii) ambos. Posteriormente, essas informações foram cruzadas com outros dados produzidos pela pesquisa para que se alcançasse o seguinte refinamento: quem foi o responsável pelo recurso nos casos em que a sentença do juiz monocrático envolveu agentes públicos ou agentes privados?

Os dados nacionais mostram o seguinte panorama: os réus foram os maiores recorrentes, já que dos 455 acórdãos, 327 foram de iniciativa dos acusados.

Gráfico 08. Quem moveu a ação ou o recurso.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos: 455.

No que diz respeito aos pedidos feitos por meio dos recursos, na maioria dos casos os pedidos foram de absolvição (32,5%) e absolvição cumulada com outros pedidos (32,5%). O pedido de condenação correspondeu a 14,3% dos casos, seguido pelos pedidos de desclassificação (7,6%), alteração na dosagem da pena (7,4%) e pedido de anulação da sentença (2,2%). O restante se refere aos casos em que houve

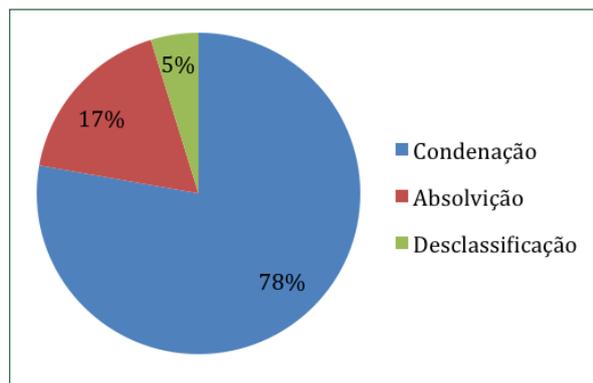
pedido formulado tanto pelo MP quanto pelo réu em sentido opostos – um pugnando pela absolvição e o outro pela condenação – e casos em que o pedido de condenação estava acompanhando de outros pedidos.vítu

5.2 Decisões de 1ª instância

As decisões de 1º grau são aquelas proferidas pelo juiz monocrático, na 1ª instância da jurisdição. É, portanto, o primeiro pronunciamento jurisdicional sobre o conflito apresentado ao Poder Judiciário. Tais decisões são passíveis de recurso para os Tribunais de Justiça e, ao contrário dos acórdãos, não fazem jurisprudência. As decisões de 1º grau foram abordadas da seguinte forma: (i) condenatórias; quando o juiz condenou o réu pelo crime de tortura, (ii) absolutórias; quando o juiz absolveu o réu do crime de tortura e (iii) desclassificadoras; quando o juiz condenou o réu por outro crime diverso do de tortura.

Em uma primeira leitura, observou-se que a maioria dos acórdãos analisados refere-se a sentenças condenatórias sobre as quais foi interposta apelação ou ajuizada revisão criminal (78%), seguidas das absolutórias (17%) e das desclassificadoras (5%).

Gráfico 09. Decisão de 1ª instância %.

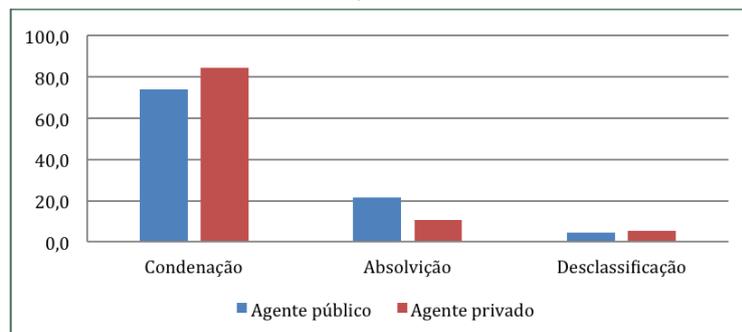


Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos: 455. Total de réus 752.

A partir do cruzamento da natureza da decisão (condenatória, desclassificatória ou absolutória) com o perfil de agente (público ou privado), pode-se observar uma proporção mais elevada de condenações de agentes privados (84%) do que de agentes públicos (74%). Essa relação é proporcionalmente inversa

quando comparamos os casos de absolvição: agentes públicos representaram 22% dos casos,¹⁶ e os agentes privados 10,5%. As decisões que resultaram em desclassificação representaram 5,4% dos casos envolvendo agentes privados e 4,4% daqueles envolvendo agentes públicos.¹⁷

Gráfico 10. Decisão 1ª instância/perfil do réu %.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos: 455. Total de réus 752.

Observamos que, apesar de ocorrerem mais condenações do que absolvições nas decisões de 1ª instância que foram objeto de recurso, quando fazemos a comparação a partir do perfil dos réus, tem-se um maior número de casos envolvendo condenação de agentes privados. Como o objeto de análise é limitado, não sabemos a proporção de absolvições em primeira instância, tanto de casos envolvendo agentes públicos como agentes privados. Contudo, se esse dado estivesse disponível, seria possível, por exemplo, analisar se há uma postura mais rigorosa nas Varas Criminais quando há violência praticada em âmbito privado/doméstico. Ou ainda, quantos casos não são objeto de recurso e quantos casos envolvendo agentes públicos foram absolvidos a partir

16 Os cerca de 20% dos casos em que agentes públicos foram absolvidos em primeira instância e tiveram recurso interposto pelo Ministério Público.

17 Foi verificada a associação estatística entre o perfil do acusado e a 1ª decisão utilizando teste qui-quadrado, que demonstrou significância entre essas variáveis ($p=0,001$). A análise de resíduo ajustado mostrou que os agentes privados foram associados com uma maior frequência com as condenações (Resíduo=3) e com uma menor frequência de absolvições (Resíduo=-3,8). O resultado é inverso quando observamos o perfil dos agentes públicos, cuja frequência de absolvições foi maior (Resíduo = 3) do que de absolvições (Resíduo = -3,8). Assim, o dado revela uma confiança estatística de que existe uma associação entre perfil do acusado e desfecho da decisão.

de pedido do próprio MP? Essas e outras questões possibilitariam uma compreensão mais profunda do tratamento da tortura pelo sistema de justiça como um todo.

5.3 Decisões de 2ª instância

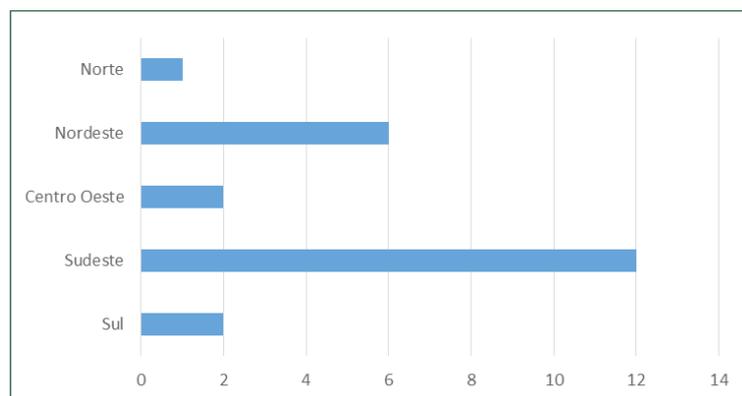
As decisões de 2ª instância, chamadas de *acórdãos*, são aquelas proferidas por colegiados de desembargadores. O conjunto de *acórdãos* sobre certo tema é o que se convencionou chamar de jurisprudência. As decisões de 2º grau foram analisadas também com as mesmas categorias do 1º grau, assim: (i) *condenatórias*; (ii) *absolutórias*; (iii) *desclassificatórias*;18 além de (iv) *anulação da sentença*; quando os desembargadores anularam a sentença de 1º grau, em razão de aspectos processuais (ex: nulidades), (v) *dosagem da pena*; quando os desembargadores mantiveram a condenação de 1º grau, mas alteraram o tempo da duração da pena imposta.

No âmbito nacional, tal como se observou em relação às decisões de 1ª instância, também percebemos uma prevalência de *acórdãos* condenatórios pelo crime de tortura. Contudo, é interessante observar que há um movimento entre a 1ª e a 2ª instância. Houve diminuição de decisões condenatórias (61%) e um aumento de decisões absolutórias (25%) e desclassificatórias (10%).

São poucas as decisões que fazem referência à Convenção Contra Tortura da ONU. Dos 455 *acórdãos* pesquisados, apenas 23 citavam a Convenção.

18 No tocante às decisões desclassificatórias em 2ª instância, importa esclarecer que, nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal, o Tribunal não pode agravar a pena quando somente o réu houver apelado da sentença. É o chamado *princípio da vedação da reformatio in pejus*. Exemplificando: em sendo o réu condenado em primeira instância pelo crime de tortura e tendo apenas ele recorrido para o Tribunal (sem recurso de ofício ou do MP), o Tribunal, quando do julgamento da apelação, poderá absolver o agente ou condená-lo por outro crime, diverso da tortura, sempre menos grave – ou seja, o Tribunal poderia desclassificar a tortura para lesão corporal (que tem pena inferior), mas não poderia desclassificar a tortura para homicídio qualificado pela tortura (que tem pena superior). Em suma, a decisão desclassificatória no Tribunal, se só há recurso do réu, é sempre uma decisão mais benéfica ou a manutenção do teor da sentença de 1º grau.

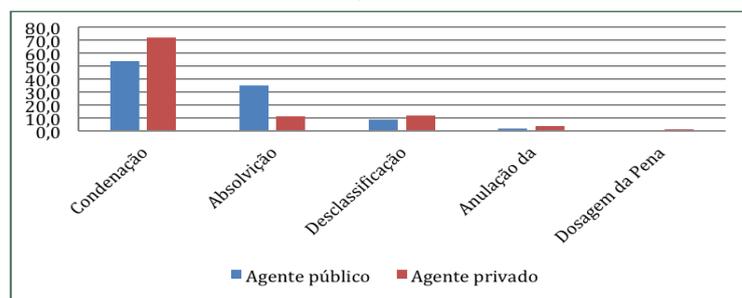
Gráfico 11. Número de *acórdãos* que citam a Convenção.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de *acórdãos* válidos: 455. Total de réus 752

Contudo, a distribuição do resultado das decisões não foi semelhante entre as duas categorias de réus. No cruzamento entre a natureza da decisão (condenatória, desclassificatória ou absolutória) com o perfil de agente (público ou privado), tem-se que os recursos movidos pelos réus agentes públicos obtiveram maior êxito e resultaram em absolvição (35%) do que aqueles que envolviam agentes privados (11%). Em suma, as decisões de segundo grau apresentam maior índice de condenação do agente privado em comparação ao agente pública, ao passo que apresentam maior índice de absolvição do agente público do que do agente privado em casos de tortura.

Gráfico 12. Decisão 2ª instância/perfil do réu %.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de *acórdãos* válidos: 455. Total de réus 752

O gráfico acima reforça o argumento de que há uma tendência maior de condenação em casos nos quais estão envolvidos agentes privados. Diante dessa constatação, a pesquisa foi capaz de identificar uma diferença no tratamento dado pelos Tribunais aos crimes de tortura em razão do perfil do acusado. Algu-

mas hipóteses especulativas que podem auxiliar na interpretação do dado foram levantadas pela equipe de pesquisa: (i) a de que há um maior rigor na análise de provas com relação aos agentes públicos, que seriam dotados de fé pública; (ii) a de que a colheita de provas é mais robusta no caso de tortura praticada por agente privado; (iii) a de que há fatores extrajudiciais, e até mesmo, subjetivos, que influenciam a decisão dos magistrados (como o perfil da vítima, seus antecedentes, o contexto da caso ocorrência etc.).

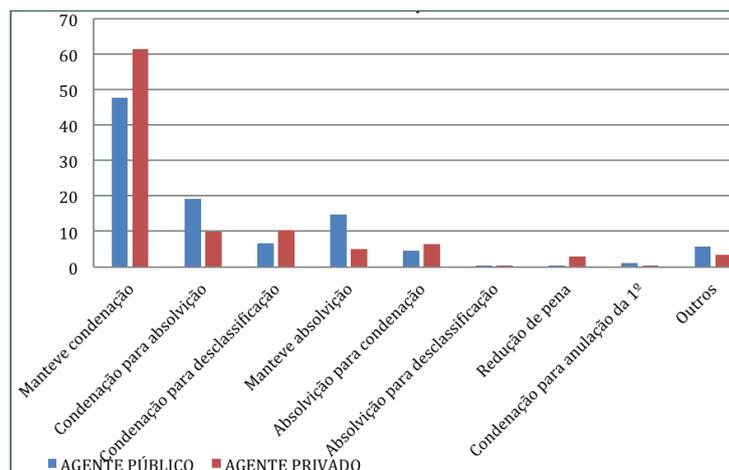
5.4 Conversões das decisões (de 1º para 2º grau)

Ao comparar as decisões de 1ª instância com as de 2ª, foi possível perceber as circunstâncias nas quais os desembargadores mantiveram a decisão da 1ª instância e nas quais houve uma decisão que alterasse o seu conteúdo, o que denominamos de “conversão das decisões”. Percebe-se que a tendência nos Tribunais de Justiça foi acompanhar a decisão de 1ª instância (64%), sendo que em 53% dos casos os desembargadores mantiveram a condenação e em 11% mantiveram a absolvição.

No que diz respeito à conversão das decisões, em 16% dos casos houve conversão da condenação em decisão absolutória e em 5,2% dos casos houve conversão da decisão de absolvição para condenação.

Quando relacionamos as conversões com o perfil dos acusados envolvidos, percebe-se que há certa variação entre as decisões. Quando o réu era agente público, foi possível identificar uma tendência em converter as decisões de condenação para absolvição em 19% de casos. Já para os agentes privados, essa conversão ocorreu em 10% dos casos. A manutenção da condenação foi proporcionalmente maior entre os agentes privados do que entre os agentes públicos. Para os primeiros, ocorreu em 61,4% dos casos, e para os segundos, em 47,6%. Também há diferença com relação à manutenção da absolvição, sendo maior entre os agentes públicos (15%) do que entre os agentes privados (5%).

Gráfico 13. Conversão da decisão/perfil do réu %.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos: 455. Total de réus 752.

5.5 Fundamentação das decisões de 2ª instância

A fundamentação das decisões auxilia na compreensão das taxas de conversão. Por que em alguns apelos houve a conversão da decisão de condenação de primeira instância, e em outros não? E ainda, por que em determinados casos os acórdãos acompanhavam a decisão de primeira instância?

A fim de buscar compreender o que fundamentou a decisão de 2ª instância, foram criadas categorias que sintetizaram o principal argumento utilizado pelos desembargadores para condenar o acusado, para absolvê-lo ou para desclassificar o delito inicialmente imputado. As categorias utilizadas foram as seguintes: (a) *As provas contidas nos autos comprovam a tortura (condenação)*; (b) *As provas contidas nos autos e os relatos da vítima não comprovam a tortura (absolvição)*; (c) *Não foi considerado crime de tortura (desclassificação)*, para os casos que afastaram a tipificação do crime de tortura, considerando-os outro tipo penal mais adequado ao contexto fático do delito.

A literatura sobre o tema¹⁹ e a jurisprudência apontam

19 Diversos autores como Franco (1997), Shecaira (1997), Juricic (2002), Cabette (2006), Burihan (2008), Jesus (2010) entre outros, realizaram importantes reflexões acerca dos pontos críticos da Lei nº 9.455/97, apontando principalmente as divergências entre a lei brasileira e as Convenções internacionais contra tortura. Um desses pontos diz respeito à tipificação realizada pela lei brasileira,

elementos na Lei nº 9.455/97 que dificultam a tipificação segundo o crime de tortura. De acordo com referida lei, o crime de tortura demandaria a existência de “intenso sofrimento físico e mental”. Caso não se encaixe nessa definição, o delito pode ser classificado como outro tipo penal. Em muitas decisões desclassificou-se o crime de tortura, para lesão corporal (artigo 129, do Código Penal), maus tratos (artigo 136 do CP), abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65), entre outros.

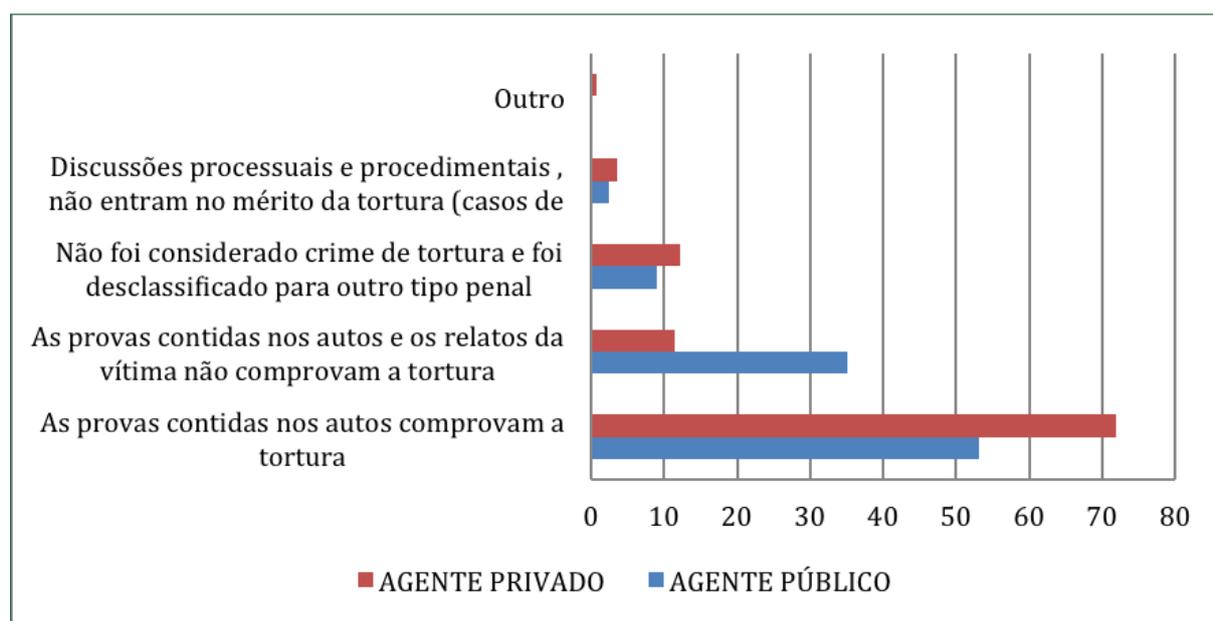
Partindo dos dados coletados sobre as decisões de 2ª instância no âmbito nacional, pudemos observar que, na maioria dos acórdãos, entendeu-se que as provas eram suficientes para condenação pela tor-

que considerou o crime de tortura como crime comum e não como crime próprio, preceito das Convenções internacionais. Como crime comum, qualquer pessoa pode ser processada, independente de ser ou não agente do Estado (BURIHAN, 2008).

tura (60% dos casos). Em menor número, estiveram os julgados em que se concluiu pela insuficiência de provas sobre a prática de tortura, resultando em absolvições (26% dos casos). E, por fim, em número inferior, a compreensão de que existiam provas suficientes, porém, para a prática de outro crime e, portanto desclassificou-se a imputação inicial da tortura (10% dos casos).

Por outro lado, o cruzamento dos fundamentos das decisões de 2º instância com o perfil do acusado levamos a perceber que, dos acórdãos envolvendo agentes privados, em 72% deles as provas foram consideradas suficientes pelos julgadores para comprovar a tortura. Essa porcentagem cai para 53% de casos envolvendo agente público em que as provas foram consideradas suficientes para comprovar a prática da tortura.

Gráfico 14. Argumentos da decisão em segunda instância/perfil do réu %.



Fonte: Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Total de acórdãos válidos: 455. Total de réus 752.

Os dados apontam para uma tendência em se condenar mais agentes privados do que agentes públicos, a partir do argumento de que estariam presentes no processo as provas de materialidade e autoria.

Isso pode revelar que as deficiências com relação à produção de provas e reconhecimento da autoria parecem ser mais frequentes nos casos envolvendo os

agentes públicos como autores do crime do que nos casos de agentes privados.

Qual será a razão de tal diferença? A relação de submissão da vítima perante um agente público dificultar a obtenção de prova? A invisibilidade da violência praticada por agentes públicos e a falta de testemunhas? Haveria certa relativização dos crimes de tor-

tura envolvendo agentes públicos, considerando as vítimas em questão na suposta condição de criminosos ou pessoas em privação de liberdade? Será que a palavra da vítima não é considerada como prova quando é suspeita ou presa? Seriam necessárias outras pesquisas para análises mais aprofundadas.²⁰

Ademais, a partir da leitura dos acórdãos que compuseram o universo da pesquisa percebeu-se que não há um entendimento compartilhado entre os desembargadores com relação à interpretação da Lei, especialmente no que se refere a definição do crime de tortura – outro elemento que mereceria ser objeto de um estudo mais aprofundado.

6 Considerações Finais

O Poder Judiciário compõe uma instituição fundamental para o Estado Democrático, porém, compreender suas dinâmicas e lógicas próprias tem sido ainda uma tarefa desafiante para qualquer pesquisador. Esse artigo não se limitou a apresentar os resultados da pesquisa, mas também apontou algumas deficiências e problemáticas em relação ao acesso e conjunto de informações disponibilizadas pelo próprio Judiciário. Reunir dados que estão desconectados e que, por vezes, encontram-se organizados de formas singulares nos sites dos Tribunais de Justiça representou um grande desafio.

Além disso, as dificuldades metodológicas da pesquisa revelam não somente alguns dos embaraços em se fazer pesquisa no direito, mas podem contribuir para problematizar e desenvolver novas abordagens e métodos, que possam subsidiar novas pesquisas interessadas em compreender o sistema de justiça criminal, a partir de fontes elaboradas pelo próprio Judiciário.

A ausência e a precariedade de informações, por exemplo, são dados de pesquisa relevantes, uma vez que a compreensão completa dos fatos, da dinâmica processual e desfechos dos casos ficam prejudicados. Um fiel retrato permite ampliar a compreensão dos papéis dos atores sociais e jurídicos dentro do

²⁰ Discussão semelhante sobre o poder da palavra de agente público (agente penitenciário) em relação ao preso em processos judiciais é desenvolvida por Calderoni (2014).

sistema de justiça criminal. Como exemplo, em 4% das decisões não havia informações sobre as vítimas e em 2% do número total de acórdãos não havia dados sobre os autores do delito. Lacunas como essas impossibilitam acessar a *realidade* de vitimização e criminalização da tortura no universo das decisões analisadas (455 acórdãos).

Os casos estudados (455 acórdãos) correspondem a 800 vítimas. Desse universo, pouco mais da metade (51%) eram homens adultos, destes 21% considerados suspeitos da prática de algum crime e 9% presos. Ao passo que apenas 9% do universo de vítimas era formado por mulheres adultas, sendo que 1% destas estavam presas. O total de crianças vítimas correspondeu a um quinto (20%) e adolescentes 13% (1,25% adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação). Além disso, 3% correspondeu a outros perfis diversos dos anteriormente citados e em 4% não foi possível identificar o perfil.

No que diz respeito aos acusados, o total dos casos estudados correspondeu a 752 réus, sendo que a maioria deles (61%) era agentes públicos e 37% agentes privados.

Quando observamos o local onde a tortura ocorreu, percebemos que 33% foram em residência, 31% em locais de detenção e 16% via pública. Muitos dos casos ocorridos em residência correspondiam àqueles envolvendo agentes privados, o que nos leva a crer que se tratam de casos de violência em ambiente doméstico. No entanto, também havia casos envolvendo agentes públicos, em especial policiais militares. Estes casos são bastante preocupantes, considerando a presença de policiais nas residências e cometendo o crime de tortura, o que parece ser incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito que garante a inviolabilidade do domicílio.²¹

Ao verificarmos a motivação da violência, vimos que a tortura utilizada como forma de aplicar castigo en-

²¹ A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XI assegura a inviolabilidade do domicílio e determina suas exceções: XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

volvía 61% de agentes privados e 39% de agentes públicos. É interessante discutir esse dado, à luz da Lei nº 13.010/14, relacionado à informação de que 20% das vítimas eram crianças e 13% adolescentes. Tal legislação – popularmente conhecida como lei da palmada – prevê a aplicação de sanções²² para aquele que utilizar castigo físico ou tratamento cruel ou degradante, com o objetivo de disciplinar e educar crianças e adolescentes. O mérito da alteração legislativa merece ser mais profundamente analisado, mas o que essa pesquisa indica é que o tema possui relevância nacional e não se restringe a casos excepcionais.

Além disso, 93% do número total de réus agentes públicos (457) exerciam atividades policiais²³ quando da prática da tortura. Elemento que já vem sendo apontado por outros estudos do tema: a tortura tem sido empregada historicamente e estruturalmente como método de investigação (afim de obter informação/confissão). Essa análise também é corroborada com o fato de que em 66% dos casos estudados que envolviam réus na condição de agente público a tortura foi utilizada com a finalidade de obter uma confissão/informação.

Tal análise ressalta a relevância das discussões sobre o papel da polícia, as formas de investigação utilizadas, a utilização de apenas o depoimento policial para subsidiar condenações em casos de prisões em flagrante²⁴ e a aceitação de provas obtidas de forma

ilícita no processo penal.

Com relação ao perfil dos processos, os réus foram os que mais recorreram das decisões em primeira instância, totalizando 327 dos 455 casos estudados. Cabe salientar que na maioria dos casos estes réus haviam sido condenados e recorreram para tentarem reverter a decisão. Dentre os acórdãos analisados, a maioria dos recursos foi motivada por iniciativa dos agentes privados. Como os pesquisadores não possuíam os dados de primeira instância, não foi possível obter o retrato fiel das decisões, pois só houve acesso aos que já estavam tramitando na segunda instância. Para traçar um melhor fluxo do sistema de justiça e como este opera em casos de crimes de tortura seria interessante analisar os desfechos de todos os casos de primeira instância, inclusive, daqueles em que não houve recurso. Casos como aqueles em que o próprio Ministério Público pede a absolvição não chegam aos Tribunais de Justiça.

É interessante destacar que em 2ª instância os desfechos revelam uma diferenciação nas decisões com relação aos envolvidos, a depender do seu perfil. Quando relacionamos as conversões das decisões com o perfil dos acusados envolvidos, percebemos que a manutenção da condenação ocorreu em 61% dos casos que envolviam agentes privados e em 47% dos que envolviam agentes públicos. No caso das absolvições, tem-se que 11% dos agentes privados foram absolvidos, ao passo que 35% agentes públicos o foram.

Observamos a relação entre as decisões de primeira instância com as de segunda para verificar quantas haviam sido mantidas, revertidas ou resultado em desclassificação para outro tipo penal. Notou-se que, de modo geral, em 64% dos casos os desembargadores mantiveram a decisão de primeiro grau (53% mantiveram a condenação e 11% mantiveram a absolvição). A conversão para outra decisão ocorreu em 36% dos casos, sendo que em 16% houve conversão da condenação para absolvição, e em 5% houve conversão da absolvição em condenação.

Descobriu-se que a conversão da condenação para

vo). Pesquisa disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254b.pdf>. Último acesso em 24 de abril de 2015.

22 As sanções previstas no artigo 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (acrescido pela Lei nº 13.010/14) são: encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a cursos ou programas de orientação, obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado e advertência.

23 Soma do percentual de policiais civis com de policiais militares.

24 A pesquisa “Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo” identificou que em 74% dos casos o depoimento dos policiais que realizaram a apreensão do acusado era a única prova, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. Além disso, de acordo com a mesma pesquisa, em cerca de 44% dos casos, os policiais que efetuaram a prisão em flagrante afirmaram que o acusado confessou o crime no momento da prisão, sendo que aproximadamente 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negou a prática do crime. De acordo com o relatório da pesquisa “Os entrevistados alegaram que raramente são produzidas outras provas além do que foi produzido durante a lavratura do flagrante. Quando o flagrante chega à delegacia raramente é iniciada uma investigação.” (p.17 do sumário executi-

absolvição ocorreu em maior número entre os casos envolvendo agentes públicos (19%) do que aqueles envolvendo agentes privados (10%). Ou seja, os agentes públicos parecem ter mais chances de conseguir uma absolvição em segunda instância do que os agentes privados.

A manutenção da decisão de condenação de primeira instância em segunda instância foi proporcionalmente maior entre os agentes privados (61,4%) do que entre os agentes públicos (47,6%). A manutenção da absolvição foi maior entre os agentes públicos (15%) do que entre os agentes privados (5%).

Referidos dados sobre os resultados dos processos corroboram a hipótese de que o perfil do acusado exerce influência significativa no desfecho processual. Não temos elementos para precisar a razão, já que não tivemos acesso aos processos na íntegra. O contato com todo o processo poderia revelar se a construção probatória nos casos envolvendo agentes privados é, em geral, mais robusta e bem elaborada do que nos casos envolvendo agentes públicos, por exemplo. O desfecho do processo – condenação, absolvição ou desclassificação – influenciado por diversos fatores. O que a pesquisa aponta é que um desses fatores parece ser o perfil do acusado.

Os resultados desta pesquisa iluminam um universo a ser pesquisado. Identificou-se nos acórdãos uma série de questionamentos sobre as provas produzidas e sua capacidade de comprovar o crime de tortura. Isso é verificável quando observamos a fundamentação das decisões. Grande parte das absolvições foi aplicada sob a argumentação de falta de provas. De fato, os dados parecem apontar para uma tendência em se condenar os agentes privados com maior frequência do que os agentes públicos a partir do argumento de que estariam presentes no processo as provas de materialidade e autoria. Isso pode revelar que as deficiências com relação à produção de provas e reconhecimento da autoria parecem ser mais frequentes nos casos envolvendo os agentes públicos como autores do crime do que nos casos de agentes privados. Para compreender melhor o fenômeno, seria necessário, por exemplo, comparar a qualidade das investigações, analisar quais provas são produzidas e se há diferenças nesta produção quando os envolvidos

são agentes públicos ou agentes privados.

A maioria dos acórdãos versou sobre a modalidade criminosa “tortura-castigo” ou “tortura-prova”. Nos casos de tortura-castigo, essa justificativa está condicionada mais a agente privados (61%), enquanto nos casos de tortura-prova observou-se que esse propósito se relacionava em maior medida com agentes públicos (65%). Esses dados permitem-nos problematizar se o propósito da tortura não depende da qualidade dos atores sociais envolvidos e das circunstâncias estruturais. Nossa formação constitutiva de cidadania perpassa por uma série de relações que, por vezes, estariam ligadas às dinâmicas de punição e violência, sendo assim, agentes privados utilizariam a tortura para castigar/educar, enquanto agentes públicos a utilizariam em atividades investigatórias, comuns à atividade policial.

Poucos acórdãos trataram do crime de “tortura-discriminação”, ou da tortura em sua modalidade omissiva, tampouco da tortura psicológica. Essa é outra constatação relevante e que permite refletir sobre o conceito de tortura que tem sido aplicado pelo sistema de justiça. Ao que parece, os casos que estão presentes no judiciário são apenas aqueles em que a pessoa apresenta marcas corporais visíveis e que podem ser confirmadas em exames de corpo de delito. No entanto, especialistas da área alertam para a complexidade da tortura. A chamada tortura *light*, por exemplo, é um tipo de violência conhecida por não deixar marcas nos corpos, mas por causar danos psicológicos e emocionais seríssimos para as vítimas.²⁵

O fato de a tortura omissiva não ter aparecido com frequência – apenas em 11 casos (2,4%) – também parece revelar que o administrador das unidades prisionais não está sendo responsabilizado – ao menos em 2ª instância – por deixar de tomar atitudes para impedir a prática da tortura no estabelecimento sob sua responsabilidade. Se considerarmos que 31% dos casos analisados ocorreram em locais de detenção, essa constatação é de extrema relevância não apenas pela alta frequência de ocorrências nessa espécie de ambientes, mas pela gravidade que é o simples fato de que agentes públicos cometem o crime de tortura.

²⁵ Sobre este tema, ver Cardia e Astolfi (2014).

Mais pesquisas são necessárias e maior deve ser a produção de dados sobre a questão da tortura e dos casos de tratamentos ou penas cruéis, desumanas e degradantes, para que políticas de prevenção e combate sejam formuladas e efetivadas. A falta de informações e dados públicos oficiais sobre a violência praticada por agentes públicos (e privados) acaba produzindo um desconhecimento sobre o tema que inviabiliza qualquer política pública séria de enfrentamento à questão. Sendo assim, é fundamental que o Poder Público assuma essa responsabilidade e passe a não só produzir informações, mas também a publicar dados confiáveis sobre o tema.

Neste sentido, a importância de trabalhos que explorem as fontes provenientes do sistema de justiça criminal está, também, em sua contribuição para o aprimoramento dos mecanismos de informação e publicidade, o que pode produzir como consequência um maior conhecimento do papel e da atuação dos atores jurídicos em face das demandas que lhes chegam. Isso, por sua vez, poderá gerar maiores reflexões e questionamentos sobre essa temática. Além disso, aprofundar uma análise de dentro do sistema de justiça criminal para a sociedade e vice-versa permitirá expandir a *accountability* do Judiciário, tão necessário para a consolidação da democracia.

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

7 Referências

- Associação para Prevenção de Tortura e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). *Optional Protocol to the UN Convention against Torture: implementation manual*.
- Burihan, E. A.. (2008). *A Tortura como crime próprio*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.
- Cabette, E. L. S.. (2006). A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 59.
- Calderoni, V. (2014). *Luz e Sombra no Sistema Prisional: percepções de juízes sobre agentes penitenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Cardia, N. & Astolfi, R. (2014). *Tortura na Era dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo.
- Franco, A. S. (1997). Tortura: breves anotações sobre a Lei 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 19, 56-72, julho/setembro.
- Giffard, C. (2000). *The torture reporting handbook*. Essex: Human Rights Centre.
- Hassemer, W. & Muñoz Conde, F.. (1989). *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirantlo Blanch.
- Instituto Terra, Trabalho e Cidadania & Pastoral Carcerária. (2012). *Tecer Justiça: 73 Presas e presos provisórios da cidade de São Paulo*. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/default2.asp>. Acessado em 17 de julho de 2012.
- Jesus, M. G. M. (2010). *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. São Paulo: IBCCRIM.
- Juricic, P. (2002). *Crime de tortura*. São Paulo: Juarez de Oliveira.
- Maia, L. M. (2006). *Do controle judicial da tortura institucional: À luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Recife: Tese de doutorado, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil.
- Musumeci, B. & Ilgenfritz, I.. (2002). *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Editora Garamond: Rio de Janeiro.
- Pastoral Carcerária et al. (2007). *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-paraOEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>. Acessado em 26 de junho de 2014.
- Pastoral Carcerária. (2010). *Relatório sobre Tortura: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura*. Disponível em http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Relatorio_tortura_revisado1.pdf. Acessado em 17 de julho de 2012.
- Shecaira, S. S.. (1997). Algumas notas sobre a nova Lei de tortura – Lei n. 9.455 de 7 de abril de 1997. *Boletim IBCCRIM*, 54, maio.
- Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU. (2012). *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção à Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/relatorio-do-74-subcomite-de-prevencao-da-tortura-spt-esta-disponivel/>.
- Vargas, J. D.. (2012). Em busca da “verdade real”: tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & Antropologia*, 2 (3), 237– 265.

Data de submissão/Submission date: 10.03.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 21.04.2015

A LEI CONTRA A TORTURA NO BRASIL, A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE “CRIME DE LESA-HUMANIDADE” E OS PARADOXOS DA PUNIÇÃO CRIMINAL // Mariana Thorstensen Possas¹

Palavras-chave:

tortura / punição / direitos humanos / racionalidade penal moderna

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

Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **A criação da lei contra a tortura no Brasil e a racionalidade penal moderna**
- 3 **Os direitos humanos e o direito criminal**
- 4 **A construção da categoria “crimes de lesa-humanidade”**
 - 4.1 A Carta do Tribunal Militar de Nuremberg
 - 4.2 O Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional
 - 4.3 A lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97)
- 5 **O crime de tortura e a atribuição de sanções**
- 6 **Conclusão**
- 7 **Referências**

Resumo

Este artigo trata da construção e utilização da distinção entre *crimes contra a humanidade* e *crimes ordinários* para fazer referência a duas “categorias” ou “tipos” de crimes, segundo os entrevistados da pesquisa: os crimes contra a humanidade seriam aqueles que violam diretamente ou de uma maneira especialmente agressiva os direitos humanos e os crimes ordinários ou comuns seriam todos os que não agredem diretamente os direitos humanos. O conteúdo do texto foi extraído de tese de doutorado, realizada no Canadá, na Universidade de Ottawa, cujo tema de pesquisa é a criação legislativa em matéria criminal, especificamente a criação da lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97). Do ponto de vista empírico, o artigo se concentra na análise das entrevistas realizadas com políticos e militantes de direitos humanos que participaram direta ou indiretamente da produção da lei.

¹ Professora do Departamento de Sociologia da UFBA. Doutora em criminologia pela University of Ottawa, Canadá. Pós-doutorado no NEV/USP. E-mail: marianapossas@gmail.com.

THE BRAZILIAN ANTI-TORTURE ACT, THE CONSTRUCTION OF THE CONCEPT “ CRIME AGAINST HUMANITY” AND THE PARADOXES OF CRIMINAL PUNISHMENT // *Mariana Thorstensen Possas*

Keywords:

torture / punishment / human rights / modern penal rationality



Abstract

This article aims at exploring the construction and the use of the distinction *crimes against humanity* / *ordinary crimes* to refer to two “categories” or “types” of crimes, according to the research interviewees: crimes against humanity would be those that violate directly or in an especially aggressive way the human rights and the ordinary or common crimes would be all that do not directly harm human rights. The content of the text is taken from my doctoral thesis, completed at the University of Ottawa in Canada, and the research topic was the legislative creation process in criminal matters, more specifically the creation of the law against torture in Brazil (Law number 9455/97). From an empirical point of view, the article focuses on the analysis on the interviews performed with politicians and human rights activists who participated directly or indirectly in the production of this specific statute.

1 Introdução

O conteúdo deste artigo foi, em boa parte, extraído da minha tese de doutorado, realizado na Universidade de Ottawa, Canadá. O tema da minha pesquisa foi criação legislativa em matéria criminal, especificamente a criação da lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97) e a reprodução pelo sistema político da *racionalidade penal moderna*, conceito utilizado por Pires (1998, 2001, 2004) para designar o sistema de pensamento dominante no ocidente sobre a punição criminal. Do ponto de vista empírico, eu realizei 28 entrevistas qualitativas com políticos (deputados federais, senadores e ex-ministros da Justiça) que participaram diretamente do processo político de produção de lei que criminalizou a tortura e com militantes de direitos humanos que trabalham (ou trabalharam) com o tema da tortura e que, de alguma maneira, participaram da discussão pública da lei. Também foram coletados documentos legislativos, como projetos de lei que versavam sobre o tema da tortura, debates parlamentares, textos da doutrina do direito e artigos da mídia impressa. Neste artigo, entretanto, utilizei apenas as entrevistas realizadas com os políticos e os militantes.

Um aspecto que me chamou muito a atenção durante as leituras das entrevistas foi a construção e utilização da distinção entre *crimes contra a humanidade* e *crimes ordinários*. Os entrevistados faziam frequentemente referência a essas duas “categorias” ou “tipos” de crimes: os *crimes contra a humanidade* seriam aqueles que violam diretamente ou de uma maneira especialmente agressiva os direitos humanos e os *crimes ordinários* ou *comuns* seriam todos os que não agridem diretamente os direitos humanos. De acordo com essa distinção, os homicídios ou as agressões físicas podem integrar, de acordo com o contexto, o grupo de crimes contra a humanidade (sob a forma de genocídio, tortura, etc.) ou, de outro lado, o grupo dos crimes ordinários. No entanto, para integrar a categoria de crimes contra a humanidade não basta simplesmente fazer o mal (matar ou agredir alguém intencionalmente): é preciso “algo a mais”, que se situaria no plano simbólico ou puramente comunicativo, que faria passar o crime de uma categoria a outra mais grave. Não é, portanto, o

comportamento enquanto tal que caracteriza o tipo de crime (contra a humanidade/ordinário).

De maneira geral, os crimes contra a humanidade são, de acordo com os políticos e os militantes entrevistados, muito mais graves, pouco importando a violação praticada, seja ela um homicídio, um estupro ou um roubo à mão armada. Dito de outra maneira, atribui-se uma gravidade especial a certos atos (que violam os direitos humanos), mesmo se eles causam objetivamente menos mal à vítima do que um crime considerado “ordinário”: pensemos no caso de agressões cometidas em uma delegacia de polícia contra um indivíduo acusado de um crime qualquer, e paralelamente um sequestro seguido de morte. No primeiro caso, de acordo com a legislação brasileira trata-se de um caso de tortura, ou seja, de um crime contra a humanidade e, no segundo caso, trata-se de um crime – grave, sem dúvida – mas que, nos termos da distinção, está na face dos *crimes ordinários*.

Lembremos que no Brasil, a definição legal do crime de tortura não permite fazer uma distinção entre a tortura enquanto *crime contra a humanidade*, praticada em grande escala, contra um grupo étnico, cultural, etc., e a tortura enquanto *crime ordinário*, que não visa a nenhuma vítima em particular, sem nenhuma intenção de fazer mal a uma coletividade específica (pensemos nos casos de castigos exagerados ou maus tratos que as babás cometem contra as crianças que estão sob seus cuidados, casos em que, a partir da lei de 1997, podem ser considerados atos de tortura). Nem os políticos, nem os militantes tinham essa “ambiguidade legislativa” em mente quando discutiam a criação da lei.

Ao contrário, a tortura é classificada explicitamente pela maior parte dos entrevistados como exclusivamente um *crime contra a humanidade*. Essa qualificação a torna assim, aos olhos dos políticos e dos militantes, um crime de especial gravidade e dá *lugar*, em termos de punição, à demanda por penas de prisão muito severas. Referida demanda apresenta alguns paradoxos (como o fato de se exigir mais pena para, justamente, defender os direitos humanos), dos quais eu vou tratar na segunda e terceira parte deste artigo.

2 A criação da lei contra a tortura no Brasil e a racionalidade penal moderna

A lei contra a tortura no Brasil foi concebida em 1997 para suprir uma “lacuna legislativa”: a inexistência de um tipo penal que tratasse especificamente desse comportamento. Isto não quer dizer, obviamente, que a tortura fosse permitida anteriormente. Ao contrário, a tortura era uma prática punida por meio de outras figuras penais, como lesões corporais, abuso de autoridade, constrangimento ilegal, maus tratos, etc. Nos anos 1990, depois da adesão do Brasil a algumas convenções internacionais contra a tortura e da aparição de alguns casos de violência policial na mídia (caso da Favela Naval), o debate sobre a criação de uma lei contra a tortura foi se tornando cada vez mais intenso. Esse debate apareceu não somente nas mídias, mas também na doutrina jurídica, nos discursos políticos, nos movimentos sociais e foi, finalmente, traduzido em legislação com a criação de uma nova lei que previa a tortura como um crime autônomo. O debate que apareceu especificamente nos sistemas jurídico, político e da mídia, durante os anos anteriores à promulgação da lei, era baseado essencialmente em três pontos: (1) a tortura constituía no Brasil uma prática corrente, especialmente nas delegacias de polícia, onde os acusados da prática de crimes (em geral) apanhavam violentamente para “colaborar” com a investigação; (2) não havia muitos registros de condenação criminal para os casos de tortura; (3) as penas disponíveis (previstas para os crimes de lesões corporais, abuso de autoridade, etc.) eram consideradas muito baixas para serem aplicadas àqueles que eram considerados culpados pela prática de tortura.

Muitas pesquisas já foram feitas no Brasil buscando compreender a persistência dessa prática (Pinheiro, Adorno e Cardia, 1999), assim como o problema da não-aplicação da lei (ou da impunidade dos acusados) no que diz respeito às graves violações de direitos humanos (Adorno, 1996). No entanto, meu olhar neste artigo, assim como foi em minha tese de doutorado, está voltado para o terceiro ponto mencionado acima, que diz respeito às penas. Mais especificamente, diria que meu interesse está voltado para as ideias sobre a pena criminal que são mobilizadas nas comunicações do sistema político.

Nessa questão das penas, minha reflexão não se pro-

põe a fazer uma análise sobre as condições de execução das penas ou de sua utilidade (ou inutilidade) em relação à resolução de um problema real, como o da tortura. Ela também não pretende estudar as consequências sociais da punição para o condenado. Minha perspectiva é mais “global” ou “anterior” à determinação de penas específicas para o crime de tortura. Ela diz respeito à análise de um “quadro cognitivo” particular que funciona como pano de fundo das decisões (jurídicas e políticas) relativas às penas e que nos impede de ver as coisas de maneira diferente. Meu objetivo é assim observar como algumas ideias sobre as penas, que pertencem a este “quadro”, entram no sistema político e como elas influenciam as decisões tomadas nessa matéria no Parlamento.

De fato, eu poderia ter escolhido um outro caso de criação de lei criminal para observar o mesmo fenômeno. Entretanto, optei por escolher o caso da lei contra a tortura porque, entre outras razões, ele me apresentou um desafio particular: fazer a crítica do pensamento moderno sobre as penas a partir de uma “situação-problema” especialmente abominável. Dito de uma outra maneira, a formulação de um trabalho que propusesse uma crítica à maneira de punir a tortura exigiria um controle das emoções para conseguir, de fato, tomar distância do objeto de pesquisa. Além disso, o caso da tortura me abria a possibilidade de trabalhar com dois paradoxos que me pareciam ao mesmo tempo intrigantes e importantes. Um desses paradoxos está ligado à dicotomia conservadora/progressista, que tratei em outros artigos (Possas, 2013, 2015). O outro diz respeito à relação que as comunicações sobre os “direitos humanos” estabelece com as teorias da pena. Este artigo trata de alguns aspectos desse segundo paradoxo identificado.

O quadro cognitivo ao qual fiz referência é descrito por Álvaro Pires (1998, 2001, 2004) como um *sistema de ideias* sobre a sanção criminal, que projeta um conceito particular da pena, centrada na exclusão social e no sofrimento. Este sistema de ideias foi nomeado por Pires de *racionalidade penal moderna*. De acordo com o autor, o núcleo duro ou a estrutura de base da racionalidade penal moderna estaria nas versões modernas das teorias da pena (teoria da dissuasão, teoria da retribuição, teoria da reabilitação na prisão e, posteriormente, na teoria da denúncia).

Essas teorias, a despeito de suas diferenças internas, podem ser observadas como um “sistema de ideias” na medida em que elas partilham alguns pressupostos comuns, o que lhes dá unidade enquanto um “sistema”. Num primeiro plano, a característica mais importante de todas estas teorias consiste no fato de reivindicarem a exclusão social do condenado e serem todas, portanto, indiferentes à sua inclusão.

Esse sistema de ideias desempenha um papel muito importante em uma grande parte das escolhas em matéria de pena criminal, tanto nos tribunais quanto nas formulações de leis criminais. Eu vou então tomar como ponto de partida que estes dois sistemas (político e jurídico) “atualizam”² o mesmo sistema de ideias como estrutura cognitiva *dominante* (mas não a única) para refletir sobre sanções criminais e justificar as tomadas de decisão no tema. A “sobrevvalorização” das penas de prisão de longa duração é um dos efeitos da atualização desse sistema nos diversos sistemas sociais.

No que toca ao sistema de direito criminal, a racionalidade penal moderna desempenha um papel completamente central na medida em que ela faz também parte de seu discurso identitário, se diferenciando, por exemplo, do direito civil. Do lado do sistema político, a pesquisa de Pires está menos avançada, mas ela já indica que esse sistema está presente. No entanto, é importante considerar que a atualização da racionalidade penal moderna não é da mesma ordem nesses dois sistemas: no caso do sistema político, ela é atualizada para apoiar as decisões políticas no que toca às penas criminais, mas ela não “funda” o sistema em si, como é o caso do sistema jurídico, para quem as teorias da pena formam seu autorretrato identitário.

O resultado concreto da atualização da racionalidade penal moderna para as decisões políticas é a promulgação de leis criminais que sejam justificadas com a ajuda das teorias da pena e, reproduzem, por exemplo, a necessidade de uma pena de exclusão social de longa duração. Em termos de produção legislativa em matéria criminal, os projetos de lei que propunham a

2 O termo “atualizar” deve ser tomado aqui no sentido da palavra *actualize*, em inglês, ou *actualiser*, em francês, cujos significados remetem às ideias de “realizar”, “tornar (algo) real”.

criação do crime de tortura visavam, em sua maioria, seja criminalizar um novo comportamento com uma pena de prisão, seja o agravamento das penas para crimes já existentes. Existiam também projetos de lei cujo objetivo era o de suprimir garantias processuais, como a limitação dos direitos à fiança ou à obtenção de graça, mas nesses casos estaríamos mais no domínio do processo penal. É bom salientar que não estou afirmando que não existam propostas legislativas que, indo à contracorrente, propusessem uma amenização da gravidade do sistema de direito criminal. Gostaria apenas de sublinhar que a maior parte dos projetos de lei que foram efetivamente apresentados não eram nessa linha.

A partir do que foi dito, posso então formular as seguintes questões centrais que nortearam a pesquisa como um todo: como a racionalidade penal é atualizada pelo sistema político no momento da criação das leis penais e quais são as consequências da seleção desse sistema de pensamento para as decisões políticas no que diz respeito às penas? Mais precisamente, meu interesse de pesquisa esteve então centrado na observação de certas ideias (teorias da pena) na elaboração política das leis penais.

E para responder a estas questões eu escolhi analisar o processo político de criação da lei contra a tortura no Brasil, assim como os artigos publicados na mídia impressa escrita e da doutrina jurídica que tratam desse evento.

3 Os direitos humanos e o direito criminal

A análise dos dados empíricos obtidos quanto aos *crimes contra a humanidade* pode ser lida como parte das reflexões que observam com bastante preocupação a relação entre o direito criminal e os direitos humanos, sobretudo no que concerne à escolha das penas. Essa preocupação vem da constatação de que para defender os direitos humanos ou os temas que lhes são caros (discriminação, racismo, escravidão, etc.), os vários “circuitos de comunicação”, como as ciências sociais, o direito, a política, etc. (Pires e Garcia, 2007:292) se voltam para as teorias da pena e para as penas afilivas. E isso significa a demanda recorrente por penas de prisão de longa duração, com todos os problemas que aí estão presentes em

termos de dignidade humana. Na verdade, quando se trata da proteção dos direitos humanos, o valor da dignidade humana, sobretudo da dignidade humana do suspeito ou do culpado, nunca aparece no centro das discussões nem das decisões políticas. A grande pergunta que fica é então: como conseguimos conciliar uma política de severidade penal com a justiça e o humanismo? (Pires, 2004: 46).

Para tratar dessa questão eu proponho como ponto de partida observar os direitos humanos enquanto circuito de comunicação distinto e autônomo da racionalidade penal moderna (o sistema de ideias sobre a punição, que foi selecionado pelo direito criminal). Minha intenção é assim tematizar as relações entre a racionalidade penal e os direitos humanos a partir da mobilização desses últimos pelos políticos e militantes no contexto da criação da lei contra a tortura.

Como podemos distinguir essas duas realidades comunicativas (direitos humanos e racionalidade penal) na sua mobilização pelos atores, considerando que elas aparecem nas comunicações políticas por vezes completamente coladas? Para enfrentar essa questão eu vou utilizar a noção de “espaços semânticos exclusivos de intervenção” (Pires e Garcia, 2007, p. 292), em que cada circuito de comunicação delimita a sua fronteira ou sua “competência” a partir de alguns temas que lhe são próprios (mas que podem se modificar com o tempo): a interdição da pena de morte é hoje, em geral, um tema dos direitos humanos enquanto que a promoção das penas de prisão é um tema da racionalidade penal; a proteção da dignidade humana é um tema dos direitos humanos, enquanto que a promoção (e aplicação) das penas aflictivas é um tema da racionalidade penal, etc.

A minha hipótese de trabalho, inspirada em Pires e Garcia (2007), é que os dois circuitos de comunicação, conservando as suas fronteiras, vão efetivamente se confrontar e, ao mesmo tempo, colaborar em torno de alguns temas (pena de morte, tortura, etc.). No entanto, nenhum dos dois chega a questionar o outro no plano das ideias. Ou seja, e é esse ponto que me interessa aqui, os direitos humanos não chegam nunca a colocar em causa (no sentido de humanizar) as noções de base da racionalidade penal moderna:

Além disso, esses dois sistemas lutam juntos contra todas as ideias que procuram os colocar em confronto direto. (...) Elas seriam mal colocadas [misplaced ideas] seja porque elas impedem a promoção dos direitos humanos (sob o ponto de vista desse sistema) seja porque elas não são compreenderam a “função” do direito criminal e a necessidade de dar precedência às sanções cuja intenção é de dar a impressão de querer infligir um sofrimento ao culpado. (Pires & Garcia, 2007, pp. 297-298, tradução minha).

Meus dados empíricos indicam que efetivamente os direitos humanos não conseguem desconstruir certos paradigmas da racionalidade penal moderna, mas, ao contrário, acabam alimentando o “sistema rival” (Pires & Garcia, 2007, p. 297), na medida em que eles atualizam sua lógica, ao menos quando o tema é a punição dos “crimes contra a humanidade”. É como se os direitos humanos continuassem a se dizer “diferentes” e até certo ponto “contrários” ao direito penal (repressivo), mas sem necessariamente darem-se conta, reproduzem a mesma lógica da necessidade de punir com uma pena severa e aflictiva.

A dúvida que resta pode ser resumida no seguinte trecho:

“queremos apoiar os direitos humanos para humanizar e aperfeiçoar o direito criminal e criar formas mais flexíveis e menos opressivas de resolução de conflitos ou, ao contrário, cremos que se devemos nos tornar cada vez mais repressivos para reagir às violações de direitos humanos?” (Pires, 1995, apud Pires & Garcia, 2007, p. 293, tradução minha).

4 A construção da categoria “crimes de lesa-humanidade”

Como eu dizia na introdução, nas comunicações extraídas das entrevistas a distinção entre *crime contra a humanidade* e *crime ordinário* foi muito utilizada para diferenciar dois “tipos” ou “categorias” de crimes. Essa distinção, que aparece a partir de certo momento histórico nos variados circuitos de comunicação, especialmente no direito e na política, cria o seguinte problema: quando se criam dois tipos de

crime, isso leva o observador (que a adota) a discernir efetivamente duas realidades distintas. Onde se encontra a fronteira que separa os dois tipos de crimes? Para ilustrar o problema, vou utilizar três maneiras de construir (e de desconstruir) as fronteiras entre essas duas “categorias” de crime: a primeira está ligada à maneira como o conceito de *crime contra a humanidade* é definida na Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg); a segunda concerne à definição do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional; a terceira diz respeito à criação da lei brasileira contra a tortura (Lei nº 9.455/97).

4.3 A Carta do Tribunal Militar de Nuremberg

O conceito de *humanidade* enquanto categoria jurídica nasce no fim da Segunda Guerra Mundial com a multiplicação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, quando “tomamos consciência de que os direitos reconhecidos do homem, tal como eles haviam sido pensados até agora, não eram suficientes para proteger a humanidade em seu conjunto” (Allard, 2004, p. 190, tradução minha). A *humanidade* como norma jurídica foi inventada por intermédio do conceito de “crimes contra a humanidade”, que foi usado pela primeira vez na Carta do Tribunal Militar, conhecido pelo nome de Tribunal de Nuremberg (1945) (Martens, 2004, p. 207) - que foi concebido especificamente para julgar os agentes do regime nazista, após a Segunda Guerra Mundial :

Article 6

The Tribunal established by the Agreement referred to Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(...)

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Eu não vou aqui entrar na discussão sobre se o surgimento dessa nova categoria jurídica, ou mesmo da adesão aos tratados internacionais, são ou não reações eficazes ou úteis para proteger efetivamente a humanidade dos abusos contra direitos fundamentais. O que eu quero enfatizar aqui é que depois da Segunda Guerra Mundial a ideia de proteção dos direitos humanos assumiu um lugar importante no direito, tanto internacional quanto nacional, sobretudo através da noção de “crimes contra a humanidade”.

Essa nova figura jurídica foi criada para que fosse possível a partir de então pensar juridicamente uma transgressão desconhecida das categorizações tradicionais, pois a humanidade, essa figura de início supranacional e coletiva e não muito bem definida, se tornava pela primeira vez, sujeito de direito (Allard, 2004, p. 203). Além disso, tratava-se de um crime cuja intenção dos agentes também era sem precedentes: não se queria exterminar os judeus ou os ciganos para obter os territórios deles ou para eliminar a oposição, mas para se livrar deles com uma intenção genocida (Arendt, 1963, p. 298). A doutrina jurídica vai efetivamente ter dificuldade em definir no que consiste exatamente a humanidade enquanto vítima de crimes, assim como em determinar o agente desses crimes e sua intenção. Existe até mesmo uma discussão entre os juristas sobre a questão de saber se a humanidade é ou não uma nova categoria de direito que se distinguiria, no limite, dos direitos humanos: a humanidade seria um sujeito de direito coletivo e que não é submetido às fronteiras temporais e territoriais clássicas do direito (Allard, 2004). No entanto, o que me interessa nessa aparição do conceito jurídico de “crime contra a humanidade” é o movimento que observamos nos direitos humanos de valorizar a resposta a determinados crimes com a criação de novas figuras criminais e a flexibilização de algumas garantias jurídicas dos condenados.

4.4 O Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional

A expressão “crimes contra a humanidade” aparece também no Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional (1998), da qual o Brasil é signatário, para reagrupar uma lista de crimes – quando eles são cometidos em situações específicas – e não para definir um comportamento específico. De acordo com o texto do Estatuto, a tortura é identificada a um crime contra a humanidade quando ela é praticada no contexto de um ataque generalizado ou sistemático dirigido a toda uma população civil:

Artigo 7º -

Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio;

b) Extermínio;

c) Escravidão;

d) Deportação ou transferência forçada de uma população;

e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

f) Tortura;

g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em

função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de apartheid;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

(...)

Observamos nos dois documentos internacionais mencionados que o conceito de *crime contra a humanidade* está relacionado a uma situação específica de agressão contra um povo ou uma comunidade. No caso da carta do Tribunal de Nuremberg, soma-se ainda a exigência de que os atos sejam praticados em período de guerra. O aspecto comum das duas categorias é fato de que elas são relativas às violações contra uma coletividade, seja ela civil, religiosa, racial, etc. Essas violações podem ser homicídios, redução à condição análoga à escravidão, extermínio, etc. Somente no artigo do Estatuto de Roma temos uma referência à tortura, aqui considerada um crime contra a humanidade, quando praticada em uma situação na qual haja a intenção de agredir uma coletividade. Na carta do Tribunal de Nuremberg, a coletividade de que falamos faz referência direta aos judeus e a todas as populações que sofreram com o regime nazista. No caso do Estatuto de Roma, não temos um grupo ou população específico como referência primária à noção de “população civil”. No entanto, sabemos que o objetivo desse documento internacional era o de facilitar - aumentando a eficácia - o julgamento dos responsáveis por crimes como o genocídio ou outros da mesma gravidade³. O julgamento desses tipos de crimes exige, no entanto, uma cooperação internacional que compreende, entre outros fatores, a criação de uma corte internacional.

³ Sobre esse assunto, ver a página oficial do Estatuto de Roma : <http://untreaty.un.org/cod/icc/index.html>.

Parece-me que nos dois exemplos, a categoria *crimes contra a humanidade* compreende unicamente comportamentos específicos como o genocídio ou o extermínio de grupos determinados, ou seja, ações que são cometidas contra coletividades e não contra uma pessoa em particular. Com a lei contra a tortura do Brasil, essas limitações ao conceito vão ser consideravelmente remexidas. De acordo com interpretações dadas à lei por políticos ligados aos direitos humanos, a tortura é considerada um crime contra a humanidade mesmo se não estamos falando de comportamentos similares aos mencionados acima. Assim, no caso brasileiro, mesmo se a tortura é praticada contra apenas uma pessoa e sem um alto grau de violência – ao menos não no sentido da violência própria de um genocídio – o ato será considerado um crime contra a humanidade. Como tal alargamento do conceito ocorreu?

4.5 A lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97)

Como eu estava dizendo, essa terceira maneira de construir a fronteira entre os crimes contra a humanidade e os crimes ordinários ou comuns é consideravelmente diferente das maneiras precedentes. Lembremos, em primeiro lugar, que a lei contra a tortura no Brasil não menciona, em seu corpo, o conceito de crime contra a humanidade:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante sequestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Entretanto, a categoria *crime contra a humanidade* é automaticamente associada à lei e ao crime de tortura, pelos circuitos de comunicação político e jurídico. Vou utilizar aqui o conceito de *medium*, extraído da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, para auxiliar na explicitação do meu argumento. O conceito

de *medium* é utilizado a partir da distinção *medium/* forma. Esta distinção remete à ideia de não identificar o veículo ou o meio de transmissão (*medium*) de uma informação, conceito adágio, etc., à sua *forma* específica, ou seja, ao sentido atualizado em um momento determinado, dentro de um quadro comunicacional específico (Pires, 2009). Um *medium* pode, assim, tomar, e efetivamente o faz, diferentes formas.

O *medium* é mais estável, no tempo, que a forma; ele também é mais flexível. Dito de outra maneira, ele não vai se transformar enquanto *medium*, mesmo se ele possa adquirir formas variadas. Além disso, os *mediuns* são sempre abertos para acolher diferentes formas externas (Corsi et Esposito, 1997, p. 58, *apud* Pires, 2009, p. 12). As formas, por outro lado, são menos duráveis no tempo e mais rígidas, na medida em que sempre serão *formas-de-um-medium* (Dubé, 2008). Como ressalta Pires (2009, p. 12) a seleção de uma forma particular “suspende as outras, mas não as elimina necessariamente”.

Para exemplificar o uso desta distinção, Pires (2009) toma a palavra “igualdade”. A palavra, enquanto tal, é um *medium*, enquanto as proposições específicas que selecionam este *medium* e indicam um dos sentidos possíveis a ser atribuído à ele são as *formas*. A construção da ideia de que “todos são iguais perante a lei” é uma das formas possíveis atribuídas ao conceito de igualdade”. “Todos devem ter as mesmas oportunidades na vida” seria uma outra forma possível. Quando dissermos que o *medium* é mais estável no tempo que a forma, isto significa simplesmente que o conceito ou o valor “igualdade” é mais durável se o comparamos com uma proposição específica sobre igualdade. A probabilidade que uma atualização particular da ideia de “igualdade” seja abandonada, rejeitada ou substituída por uma outra forma é muito maior que a probabilidade de abandonar ou modificar competamente o *medium* “igualdade”.

Um aspecto importante da distinção para minha pesquisa de doutorado e, portanto, para este artigo, é que há sempre muitas opções de formas que podem ser atribuídas ao mesmo *medium*, por um sistema dado. Quando o sistema (seja ele um sistema de função, uma organização ou mesmo um sistema

psíquico)⁴ escolhe uma forma determinada, as outras opções são temporariamente suspensas, mas isso não significa que elas tenham desaparecido. Elas continuam existindo como “reservas guardadas de possibilidades” (Pires, 2009, p.12) disponíveis. Um desenvolvimento e uma complexificação desta questão aparece, por exemplo, quando dois ou mais sistemas de função ou circuitos de comunicação (como classificamos, por ora, os direitos humanos) utilizam uma mesma teoria, um mesmo conceito ou princípio, para aplicá-lo à práticas distintas. Voltemos agora às minhas entrevistas. Nelas, os respondentes utilizaram largamente o *medium* “crimes contra a humanidade” apesar da expressão não aparecer na lei. Muito frequentemente, eles o distinguiram dos “crimes comuns”, que seriam todos os que não supõem violações aos direitos fundamentais:

Qual é a lógica do crime da tortura? Esses tipos penais pré-existentes, que eram lesão corporal, maus-tratos, abuso, cárcere privado, etc., eles são digamos, delitos menores, inerentes da atividade policial. Sabe, o policial anda no fio da navalha, vão transgredir ali ou não, tem que ter uma avaliação quase subjetiva. Tem que ter prova, que também é subjetiva, para saber se passou ou não passou do limite. Qual que é o limite do uso legítimo da força sabe? Então seria um delito menor. Aí quando se discute a tortura, não, a tortura é um crime que lesa a humanidade, esses aqui não são. O que é lesa humanidade? É o mal do século, a guerra da Argélia. A tortura vai e vem na história, vai e vem. Há uma repugnância contra a tortura e a condescendência, sempre tem um movimento pendular, né?

(Entrevista realizada com o político A)

Como esse político construiu a distinção? Quais elementos ele vai incluir em cada um dos dois tipos de crimes e quais são as consequências dessa inclusão, especialmente no que toca à escolha das penas? De acordo com as entrevistas, do lado dos *crimes contra a humanidade* encontramos a tortura e outros crimes como o genocídio ou o trabalho escravo. A lista dos crimes que seriam incluídos nessa categoria não foi exaustivamente explorada na minha pesquisa. No entanto, mesmo se essa categoria comporta outros comportamentos, a tortura suscita aparentemente uma especial repugnância. E os que praticaram a tortura são vistos como culpados de um ato particularmente abjeto.

4 A esse respeito Cf. Luhmann (1984 e 1997) e Moeller (2006).

A dicotomia *crimes comuns/crimes contra a humanidade* parece ser construída a partir de uma escala de gravidade: os crimes comuns são menos graves e os crimes contra a humanidade são sempre extremamente graves. E a tortura, ao menos no Brasil, se encontra entre esses últimos:

Você criou um crime penal novo, tortura, que é reputado internacionalmente como um crime de lesa humanidade, tem uma carga em cima dele dizendo isso. Então ele não pode ser tratado como um abuso da atividade policial, uma lesão corporal. Se um bom policial fizer uns abusos você tem tratar como abuso, você não pode querer também transformar em tortura o que é um desvio de conduta ali, temporário.
(Entrevista realizada com o político B)

Voltemos agora à lei brasileira contra a tortura. Lembremos que essa lei classifica na categoria de *crime de tortura* todos os atos que implicam o emprego da violência contra a vítima com o objetivo de obter um resultado qualquer (uma confissão, por exemplo) ou ainda enquanto castigo pessoal. A lei não explicita o tipo de violência que deve ser empregada para caracterizar a tortura, nem precisa o tipo ou a quantidade de pessoas que podem ser as vítimas. Como resultado, babás que se agridem crianças são tão torturadoras quanto policiais que ameaçam pessoas que estão respondendo processos ou que batem nos suspeitos de crimes. E todos esses infratores teriam igualmente praticado um crime contra a humanidade⁵.

A questão é, portanto, como passamos em algumas décadas da exterminação de uma raça, durante a Segunda Guerra Mundial, à violência contra suspeitos nas delegacias de polícia – ainda que se considere que esse comportamento da polícia seja absolutamente injustificável e que mereça ser punido – para se caracterizar o *crime contra a humanidade*? Como chegamos a colocar em um mesmo patamar uma agressão (grave ou leve, pouco importa) contra um indivíduo e o genocídio dos judeus? Evidentemente, eu não estou sugerindo que a violência policial não seja uma questão que deva ser tratada com seriedade. Eu estou apenas indicando que houve uma mudan-

ça significativa de escala e de proporção em matéria de comportamento quando se passa do genocídio de um povo à violência policial nas delegacias de polícia ou ainda à violência de babás contra crianças pelas quais são responsáveis. Evidentemente, à época do tribunal de Nuremberg, a amplitude do comportamento era central para permitir caracterizar um crime como contra a humanidade ou não. No entanto, quando se trata do crime de tortura no Brasil, o comportamento, ou melhor, a dimensão do comportamento, não está mais no centro da questão, caso contrário os maus tratos praticados por babás não seriam considerados. De fato, a lei contra a tortura e as interpretações que a acompanham parecem valorizar o atributo “crimes contra a humanidade” em detrimento da análise do comportamento, ou seja, a aceitação do atributo torna o crime mais grave, independentemente do tipo de comportamento em questão. É nesse sentido que se pode falar de um alargamento do conceito de crime contra a humanidade, se o comparamos com os limites que lhe tinham sido dados pela Carta do Tribunal Militar de Nuremberg. O raciocínio que permeia a lei contra a tortura no Brasil, sobretudo no que diz respeito à amplitude da ação que compreende o crime mesmo de tortura, considera não somente uma variedade de comportamentos – o Estatuto de Roma, aliás, enuncia uma série de comportamentos que integram a conceito de crimes contra a humanidade – mas também uma abertura a diversos níveis de gravidade. Desse modo, podemos dizer que a distinção *crimes ordinários/crimes contra a humanidade* não dizem respeito ao comportamento, mas à atribuição do qualificativo. Lembremos que a pena para a tortura simples, ou seja, a tortura não seguida de lesões corporais graves, é de 2 a 8 anos de prisão. O crime de lesões corporais leves, por exemplo, que é considerado um crime “comum”, é punido com 3 meses a 1 ano de prisão. Dito de outro modo, uma lesão corporal leve causada, por exemplo, pelo fato de haver recebido umas bofetadas de alguém, será considerado um crime de tortura se essas bofetadas tiverem sido dadas por um policial, no contexto de uma investigação criminal. Resultado: uma sanção de, no mínimo, 2 anos de prisão.

⁵ No Brasil a lei contra tortura é também utilizada para acusar e condenar babás que maltratam ou agridem, física ou psicologicamente crianças que estão sob seus cuidados. Já existem vários julgados nesse sentido.

5 O crime de tortura e a atribuição de sanções

A ideia importante nesse meu argumento é que a tortura no Brasil é percebida como um “bloco compacto” de gravidade. Tomemos o caso do julgamento de um agente da Polícia Montada do Canadá (la *Gendarmerie royale du Canada, GRC*)⁶, na província de Saskatchewan (R.c. Wigglesworth, 1987). O policial foi acusado de haver cometido o crime de vias de fato⁷ simples segundo o Código Criminal, assim como uma “falta grave relacionada ao serviço” segundo a lei da Polícia Montada do Canadá (*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970*). De acordo com a descrição dos fatos feita por um juiz da Suprema Corte que participou do caso, o policial levou o apelante (a vítima) ao posto da GRC de Yorkton (Saskatchewan) para fazê-lo passar por um teste de álcool. O apelante estaria em um carro no momento em que ocorreu um acidente envolvendo o veículo. O policial teria começado a interrogá-lo para saber quem conduzia o veículo no momento do acidente. Como o apelante insistia que era sua irmã quem conduzia o veículo e o policial desconfiou que ele estivesse mentindo, aquele lhe bateu no rosto. A cena se repetiu três ou quatro vezes antes que o apelante admitisse que era ele mesmo quem conduzia o veículo. Tendo em vista esses fatos, a defesa reconheceu “que o policial tinha cometido vias de fato simples no sentido do Código Criminal. Como consequência das vias de fato, o apelante teve dores de garganta, sentiu zumbidos nas orelhas e sofreu várias contusões menores no rosto” (Wigglesworth, 1987, tradução minha). As discussões que surgiram na Corte Suprema do Canadá eram a respeito da possibilidade de punir o acusado segundo o Código Criminal (pelo crime de vias de fato) assim como pela lei da Polícia Montada do Canadá (pela falta grave cometida em serviço). A questão era justamente saber se punir em função dos dois estatutos não implicava um caso de *bis in idem*, ou seja, de punir duas vezes pela mesma infração, dado que “o procedimento no tribunal de serviço e o procedimento na corte criminal eram ambos de natureza penal e comportavam um processo relativo a uma pretensa ‘infração’ e a possibilidade de con-

denação a uma pena de prisão” (Wigglesworth, 1987, tradução minha).

O que me interessa nesse caso é analisar as decisões que os tribunais canadenses tomaram no que toca às sanções. O tribunal de serviço da Polícia Montada do Canadá impôs como sanção *administrativa* uma multa de CAN\$300,00. Um ano depois, o acusado foi mais uma vez declarado culpado, dessa vez por uma infração criminal (apesar dos argumentos da defesa de *bis in idem*). O juiz do tribunal de recursos de Saskatchewan concluiu que se tratava de duas infrações diferentes e que, portanto, era necessário aplicar também uma sanção *criminal*. A pena da corte criminal foi uma multa de CAN\$ 250,00 pagáveis dentro do prazo de um mês, caso contrário a pena seria transformada em 15 dias de prisão.

O que podemos extrair desse julgamento? Em primeiro lugar, que as duas sanções impostas foram penas de *multa*. Apesar da infração cometida pelo policial ser considerada como grave nos termos da lei da Polícia Montada do Canadá, a pena aplicada não previu a prisão ou nenhuma restrição à liberdade ou a outros direitos. Além disso, é importante notar que a sanção imposta como pena *criminal* foi menos severa – o valor da multa foi menor – que a pena imposta pelo tribunal de serviço da Polícia. Esse exemplo é útil para ajudar a desconstruir duas ideias que parecem fixas, imutáveis, no nosso “imaginário” sobre o crime de tortura. Primeiro, há a tendência a crer que todas as situações que envolvem o crime de tortura são situações de extrema gravidade. Reconhecer que uma ação de tortura pode ser mais grave que outra não significa em absoluto uma atitude de descaso ou de indiferença, das autoridades – administrativa ou judiciária – ao problema em si da tortura. Se de um lado a tortura pode significar uma diversidade de comportamentos, de outro lado a pena de multa pode representar uma resposta “oficial” a um crime como esse sem que isso acarrete nenhuma surpresa ou constrangimento. No Canadá, a prisão não é a única sanção possível para casos como esse, apesar do fato de que o comportamento agressivo de um policial não é, de modo algum, uma atitude aceitável pela sociedade. O fato de que a resposta dada pelo sistema de justiça criminal não foi mais severa do que o tribunal administrativo nos leva a pensar sobre o

6 O equivalente da polícia federal brasileira.

7 Vias de fato significa agressão física praticada contra alguém sem nenhuma consequência grave.

papel da “justiça criminal” nas sociedades ocidentais.

Pires nos lembra que a palavra “justiça” se tornou frequentemente identificada à justiça *penal*. Assim, quando dizemos: “que justiça seja feita!”, pensamos normalmente à justiça penal como se somente ela pudesse fazer a “melhor justiça” (Pires, 1998, p. 9). No entanto, no caso da condenação do policial no Canadá, essa ideia de “melhor justiça” como sendo necessariamente a “justiça penal” é significativamente abalada, tendo em vista que não somente a sanção dada pelo tribunal de serviço da Polícia foi do mesmo tipo que a imposta pela corte penal, mas que, além disso, a multa administrativa da Polícia foi mais severa que a multa da “justiça penal”. Para o quê serve a condenação penal num caso como esse? Se a preocupação era punir de alguma maneira que fosse, o tribunal de serviço da Polícia já tinha se ocupado disso. Se a preocupação era impor uma pena pecuniária ao condenado, isso também o tribunal já tinha se ocupado. Finalmente, se a preocupação era condenar o policial a uma sanção severa, para mostrar à sociedade que um comportamento como esse não é aceitável e que a justiça (no sentido amplo) está presente para promover certos valores e garantir a proteção do ser humano, isso foi feito “melhor” pela justiça administrativa do que pela justiça penal. No final das contas, a justiça penal aparece aqui exclusivamente para cumprir um papel simbólico, para atestar que esse é um caso que envolve sérios valores. E por que essa exigência de recorrer sempre ao penal, mesmo quando ele não tem melhores respostas que outros sistemas jurídicos (ou mesmo morais) para determinadas situações? Essa pergunta remete ao problema da utilização da distinção entre *crimes contra a humanidade* e *crimes comuns*. A face *crime contra a humanidade* reivindica penas especialmente severas, que não podem em absoluto estar fora do penal. A essa face se integram as teorias modernas da pena (dissuasão, retribuição, reabilitação pela prisão), exigindo não somente o sofrimento do condenado, mas também sua exclusão social (pela prisão). Algumas entrevistas são bastante explícitas a esse respeito (sobre a associação do crime contra a humanidade e a importância de sanções criminais severas):

Então, quando chegamos nesse ponto de gravidade, quer dizer, o crime de tortura é um crime contra a humanidade, né? Então, quando chegamos nesse ponto, quando fazemos a lei, é inevitável ser severo com a sanção. E nossa lei é severa. Trata-se de uma pena de reclusão de 2 a 8 anos eu acho.
(Entrevista realizado com o político C)

As mesmas entidades que são contra o aumento da idade penal, que são contra as leis exclusivamente reativas (...) são a favor de uma pena mais grave para a tortura, porque é um crime de lesa-humanidade. (...) A tortura é diferente, ela está ligada ao fato de que a humanidade não pode conviver com a prática da tortura e a maneira de diminuir com a tortura no mundo é responder com uma punição severa.
(Entrevista realizada com o militante A)

Existe uma relação quase automática que é feita entre a gravidade do crime e a severidade da pena. Essa relação volta sempre ao mesmo mecanismo de exprimir o valor do comportamento com a quantidade (de sofrimento) da pena. Assim, a intensidade de reprovação que queremos exprimir quanto ao comportamento é comunicada exclusivamente por meio da aflição causada pela pena. No caso específico da combinação *crime contra a humanidade – tortura* não é o comportamento que estrutura a relação: é a etiqueta. É ela que determina a quantidade de sofrimento que a pena deve expressar e, assim, a intensidade da reprovação.

6 Conclusão

De acordo com os dados coletados, parece-me que os políticos e militantes se utilizam bastante dos “aprendizados” da racionalidade penal moderna quando eles vão se manifestar sobre a punição dos crimes contra a humanidade. Assim, quando as comunicações políticas são sobre a proteção dos direitos humanos, a punição criminal (na figura da pena longa de prisão) aparece como a resposta incontornável do Estado, mesmo se ela não é a única resposta possível ou mesmo a mais desejável. E quando as comunicações entram diretamente no tema das penas, elas reproduzem outras “ideias-chave” da racionalidade penal moderna, além da necessidade de mobilizar o direito penal para garantir a ordem social e/ou expressar os valores sociais mais importantes, tais como, a imposição de sofrimento para consolidar uma “verdadeira” punição.

A tortura é considerada um comportamento particularmente grave dentre as violações de direitos humanos e essa atribuição de gravidade desempenha aparentemente o papel de reafirmar o tipo de discurso punitivo (em favor das penas graves, aflitivas, etc.) que vemos nas comunicações políticas. Desta forma, não é surpreendente que a totalidade dos entrevistados tenha defendido a ideia de pena severa (de prisão) como punição para a tortura. O caso do discurso político sobre a punição da tortura é assim um exemplo de associação que se estabelece entre duas tramas discursivas distintas: a primeira (direitos humanos) entra com o “problema” ou o discurso sobre o *direito à proteção* enquanto que a segunda (racionalidade penal) entra com a “solução” ou o discurso sobre a *proteção*. E a única modalidade de proteção que a racionalidade penal conhece é através da pena aflitiva, no caso, a pena de prisão. Podemos assim dizer que essa associação de ideias tem como origem dois universos discursivos distintos (racionalidade penal moderna e direitos humanos). O resultado dessa combinação é um discurso que se diz ao mesmo tempo liberalizante e limitador, sem ser capaz de tematizar seu próprio paradoxo. Isso não quer dizer, no entanto, que se trata de uma fusão entre as duas tramas discursivas em questão: cada uma mantém a sua unidade. Não podemos dizer, portanto, que a trama discursiva dos direitos humanos absorve completamente as teorias da pena do direito criminal. Na verdade, trata-se de uma terceira realidade discursiva que coloca lado a lado a ideia de proteção dos direitos fundamentais e as teorias modernas na pena. Essa nova realidade discursiva apresenta certa harmonia ou sincronia (discursiva) quando ela é confrontada com as informações do exterior. Assim, diante de uma situação onde reconhecemos uma grave violação dos direitos humanos, espera-se que o discurso que é formado reaja de uma só maneira, com a mesma instrução: criar a figura de um crime contra os direitos humanos e lhe atribuir uma pena muito severa.

Para concluir, lembremos da imagem da garrafa de moscas, emprestada de Watzlawick por Pires (1998), para representar a armadilha em que consiste a racionalidade penal moderna no pensamento sobre as penas. A garrafa de moscas foi utilizada em algumas experiências para analisar as maneiras de reagir, do ponto de vista do conhecimento, em algumas circunstâncias. Essas garrafas tinham uma larga abertura, que dava uma impressão de segurança às moscas. Uma vez

do interior da garrafa, as moscas não eram mais capazes de sair, mesmo se a garrafa não estivesse tampada. Visto do interior, o gargalo estreito pelo qual as moscas tinham passado – o único caminho possível em direção à saída – parecia ainda mais perigoso que o espaço em que elas estavam (no fundo da garrafa). As moscas procuravam repetidamente a saída onde ela não estava: justamente no fundo da garrafa (Pires, 1998).

Numa situação como essa, diz Watzlawick, seria preciso ensinar às moscas que a única solução seria retomar o mesmo caminho – através da boca da garrafa – que elas tinham percorrido para entrar, mesmo que isso pareça uma opção mais perigosa do que continuar a procurar outra saída pelo fundo. Em outras palavras, seria preciso convencer as moscas de abandonar a realidade que elas construíram e que não é mais adequada (Watzlawick, *apud* Pires, 1998). Pires diz que construímos no ocidente algo semelhante à garrafa de moscas no que concerne à justiça criminal, e mais especificamente, à pena, no sentido de que não somos capazes de abandonar a realidade que construímos, mesmo se reconhecemos que ela não é mais conveniente.

Permanecemos presos a uma maneira de pensar as penas da mesma maneira que as moscas acreditam estar presas no interior da garrafa, apesar dela permanecer aberta. E temos medo de sair, assim como as moscas, porque para fazê-lo, seria preciso retomar o mesmo caminho que percorremos para entrar, ou seja, abandonar algumas estruturas cognitivas, tais como as teorias da pena, que nos parecem “evidentes” ou “naturais”, durante os últimos dois séculos. E assim, com medo, voltamos rapidamente para o fundo da garrafa e recomeçamos a imaginar soluções que reforçam as mesmas teorias e os mesmos conhecimentos (Pires, 1998).

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

7 Referências

- Adorno, S. (1996). *Gestão urbana do medo e da insegurança : violência, crime e justiça penal na sociedade contemporânea*. Tese (Livre Docência), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.
- Allard, J. (2004). L'humanité, un concept juridique sans précédent? In : T. Berns (dir.). *Le droit saisi par le collectif*, Bruylant: Bruxelles.
- Arendt, H. (1963) *Eichmann em Jerusalém* (José Rubens Siqueira, trad.). São Paulo: Companhia das Letras.
- Dubé, R. (2008). *Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969). Thèse de doctorat*, Département de Sociologie, Université de Québec à Montréal, Québec, Canada.
- Luhmann, N. (1984). *Social System*, Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1995.
- Luhmann, N. (1997) *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana, Herder, 2007.
- Martens, P. (2004) L'humanité comme sujet de droit. In: T. Berns (dir.). *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles: Bruylant, 207-238.
- Moeller, H-G. (2006). *Luhmann explained: from souls to systems*. Série Ideas Explained, vol. 3, Chicago: Open Court.
- Pinheiro, P. S.; Adorno, S ; & Cardia, N. (1999). Continuidade autoritária e construção democrática. *Relatório Final de Pesquisa*, NEV/USP.
- Pires, A. P. (1998) Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. In: C. Debuyst, F. Digneffe, A. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, (2), Ottawa: De Boeck Université, 3-52.
- Pires, A. P. (2001). La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et Sociétés*, Vol. XXXIII, n.1, 179-204.
- Pires, A. P. (2004). *Racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia*. *Novos Estudos do CEBRAP*, 68, 39-60.
- Pires, A. P. (2009), *Réflexions théoriques et méthodologiques sur les transferts des valeurs : Le cas du droit criminel*. In: Goyer, N. & Moser, W. (sous la direction). *Exploration d'un champ conceptuel*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, Coll. Transferts culturels / Cultural Transfers.
- Pires, A. P. & Garcia, M. (2007). Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort, in : Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant et Facultés universitaires Saint-Louis (avec l'aide du Fonds de la recherche fondamentale collective), 291-336.
- Possas, M. T. (2013). La rationalité pénale moderne et le système politique: les paradoxes de la création de la loi contre la torture au Brésil. In: Dubé, R. Garcia, M. et Machado, M. R. (dir.) *La rationalité pénale moderne*. *Réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 223-246.
- Possas, M. T. (2015). Produção de leis criminais e racionalidade penal moderna: uma análise da distinção 'conservador' x 'progressista' no caso da criação da lei contra a tortura no Brasil. *Dilemas*. *Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, 8(3), jul/ago/set 2015, 473-499.

Data de submissão/Submission date: 03.09.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 21.10.2015

O OLHAR DO TJRS SOBRE A TORTURA: julgamentos de agentes públicos e privados // Dani Rudnicki¹ e Moisés de Oliveira Matusiak²

Palavras-chave:

tortura / seletividade / Lei de Tortura/ direito penal / sistema penal

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

Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **História e legislação**
- 3 **Percepções sobre as decisões**
- 4 **Conclusão**
- 5 **Referências**

Resumo

O presente artigo versa sobre os olhares do Poder Judiciário em relação à prática do crime de tortura, por agentes públicos e privados, de acordo com julgamentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O estudo acontece por meio da análise de 92 decisões tomadas pelo Tribunal nos anos de 2009 até 2013. Buscamos observar os fundamentos (jurídicos) das decisões de recursos de apelação criminal, em que se discute o mérito do crime de tortura, para verificar se existe diferença na aplicação da Lei de Tortura em razão de o agente denunciado ser público ou privado, e quais fatores influenciam para essa aplicação diferenciada da lei. Apresentamos a transformação e o conceito do crime de tortura, tanto no Direito internacional, quanto na legislação brasileira e, após, os julgados, mais relevantes, são descritos e analisados. Assim, percebemos que existe diferença na aplicação da lei pelo Poder Judiciário, com maior punição para os agentes privados do que para os públicos, bem como que essa diferença acontece em razão da ampliação do conceito de tortura realizado pelo legislador brasileiro, que vulgarizou o termo e tipificou a conduta como crime comum. Para compreensão total do fenômeno, devemos considerar ainda as características do sistema penal brasileiro, que é estamental e seletivo. Assim perpetuando um modelo penal clássico, permite que agentes públicos cometam ilegalidades.

1 Mestre em Direito/Unisinos e doutor em sociologia/UFRGS. Professor no curso de mestrado do Centro Universitário Ritter dos Reis. E-mail: danirud@hotmail.com

2 Mestre em Direito/Centro Universitário Ritter dos Reis. Professor na Unicruz/Cruz Alta e CESuca/Cachoeirinha. E-mail: moisesmatusiak@ig.com.br

THE VIEW OF THE COURT OF APPEAL OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL ON TORTURE: judgments of public and private actors // *Dani Rudnicki & Moisés de Oliveira Matusiak*

Keywords:

torture / selectivity / Torture Act / Criminal Law / Criminal Justice System

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

Abstract

This article deals with the views of the Judiciary in relation to the practice of the crime of torture by public and private actors, in accordance with judgments of the Court of Appeal from the state of Rio Grande do Sul. The study through an analysis of 92 decisions from the court, from 2009 until 2013. We seek to observe the legal reasoning from these criminal appeals that discuss the merits of the crime of torture, in order to check for differences in the application of Torture Act depending on the agent denounced being a public or private actor and which are the factors that could influence this different application of the law. We present the transformation and the concept of the crime of torture, in the international and in the Brazilian law, and after that the most relevant judgments are described and analyzed. Thus, we conclude that there is a difference in the application of the law by the Judiciary, with greater punishment for private agents than for public ones, and that this difference occurs due to the expansion of the concept of torture carried out by the Brazilian legislator, who popularized the term and the conduct typified as a common crime. For full understanding of the phenomenon, we must also consider the characteristics of the Brazilian penal system, which is selective. Thus through the perpetuation of a classic criminal model, it allows for public officials to commit illegalities.

1 Introdução

Encontramos o fundamento do Estado Democrático de Direito no respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, previstos na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Assim, verificamos que a tortura é prática vedada, pois a CF/88, em seu artigo 5º, inciso III, assegura: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. No inciso XLIII, está expresso o mandado constitucional de criminalização da tortura, ordenando sua consideração como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, respondendo por eles os mandantes, os executores e os que se omitem em evitá-lo.

A criminalização da prática da tortura no Brasil, porém, acontece em 1997, com a Lei nº 9.455; mas, mesmo antes de ser tipificada, ela era equiparada a crime hediondo, conforme a Lei nº 8.072 de 1990.

No âmbito internacional, o Brasil participa de diversos tratados e convenções sobre o tema, entre eles a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984. Ao ratificar a Convenção, em 1989, o Brasil assumiu o compromisso internacional de prevenir e punir a prática da tortura, visando erradicá-la.

Apesar disso, o Relatório do Subcomitê de Prevenção e Combate à Tortura (SPT) das Nações Unidas, referente à visita realizada no Brasil em 2011, considera a violência e a tortura por agentes do Estado uma realidade sistêmica no país. O Informe da Anistia Internacional, de 2012, indica que, no país, a tortura ocorre no momento da prisão, durante os interrogatórios e no período de detenção, tanto em delegacias de polícia quanto em penitenciárias; o Informe do ano seguinte, da mesma entidade, afirma existir preocupação com a prática generalizada da tortura no Brasil e com o fato de as autoridades não assegurarem a realização de investigações e processos judiciais efetivos sobre esses atos.

Destacamos que atos de violência praticados por agentes privados, no país, podem ser considerados tortura, de acordo com a legislação brasileira. Isso decorre do fato de a Lei nº 9.455/97, que criminaliza a tortura, ao contrário da maioria dos documentos

internacionais sobre o tema, ter tipificado a conduta como crime comum, ou seja, não exige nenhuma qualidade especial do agente. Portanto, as denúncias por crime de tortura que chegam ao Poder Judiciário para análise apresentam duas situações distintas: uma em que o agente é funcionário público e outra em que é um particular.

Buscamos, neste artigo, refletir sobre aspectos do julgamento desse crime no Brasil, especificamente no Rio Grande do Sul, através da análise de julgados do Tribunal de Justiça (TJRS), nas duas situações. Pretendemos apontar se existem diferenças na aplicação pelos julgadores gaúchos da Lei de Tortura, em razão de o agente denunciado ser público ou privado, através da observação dos fundamentos jurídicos das decisões, buscando saber quais fatores seriam responsáveis por uma aplicação desigual da Lei de Tortura, em razão da qualidade do agente denunciado. O objetivo geral do estudo, portanto, é estabelecer um comparativo em julgados do TJRS relativos a casos de tortura envolvendo agentes públicos e privados.

O interesse pelo tema decorre de os autores lecionarem disciplinas sobre violência, tortura e direitos humanos em cursos de especialização para agentes responsáveis pela aplicação da lei e atuarem em organizações não governamentais voltadas à proteção dos direitos humanos, no Comitê Estadual Contra a Tortura e na Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado do Rio Grande do Sul. Os dados foram coletados para redação da dissertação de mestrado intitulada “Percepções sobre o crime de tortura no Rio Grande do Sul: análise de decisões do Tribunal de Justiça”.³

Destacamos ainda que se trata de tema pouco investigado na área do Direito. Busca por trabalhos acadêmicos, teses e dissertações no banco de dados da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) permite verificar que foram dois estudos analisando precedentes judiciais de crimes de tortura: Maia (2006) e Jesus (2009), nenhum no

³ A defesa aconteceu em 24 de março de 2015, no Centro Universitário Ritter dos Reis. Devemos agradecer às críticas, comentários e sugestões dos professores doutores Tupinambá Pinto de Azevedo e Daniel Silva Achutti.

viés agora proposto. Portanto, a pesquisa do tema na área do Direito, da forma como o realizamos, é importante e original do ponto de vista acadêmico.

E o tema de fato necessita ser mais estudado, pois embora exista legislação proibindo e punindo a prática, a tortura continua ocorrendo. Assim, a crítica das percepções dos julgadores acerca do crime torna-se relevante para que as autoridades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam alertadas para o problema e atuem de forma efetiva para enfrentá-lo.

Em relação à metodologia adotada, devemos destacar que se trata de estudo documental e bibliográfico, com análise de julgados. Em relação a estes, a pesquisa teve início através de consulta ao endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.⁴ Digitamos o termo “tortura” e retornaram 1.020 resultados da consulta, os quais foram filtrados até a seleção final de 92 decisões; os julgados que abordavam secundariamente a tortura, como qualificadora do crime de homicídio,⁵ ou reparação civil das vítimas, por exemplo, foram descartados, sendo escolhidos aqueles em que houve discussão do mérito acerca do crime de tortura (apelações criminais), pois nesses julgados que a discussão acerca da aplicação da Lei de Tortura efetivamente ocorre. O período das decisões selecionadas localiza-se entre os anos de 2009 e 2013, limitando-se em cinco anos, pois suficiente para o levantamento de um número significativo de julgados, chegando ao total de 92, bem como o corte necessário pelo critério da saturação, a fim de evitar *a análise de fundamentos jurídicos repetitivos*. Ainda, porque a pesquisa teve início em 2014, com término em 2015, sendo necessário, portanto a limitação temporal para não inviabilizar a conclusão do trabalho.

Embora tenha sido utilizado um número significativo

4 Cf. <www.tjrs.jus.br>..

5 O artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, prevê que o homicídio é qualificado, com pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, quando o crime é cometido, dentre outras circunstâncias, com emprego de tortura. No entanto, os julgados que tratavam da incidência ou não da qualificadora do emprego de tortura no homicídio foram descartados, pois o interesse da pesquisa é analisar os fundamentos das decisões no contexto da aplicação da Lei de Tortura, ou seja, do mérito do crime de tortura previsto na Lei 9.455/97.

de julgados, trata-se de pesquisa qualitativa, nosso foco não é estatístico, mas sim de análise das decisões, pois o que se pretende é desvendar o que existe por trás desses números. Para tal análise foram selecionados julgados que apresentam fundamentos jurídicos diversos, nos quais se identificam fatores importantes para a pesquisa: a seletividade do sistema penal, as ilegalidades toleradas e a conceituação da tortura como crime comum.

2 História e legislação

Na Idade Média, nos estados absolutistas, o uso da tortura foi frequente e legal, servindo tanto como um meio de prova, quanto como forma de punição. Conforme Hunt (2009):

A tortura judicialmente supervisionada para extrair confissões tinha sido introduzida ou reintroduzida na maioria dos países europeus no século XIII, como consequência do florescimento da lei romana e do exemplo da Inquisição católica. Nos séculos XVI, XVII e XVIII, muitas das mais refinadas inteligências legais da Europa dedicaram-se a codificar e regularizar o uso da tortura judicial para impedir abusos perpetrados por juízes exageradamente zelosos ou sádicos. (p. 76).

Esse uso era criticado por Hobbes (2012, p. 116), que se referia à falta de legitimidade de acusações obtidas por meio de tortura. Mas serão reformadores, como Verri (2000) e Beccaria (1999), que contribuirão para a transformação do direito e a diminuição gradativa da tortura até sua abolição legal, entre o final do século XVIII e o início do século XIX.

A tortura, no processo penal, além de ser uma crueldade evidente, não se presta(va) para a busca da verdade, pelo contrário, pode fazer com que um criminoso mais forte seja inocentado, enquanto um inocente, menos robusto, condenado. Nas palavras de Beccaria (1999):

Estranha consequência que, necessariamente, decorre do uso da tortura, é que o inocente é posto em pior condição que o culpado. Realmente, se ambos são submetidos ao suplício, o primeiro tem

tudo contra si, uma vez que ou confessa o delito e é condenado, ou é declarado inocente, mas sofreu pena indevida; ao passo que um caso é favorável ao culpado quando, resistindo à tortura com firmeza, deverá ser absolvido como inocente, trocando a pena maior pela menor. O inocente, portanto, só tem a perder e o culpado só tem a ganhar. (p. 65).

Bentham (2002, pp. 18-19) conceitua tortura nos seguintes termos: Suponhamos que me obrigam a passar por tormentos agudos, que devem acabar logo que faça o que se pretende de mim por um modo violento: por exemplo logo que dê a informação sobre um fato que devo saber: este ato e [sic] de *tortura*.”

Verri (1777/2000, pp. 99-100) afirma que: “[...] a origem de uma invenção tão feroz ultrapassa os limites da erudição, sendo provável que a tortura seja tão antiga quanto o sentimento do homem de dominar despoticamente outro homem [...]”

Conforme Peters (1985, p. 91): “A abolição da tortura no século XVIII esteve sem dúvida ligada ao pensamento iluminista, pelo menos aos aspectos que insistiam na manifestação na jurisprudência penal de um crescente sentimento moral de dignidade humana.” Peters (1985, p. 99) destaca também as evoluções da lei e da sanção penal como fatores determinantes para a abolição legal da tortura.

Essa acontece quando o Código Penal francês de 1791 estabelece, nos termos do artigo 2º: “A pena de morte consistirá na simples privação da vida, sem que jamais possa ser executada tortura alguma contra os condenados”. Além da França, outros países da Europa também abolem legalmente a tortura entre os séculos XVIII e XIX. De acordo com Peters (1985, pp. 106-107), na Suécia a tortura foi abolida em 1734, na Prússia em 1754, na Polônia em 1776, na Holanda em 1798, na Espanha em 1808, na Noruega em 1819, em Portugal em 1826 e na Grécia em 1827.

Entretanto, ela continua a acontecer e é considerada pela maioria dos doutrinadores como uma das mais graves violações de direitos humanos. Segundo Bobbio (2004, pp. 19-20), o direito humano de não ser torturado é absoluto, ou seja, não pode ser limitado em hipótese alguma. Entretanto, mesmo sendo uma

prática condenada como aberração da natureza desde o período iluminista, sua utilização como método de investigação criminal só veio a ser expressamente condenada no plano internacional com o artigo V da Declaração de 1948.

Para Piovesan (2011, pp. 266-267), “A gravidade da tortura e o fato de ser considerada crime contra a ordem internacional justifica-se na medida em que sua prática revela a perversidade do Estado que, de garante de direitos, passa a ter em seus agentes brutais violadores de direitos.” Cançado Trindade (1999) destaca:

Na atual luta em prol dos direitos humanos, tem-se dedicado atenção especial à necessidade de estabelecimento de mecanismos eficazes de combate às violações particularmente graves de tais direitos. Dentre os avanços logrados nos últimos anos, cabe destacar, por exemplo, a emergência de um verdadeiro regime jurídico internacional contra a tortura, assim como a condenação absoluta dos desaparecimentos forçados ou involuntários de pessoas. (p. 345)

Para Azevedo (1997):

A violência promana do Estado, executor ou conivente. A violência da tortura política é mais aviltante porque provém da instância designada para combatê-la, erradicá-la, punir os responsáveis. Eis a chave para compreender a inserção da tortura entre os crimes contra a humanidade, pois o que a singulariza é a desumanização da vítima. (p. 248).

Em decorrência, as Nações Unidas, na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 1984, adotam o critério da absoluta proibição da tortura:

Artigo 2º - Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer

outra emergência pública, como justificação para a tortura.

Devido à sua gravidade, a tortura é considerada crime contra a humanidade pelo direito internacional, nos termos do artigo 7º, do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

O direito brasileiro também considera a tortura um crime grave, tanto que a trata como equiparado a hediondo (artigo 2º da Lei nº 8.072 de 1990). No entanto, existem diferenças importantes nas definições do crime de tortura que foram utilizadas pelo direito internacional e pelo direito brasileiro.

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU, no artigo 1º, define:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Três elementos fundamentais envolvem a definição de tortura da Convenção: 1) a infligência deliberada de dor ou sofrimentos físicos e mentais, 2) a finalidade do ato e 3) a vinculação do agente ou responsável com o Estado, direta ou indiretamente. Sendo assim, o sujeito ativo é sempre um funcionário público, ou alguém por ele instigado ou sob suas ordens.

Segundo Peters (1985, p. 11), a tortura teve como começo uma prática jurídica e nunca perdeu da sua essência o caráter público, seja como um incidente no procedimento judicial, seja como uma prática de funcionários do Estado, à margem de lei.

Em relação à legislação pátria, cabe destacar que a Constituição Federal dispõe ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III. O artigo 5º, inciso III, do mesmo texto, garante que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante e, o inciso XLIII, prevê que a lei considerará a tortura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

A Lei nº 8.072, de 1990, equipara a prática de tortura a crime hediondo. De acordo com o artigo 2º, incisos I e II, dessa lei, a sua prática é insuscetível de anistia, graça, indulto ou fiança (repetindo o texto constitucional). Além disso, o parágrafo 1º do mesmo artigo prevê o cumprimento da pena em regime inicial fechado e o 2º indica prazos maiores para a progressão de regime prisional (dois quintos da pena, se o apenado for primário e três quintos da pena se reincidente).

Mas apenas em abril de 1997, a tortura recebe tipificação no ordenamento jurídico brasileiro (Lei nº 9.455), e a lei pátria não a trata como crime praticado apenas por agentes do Estado; ela amplia o conceito, não exige a figura do funcionário público como sujeito ativo. Essa abrangência da definição de tortura gera polêmica, pois para alguns (Shecaira, 1997, p. 2; Franco, 2007, pp. 118-119; Monteiro, 2008, p. 91) ela deveria seguir o preceito internacional, para outros não (Piovesan, 2008, pp. 203-204; Comparato, 2010, p. 82).

Mais grave do que a discussão serão, como se verifica na sequência, os efeitos não esperados desta decisão, ou seja, o favorecimento para os agentes públicos em detrimento dos particulares nas decisões dos tribunais.

3 Percepções sobre as decisões

Para nós, neste artigo, a grande discussão refere-se à existência, ou não, de diferença, no julgamento entre os casos de crimes de tortura envolvendo agentes públicos e privados. Para tanto, apresentamos tabela que mostra as decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entre os anos de 2009 e 2013. São julgados que servem para indicar a tendência das decisões nas duas situações.

Tabela 1 – Decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (2009-2013)

	Decisões	2009	2010	2011	2012	2013	Subtotal
Agente público	Absoluções	2	2	2	Ø	3	9
	Condenações	2	2	Ø	2	1	7
	Desclassificações	Ø	Ø	Ø	Ø	2	2
Agente particular	Absoluções	4	2	2	2	4	14
	Condenações	10	13	5	13	4	45
	Desclassificações	3	2	3	3	4	15
TOTAL							92

Fonte: <www.tjrs.jus.br>. Elaboração dos autores.

De acordo com os dados apresentados, verificamos que o número de julgados por denúncias de tortura contra agentes privados é quatro vezes superior aos contra agentes públicos. Tal fato pode ser explicado pela preferência de as entidades integrantes do sistema penal investigarem casos envolvendo essas pessoas, ou em razão da situação da vítima, na hipótese de tortura praticada por agente privado, serem pessoas em situação de vulnerabilidade (uma criança, uma mulher, um idoso, por exemplo) e para elas existirem redes de proteção legal, formada por conselheiros tutelares e profissionais de saúde e da educação, que notificam as autoridades competentes em caso de suspeita de violência. A atuação dessa rede de proteção explicaria o fato, pois o Ministério Público recebe ofícios, prontuários e relatórios sobre casos suspeitos.

Vejamos, por exemplo, o julgamento da Apelação Criminal nº 70031173347, em que o pai da vítima foi denunciado como incurso nas sanções do artigo primeiro, inciso II, e parágrafo quarto, inciso II, da Lei 9.455 de 1997, ou seja, foi acusado da prática de tortura-castigo contra criança. De acordo com a denúncia, o agente submeteu a vítima, seu filho de dez meses de idade, mediante emprego de violência, a intenso sofrimento físico, como forma de aplicar castigo pessoal, causando-lhe lesões no rosto, no pescoço e na cabeça, ao agredi-lo de forma brutal, desferindo-lhe socos e tapas, pela razão de ela estar chorando.

No caso, conselheiros tutelares foram informados do fato, compareceram à casa do denunciado, encaminharam o bebê ao hospital local e notificaram as autoridades competentes. A atuação do Conselho Tutelar, portanto, foi relevante para a apuração do fato e a

responsabilização criminal do agente privado.

Mas, a diferença no número de julgados entre casos envolvendo agentes públicos e privados também pode ser explicada em razão da situação do réu. Assim, a denúncia de tortura praticada por agente público, em regra, envolve servidores públicos e uma pessoa presa, ou, no mínimo, suspeita de ter cometido um crime. Elas, embora também estejam em situação de vulnerabilidade, não estão abrangidas por nenhuma rede de proteção e o agressor costuma ser policial, militar ou civil (ou agente penitenciário), os quais contam com o corporativismo das instituições e a (fraca) atuação das agências de controle. Além de haver conivência dos “facilitadores” e dos “espectadores”.

Isso porque, em relação aos torturadores, cabe destacar com Huggins (2014, p. 61) que os sistemas de tortura incluem quatro categorias de atores: “perpetradores”, “facilitadores”, “espectadores” e “sistemas organizacionais e burocráticos”. Para ela, entre os “perpetradores” estão os torturadores, assassinos e agressores; os “facilitadores” são os governos e seus oficiais, corporações e negócios, promotores de justiça, juizes, advogados, médicos, psicólogos, tabeliães, policiais e militares (que não torturam); os “espectadores” são aqueles que apoiam o abuso de poder da polícia para livrar a comunidade de indesejáveis, criminosos, quadrilhas, e outros que oferecem dão respeitabilidade aos abusos de poder; e os “sistemas” são compostos pelas burocracias e os “carreiristas” que fazem parte delas, que operam normalmente para exercer pressão em favor do uso da violência.

Por sua vez, o Poder Judiciário, quando provocado, demonstra dar crédito à conduta dos agentes públi-

cos. Por exemplo, no julgamento da Apelação Criminal nº 70030058408, os desembargadores consideraram relevante para a absolvição dos agentes públicos o histórico profissional dos policiais denunciados. A decisão destaca a ausência de provas, mas também a presunção de credibilidade de suas condutas, pois agentes da lei. No caso, a vítima sofreu diversas agressões como socos e chutes, além de suspensão de seu corpo no pau-de-arara e choques elétricos, chegando a ficar desacordada.

Os policiais negaram a prática do delito imputado, sendo essa a tese defensiva. A sentença foi absolutória e restou mantida no julgamento da apelação, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*. Contribuíram para fundamentar a manutenção da absolvição a credibilidade da palavra dos policiais denunciados, bem como seu histórico de serviços prestados à comunidade.

Os depoimentos das testemunhas de defesa foram considerados suficientes para afastar a versão da vítima, mesmo sendo colegas dos denunciados. Também mostra-se relevante na decisão o histórico profissional dos policiais denunciados; merece destaque a relevância oferecida pelos julgadores às honrarias recebidas pelo acusado de ser o principal torturador, bem como o fato de lecionar a disciplina de Direitos Humanos na academia de polícia.

Os julgadores consideraram a probabilidade de que os réus tenham cometido as agressões contra o ofendido, porém, entenderam pela inexistência de certeza absoluta. Para eles, a existência de lesões na vítima restou indubitosa, atestada por exames de corpo de delito, confirmados pelos peritos que os elaboraram. No tocante à autoria, não houve certeza para a condenação, sendo que a palavra da vítima se mostra insuficiente, apesar de constar na decisão que o superior hierárquico dos denunciados admitiu que a conduta deles fora a contrária às prescrições. A contradição entre o discurso que sustentava que a vítima não apresentava lesões e o teor dos laudos periciais, que confirmaram as lesões da vítima, foi ignorada.

Essa decisão é interessante. Toma como pressuposto que uma pessoa mantém em sua atividade profissional um comportamento coerente com o que ensina – o que por certo não configura verdade absoluta. Mais,

parte de um fato (policiais lecionam direitos humanos para seus colegas) sobre o qual se pode ainda refletir: qual a competência que possuem sobre o tema? Qual o real significado dessa prática para eles? Há de se considerar que exista quem o faça por acreditar na ideia, mas há também quem o faça para não permitir que professores ou defensores dos direitos humanos apresentem suas ideias e ainda quem esteja mais interessado no valor extra que isso agrega à remuneração.

Neste mesmo sentido, sempre pensando que os “bons” dizem a verdade e os “maus” mentem, precisamos considerar, com Maia (2006):

Um fator que dificulta a produção de prova contra os perpetradores de atos de tortura é a credibilidade que lhes é dada, e a ausência de credibilidade conferida às vítimas. Não se perca de vista que, em geral, os responsáveis pela tortura são agentes do Estado, incumbidos da manutenção da ordem e da segurança (caso dos policiais militares) ou da investigação dos crimes e sua autoria (caso das polícias civis). Lá e aqui, os responsáveis pela violência contra as pessoas detidas é que prestarão depoimento nos inquéritos policiais, exibindo-se como agentes da lei e da ordem e carregando consigo os fora-da-lei e desordeiros. (p. 233).

E, ainda, que a compreensão da relação entre direitos humanos e “combate” à criminalidade, no Rio Grande do Sul e no Brasil, apresenta absurdos, como a crença de muitos em que os primeiros são um entrave a realização do segundo. Tal fato desmerece as polícias, por entender que somente atuando contra os direitos humanos, fora da legalidade, sem controle, elas seriam capazes de cumprir com seus deveres. Possas (2014) explica:

As taxas crescentes de criminalidade são em grande parte percebidas como um problema que deve ser combatido a qualquer preço, o que, no limite, pode legitimar todo tipo de ações destinadas a reduzir o número de crimes. A demanda por punição dos atos arbitrários perpetrados pela polícia é assim diluída e, ao mesmo tempo, o movimento para a defesa dos direitos humanos, no que diz respeito aos criminosos, é frequentemente visto como um movimento de “proteção de bandidos”. (p. 441).

Logo, surge a convivência de muitos com a tortura, E as vítimas, por terem cometido atos criminosos ou se verem estigmatizadas como tais, temem denunciar as agressões sofridas (criando “cifra oculta da criminalidade”). É medo de como serão percebidas e medo de represálias por parte dos agressores (agentes públicos). Além disso, quando os agentes são denunciados às suas instituições, os expedientes costumam não obter êxito nas investigações e punições. O crime de tortura é de oportunidade e possui como característica ser cometido na clandestinidade, sendo difícil a prova da autoria (Maia, 2006, p. 12) e as corregedorias das instituições, por sua vez, não atuam de forma satisfatória, em razão de diversos fatores, como corporativismo, falta de estrutura e de treinamento (Lemgruber, Musumeci & Cano, 2003, pp. 90-91).

Comissões de Direitos Humanos e organizações não governamentais que trabalham com prevenção e combate à tortura exercem uma espécie de controle externo das instituições, denunciando os casos de tortura que chegam ao seu conhecimento, mas sem força suficiente para superar tais entraves. Logo, o número de casos de tortura envolvendo agentes públicos que alcançam o Ministério Público é menor do que o número de casos envolvendo agentes privados; e a dificuldade de apuração, por sua vez, é maior. E os dados apresentados revelam que o número de condenações contra agentes privados alcança quarenta e cinco casos, número superior ao de contra agentes públicos, que corresponde a sete. Considerando-se o maior número de julgados envolvendo agentes privados, o número mais elevado de condenações não surpreende, mas a desproporção nos julgamentos, sim. Verificamos que o número de condenações e desclassificações dos casos de agentes privados é superior ao número de condenações e desclassificações dos casos de agentes públicos. E, seguindo a lógica dos julgados, o número de absolvições de agentes públicos apresenta-se superior ao de absolvições de agentes privados.

Observamos que, nos casos em que houve condenação de agentes públicos, a prova era evidente, com a existência de lesões intensas sofridas pelas vítimas e fortes indicativos de autoria do delito, como no julgamento da Apelação Criminal nº 70011065406, em que policiais militares foram incursores nas sanções do

artigo primeiro, inciso I, alínea a, combinado com o parágrafo quarto, inciso I, da Lei nº 9.455, por constrangerem a vítima, mediante violência e grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico, com o fim de obter confissão e informações. Na ocasião, os policiais foram até a casa da vítima e a conduziram de carro até um mato, onde a agrediram com socos e chutes, bem como chegaram a amarrá-la numa árvore e suspendê-la violentamente do chão, numa espécie de enforcamento, que causou perda temporária dos sentidos, ainda a ameaçaram de morte, com um dos policiais apontando a arma para sua cabeça.

A sentença condenou os policiais e o julgamento da apelação confirmou a decisão, servindo como fundamentos atestados médicos e a palavra da vítima, na fase administrativa, e de seus familiares, que confirmaram a autoria, pois presenciaram os policiais levando coercitivamente a pessoa de sua casa.

O julgamento da Apelação Criminal nº 70037075561 apresenta situação interessante em que um agente público é condenado em concurso com outro privado, mas em razão de agressões contra sua ex-mulher e filhas, ou seja, com características de violência cometida na órbita privada, por motivos particulares. Percebemos que, apesar de o réu ser agente público, tal situação não influencia a decisão, pois a análise termina sendo realizada sob a ótica da violência praticada no âmbito particular.

Em contrapartida, no caso de acusação de tortura entre privados, a prova aceita para a condenação mostra-se frágil. A diferença nos números pode ser explicada pela seletividade penal, bem como pelo modelo estamental do sistema penal, que permite a ocorrência de ilegalidades toleradas.

Vidal (2001, p. 24) refere que a tortura ocorre onde o sistema de administração penal atua e, ao mesmo tempo, o sistema normativo repudia a sua prática. Portanto, é fácil concluir a existência de contradição entre o que se passa e o que se espera, entre o ser e o dever ser. O sistema penal soluciona esta contradição com a manutenção da prática, sem a negação do princípio, de modo que a tortura continua a existir a despeito de expressar consenso nela como aberração. Trata-se da adoção das chamadas “ilegalidades

toleradas”, nas quais policiais, promotores de justiça e juizes cuidam primordialmente dos interesses do sistema. Essa opção pela “eficácia” da lei emperra a operacionalização do sistema de investigação e punição e explica a convivência das autoridades.

Thompson (2007, pp. 82-84) aborda a questão das ilegalidades toleradas como um dos problemas do sistema penal. Ele refere que as confissões obtidas mediante tortura são muito comuns nos processos penais e servem como prova para condenações; explica que, na maioria dos casos, os juizes confirmam essas confissões por outras circunstâncias e não cogitam denunciar os policiais por elas responsáveis. No mesmo sentido, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2013) afirmam que as agências executivas do sistema penal exercem um poder punitivo paralelo, ilegal ou delituoso. Para eles:

Este conjunto de delitos cometidos por operadores das próprias agências do sistema penal é mais ou menos amplo na razão direta da violência das agências executivas e na razão inversa do controle que sofram da parte de outras agências. Ele é conhecido pelo nome genérico de sistema penal subterrâneo. (pp. 52-53).

Assim, podemos dizer junto com Peters (1985, p. 118) que, no final do século XVIII, não existe mais tortura na Europa do ponto de vista jurídico, mas tão somente da perspectiva da atuação geral do Estado. As instituições atuam de forma ordenada de modo a reconstruir, no processo, uma realidade que permite o ato decisório segundo as necessidades deste sistema, explicando casos de tortura como excepcionalidades, ilegalidades. Porém, o sistema penal continua a adotar na prática as ilegalidades, de um modo mais sutil e complexo.

Exemplificando, o juiz pode decidir que determinada conduta denunciada não é tortura, mas um simples e necessário corretivo para a manutenção da ordem no interior de um presídio. Assim, colherá as provas determinado a desclassificar a ação, de modo a instruir o processo para proferir decisão absolutória justificada na falta de provas ou condenar por crime menos grave. Brum (2013, p. 113) escreve que existe uma “cegueira institucional” que permeia o sistema, fazendo

autoridades policiais e judiciais cúmplices por omissão, eis que ignoram os atos criminosos cometidos contra os presos. Esses traços do sistema, inclusive a chamada “cegueira institucional”, aparecem no citado julgamento da Apelação Criminal nº 70030058408, caso do PM que leciona direitos humanos.

No julgamento da Apelação Criminal nº 70053096020, podemos visualizar com clareza atores dos sistemas de tortura citados por Huggins (2014, p. 61). Trata-se, no caso, do “perpetuador”, um policial militar e também de “facilitadores”, operadores jurídicos, que utilizam argumentos contaminados pela seletividade penal para atribuir nenhum valor à palavra das vítimas (pelo fato de as mesmas possuírem antecedentes policiais).⁶

O parecer ministerial, que serviu de fundamento para a decisão absolutória, referiu que a palavra das “seduzidas vítimas” não poderia ser valorizada em detrimento da versão do policial militar, que negou as acusações, pois aquelas seriam autoras de roubo e sua versão não teria valor contra a palavra de agentes públicos com inúmeros serviços prestados à comunidade. Por tais fundamentos, a apelação foi provida. O argumento encontra-se no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal. Assim, os desembargadores absolvem o policial sem base factual, mas tão somente considerando as pessoas serem “boas” ou “más” (direito penal do autor).

A presente pesquisa apresenta dois julgamentos de agentes públicos, Apelações Criminais nº 70053096020 e nº 70033730508. Em ambas os autores foram denunciados por tortura-prova, figura típica que, de acordo com a Lei de Tortura brasileira, não exige o intenso sofrimento físico ou mental da vítima. E, nos dois casos, os acusados foram absolvidos com o argumento da não verificação de intenso sofrimento. No julgamento da primeira, lemos:

Penso que, para a caracterização do crime de tortura há necessidade de intenso sofrimento, como o daqueles que permanecem à mercê de seu algoz por

⁶ Sobre a falta de credibilidade das vítimas, vistas como criminosas em potencial, ver o produtivo conceito de “sujeição criminal” de Michel Misse (2010).

dias, meses, anos, para darem informações, confissões, etc. O conhecido “pau de arara”, choques, extração de dentes/unhas, ou outras atrocidades.

No presente caso, a certeza que se tem é que houve lesões leves em um curto espaço de tempo, a que os policiais militares afirmaram terem sido perpetradas para conterem os três homens que, armados, haviam praticado roubo. (Apelação Criminal nº 70053096020).

Ocorre, no entanto, que o agente público havia sido denunciado como incurso nas sanções do artigo primeiro, inciso I, alínea “a”, e parágrafo quarto, da Lei nº 9.455 de 1997, cumulado com o artigo 71 do Código Penal, pela prática de tortura-prova, que não exige sofrimento, mas sim a finalidade específica de obter confissão ou declaração a respeito de crime.

E, no julgamento da segunda, essa questão se verifica de novo. O caso envolve agentes públicos, dois policiais militares, acusados de praticar crime de tortura-prova. Em primeiro grau de jurisdição houve condenação nas sanções do artigo primeiro, inciso I, alínea “a”, cumulado com o parágrafo quarto, inciso I, da Lei nº 9.455, na forma do artigo 29, *caput*, do Código Penal, mas, em segundo grau de jurisdição, a sentença foi reformada, pois, de acordo com o entendimento dos desembargadores, não é qualquer ameaça ou sofrimento físico ou mental capaz de configurar o delito de tortura, somente o intenso:

Apesar de que o tipo penal em tela não menciona expressamente, para que se reconheça o crime de tortura, inclusive na primeira modalidade típica, não basta qualquer tipo de violência ou grave ameaça com resultado de sofrimento físico ou mental, mas é necessário uma determinada intensidade de sofrimento, no caso, mental, pois se não não haveria distinção sistemática com outras figuras típicas que também protegem a pessoa e a integridade física ou corporal. (Apelação Criminal nº 70033730508).

De acordo com o julgamento, “Seria inconcebível uma definição redutora por parte do legislador que ignorasse essa definição plasmada em Convenções Internacionais”.

Ora, no caso em tela, simples pressão ou ameaça para confessar durante cerca de meia hora, sem qualquer uso de violência ou outro método consistente em grave ameaça, não pode ser considerada como meio com aptidão suficiente para gerar um sofrimento mental ao ponto de caracterizar o crime grave de tortura. Outros tipos penais oferecem uma proteção subsidiária, conforme os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. (Apelação Criminal nº 70033730508).

Portanto, a sentença foi reformada e os agentes públicos absolvidos por atipicidade da conduta, apesar de a figura típica em questão não exigir que o sofrimento físico ou mental da vítima seja intenso para a configuração do crime de tortura.

A seletividade penal, por sua vez, opera tanto em relação aos agentes do delito, quanto em relação às vítimas. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2013, p. 46) ensinam que a seletividade concreta é realizada pelas agências secundárias de criminalização (Poder Judiciário, Ministério Público e Administração Prisional), especialmente as polícias, as quais exercem um forte controle sobre as pessoas mais vulneráveis. Essas, normalmente oriundas das classes sociais baixas, que se enquadram no estereótipo criado para o criminoso e estão mais sujeitas a serem identificadas como propriedade ou lixo da polícia (Reiner, 2004, p. 142). Maia (2006) afirma que a seletividade sempre foi característica da tortura:

É igualmente relevante concluir-se que houve social e politicamente a construção da assim chamada “classe dos torturáveis”. A tortura revelou-se ser seletiva. Sempre pareceu saber escolher suas vítimas. Nem todos podiam ser torturados. Em Roma, inicialmente, só escravos poderiam ser submetidos à tortura, ou por suspeita de práticas de delitos, ou por suspeita de serem testemunhas de delitos. A expansão desse restrito rol só atingiu homens livres, quando acusados de traição. (p. 96).

Oliveira (1994, pp. 11-12) observa quem são as vítimas preferenciais das polícias: o pequeno marginal das favelas e periferias, pobres, trabalhadores desqualificados, de preferência pretos e pardos, os quais formam a classe dos torturáveis. Assim, presos e

suspeitos, os mais vulneráveis, são as principais vítimas da tortura praticada por agentes públicos. Brum (2006) afirma que os presos com antecedentes estão mais expostos do que os outros à tortura, são a chamada “clientela” do sistema.

Portanto, os fundamentos jurídicos das decisões analisadas mostram que as características do nosso sistema penal, como o modelo estamental e suas ilegalidades toleradas, ou cegueira institucional, a seletividade e a diferença de conceituação do crime de tortura entre a legislação nacional e o direito internacional, contribuem para o menor número de denúncias e condenações de agentes públicos.

Em relação às vítimas da tortura praticada por agentes privados, o processo é semelhante. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2013, p. 53) explicam, que na sociedade, há sempre pessoas que exercem poder mais ou menos arbitrário sobre outras, muitas vezes de forma brutal e violenta, sendo as vítimas desse comportamento vulneráveis à chamada seleção vitimizante. Na realidade brasileira, a vitimização se observa em relação às mulheres, às crianças, aos idosos; por isso eles recebem maior atenção das agências, tanto primárias, como na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e Lei Maria da Penha, quanto secundárias. Sobre a questão, escreve Calhau (2002):

A associação inicial de vítima como as que sofrem ilícitos excita a opinião pública em sua defesa, já estando institucionalizados grupos para proteção, tais como os que defendem mulheres e crianças que foram abusadas. As agressões patentes possibilitam a mobilização, o socorro e a defesa. (pp. 41-42).

E, conforme antecipamos, existe uma rede legal de proteção para essas vítimas, que colaboram com as autoridades através de notificações, prontuários e relatórios. A análise dos julgados, a exemplo da Apelação Criminal nº 70031173347, demonstra que a condição de vulnerável da vítima, que recebe apoio da rede de proteção e da sociedade em geral, contribui para o número maior de denúncias e condenações de agentes privados, os quais não contam com os “privilegios” que o sistema oferece para os agentes públicos.

No caso, a prova dos autos (boletim de atendimento hospitalar, registro de atendimento do Conselho Tutelar e laudo pericial – que confirmou as lesões na vítima) serviu de fundamento para a condenação do agente privado, que confessou as agressões, mas negou a tortura, postulando a desclassificação para o delito de maus-tratos. O pedido de desclassificação não foi acolhido, restando confirmada a condenação do agente particular pelo crime de tortura.

Em relação às desclassificações, a análise dos julgados mostra que, nos casos envolvendo agentes privados, a discussão acontece em torno da classificação da conduta como crime de tortura ou “apenas” maus-tratos. Assim, na Apelação Criminal nº 70027272251, houve a desclassificação da conduta, pois os desembargadores entenderam que as agressões contra a vítima, embora exageradas, a ponto de provocar lesões, tinham caráter correcional. O acusado foi denunciado pela prática de tortura-castigo contra criança, porque teria submetido o filho, de nove anos de idade, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal.

Na oportunidade, o pai, descontente com o desempenho escolar do filho, teria desferido diversos golpes com uma vara, causando lesões corporais descritas em laudo de exame de corpo de delito. Na decisão da apelação, os desembargadores entenderam comprovada a surra, com finalidade correcional, tendo o denunciado se excedido, provocando as lesões corporais; portanto, entenderam plenamente justificável o enquadramento da conduta como maus tratos:

É consabido que o limite entre a configuração da tortura e dos maus tratos é tênue, distinguindo-se ambos pelo elemento subjetivo. Se o fato é praticado para fins de correção, censura ou penalização, havendo abuso, cuida-se de maus tratos. Não ocorrendo essa finalidade, realizado o fato tão-somente para causar sofrimento na vítima, trata-se de tortura. (Apelação Criminal nº 70027272251).

No julgamento da Apelação Criminal nº 70031173347 não aconteceu a desclassificação. O acusado, pai da vítima, denunciado como incurso nas sanções do artigo primeiro, inciso II e parágrafo quarto, inciso II, da Lei nº 9.455, por tortura-castigo contra criança (sub-

meteu filho, de dez meses de idade, mediante emprego de violência, a intenso sofrimento físico, como forma de aplicar castigo pessoal) causou lesões no rosto, no pescoço e na cabeça, desferindo socos e tapas, pelo fato de ele encontrar-se chorando. O agente foi condenado e formulou pedido alternativo de desclassificação para o delito de maus-tratos, não acolhido:

Com efeito, não merece respaldo a tese defensiva, haja vista que o réu, um cidadão de aproximadamente 100 Kg, agrediu uma criança de apenas 10 meses, pelo simples fato de estar incomodado com seu choro. Ora, tal conduta não demonstra animus corrigendi ou disciplinandi. Pelo contrário, evidencia uma vontade de fazer a vítima sofrer por sadismo e ódio, tão-somente para causar sofrimento. (Apelação Criminal nº 70031173347).

No que se refere aos agentes públicos, discute-se acerca da desclassificação da conduta de tortura para abuso de autoridade. O julgamento da Apelação Criminal nº 70042421164 mostra tal situação. Dois agentes públicos foram denunciados por tortura, mas os desembargadores entenderam haver provas apenas de abuso de autoridade em relação a um dos agentes. No entanto, foi considerada substancial para condenação no que se refere ao fato incontroverso:

Com efeito, no caso em tela, ressalta evidente a prática do crime de abuso de autoridade, visto que o apelante, ao tomar a iniciativa de buscar a vítima em sua residência, executou medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais e com evidente abuso de autoridade, subsumindo-se sua conduta ao tipo penal do art. 4º, alínea “a”, da Lei nº 4.898/65. (Apelação Criminal nº 70042421164).

Não houve individualização da pena em razão da superveniência de prescrição. Verificamos, portanto, que a desclassificação pode resultar em nenhuma punição, pois o delito de abuso de autoridade prevê pena menor. Devemos atentar também para o fato de que a desclassificação da conduta do crime de tortura, no caso dos agentes públicos, significa a não aplicação de efeito secundário da pena: perda do cargo público.

Claramente, percebemos, há um tratamento mais be-

néfico, por parte das autoridades, legislativas e judiciárias, para com os agentes públicos que cometem ou são acusados de praticar crime de tortura em relação aos particulares. Assim, a legislação pátria, que parece ser mais severa que a internacional, torna-se conivente com o senso comum, facilitando ao agente público o cometimento de crimes de tortura contra “bandidos”, “vagabundos” e outras pessoas “assimiladas” pelo sistema penal. Nesse sentido, a pesquisa vai de encontro ao estudo nominado “Julgando a Tortura”:

Diante das decisões examinadas, há indícios de que o desfecho dos casos guarda relação com os autores envolvidos. As conversões das sentenças de 1ª instância para 2ª instância são relativas, pois há uma tendência em se manter as decisões de condenação de 1ª instância nos Tribunais, quando os autores são agentes privados. No entanto, não podemos afirmar isso categoricamente, pois não analisamos as particularidades de cada caso, ou seja, não tivemos acesso aos processos na íntegra e não sabemos o quanto esses casos foram investigados, tampouco a robustez de provas produzidas em cada um. Todavia, segundo as argumentações presentes nos acórdãos, a condição de agente público ou privado parece caracterizar um ponto central na análise de casos de tortura. (Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura [ACAT] et al., 2015, p. 61).

Veja-se que, na citada pesquisa, embora sem afirmação categórica, a condição do agente no crime de tortura, público ou privado, também aparece como fator determinante para sua condenação ou absolvição.

4 Conclusão

A tortura é considerada crime contra a humanidade pelos tratados e convenções do direito internacional e crime equiparado a hediondo pela lei brasileira. Embora vedada por todas elas, continua presente na realidade pátria, inclusive no Rio Grande do Sul. Devido à peculiaridade de poder ser praticada, no país, também por agentes particulares, percebemos uma situação inesperada: o interesse das agências penais parece ser maior no sentido de puni-la quando praticada por estes, esquecendo que em nível internacional a perspectiva é diversa. Assim, os dados relativos

à realidade gaúcha demonstram que o número maior de julgamentos envolve agentes privados, bem como as condenações também são superiores, proporcionalmente, para esses.

Mas será verdade que os agentes públicos torturam menos que os privados? Ou o sistema penal brasileiro, com suas especificidades, permite esse número maior de julgamentos de casos envolvendo os particulares? E a Lei de Tortura, que tipifica a conduta como crime comum, colabora para o número maior de julgamentos e condenações entre particulares, e menor entre os agentes públicos?

Nossos estudos permitem verificar que, embora os números encontrados apontem para mais casos envolvendo agentes privados, não se pode afirmar que eles torturem mais que os públicos; porém, se percebe que eles sofrem mais condenações. Esse resultado surge como consequência da ampliação do conceito de tortura pela lei brasileira e da forma como os julgadores compreendem o sistema penal e analisam as questões propostas. Entendemos que a tipificação da tortura como crime impróprio pela lei brasileira é exemplo da banalização que o conceito de tortura vem sofrendo. Peters (1985, p. 159) alerta para o risco desse esvaziamento: “Todas as pessoas podem agora ser acusadas de torturar todas as outras, por conseguinte ninguém tortura ninguém.”

A crítica dos fundamentos jurídicos das decisões mostra que nos julgamentos de casos envolvendo agentes públicos, o número de condenações é menor, pois exigem-se provas robustas para a punição. Nos julgados em que houve condenação de agentes públicos, a prova era evidente e jamais se considerou somente a palavra da vítima para condenar, apesar da compreensão de que a tortura é crime sem testemunhas.

Em contrapartida, nos julgamentos em que houve absolvição dos agentes públicos (repetimos), o fundamento jurídico preponderante foi o de insuficiência de provas para a condenação. Observamos, ainda, a especial relevância oferecida para a palavra dos agentes públicos, cujas versões são recebidas com grande credibilidade; para a das vítimas, no entanto, se atribui pouca ou nenhuma credibilidade, sendo desmerecida, o que chegou a constar, expressamen-

te, na decisão da Apelação Criminal nº 70053096020.

Isso acontece em razão das características do sistema penal brasileiro, estamental e contaminado pela seletividade penal, conivente com as chamadas “ilegalidades toleradas”, com a aplicação do chamado “direito penal subterrâneo”. Assim, os torturadores contam com a omissão e aprovação da sociedade, bem como de colegas e autoridades que hesitam em punir os agentes públicos por crimes de tortura. A isso devemos acrescentar referência à chamada “cegueira institucional”, ou seja, da participação, por omissão, de Ministério Público e corregedorias em relação à prevenção do crime de tortura.

Afinal, nos julgados envolvendo agentes privados, o número de condenações é maior e observamos flagrantes diferenças em relação à valoração das provas e à aplicação da lei. Verificamos que o rigor exigido não é o mesmo que em relação aos agentes públicos, aceitando-se provas mais frágeis como suficientes para a condenação dos particulares.

Neste sentido, a palavra da vítima, no mais das vezes, foi a principal razão para a condenação dos agentes privados. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com os agentes públicos, considera-se o entendimento doutrinário de que a tortura é um crime praticado na clandestinidade, sem testemunhas.

Observamos, em relação aos crimes praticados por agentes privados, perspectiva diversa daquela referente aos agentes públicos (nesse caso, a vítima da tortura é protegida pelo sistema). Os torturados por agentes públicos não são bem vistos, nem pela sociedade, nem pelo sistema, e poucas pessoas se importam com seus direitos. A tortura contra eles é considerada algo aceitável; com os “inocentes”, os torturados por agentes privados, acontece o contrário.

Mas a pesquisa mostra mais do que isso. A vulgarização do termo tortura, que deixa de possuir um sentido jurídico e passa a carregar um sentido moral, pautado no senso comum, contribui para o seu próprio esvaziamento. Assim, ela, violência praticada pelo Estado contra o indivíduo, termina por ser descharacterizada, significando todo ato ou circunstância cruel, mesmo que praticada entre particulares.

Logo, o resultado apresenta um maior número de condenações entre agentes privados, pela prática de violência cruel contra suas vítimas, conduta considerada tortura pela lei brasileira, e um menor número de condenações de agentes públicos. Entendemos, portanto, existir diferença na aplicação da Lei de Tortura pelo Poder Judiciário, em razão do acusado ser agente público ou privado; e, neste sentido, a pesquisa permite afirmar que a aplicação da Lei de Tortura acontece de forma seletiva, punindo mais os agentes particulares.

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

5 Referências

- Azevedo, T. P. de. (1997). Breves observações sobre a tortura. *Revista da Ajuris*, 24 (71), (pp. 224-258).
- Beccaria, C. (1999). *Dos Delitos e Das Penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Bentham, J. (2002). *Teoria das penas legais e tratado dos sofistas políticos*. São Paulo: Edijur.
- Bobbio, N. (2004). *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus.
- Brasil. Comissão Nacional da Verdade. (2014). *Relatório/Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV.
- Brasília. Superior Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 70389-SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 13 jun. 1994, DJU de 10 ago. 2001, Ement. 2038-2, (p.186).
- Brum, S. P. de. (2013). *Violência policial nas prisões em flagrante na cidade de Porto Alegre*. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre.
- Comparato, F. K. (2010). *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Foucault, M. (1999). *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 19ª ed. Petrópolis: Vozes.
- Franco, A. S. (2007). *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Hobbes, T. (2012). *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret.
- Huggins, M. (2014). Tortura em Dez Lições. In: Cardia, N.; Astolfi, R. (Org.), *Tortura na Era dos Direitos Humanos*. (pp. 41-67). São Paulo: Edusp.
- Hunt, L. (2009). *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Jesus, M. G. M. de. (2009). *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. 257 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo, São Paulo.
- Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (ACAT) et al. (2015). *Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)*. 1ª ed. Brasília. Disponível em <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>>. Acesso em 02/12/2015.
- Lemgruber, J.; Musumeci, L.; Cano, I. (2003). *Quem vigia as vigias? Um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record.
- Maia, L. M. (2006). *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil: À luz do direito internacional dos direitos humanos*. 403 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife.
- Matusiak, M. de O. (2013). *Tortura por agentes da lei e a postura do Poder Judiciário*. 61 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre.
- Misse, M. (2010). Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. *Lua Nova*, 79, (pp. 15-38).
- Monteiro, A. L. (2008). *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Nações Unidas. (2012). *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Brasília.
- Oliveira, L. (1994). *Do Nunca mais ao eterno retorno*. São Paulo: Brasiliense.
- Peters, E. (1985). *História da Tortura*. Lisboa: Teorema.
- Piovesan, F. (2011). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva.
- Possas, M. T. (2014). Os Discursos Paradoxais sobre a Tortura no Brasil: Reflexões a partir da Criação da Lei n. 9455/97. In: Cardia, N.; Astolfi, R. (Org.), *Tortura na Era dos Direitos Humanos* (pp. 437-471). São Paulo: Edusp.
- Reiner, R. (2004). *A política da polícia*. São Paulo: Editora USP.
- Shecaira, S. S. (2014). Algumas notas sobre a nova Lei de tortura (lei nº 9.455 de 7 de abril de 1997). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 54. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/74-54---Maio---1997> Acesso em: 31 jul. 2015.
- Thompson, A. (2007). *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Trindade, A. A. C. (1999). *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Verri, P. (2000). *Observações sobre a tortura*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Vidal, L. F. C. de B. (2001). Da tortura: aspectos conceituais e normativos. *Revista CEJ*, 14, (pp. 23-27).
- Zaffaroni, E. R.; Batista, N.; Alagia, A.; Slokar, A. (2011). *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do delito*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan.

Data de submissão/Submission date: 4.9.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 24.11.2015

JUSTIÇA RESTAURATIVA E RACIONALIDADE PENAL MODERNA: uma real inovação em matéria penal? // *Juliana Tonche*¹

Palavras-chave:

teorias da pena / justiça restaurativa / racionalidade penal moderna

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

Sumário

- 1 **Introdução**
- 2 **Discussão conceitual: justiça restaurativa e a racionalidade penal moderna**
- 3 **O que os dados da pesquisa realizada mostram**
- 4 **Considerações finais**
- 5 **Referências**

Resumo

O objetivo deste artigo é discutir a justiça restaurativa, considerada uma forma alternativa de administração de conflitos, a partir de um quadro teórico das teorias da pena baseado na concepção de Álvaro Pires. Procura-se demonstrar como a justiça restaurativa escapa à racionalidade penal moderna, apresentando-se como uma alternativa ao sistema de ideias que embasa o nosso atual sistema de justiça penal. O método de pesquisa utilizado é qualitativo e a pesquisa partiu do estudo de caso de programas de justiça restaurativa que funcionam no estado de São Paulo, além de entrevistas com profissionais e observação participante de círculos restaurativos que aconteceram em uma escola na cidade de São Caetano do Sul (SP). Os resultados da pesquisa demonstram que a justiça restaurativa, a despeito de seu potencial transformador, ainda tem se defrontado com dificuldades para ser efetivamente implantada. As resistências com as quais tem que lidar reportam-se desde aos operadores do direito até a população que é atendida pelos programas, que não entendem o modelo enquanto *expertise* (caso dos profissionais do Direito), ou como um benefício para os envolvidos (caso dos adolescentes e familiares participantes), ainda inscritos dentro um marco punitivo em relação à gestão de conflitos. As conclusões da pesquisa mostram que a justiça restaurativa se apresenta como inovação, tensionando o sistema de justiça penal ao propor uma nova forma de gestão dos conflitos que desvia o foco da punição para a restauração das relações afetadas pelo ocorrido, embora ainda tenha um longo caminho a percorrer para que sua *expertise* seja traduzida em práticas transformadoras.

¹ Doutora em Sociologia pela Universidade de São Paulo.

RESTORATIVE JUSTICE AND MODERN PENAL RATIONALITY: a real innovation in criminal matters? // *Juliana Tonche*

Keywords:

theories of punishment / restorative justice / modern penal rationality

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

Abstract:

This article aims to discuss restorative justice, an alternative form of conflict management, through a theoretical framework of the theories of punishment, or more specifically, the modern penal rationality, as coined by Pires (2013). The idea is to demonstrate how restorative justice escapes modern penal rationality, presenting itself as an alternative to the system of ideas that underlies our current criminal justice system. The methodology is qualitative and the research came from a case study of restorative justice programs in the state of São Paulo, as well as interviews with professionals and participant observation of restorative circles that happened at a school in the city of São Caetano do Sul (SP). The results demonstrate that restorative justice, despite its transformative potential, still has been facing difficulties to be implemented. The resistances are related to legal professionals and the population that is served by these programs that do not understand the model as expertise (case of legal professionals), or as a benefit for those involved (case of adolescents and their families), as both groups still perceive conflict management in punitive terms. The research findings show us that restorative justice can be considered as an innovation, because it pressures the criminal justice system by proposing a new form of conflict management that shifts the focus from punishment to the restoration of the relationships affected by the conflict. Despite its advantages, it still has a long way to go until this expertise could be translated into transformative practices.

1 Introdução

Este artigo tem como objetivo discutir a justiça restaurativa, que pode ser, em síntese, definida como um modelo alternativo de administração de conflitos, a partir de um quadro teórico das teorias da pena, ou, mais especificamente, da “racionalidade penal moderna”, como cunhado por Pires (2013).

Pretende-se demonstrar, ao longo do texto, como a justiça restaurativa escapa à racionalidade penal moderna, apresentando-se como uma alternativa ao sistema de ideias que embasa o nosso atual sistema de justiça penal, embora ainda enfrente dificuldades e resistências para se estabelecer.

O artigo parte de uma pesquisa de doutorado na qual foi utilizada uma metodologia qualitativa, através da realização de estudos de caso de programas de justiça restaurativa que funcionam no estado de São Paulo, além de entrevistas com profissionais e observação participante de círculos restaurativos que aconteceram em uma escola na cidade de São Caetano do Sul (SP), dos quais participavam crianças, adolescentes e seus familiares.

A cidade de São Caetano do Sul é bastante importante para aqueles que querem se dedicar a este tema, já que foi instalado ali, em 2005, um dos três projetos-piloto brasileiros de justiça restaurativa, graças ao apoio institucional e financeiro do Ministério da Justiça, via Secretaria da Reforma do Judiciário e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Iniciaram-se também programas no Núcleo Bandeirante (Distrito Federal), mais especificamente no Juizado Especial Criminal e Porto Alegre (Rio Grande do Sul), aplicado na Vara de Execuções de Medidas Socioeducativas na área da Infância e Juventude.

Em São Caetano do Sul, o programa atua na área da justiça ligada à infância e juventude em integração com o sistema público de ensino. Este programa funciona até os dias atuais, mas enfrenta dificuldades para se manter, pois, além de precisar lidar com escassos recursos materiais e financeiros, o programa baseia-se principalmente no trabalho voluntário dos facilitadores de justiça (mediadores). Entretanto, como ainda encontra eco em estratégias profissionais de seus envolvidos, o programa pode perder sua força, mas não se extingue.

Ao mesmo tempo, embora pesquisadores tenham dificuldades para acessar dados dos programas, que não são amplamente divulgados, o discurso sustentado pelos envolvidos é de muito sucesso e cada vez mais cidades do país, nas mais diversas regiões, têm demonstrado interesse em implantar novos programas de justiça restaurativa, geralmente em associação com o sistema público educacional.

Os resultados da pesquisa realizada demonstram que a justiça restaurativa, a despeito de seu potencial transformador, ainda tem se defrontado com dificuldades para ser posta em prática. Algumas das resistências com as quais tem que lidar referem-se aos próprios operadores do direito e população que é atendida pelos programas. Existe a dificuldade de não entenderem o modelo enquanto um conhecimento especializado (caso dos profissionais do direito) ou como um benefício para os próprios envolvidos (caso dos adolescentes e familiares atendidos pelos programas), ainda inscritos dentro um marco punitivo em relação à administração de conflitos.

Conforme veremos, as conclusões da pesquisa indicam que a justiça restaurativa se apresenta como inovação, tensionando o sistema de justiça penal ao propor uma nova forma de gestão de conflitos que desvia o foco da punição para a restauração das relações afetadas pelo conflito, embora ainda tenha um longo caminho a percorrer para que sua *expertise* seja traduzida em práticas transformadoras.

2 Discussão conceitual: justiça restaurativa e a racionalidade penal moderna

Neste momento do texto, em vez de iniciar a discussão definindo a justiça restaurativa, como a princípio se poderia pressupor, o artigo tem o propósito de expor como a falta de um consenso a respeito de suas definições é algo que faz parte da própria dinâmica do campo que se formou em torno desse modelo alternativo de gestão de conflitos.

Além disso, veremos a seguir como definições de justiça restaurativa que se pautam em uma dicotomia entre dois modelos diferentes de justiça (justiça restaurativa x justiça retributiva), como sustentado por

grande parte dos autores que estão dialogando neste campo, ou a partir do que ela *não é*, como proposto por Zehr (2012), mais do que ajudar no fortalecimento e disseminação do modelo, na verdade limitam sua própria potencialidade crítica e acabam por reforçar o sistema de justiça penal com o qual ele compete.

Como exemplo da falta de uma definição única do modelo restaurativo, ao mesmo tempo em que parece haver um acordo sobre a falta de um consenso em torno de sua conceituação teórica, na página eletrônica do Serviço Correcional do Canadá, que é considerado um dos expoentes em relação à justiça restaurativa, podemos encontrar o seguinte excerto:

“Enquanto não há uma única definição universal para a Justiça Restaurativa, elementos comuns são compartilhados entre aquelas que existem. Estes elementos comuns, frequentemente referidos como valores e princípios da Justiça Restaurativa, são fundamentais para garantir que os valores e princípios da Justiça Restaurativa permaneçam consistentes com a filosofia fundadora desta abordagem”².

Esta definição baseia-se sobre uma explicação circular e pouco elucidativa, pois afirma que existem valores e princípios comuns à justiça restaurativa que são fundamentais para garantir que seus valores e princípios sejam colocados em prática.

Sobre a mesma questão, Howard Zehr, que é considerado um dos nomes mais proeminentes no tema da justiça restaurativa, tendo sido aquele quem mais colaborou para sua sistematização enquanto um modelo e sua divulgação mundial, argumenta:

“Como, então, devemos definir justiça restaurativa? Embora haja um entendimento geral sobre seus contornos básicos, os profissionais do ramo

2 No original (tradução livre da autora): “While there is no single universal definition for Restorative Justice, common elements are shared between those that exist. These common elements often referred to as Restorative Justice values and principles, are fundamental to ensuring that Restorative Justice values and principles remain consistent with the founding philosophy of this approach”. <http://www.csc-scc.gc.ca/restorative-justice/003005-0007-eng.shtml> (acessado em 15/12/2014).

não conseguiram chegar a um consenso quanto a seu significado específico. Alguns de nós questionam a utilidade de uma definição, ou mesmo duvidam da sabedoria de se fixar uma tal definição. Mesmo reconhecendo a necessidade de princípios e critérios de qualidade, preocupa-nos a arrogância e a finalidade de estabelecer uma conceituação rígida”. (Zehr, 2012, p. 48)

Já o Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) a define da seguinte forma: “todo programa que se vale de processos restaurativos para atingir resultados restaurativos” (ONU, Resolução 12/2002). Também é uma definição bastante vaga, como podemos inferir do exposto.

Entre os autores parecer haver uma tendência em definir o modelo mais através de valores e princípios. Além disso, em função de muitos desses valores estarem atrelados à justiça restaurativa, como o respeito, o diálogo, processos mais inclusivos, apoio, entre outros que nos remetem às formas tradicionais pelas quais populações autóctones resolviam seus conflitos, os autores convergem no reconhecimento de que muitos dos aspectos fundadores da justiça restaurativa provieram de povos tradicionais.

Ainda sobre a variedade de conceitos ligados à justiça restaurativa, afirma-se que isso só vem a reforçar o seu caráter “flexível” e, mais ainda, indica que circunscrevê-la em conceitos pré-definidos iria contra seus princípios de informalidade, inibindo seu desenvolvimento. Outros pensam de maneira contrária e argumentam em favor de uma melhor definição do modelo e de suas práticas.

Embora não seja objetivo deste artigo se posicionar contra ou a favor de uma melhor definição para a justiça restaurativa, é relevante destacar especialmente duas formas de conceituação deste modelo que podemos encontrar na literatura a respeito do tema e que são fundamentais para demonstrar o argumento central do artigo.

A primeira delas pode ser encontrada em *Changing Lenses* (1990) de Howard Zehr. Esta é considerada uma obra chave para se compreender a justiça restaurativa; pode-se dizer, inclusive, que o trabalho do

autor na tentativa de definição do modelo moldou práticas posteriores. Neste livro, ele faz uma crítica às formas modernas da justiça criminal, já estabelecendo aquilo que vai ser um quase padrão na bibliografia sobre o tema, que é um modelo explicativo baseado em uma dicotomia entre os modelos restaurativo e retributivo.

Na mesma obra, o autor faz uma crítica ao modelo de justiça comum, pois o mesmo ignora as necessidades dos envolvidos (especialmente as da vítima), deixando-os insatisfeitos, e sugere uma abordagem alternativa, baseada tanto na recuperação de antigas práticas de mediação de conflitos de populações autóctones, quanto em textos bíblicos³.

Autores como Roche (2007) mostram como esse tipo de explicação dualista traz uma série de problemas para avanços no debate e fragiliza ambos os lados, pois desconsidera uma série de pormenores, que ficam de lado. É como se para simplificar e angariar a adesão dos leitores, o autor tivesse que realizar um reducionismo dos dois tipos de justiça que ele classifica.

A seguir, reproduz-se a tabela de Zehr neste livro citado:

<i>Lentes retributivas</i>	<i>Lentes restaurativas</i>
Crime definido como violação de regras (regras violadas)	Crime definido como dano causado a pessoas e relacionamentos (relações violadas)
Danos definidos abstratamente	Danos definidos concretamente
Crime visto como categoricamente diferente de outros danos	Crime reconhecido como relativo a outros danos e conflitos
O Estado é a vítima	Pessoas e relacionamentos são as vítimas
Estado e ofensor vistos como partes primárias	Vítima e ofensor vistos como partes primárias
Necessidades e direitos das vítimas ignorados	Necessidades e direitos das vítimas são centrais

³ Existe até mesmo no Brasil uma corrente de pensamento da justiça restaurativa conhecida por Escola do Perdão e Reconciliação (ESPERE). Para saber mais sobre o assunto ver tese de Boonen (2011), apresentada à Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, intitulada "A justiça restaurativa: um desafio para a educação".

Dimensões interpessoais irrelevantes	Dimensões interpessoais centrais
Natureza conflitiva do crime obscurecida	Natureza conflitiva do crime reconhecida
Feridas do ofensor periféricas	Feridas do ofensor importantes
Ofensa definida em termos técnicos e legais	Ofensa entendida em seu contexto: moral, social, econômico e político

*Fonte: Zehr (1990, pp. 184-185), Changing Lenses *Tradução livre da autora*

Quando o livro foi publicado, em 1990, a justiça restaurativa ainda estava dando seus primeiros passos. Havia esforços para reformar os sistemas de justiça criminal em diversos países como EUA, Inglaterra e Nova Zelândia, o que deu mais voz para aqueles diretamente afetados pelos crimes como vítimas, familiares e ofensores, que passaram a poder se expressar mais, mas esses programas funcionavam ocasionalmente e isolados uns dos outros. Mais importante ainda, faltava um forte quadro teórico para sustentar essas iniciativas. Isso mudou drasticamente ao longo da década de 1990 quando agentes públicos, comunidades e acadêmicos começaram a visitar e comparar esses novos programas e escritores como Zehr começaram a alocar as ideias em um contexto histórico e teórico (ROCHE, 2007).

Cada vez mais pessoas começaram a se referir ao novo modelo, embora a adoção do título não tenha sido imediata, como é possível observar, por exemplo, nos trabalhos de Braithwaite de 1994. Referidos autores ainda não usavam a expressão "justiça restaurativa", mas a partir da segunda metade da década de 1990 a expressão foi ganhando cada vez mais popularidade. Roche (2007) argumenta que em 2006 a designação passa a ser quase que universalmente utilizada, lembrando que, no Brasil, os programas de justiça restaurativa começaram a funcionar em 2005.

Junto com o desenvolvimento do termo, na mesma esteira vieram as dicotomias entre os dois modelos de justiça, como Zehr propôs. Aqui no Brasil essa definição da justiça restaurativa, em oposição ao modelo de justiça oficial, também ressoou. Um exemplo que mostra a adoção desta oposição entre os dois tipos são as tabelas que se encontram no livro sobre o programa de justiça restaurativa de São Caetano

do Sul, organizado pelos seus próprios fundadores e profissionais atuantes, chamado “Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania” (2008).

É muito comum nos livros que abordam o tema da justiça restaurativa, ou mesmo em eventos que se propõem a divulgá-la, serem utilizados estes tipos de quadros ou tabelas, a fim de que visualmente fiquem bem claras as diferenças entre os modelos alternativo e retributivo, similares ao quadro já transcrito de Zehr, tal como segue:

Quadro: Entendimentos do crime

<i>Justiça Tradicional</i>	<i>Justiça Restaurativa</i>
Crime definido como violação de regra	Crime definido pelo dano às pessoas e às relações
Dano definido abstratamente	Dano definido concretamente
Crime visto como categoricamente diferente de outros danos	Crime reconhecido como relacionado a outros danos e conflitos
Estado como vítima	Pessoas e relações como vítimas
Estado e ofensor vistos como partes primárias	Vítima e ofensor vistos como partes primárias
Necessidades e direitos das vítimas ignorados	Necessidades e direitos das vítimas como centrais
Dimensões interpessoais irrelevantes	Dimensões interpessoais como centrais
Natureza conflitual do crime obscurecida	Reconhecida a natureza conflitual do crime
Feridas do ofensor periféricas	Feridas do ofensor importantes
Ofensa definida em termos técnicos-jurídicos.	Ofensa entendida em seu amplo contexto: moral, social, econômico e político.

Fonte: Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania (2008).

Matthews (2006) é outro autor que também critica a dicotomia que alguns defensores da justiça restaurativa, como Zehr e Braithwaite, fizeram entre justiça restaurativa e justiça retributiva. Para este autor o problema não se resume a uma opção por um ou ou-

tro, mas é antes uma questão de gradação:

“Esta dicotomia irreal não somente negligencia as formas pelas quais a justiça restaurativa pode ser mais punitiva que processos judiciais, mas também (negligencia) como estratégias restaurativas, reparativas e compensatórias são características recorrentes do sistema de justiça criminal existente”⁴ (Matthews, 2006, p. 250).

Na esteira do argumento de Matthews, Duff também argumenta em seu artigo chamado “*Restorative punishment and punitive restoration*” (2002) que nossas respostas para os crimes deveriam buscar a restauração, ou a justiça restaurativa, mas o tipo de restauração que o malfeito criminal pede, na opinião do autor, só poderia ser totalmente alcançado através de um processo de punição retributiva. Duff acredita ter resolvido a discussão entre os defensores e os opositores da justiça restaurativa, através de seu argumento que nada mais faz do que confundir, através de um jogo de palavras, as diferentes propostas entre o modelo de justiça criminal e a justiça restaurativa, principalmente no que se referem à punição.

Dessa forma, é possível observar como este tipo de definição (dualista) abre margem para uma série de críticas direcionadas ao modelo restaurativo, que foi algo que efetivamente aconteceu após a publicação da obra de Zehr, tirando do foco as reais inovações que a justiça restaurativa traz, tais como a recuperação do papel da vítima a partir de processos decisórios mais inclusivos e a reparação e a responsabilização como possibilidades de resposta ao conflito, no lugar da punição como convencionalmente utilizada pelo sistema de justiça criminal.

Outra forma que Zehr encontrou, para driblar a dificuldade de inscrever a justiça restaurativa dentro de um quadro teórico mais “fechado”, foi definindo-a pelo que ela não é. O autor fez este exercício de definição do modelo em seu livro posterior chamado *The little book of restorative justice* (2002). É possível notar

⁴ Tradução livre da autora. No original: “*This unrealistic dichotomy not only overlooks the ways in which restorative justice can be more punitive than court processes but also how restorative, reparative and compensatory strategies are a regular feature of the existing criminal justice system*”.

entre as duas publicações do autor seu esforço para incluir nesta última obra as diversas críticas que lhe foram dirigidas a partir de sua primeira publicação.

Assim, o autor argumenta neste trabalho posterior que:

- *A JR não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação;*
- *A JR não é mediação;*
- *A JR não tem por objetivo principal reduzir a reincidência ou as ofensas em série;*
- *A JR não é um programa ou projeto específico;*
- *A JR não foi concebida para ser aplicada a ofensas comparativamente menores ou ofensores primários;*
- *A JR não é algo novo nem se originou nos Estados Unidos;*
- *A JR não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o processo penal;*
- *A JR não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento;*
- *A JR não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva. (ZEHR, 2012, p.18)*

Essas sentenças como um todo, mas em especial as que afirmam que “a justiça restaurativa não é um substituto para o processo penal”, “não é uma alternativa à prisão” e “não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva” deixam claro como a justiça restaurativa, a despeito de seu potencial transformador, não tem sido pensada como verdadeira alternativa em relação ao modelo de justiça comum.

Duas observações são importantes a partir da última assertiva do autor “*a justiça restaurativa não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva*”: a primeira delas é que esta afirmação relaciona-se diretamente com suas primeiras tentativas de definição da justiça restaurativa, presentes em sua primeira obra na qual definia a justiça restaurativa sempre em

oposição ao que ele definiu como modelo de justiça retributivo; o segundo ponto é que, como o mesmo deixa claro, a justiça restaurativa não vem sendo pensada como um modelo concorrente, destinado a substituir a forma de pensar e atuar do sistema penal de justiça.

Então, à pergunta: “Por que a justiça restaurativa ainda não consegue reconstruir completamente a teoria tradicional, nem nos permite construir uma nova teoria da intervenção penal no seu conjunto?”, poderíamos responder que o motivo reside no próprio fato de ela se apresentar dessa maneira paralela, ligada aos métodos característicos do sistema de justiça corrente. Foi, portanto, essa maneira de caracterização que limitou sua própria potencialidade crítica. Dito de outra forma, o alcance de sua crítica permanecerá comprometido se continuarmos a pensar a justiça restaurativa a partir e nos moldes do modelo do sistema de justiça penal atual.

As duas formas de conceituação da justiça restaurativa apresentadas acima, ao se basearem sobre o sistema de justiça criminal, caem na armadilha de acabarem reforçando ainda mais a centralidade deste sistema de justiça. Ao mesmo tempo, isso só vem a nos mostrar a força deste sistema, que vem acompanhado de todo um conjunto de ideias baseadas na pena, na punição como resposta ao ato infracional.

Nesse sentido, Pires (2013) argumenta que a teoria da racionalidade penal moderna está construída sobre uma observação inicial: a de que as teorias convencionais da pena (retribuição, dissuasão, denúncia e reabilitação carcerária⁵) que são sustentadas e valorizadas pelo sistema de direito criminal constituem um obstáculo cognitivo à reconstrução/inação das estruturas e processos do direito criminal, ao mesmo tempo em que não dão apoio suficiente às sanções não carcerárias ou outras sanções que não visem à

5 Embora seja importante conhecer o que estas teorias modernas da pena propõem, onde convergem e onde se afastam umas das outras, o empreendimento escapa aos limites propostos por este artigo. Para saber mais sobre o assunto recomendamos a leitura de Pires, A. P., Debuyst, Ch. et F. Digneffe, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, 2e édition, Bruxelles, De Boeck Université et Larcier, 2008, 518 p.

imposição de um sofrimento ao culpável.

Ou seja, o discurso sobre as penas está obscurecido pelas teorias modernas da pena que exercem, sobre o plano das ideias e de suas formas de legitimação, um bloqueio sobre a maneira de pensar uma reforma do direito criminal: na opinião de Pires (2013) elas eliminam a imaginação criativa dos criminalistas, impossibilitando mudanças e fazendo-os

“girar em círculo”. O autor utiliza a figura da garrafa de moscas de Wittgenstein e de Watzlawick para ilustrar esse obstáculo cognitivo⁶.

O conceito de racionalidade penal moderna refere-se, portanto, a esse sistema de ideias formado pelas teorias convencionais da pena que faz referência a um problema de evolução em matéria de direito criminal. São quatro os componentes principais da racionalidade penal moderna: direito de punir definido como obrigação de punir e crítica do perdão; valorização das penas aflictivas ou de exclusão social; a supervalorização da pena privativa de liberdade (prisão como pena de referência); e a desvalorização das sanções alternativas (GARCIA, 2013).

Dessa forma, a recorrência enunciativa da ideia da obrigação de punir forma a identidade penal do sistema de direito criminal moderno. Suas teorias sustentam que a pena deve ser aflictiva para ser uma verdadeira pena e que a sanção por reparação concernente à vítima não é uma pena (ou se porta mal como pena, com algumas exceções referentes aos conflitos considerados de baixo potencial ofensivo). Assim, dentro das representações predominantes no campo jurídico, aquilo que chamamos de punição deve sempre procurar diretamente e intencionalmente a aplicação de um sofrimento ao ofensor (PIRES, 2013).

A teoria da racionalidade penal moderna põe, portanto, em evidência os obstáculos ligados a uma

6 De acordo com Pires (2013) podemos dizer que estamos em presença de um obstáculo epistemológico (ou cognitivo) quando os hábitos profissionais ou as ideias que um sistema social julgados (ainda) apropriados, bons ou interessantes, impedem a adoção, a generalização e o estabelecimento à longo termo de novos hábitos ou ideias melhores, estruturas e práticas dentro do sistema ele mesmo.

possível reforma institucional do direito criminal moderno e suas práticas, em particular à recorrente crítica da prisão. Integra esse quadro a existência de uma enorme dificuldade para legitimar, generalizar e estabilizar sanções que não visem intencionalmente a infligir de um sofrimento ao infrator e à diminuição do recurso ao encarceramento (GARCIA, 2013).

Nesse sentido, a justiça restaurativa desempenha um papel importante. Ela propõe, de maneira diferente, outras formas de resposta ao crime que escapam a esta noção cristalizada pelas teorias modernas da pena de que devemos sempre impor um sofrimento, aceitando a reparação ou até mesmo o perdão (em alguns casos) como um fechamento para o conflito, mas ainda não consegue sair da marginalidade frente à racionalidade penal moderna.

Um exemplo da persistência da racionalidade penal moderna pode ser encontrado no caso Gladue, baseado na seção 718.2 do Código Criminal canadense, considerado por muitos a pedra angular para a construção de práticas restaurativas naquele país e que teria aberto também as portas para a criação de sentenças alternativas.

Para compreendermos o caso é preciso antes atentar para o fato de que assim como acontece com a Nova Zelândia, o desenvolvimento da justiça restaurativa no Canadá traz em si tanto a tentativa de recuperação de uma série de elementos dos meios pelos quais populações autóctones administravam seus conflitos, quanto também é pensada como uma forma de tentar reverter a situação desfavorável em que muitos destes autóctones se encontram hoje: em ambos os países os grupos autóctones estão sobre-representados nos números relativos à população encarcerada⁷.

Tendo em vista esse contexto, a seção 718.2 do Código Criminal exige que o tribunal, ao impor uma sentença, considere os seguintes princípios:

3. a obrigação, antes de considerar a privação de li-

7 Sobre isso consultar: MCINTOSH, T. (2012) Maori Sociology in New Zealand In: Global Dialogue Volume 2 Issue 3; além dos dados disponíveis no website do Serviço Correcional do Canadá: <http://www.csc-scc.gc.ca/index-eng.shtml> (acessado em 16-12-2015).

berdade, de examinar a possibilidade de sanções menos restritivas na medida em que as circunstâncias justifiquem⁸;

4. o exame de todas as sanções substitutivas aplicáveis, que sejam justificadas pelas circunstâncias, *especialmente* em relação aos delinquentes autóctones⁹.

O caso Gladue refere-se a uma jovem canadense de origem autóctone, acusada em 03 de junho de 1996 de homicídio em segundo grau. A jovem teria assassinado seu companheiro em meio a discussões por motivos de traição conjugal. O fato se deu em um momento de forte emoção pela briga entre o casal e após a acusada ter ingerido grandes doses de álcool.

Sobre a aplicabilidade da seção inscrita no código a este caso, o primeiro juiz argumentou que tanto a apelante quanto a vítima eram de origem autóctone, mas sublinhou que eles viviam em meio urbano, externamente à reserva indígena e não dentro de uma comunidade autóctone, propriamente dita. Disse ainda que de seu estatuto autóctone não resultava nenhuma circunstância particular que devesse ser levada em consideração. O juiz afirmou que se tratava de uma infração muito grave, pela qual convinha infligir uma pena de três anos de prisão com interdição de posse de armas durante dez anos.

Ou seja, a fim de aplicar a pena de prisão neste caso, o juiz chega a descaracterizar a ofensora de seu estatuto de origem autóctone, utilizando para isso o argumento questionável de que ela não habitava uma reserva indígena, e rejeitando, portanto, a recomendação da seção do código que recomenda a utilização de outras sanções substitutivas à privação de liberdade nos casos que envolvam autóctones.

Após este evento, o tribunal de justiça da Colúmbia Britânica (1997), concluiu unanimemente que o magistrado do processo cometeu um erro ao concluir que o art. 718.2 não se aplicava pelo fato de a apelan-

8 Tradução livre da autora, no original: “d) *l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient*”.

9 Tradução livre da autora, no original: “e) *l’examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones*”.

te não habitar uma reserva autóctone. O juiz Rowles (dissidente) decidiu, depois de examinar numerosos relatórios e debates parlamentares, que a situação que o artigo visava reformar era o recurso excessivo ao encarceramento de uma forma geral, e particularmente no que concerne ao número desproporcional de autóctones em situação de prisão. Em sua opinião, o artigo conclama ao reconhecimento e à melhoria da situação de discriminação sistemática em que vivem os autóctones dentro do sistema de justiça penal canadense. Destacou ainda a importância de se reconhecer e aplicar concepções diferentes de justiça e de sanções penais que façam parte da dinâmica destes grupos.

5 O que os dados da pesquisa realizada mostram

A partir de uma pesquisa qualitativa, realizada entre os anos de 2011 e 2014, foram conduzidas entrevistas com profissionais envolvidos na aplicação da justiça restaurativa no país, especialmente aqueles vinculados aos programas do estado de São Paulo, além da realização de estudo de casos de algumas destas iniciativas e da observação participante de círculos restaurativos¹⁰ em uma escola no município de São Caetano do Sul.

Os resultados da pesquisa mostram que a justiça restaurativa ainda tem se defrontado com dificuldades para ser efetivamente implantada. As resistências com as quais tem que lidar reportam-se desde aos operadores do direito até a população que é atendida pelos programas. Os agentes não entendem o modelo enquanto *expertise* (caso dos profissionais do direito) ou como um benefício para os envolvidos (caso dos adolescentes e familiares atendidos pelos programas).

Profissionais do direito ouvidos pela pesquisa relataram que vivenciam conflitos cotidianos em relação aos seus pares de profissão pelo fato de terem se envolvido com a pauta da justiça restaurativa. Sobressaem-se nesse contexto, especificamente, as divergências entre os juízes, já que foram eles que li-

10 O círculo restaurativo constitui-se no procedimento mais comum de justiça restaurativa aplicado no Brasil. Como o título sugere, os participantes ficam alocados em forma de círculo; ali, todos os presentes tem oportunidades iguais de fala, para que juntos possam chegar a soluções consensuais para o problema.

deraram as primeiras iniciativas do modelo no país, embora existam outros pontos de tensão entre diferentes segmentos profissionais da área.

A respeito desta questão, um juiz de São Paulo afirmou:

(...) nas lideranças educacionais, na pessoa que está na escola, é responsável pela implementação do projeto, tem que capacitar elas pra lidar com esse tipo de situação, e entender, é tudo né, uma piada que se faz de você, já falaram, eu sou “restaurador de dente”, quer dizer, ou vai “abraçar árvore”, daqui a pouco você “está abraçando árvore” tudo isso você tem, então como você lida com isso? Numa boa, mas pra lidar numa boa e tem que ser, quer dizer ótimo que seja numa boa, mas já é um teste pra você aí no seu projeto de vida.

Fica claro neste exemplo como a estratégia do par de desqualificar seguidamente aquele profissional envolvido com a questão (“restaurador de dente”, “está abraçando árvore”) vem no sentido de apontar como não há, na verdade, *expertise* em jogo. Essa foi uma maneira encontrada de se colocar contrariamente a pauta: questionando-a, colocando-a sob suspeita.

As chacotas entre os colegas indicam que os profissionais mais ortodoxos da profissão questionam se há *expertise* em jogo em relação à justiça restaurativa como uma forma de se oporem à pauta; é possível questionar, entretanto, em que medida isso não acaba sendo confirmado pelos próprios juízes que estão aplicando o modelo alternativo, visto que eles próprios têm delegado os casos considerados de menor potencial ofensivo para serem atendidos pelos programas. Essa postura, longe de fortalecer o modelo, só vêm a reforçar sua marginalidade em relação à justiça oficial.

Ao mesmo tempo, é importante ressaltar que esses juízes já originalmente trabalham em um ramo da justiça visto por muitos como menos prestigioso. Ali não são aplicadas as teorias convencionais da pena e desde a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o caráter pedagógico das sanções dirigidas às crianças e aos adolescentes foi reforçado, em detrimento da punição como originalmente concebida e aplicada na justiça para adultos, devido ao fato de lidarem com indivíduos ainda *em formação*. Outros

entrevistados relataram ainda que é bastante comum ouvirem comentários como “*você está passando a mão na cabeça de aluno*”, uma expressão que deixa implícita a opinião de que a prática restaurativa seria permissiva e, portanto, não serviria como resposta ao ato infracional, especialmente em relação a crianças e adolescentes em contexto escolar.

Os magistrados da área da justiça voltada às crianças e adolescentes são, portanto, duplamente marginalizados no mundo do direito. Primeiro por atuarem na área da infância e juventude, segundo por se vincularem à justiça restaurativa.

Além das entrevistas, foi realizado também trabalho de campo em alguns programas de justiça restaurativa que funcionam no estado de São Paulo, além do acompanhamento de círculos restaurativos em uma escola no município de São Caetano do Sul, que contaram com a participação de crianças e adolescentes acompanhados de seus familiares, como mencionado anteriormente.

Assim, atenção maior foi dada na pesquisa ao programa de São Caetano do Sul, já que ali foi instalado, há dez anos, um dos três projetos-piloto do modelo restaurativo. O foco deste programa é a área da infância e juventude em integração com o sistema público educacional e seus objetivos, de acordo com a bibliografia oficial, ou seja, produzida pelos próprios idealizadores do projeto, são os seguintes¹¹:

- // Atuar no âmbito do fórum realizando círculos neste espaço;
- // Fortalecer a rede de atendimento que atua sobre o jovem autor de ato infracional;
- // Evitar o encaminhamento de casos escolares para os trâmites judiciais.

Sobre a singularidade que este programa apresentaria em relação aos demais, que é o foco sobre estes conflitos escolares, o juiz articulador do programa

11 Esses dados foram retirados da literatura organizada pelos próprios idealizadores do programa: *Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. MELO, E.R.; EDNIR, M.; YAZBEK, V. C. *Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República*. Rio de Janeiro: CECIP, 2008, 192 p

em São Caetano do Sul argumentou em entrevista:

A gente tem esse levantamento que cerca de ¼ dos casos que vem pra justiça são de conflitos escolares. Então essa era uma premência local. Agora, eu não sei se tem muita expressão em outros países essa articulação entre justiça e educação, há projetos em educação e há projetos em justiça, mas essa interface eu acho que é bastante singular na justiça.

Em relação às escolas, embora grande parte das estaduais da rede pública de ensino daquele município tenha sido capacitada, apenas uma continuava praticando o modelo restaurativo até o momento de finalização da pesquisa. O bairro onde se localiza a escola é considerado um dos que apresentam maiores índices de episódios de violência na cidade, segundo o relato dos interlocutores.

Nesta escola vinham sendo realizados dois tipos diferentes de atendimentos vinculados à justiça restaurativa. Havia no local uma professora que realizava círculos com alunos do ensino fundamental e médio, para resolver problemas entre alunos, professores, ou funcionários da escola; além de três facilitadoras¹², que atendiam nesta escola, aos sábados, casos da comunidade, ou casos que até se originaram nas escolas, mas que resultaram em processos criminais e eram encaminhados para o círculo restaurativo pelo próprio magistrado ou promotor que atendia o caso.

O juiz acompanhava de perto o programa e todos os casos passavam por ele; eram resolvidos na escola casos que já vinham com sua indicação e, mesmo aqueles que se originaram na escola (sem necessariamente se constituírem enquanto matéria para processo criminal), seguiam para o Judiciário. Com a realização do acordo pós-círculo, o juiz ou promotor do caso não aplicava a pena e procedia a seu fechamento.

Depois de certo tempo, apenas não iam mais para o juiz casos de conflitos que aconteciam na escola e que envolviam apenas os alunos do ensino fundamental ou médio, geralmente crianças, e que eram

resolvidos pela própria facilitadora no local. Esta facilitadora era uma professora que não podia mais exercer sua função, tendo então começado a se dedicar somente à justiça restaurativa. Mesmo esses casos, como ela relatou, no início do programa também seguiam para o juiz – ela produzia um relatório e enviava. De acordo com o seu depoimento, isso não acontece mais, pois os registros ficam todos com ela.

Cabe acrescentar também que se uma das partes não compareceria ao círculo marcado (algo que é bastante comum, como foi possível constatar no trabalho de campo), ou se não desejavam participar, nesses casos, segundo as facilitadoras entrevistadas, o círculo não ocorria, já que as pessoas devem participar voluntariamente. Mas, se num caso enviado pelo fórum uma das partes se ausentava, como relatado em entrevista, a ausência era comunicada ao juiz que podia não mais “convidar” e sim convocar a pessoa a comparecer e participar do círculo novamente ou não, de modo que a decisão passava a ser do magistrado.

Dessa forma, ainda que o programa descrito represente uma iniciativa que transfere o ritual da administração de conflitos para uma esfera mais informal, a justiça restaurativa, nesse caso, não consegue se desvincular totalmente do sistema de justiça oficial, já que a maior parte dos casos a serem submetidos ao programa é determinada pelo juiz responsável, de maneira que as suas práticas parecem geralmente ter sua capacidade de resolver problemas circunscrita aos poderes de definição do Estado (Froestad & Shearing, 2005).

Dessa forma, embora o principal objetivo do programa analisado fosse evitar o encaminhamento de casos considerados de baixo potencial ofensivo ao Judiciário, a maior parte dos casos atendidos pelo programa já vinha do nosso sistema de justiça comum; ou seja, ainda que a população pudesse procurar espontaneamente a iniciativa, a maioria dos casos já vinha por indicação do próprio juiz ou promotor que atendia o caso, mostrando como existe ainda em nosso país uma cultura arraigada de que os conflitos só podem ser bem administrados através da sua judicialização.

Foi possível observar a existência de uma postura espe-

¹² Facilitadores de justiça é o termo utilizado por aqueles que conduzem os círculos restaurativos para se identificarem, eles são os mediadores do procedimento restaurativo.

cífica dentre aqueles que se envolviam com os conflitos escolares de incentivo à oficialização dos mesmos. Era comum ouvir que diretores de escola, policiais, médicos ou delegados encorajavam os pais dos alunos a processarem os demais envolvidos no conflito.

Iniciativas como a da justiça restaurativa ainda carecem, portanto, de legitimidade frente à população que é atendida, sem contar as resistências que muitas vezes têm que enfrentar dentre os próprios operadores do direito, que não enxergam na justiça restaurativa uma alternativa ao sistema de justiça oficial.

Os círculos restaurativos assistidos, que foram enviados pelo fórum da Vara da Infância e Juventude do município, foram atendidos aos sábados, no período da manhã ou tarde, e realizados ou na sala da biblioteca da escola, ou em uma das salas de aula da escola. Assistiu-se a círculos nesses dois lugares e ambos passam a impressão de improvisado, visto que não foram idealizados para a realização do procedimento restaurativo. Cabe sublinhar, entretanto, que em todos os casos foram respeitadas as disposições das cadeiras ou carteiras em formato de círculo. Do lado de fora, no corredor da escola, não havia cadeiras ou bancos para que as pessoas que aguardavam se sentassem.

Como vimos, existia também outro tipo de atendimento realizado nessa escola. Havia a professora que realizava círculos para resolver, em geral, questões entre os próprios alunos. Nesse caso, os procedimentos aconteceram durante a semana, no período das aulas, e referida professora atendia os envolvidos em sua própria sala, que é preparada para a realização do ritual restaurativo. Nesse local é possível observar vários cartazes alertando os alunos a respeito de *bullying*¹³ e sobre as etapas componentes do círculo.

Dos seis casos assistidos, três referiam-se à acusação de ameaça, dois eram sobre brigas (com agressões físicas) e um caso de *bullying*. Além disso, em três

¹³ *Bullying* é um termo de origem inglesa – ainda não há tradução para o português – utilizado para descrever violências físicas ou morais que geralmente ocorrem em ambientes escolares. Pode ser definido, em linhas gerais, como uma atitude agressiva e intencional dirigida repetitivamente a um indivíduo ou grupo, a partir de uma relação desigual de poder.

destes casos, ou seja, a metade dos casos assistidos, alguma das partes do conflito não compareceu ao procedimento marcado. Cabe ressaltar, portanto, que a ausência de uma das partes é algo bastante recorrente, seja por medo da repreensão, no caso de se ausentar a parte acusada, ou por realmente não darem muita importância ao modo alternativo de administração de conflitos, que é uma possibilidade bastante plausível, visto algumas posturas e falas de descaso observadas nas idas a campo.

Dos casos assistidos, foi possível notar que as facilitadoras de justiça (mediadoras) fazem constantes alusões ao modelo oficial de justiça. É possível interpretar o fato como uma estratégia empregada pelas mesmas para tentarem dar mais validade ao procedimento informal. Como essas facilitadoras, de antemão, já esperam um maior descaso da população pelo fato do programa de justiça restaurativa acontecer em um ambiente escolar e sem a presença de autoridades, desde o início ressaltam que tudo será relatado ao juiz.

Uma das principais falas, observada antes da realização dos círculos, era geralmente proferida pela facilitadora dirigindo-se ao adolescente que cometeu o ato delituoso, alertando-o de que a participação no programa era uma chance que o juiz estava oferecendo para ele resolver o conflito de uma forma menos repressiva, ao que em seguida geralmente a facilitadora emendava afirmando que caso reincidisse no ato infracional, nova chance não lhe seria dada e provavelmente teria que resolver o caso pelas vias oficiais.

Assim, o sistema de justiça comum vira uma ameaça no discurso das facilitadoras diante das partes em conflito. Não raras vezes traziam também à tona a figura da Fundação CASA, como último e talvez pior desfecho possível para o ofensor que reincidisse no delito: “*como a gente já sabe quem entra lá dificilmente se recupera, se entra lá 10% sai 100%*”

No entanto, quando a facilitadora frisa ao adolescente que o círculo restaurativo é uma chance de resolver as coisas – numa primeira vez – de forma mais branda e que num próximo conflito o procedimento será diferente, ela não marca uma ruptura com os meios oficiais de gestão do conflito, pelo contrário, o discurso ressalta a sua continuidade. Ao invés de mobilizar

o repertório da justiça restaurativa, mostrando os benefícios desta nova forma de abordar o conflito, são invocadas figuras e símbolos comuns ao modelo oficial de justiça como meio de tentar angariar a adesão dos participantes que não enxergam aquela forma de administração do conflito como legítima, ainda mais quando realizada no espaço da escola, ou seja, em um ambiente sem as formalidades já conhecidas associadas ao fórum e conduzida por mediadores que não são vistos como canais lícitos de solução de disputas quando comparados aos juízes (Tonche, 2014).

Assim, foram constatadas pela pesquisa percepções de desdém e perda de tempo entre os usuários: alguns acham muito estranho que a administração do conflito judicial seja feita no ambiente da escola, por pessoas alheias ao mundo jurídico. Há muitas ausências registradas, pessoas que não comparecem ao círculo quando chamadas, não vendo, portanto, a possibilidade de administrar o conflito a contento por essa via. Outros comparecem, porém externando sua estranheza e pouca disposição em deslocarem-se para ter que administrar *problemas tão simples*. Os pais dos adolescentes chamados tendem a considerar um exagero que os conflitos escolares entre os adolescentes, ou entre eles e os professores, transbordem os muros da escola, acabem no fórum e dali para uma terceira instância ainda, que é o círculo restaurativo (*Idem*).

Alguns dos pais com os quais a pesquisa entrou em contato entendiam, portanto, que o procedimento restaurativo, ao invés de ser uma simplificação e facilitação para a resolução do problema, é na verdade uma complicação desnecessária, pois tudo poderia ter sido resolvido dentro da escola mesmo, talvez com a participação deles. Para eles, é difícil enxergar que a justiça restaurativa seja mesmo um *benefício* para o adolescente acusado, termos nos quais os facilitadores procuram conseguir a adesão dos pais ao método.

Ao contrário de outras iniciativas, em que a população procura de forma voluntária ter acesso aos canais extraoficiais de justiça para resolver seus conflitos (como acontece no CIC, por exemplo, conforme demonstrado por Sinhoretto, 2011), no programa de justiça restaurativa em São Caetano do Sul os envolvidos são intimados a participar. Todo

embasamento teórico que fundamenta a justiça restaurativa não é mobilizado para conquistar novos participantes; de maneira diversa, os casos são selecionados de acordo com a avaliação dos profissionais do direito (Tonche, 2014).

Cabe apontar ainda que os usuários do programa percebem, portanto, que ingressaram em um modelo subalterno em relação ao modelo oficial, ainda que compareçam e participem. São comuns os comentários de indiferença em relação ao tipo de procedimento: por ser na escola, não contar com a participação do juiz, ser longe, terem que faltar de compromissos para participar, etc. Ao mesmo tempo, é preciso ter em conta que os envolvidos na aplicação do modelo ressaltam sempre os aspectos positivos proporcionados pelo programa, como se fossem constantemente impelidos a responder às críticas e ao desinteresse com que os usuários tratam inicialmente a situação do círculo restaurativo (*Idem*).

6 Considerações finais

No plano teórico, vimos que enquanto a discussão conceitual sobre a justiça restaurativa centrar-se sobre a dicotomia entre dois modelos diferentes de justiça (justiça retributiva e justiça restaurativa), ou sobre o que ela não é, como proposto por Zehr (2012), ela não consegue desvincular-se do modelo de justiça ao qual se opõe, não se apresentando, assim, como uma alternativa possível.

O fato de a justiça restaurativa ser colocada dessa maneira, paralela, ligada aos métodos característicos do sistema de justiça oficial acaba limitando sua própria potencialidade crítica. Mais do que isso, acaba, na verdade, reforçando a centralidade do sistema de justiça penal, em nada contribuindo para que a maneira de pensar a punição por esse sistema seja superada.

O mesmo acontece com as práticas que acabam por reforçar a centralidade do Judiciário, minimizando ainda mais o modelo alternativo frente à população que é atendida pelos programas. O caso se agrava se nos lembrarmos de que estas iniciativas em si já apresentam muitos pontos vulneráveis: programas a custo zero, baseados no voluntarismo dos mediadores,

pouca ou nenhuma infraestrutura, falta de financiamentos, pressão por produtividade e bons índices e sem contar com a legitimidade das instâncias oficiais.

Além disso, a própria falta de uma definição do modelo pode gerar dois efeitos imediatos: se por um lado pode aumentar seu campo de atuação, isto é, pode ampliar as suas possibilidades de utilização (dentro ou fora do Judiciário, para diferentes tipos de conflito ou públicos, em momentos diferentes do processo, etc.), pode também, por outro lado, resultar na perda de sua força crítica frente ao direito penal e à racionalidade penal moderna que o acompanha, conforme definimos anteriormente.

Vimos também como a justiça restaurativa traz um importante contraponto para o nosso sistema de justiça penal ao ter em seus horizontes de resposta ao conflito a possibilidade da utilização de outras formas de reparação que fogem à lógica punitiva do sistema de justiça criminal moderno. O desafio, entretanto, é lutar para que os rituais alternativos não sejam colonizados por marcas do nosso sistema de justiça comum, tornando-se espaços menos prestigiosos de reprodução da lógica vigente. O perigo consiste na colonização do método alternativo por práticas enraizadas nos procedimentos de justiça formais, com risco de perderem-se as inovações propostas pelo modelo restaurativo.

Assim, as conclusões da pesquisa apontam para o fato de que a justiça restaurativa se apresenta efetivamente como inovação, tensionando o sistema de justiça penal ao propor uma nova forma de gestão de conflitos que desvia o foco da punição para a restauração das relações afetadas com o conflito, mas ainda tem um longo caminho a percorrer para que sua *expertise* seja traduzida em práticas transformadoras.

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

7 Referências

- Braithwaite, J; Makkai, T. (1994, Agosto). Reintegrative shaming and compliance with regulatory standards. *Criminology*, 32(3), 361–385.
- Duff, A. (2002). Restorative Punishment and Punitive Restoration In: Walgrave, L. (Ed.), *Restorative Justice and the Law*. Devon, UK: Willan Publishing, 82-100.
- Froestad, J & Shearing, C. (2005). Prática da Justiça – O modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: Slakmon (Org.) et al, *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 79-123.
- Garcia, M. (2013). La théorie de la rationalité pénale moderne: un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel. In: Dubé, Garcia & Machado (Orgs.), *La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa,.
- Matthews, R. (2006). Reintegrative shaming and restorative justice: reconciliation or divorce? In: Aertson, I., Daems, T. & Robert, L. (Eds.), *Institutionalizing Restorative Justice*. UK: Willan Publishing.
- Melo, E.R., Ednir, M. & Yazbek, V. C. (2008). *Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Rio de Janeiro: CECIP.
- Pires, A. (2013). Postface. In: Dubé; Garcia & Machado (Orgs), *La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- Organização das Nações Unidas. *Resolução nº 12/2002*. Recuperado em 23 de dezembro de 2015, de: www.onu.org.br.
- Roche, D. (2007). Retribution and restorative justice. In: Van Ness, D. W. (Ed.), *Handbook of restorative justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 75-90.
- Sinhoretto, J. (2011). *A justiça perto do povo*. Reforma e gestão de conflitos. São Paulo: Alameda, (1), 438.
- Tonche, J. (2014). Entre práticas e discursos: a utilização da justiça restaurativa na resolução de conflitos escolares envolvendo crianças, adolescentes e seus familiares em São Caetano do Sul SP. *Revis- ta Estudos de Sociologia*. 19(36).
- Zehr, H. (1990). *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale, PA: Herald Press.
- Zehr, H. (2002). *The Little Book of Restorative Justice*. Intercourse, PA: Good Books.
- Zehr, H. (2012). *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena.

Data de submissão/Submission date: 13.08.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 01.12.2015

DANOS CONTRA O PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL E SEUS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE TUTELA: estudo de caso a partir de uma ação civil pública // *Jorge Luiz Oliveira dos Santos¹ e Sandra Regina Alves Teixeira²*

Palavras-chave:

ação civil pública / dano ambiental / crimes contra o ordenamento urbano / patrimônio histórico e cultural

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

Sumário:

- 1 **À guisa de introdução**
- 2 **Contextualização temática: Ação Civil Pública e Ministério Público Federal**
- 3 **Meio ambiente e patrimônio histórico e cultural: conceitos e significados**
- 4 **Crimes contra o ordenamento urbano: interfaces temáticas dos tipos penais e análises jurisprudenciais**
- 5 **(In)conclusivas considerações**
- 6 **Referências**

Resumo

O trabalho realiza estudo sobre danos ambientais e crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio histórico cultural na cidade de Belém do Pará. A análise se dá a partir do estudo de caso de uma Ação Civil Pública em relação à edificação histórica e comercial conhecida como “O Portuga”, que foi alvo de danos ocasionados ao meio ambiente urbano referente ao patrimônio histórico e cultural no bairro Batista Campos, que abriga conjunto de edificações remanescentes, cujas características arquitetônicas, artísticas e decorativas denunciam a memória de um período de efervescência cultural da cidade. Focalizam-se os efetivos e possíveis prejuízos causados no referido prédio tombado, assim como a reparação civil dos danos ambientais, como dano jurídico coletivo onde existe dever moral coletivo indenizatório. Analisa-se, de forma pontual, a atuação do Parquet como legitimado a propor a Ação Civil Pública vislumbrando a salvaguarda dos direitos difusos atinentes ao meio ambiente cultural. Têm-se como referência central alguns instrumentos normativos de tutela ambiental e demais legislações (Constitucional, Civil, Ambiental, Penal), todas legitimadas em tutelar os direitos transindividuais e interesses difusos, coletivos e homogêneos, em que está inserido o meio ambiente histórico e cultural.

1 Doutor em Ciências Sociais (Antropologia) pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais (PPGCS) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Antropologia pelo Departamento de Antropologia (DEAN) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Atualmente exerce atividade docente, como Professor Titular Pós-Stricto Senso I, na Universidade da Amazônia (UNAMA). Contato: jorgeluz_dossantos@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito Fundamentais (UNAMA). Bacharela em Direito (UNAMA). Licenciada e Bacharela em História (UFPA). Docente Colaboradora e Pesquisadora UFOPA/PARFOR. Contato: sandra.educacao@hotmail.com.

DAMAGE AGAINST THE HISTORICAL AND CULTURAL HERITAGE AND THEIR NORMATIVE INSTRUMENTS OF PROTECTION: case

study from a class action // *Jorge Luiz Oliveira dos Santos and Sandra*

Regina Alves Teixeira

Keywords:

class action (ação civil pública) / environmental damage / crimes against urban planning / historical and cultural heritage

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

Abstract

This paper is a study on the environmental damage and the crimes against the urban heritage and cultural history in the city of Belém. This is a case study about a Class Action (Ação Civil Pública) concerning the historic and commercial building known as “O Portuga”, which has been the target of damages to the urban environment in the historical and cultural heritage district of Batista Campos. This district houses a set of enduring historical buildings, whose architectural, artistic and decorative characteristics reveal the memory from a period of prominent historical importance of this city. The study focuses on the effective and possible damages to this historical landmark building, as well as the need to provide remedy for the environmental damage, as well as the duty to provide reparation for the collective damages. It also presents a prompt analysis of the Parquet’s role as the legitimate party to propose this Class Action in order to safeguard the collective right to the cultural environment. The main benchmark used here are environmental protection statutes and other legislations (Constitutional, Civil, Environmental, Criminal) that aim to safeguard the *transindividual*, collective and homogeneous interests, in which the historic and cultural environment is embedded in.

1 À guisa de introdução

Busca-se neste trabalho realizar uma análise reflexivo-crítica sobre danos ambientais e crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (art. 62 e 63 da Lei 9.605/98), na cidade de Belém do Pará. Sua contextualização ocorre através do estudo de caso de uma Ação Civil Pública, de rito ordinário, com Pedido de Tutela Antecipada, através de liminar intitulada “O Portuga” (estabelecimento comercial), com a finalidade de salvaguarda dos direitos difusos e do patrimônio histórico, artístico e cultural, contra o proprietário do imóvel, constituindo em reparação civil dos danos contra o meio ambiente urbano e urbanístico (patrimônio histórico e cultural) da maior área do conjunto arquitetônico do Bairro de Batista Campos, local central de referência arquitetônica e cultural do município de Belém do Pará.

O escopo central da pesquisa é focalizar, nas interfaces temáticas dos estudos doutrinários sobre meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, o papel do instituto jurídico da mencionada Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei Federal 7.347/85, como tutela jurisdicional para melhor salvaguarda do meio ambiente cultural em virtude dos efetivos prejuízos/destruição causados no prédio histórico (tombado).

Destaca-se de forma central, também, uma reflexão doutrinária e positivada a cerca da atuação dos heterogêneos instrumentos legais de proteção do patrimônio histórico e cultural, assim como busca-se interpretar, a partir da norma e da jurisprudência, os danos ambientais e crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio histórico e cultural fundamentado através da Legislação Federal 9.605/98, intitulada de “Crimes Ambientais”.

É necessário evidenciar que este texto não representa algo definitivo e, sim, uma produção inicial e em construção, como todo conhecimento científico, proporcionando novas possibilidades de análises e problematizações para compreensão das abordagens teórico-jurídicas referentes à tutela jurisdicional, constitucional e penal presentes no hodierno mundo do Direito Ambiental Urbano e Urbanístico.

2 Contextualização temática: Ação Civil Pública e Ministério Público Federal

No dia 30 de dezembro de 2014, foi publicada no site do Ministério Público Federal (MPF)³ matéria intitulada “Justiça interdita estacionamento para evitar danos a Patrimônio Histórico em Belém”, esclarecendo:

Tombado pelo Iphan, imóvel vizinho corre risco de desmoronamento.

A Justiça Federal determinou a suspensão do funcionamento de um estacionamento no bairro da Cidade Velha, em Belém, para evitar o desabamento de um imóvel vizinho tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan). A decisão, do juiz federal Antonio Carlos Almeida Campelo, foi assinada no último dia 23 e é baseada em ação do Ministério Público Federal (MPF).

Segundo a ação, perícia do Instituto de Criminalística do Centro de Perícias Científicas Renato Chaves indicou que o risco de desmoronamento do imóvel nº 236 na Travessa Capitão Pedro Albuquerque foi provocado por uma obra realizada no estacionamento vizinho, e esse risco pode ser agravado caso as atividades do estacionamento continuem enquanto não forem tomadas medidas para recuperação do imóvel danificado.

O juiz federal determinou que o proprietário do estacionamento está impedido de realizar qualquer nova obra no local e que deve apresentar, dentro de 30 dias, projeto de engenharia para a recuperação das estruturas abaladas.

Após a aprovação do projeto pelo Iphan, a recuperação das estruturas tem que ser concluída dentro de um mês. Caso descumpra a decisão judicial, o proprietário do estacionamento fica sujeito a multa de R\$ 500 por dia de desobediência à Justiça.

No dia 26 de janeiro de 2015, o Jornal Diário Online⁴ publica a matéria “Casarão vira alvo de Ação Pública no M.P”, com a seguinte informação:

3 Cf. <www.prpa.mpf.mp.br>.

4 Cf. <www.diarioonline.com.br>.

No dia 15, a Associação de Amigos do Patrimônio de Belém (ASAPAM) protocolou no Ministério Público do Estado (MPE), por meio da Promotoria de Patrimônio Cultural, denúncia de uma possível demolição do prédio que abrigava o antigo colégio Pequeno Príncipe, localizado na Avenida Magalhães Barata.

O prédio, que não é tombado como patrimônio cultural, mas é classificado como bem de interesse à preservação por ser um imóvel representativo, está sob proteção estadual pela lei do patrimônio, já que o casarão fica próximo a dois imóveis que já são tombados: o Parque da Residência e o Palacete Passarinho, que fica ao lado do parque.

Segundo a presidente da Associação de Amigos do Patrimônio de Belém, Nádia Eliane Cortez Brasil, o prédio está abandonado há bastante tempo. E, por ser de responsabilidade da Secretaria de Cultura do Estado do Pará (SECULT), o imóvel só pode ser modificado ou demolido com a autorização da secretaria, que de acordo com Nádia, ainda não se manifestou sobre o assunto.

As portas e o telhado do casarão já fora retirados. A ida ao MPE para acionar a SECULT ainda pode resultar em ação contra o proprietário, caso ele não tenha autorização para derrubar o imóvel.

“O MPE vai responsabilizar alguém. Ouvi dizer que querem derrubar para fazer um estacionamento. Estamos perdendo todo o nosso patrimônio”, lamentou Nádia.

Em relação aos danos ambientais vivenciados nas edificações de caráter cultural da cidade de Belém, desde a década de 80 e 90, a imprensa regional divulga, cotidianamente, matérias comentando crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural, comprovando a inadvertência, o desprezo e os danos contra o patrimônio histórico e cultural, tombado ou não, em vários bairros da cidade.

Entre os inúmeros institutos normativos do Direito, existentes no Ministério Público Estadual do Pará, destaca-se que no dia 25 de setembro 2012 foi proposta uma Ação Civil Pública de rito ordinário e com

Pedido de Tutela Antecipada em face de José Edmundo da Silva Guerreiro, CIC/CGC 032057622-15, brasileiro, estado civil ignorado, comerciante, proprietário do imóvel situado na Rua dos Mundurucus n. 1490, Bairro Batista Campos, na cidade de Belém, pelos motivos de fato e de direito abaixo mencionado, segundo constam no referido documento jurídico:

Em 24 de janeiro de 2001, a Secretaria de Cultura do Estado do Pará (SECULT) oficiou ao Ministério Público Estadual, informando resumidamente, o seguinte:

Que o imóvel situado na Rua dos Mundurucus, n. 1490, é tombado pelo Departamento de Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural – DPHAC, conforme publicado no Diário Oficial do Estado de 21/01/98.

Que o referido imóvel tem proteção especial, nos termos da Lei Estadual n. 5.629/90;

Que o imóvel vinha sofrendo seguidas intervenções, sem prévia autorização daquele DPHAC, solicitando que fossem tomadas as providências cabíveis que o caso requer. (ACP, 2012).

Conforme os fatos elencados acima, a 2ª Promotoria do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural de Belém instaurou o Procedimento Administrativo Preparatório de nº 038/2001, que acompanhou a petição, com o escopo de apurar a responsabilidade civil do proprietário do bem, com a finalidade de aplicar a Lei Federal 7.347/85 pelo eventual dano ao patrimônio cultural.

A Ação Civil Pública informou que o Departamento de Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural (DPHAC) é o órgão competente, no âmbito do Estado do Pará, para a preservação e proteção do patrimônio histórico, artístico, natural e cultural, conforme a Legislação Estadual 5.629/90. Da mesma forma, a Ação Civil Pública informou que o DPAHC, em nível estadual, possui o registro de tombamento relativo aos bens imóveis de valor artístico, arquitetônico, urbanístico e paisagístico, sendo responsável pela preservação, proteção, tombamento e fiscalização ou execução de obras e serviços relativos aos bens registrados nos tombos.

Destaca-se que o artigo 20 da Lei 5.629/90 dispõe que

o bem só poderá ser reparado, pintado, restaurado ou sofrer qualquer forma de intervenção com prévia autorização do DPHAC, que tem o papel de prestar orientação e acompanhamento a obra ou serviço, o que também ocorre com o imóvel de tombamento.

Neste sentido, a Ação Civil Pública constata que na data de 17 de julho de 1997 o réu, proprietário do imóvel, foi notificado pelo setor de fiscalização da SECULT, em virtude de ter iniciado uma obra sem a aprovação do projeto pelo DPHAC, considerando que o imóvel estava localizado em área de preservação do entorno de bem tombado (Praça Batista Campos).

O documento informa que na data de 21 de janeiro de 1998, através de regular Processo Administrativo, o DPHAC procedeu ao tombamento do imóvel. O imóvel tombado em questão é concernente à história e memória do Estado do Pará e do Município de Belém, pois é parte integrante de um conjunto de edificações remanescentes, cujas características arquitetônicas, artísticas e decorativas denunciam a memória de um período de proeminente importância histórica e cultural da cidade. Segundo informações, discurtidas na Ação Civil Pública, identificam-se no prédio as seguintes características arquitetônicas:

Trata-se de um prédio originalmente residencial, provavelmente datado do primeiro quarto deste século, de linhas ecléticas e com certa influência do “artnouveau” em sua concepção decorativa.

Implantado no alinhamento do lote, tanto pela Rua dos Mundurucus, quanto pela Trav. Apinagés, fazendo um chanfro no cruzamento de ambas as vias.

O imóvel possui uma edificação de interesse à preservação, face às suas características arquitetônicas, típicas de Ecletismo, que predominaram nos prédios residenciais e públicos, em Belém e outras capitais brasileiras, no final do século XIX e início do século XX. Estas características evidenciam-se, no caso do imóvel em questão, pela tipologia construtiva (casa de porão alto), alinhamento (ocupação de toda a área do terreno, remanescente do período colonial), a platibanda guarnecida por cornijas ao longo de toda a linha de cobertura, e ornada com pinhas e frontão, a modinatura das janelas e a

presença de óculos no porão, entre outras.

Integra um conjunto arquitetônico formado por 4 (quatro) imóveis geminados, pela Rua dos Mundurucus, todos com as mesmas linhas 4 arquitetônicas, um exemplar típico da arquitetura produzida pelas classes abastadas da sociedade brasileira, fruto do enriquecimento ocorrido no período do “boom” da borracha na Amazônia e decorrente da influência neoclássica que predominou nas construções mais refinadas das principais cidades brasileiras, durante o século XIX, até as primeiras décadas do século XX. (ACP, 2012).

Diante do fato de o proprietário intervir na estrutura arquitetônica do prédio promovendo significativas alterações, o DPHAC emitiu Notificação de Fiscalização, em 05 de junho de 1998, ao proprietário do mesmo, para comparecimento àquele órgão, no prazo de 72 horas, a fim de receber orientação e tomar providências relativas às obrigações legais decorrentes da situação jurídica do bem. No que se refere à recusa do proprietário do imóvel em questão em submeter-se às obrigações supracitadas, o DPHAC tomou uma série de medidas administrativas, objetivando o seu cumprimento, culminando em Embargo Extrajudicial da obra pelo Órgão Estadual.

Em 21 de novembro de 2011, com o objetivo de dar andamento ao procedimento, o proprietário do imóvel foi notificado a prestar declarações na Promotoria de Meio Ambiente e Patrimônio, onde compareceu e declarou o seguinte:

Que é proprietário do Imóvel desde o ano de 1991, o adquirindo mediante compra; Que o imóvel corria risco de desabamento; Que o referido imóvel ainda não era bem tombado, e pelo fato de serem necessárias reformas para preservação do bem, o proprietário solicitou à Prefeitura de Belém a autorização para que realizasse as referidas obras no imóvel e que, só neste momento, com interesse de inviabilizar as obras e impedir que ali fossem realizadas atividades comerciais, o DPHAC resolveu tomar o bem. (ACP, 2012).

Neste sentido, a Ação Civil Pública indica que o DPHAC, em contraditório, informou na data de 09 de

março de 2012 que já havia tido contato com o proprietário do bem em 11 de julho de 1997, relatando que as obras eram irregulares e que, mesmo assim, ele continuou a realizá-las sem anuência daquele Departamento. Informou, ainda, que antes mesmo de entrar em processo de tombamento, na data de 18 de agosto de 1997, o imóvel já estava protegido, por ser de interesse à preservação e por se encontrar em área de entorno de outro bem, qual seja, a Praça Batista Campos.

Segundo a Ação Civil Pública, o fato criminoso, conforme o art. 62, da Lei 9.605/98, chegou ao conhecimento do DEPHAC no ano de 1997, ocasião em que técnicos daquele órgão compareceram ao local e constataram que o imóvel vinha sendo descaracterizado. A Ação Civil Pública defende que quando o antigo proprietário do imóvel alienou o referido bem em favor do demandado, no ano de 1991, a propriedade já estava protegida pelo DPHAC, mesmo antes de entrar em processo de tombamento, por estar localizada em área de entorno de bem tombado, ou seja, na Praça Batista Campos; logo, o ato administrativo que declarou o valor histórico do imóvel já estava produzindo todos os seus efeitos legais, com eficácia *erga omnes*.

Neste sentido, é relevante ressaltar que o imóvel em destaque na Ação Civil Pública foi tombado no final da década de 90 através de regular processo administrativo. O DPHAC procedeu ao tombamento do imóvel, conforme publicado no Diário Oficial, inscrevendo-o no livro de tombo de n.º 3, em área tombada situada no bairro de Batista Campos com uma consideração valorosa do ponto de vista estético, histórico e cultural; ou seja, com um sentido interpretativo para as gerações passadas, presentes e futuras, consoante expressa respectivamente os art. 5º e 6º da Carta de Veneza:

Art. 5º- A conservação dos monumentos é sempre favorecida por sua destinação a uma função útil à sociedade; tal destinação é, portanto, desejável, mas não pode nem deve ser alterada a disposição ou decoração dos edifícios. É somente dentro destes limites que se deve conceber e se pode autorizar as modificações exigidas pela evolução dos usos e costumes.

Art. 6º- A conservação de um monumento implica

a preservação de um esquema em sua escala. Enquanto subsistir, o esquema tradicional será conservado, e toda construção nova, toda destruição e toda modificação que poderiam alterar as relações de volumes e de cores serão proibidas. (Carta de Veneza, 1964).

A Ação Civil Pública fundamentou sua análise a partir das considerações do doutrinador Moreira Neto (2014), que ao interpretar o instituto jurídico tombamento expressa:

O tombamento é uma intervenção ordenadora concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico. (p. 10).

Dessa forma, a falta de preservação proporciona lesões irremediáveis ao imóvel em menoscabo à memória histórica da sociedade belenense, uma vez que o referido prédio foi tombado, conforme excerto no documento:

O Dec. Lei Federal n. 25, de 30/11/37, em seu artigo 5º, permite alargar a conceituação acima expendida, abrangendo os bens pertencentes à União, os Estados e aos Municípios.

A proteção do patrimônio cultural inclui a vizinhança da coisa tombada. Procurou-se disciplinar, também, as áreas de entorno relativas às coisas tombadas, como é o caso dos autos, no seu início, uma vez que, posteriormente, o próprio bem foi tombado.

Denominando como “área de entorno” e, tendo em vista o decidido pelo DPHAC, ficou explícita a área de proteção do bem tombado. Quando um imóvel é tombado não se pode fazer nenhuma construção nova em suas imediações, nenhuma demolição, nenhuma transformação ou modificação de natureza a afetar o seu aspecto, sem autorização prévia.

Em torno dos monumentos históricos, pode ser estabelecida uma zona de proteção, constituindo-se a zona a proteger, com a indicação das prescrições

a serem impostas para assegurar essa proteção. (ACP, 2012).

A salvaguarda do referido patrimônio histórico é determinada pela conservação do entorno visual, consentâneo como fato valioso para a sustentação do imóvel, no que se refere a sua estrutura, tendo a incumbência de não permitir a inserção de elementos estranhos que degradem a sua observação. Nesse sentido, esses bens deveriam, mesmo que sujeitos à tutela, ter uma manutenção com ardor e esmero, sendo ausente na conduta do réu, conforme detalha a Ação Civil Pública em estudo.

Sobre o tombamento e suas limitações legais, a Ação Civil Pública é fundamentada nos art. 17 e art. 18, respectivamente, do Decreto Lei de n.º 25 de 30/11/1937, que preveem:

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar objeto impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto. (Brasil, 1937).

Neste sentido, o 2º Promotor de Justiça de Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Habitação e Urbanismo de Belém, Nilton Gurjão das Chagas, além de avaliar as normas constitucionais sobre a tutela do meio ambiente cultural, para melhor salvaguarda do mesmo, também fundamenta a referida Ação Civil Pública no art. 225, § 3º, da Constituição Federal (CF/88), combinado com o art. 14, § 1º, da Lei Federal 6.938/81 (Polí-

tica Nacional do Meio Ambiente), consubstanciando a responsabilidade civil que considerou a reparação civil dos danos ambientais, culturais, e em conformidade com o parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, que firma a responsabilidade objetiva (sem demonstração de culpa) a ser pespegada ao réu, solidariamente, a fim de promover a reparação civil dos danos ambientais.

No que se refere à responsabilidade objetiva por danos, fundamentada na Ação Civil Pública em estudo, do ponto de vista doutrinário, têm-se os seguintes requisitos:

O réu na ação civil pública tem responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente; por isso mesmo o autor não precisa demonstrar culpa ou dolo na sua conduta basta evidenciar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão lesiva ao bem protegido no processo.

(...) a defesa do réu na ação civil pública é restrita à demonstração de que: a) não é o responsável pelo ato ou fato arguido de lesivo ao meio ambiente; ou b) não houve a ocorrência impugnada; ou c) a ocorrência não é lesiva ao meio ambiente e sua conduta está autorizada por lei e licenciada pela autoridade competente inútil será a alegação de inexistência de culpa ou dolo, porque a responsabilidade do réu é objetiva. (Meirelles, 2005, pp. 192-193).

Diante disso, em relação à prova inequívoca do dano cultural e à verossimilhança da alegação, a fundamentação jurídica utilizada foi o art. 273 do Código de Processo Civil (CPC), requisito legalmente exigido para a tutela antecipada, constatando que indubitavelmente o réu, com indícios de autoria, praticou violação contra o patrimônio histórico e cultural tombado, sem aprovação das autoridades responsáveis pela preservação do mesmo. Considerou-se também, o perigo de potencial dano irreversível pespegado ao entorno do bem tombado e à coletividade paraense, em vista de sua importância à identidade cultural da região, fundamentando a necessidade de tutela antecipada, nos termos do art. 273, inciso I, do CPC. Desta maneira, a Ação Civil Pública solicitou:

A necessidade de concessão de tutela antecipada,

nos termos do art. 273, I, CPC, para determinar ao réu, em prazo razoável, que proceda a restauração do imóvel, como forma de promover a melhoria da conservação daquela área, bem como forma de compensar o dano irreversível que afligiu ao patrimônio histórico da capital paraense, tudo sob a supervisão e fiscalização do DPHAC. (ACP, 2012).

Destarte, positivado nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, atinente à necessidade de reparação do dano ambiental cultural, o instituto jurídico em questão ajuizou: 1 – dano jurídico coletivo, que consiste em um dever moral coletivo indenizatório; 2 – direito constitucional, líquido e certo, com preservação cultural previsto no art. 219 da CF/88, e o art.1º, inciso III, da Lei de Ação Civil Pública; 3 – dano moral coletivo visto que oriundo de violação a direito difuso, também presente no art. 944 do vigente Código Civil. Além disso, corroborou os moldes do art. 12 da Lei 7.347/85, e do art. 273, § 7º, do CPC, e igualmente o entendimento jurisprudencial adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), favorável ao bloqueio cautelar de bens, aplicado à Lei 7.347/85, conforme expostas abaixo:

A liminar aqui requerida tem como fundamento a promoção da conservação do bem cultural, sob pena de difícil reparação. Ocorrentes, portanto os pressupostos da medida liminar pleiteada requer que sejam bloqueados bens do réu, em valor mínimo de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos mil reais). (ACP, 2012).

Diante do dano ambiental presente no patrimônio histórico tombado, no dia 25 de setembro de 2012, o 2º Promotor de Justiça e Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Habitação e Urbanismo em Belém, Nilton Gurjão das Chagas, requereu os seguintes pedidos na Ação Civil Pública:

1) - Concessão de Tutela Antecipada, in limini litis, nos termos do Art 273, do CPC, no sentido do réu:

1.1 - Se abster de realizar qualquer intervenção / reforma no imóvel, objeto da presente ação, quer total ou parcial, que altere sua fachada e interiores, sem a devida autorização dos Órgãos Competentes (DPHAC, FUMBEL, SEURB etc.) subsistindo essa obri-

gação de não fazer até final decisão desse Juízo;

1.2 - Deferida a tutela e a fim de se verificar eventual futura desobediência à determinação judicial, Requer o Ministério Público que, desde já, seja constatada a situação atual do imóvel, por intermédio do DPHAC/SECULT, que deverá ser intimado para que proceda a vistoria;

1.3 - O descumprimento da obrigação de não fazer implicará na cominação de multa diária, arbitrada no valor correspondente a 200 UFPEPA (Unidade Fiscal do Estado do Pará), na forma dos arts. 119, II e 122, § 4º, da Lei estadual nº 5.629/95, sendo seu recolhimento destinado ao Fundo Estadual do Meio Ambiente, na forma do art. 148, V, da Lei supracitada;

1.4 - Cumprir a obrigação de fazer consistente na execução das restaurações, reparos e demais obras necessárias à manutenção e conservação do referido bem imóvel, para que o mesmo seja recolocado em seu primitivo estado, tal qual se encontrava antes de iniciadas as obras de reforma, independentemente dos motivos que a provocaram concedendo-lhe o prazo de um ano para a conclusão dos serviços, com todas as despesas correndo às suas expensas devendo apresentar projeto de restauro (completo e detalhado) ao DPHAC/SECULT, no prazo de 30 dias contados a partir da intimação da decisão, para análise e aprovação por parte daquele órgão e, uma vez aprovado o projeto, deverá a obra se iniciar em 20 dias, sem prejuízo da intervenção judicial na propriedade, para permitir a execução específica por interventor nomeado, se necessário, sob pena de pagamento de multa diária, no valor de 5.000,00 (cinco mil reais) em caso de atraso no cumprimento da decisão, como pagamento de indenização pelos danos materiais decorrentes da descaracterização do imóvel;

1.5 - Em se constatando a impossibilidade de recuperação da obra arquitetônica na sua forma original, e ainda como forma de indenização por perdas e danos materiais, que postula o Ministério Público a reforma integral de um dos imóveis da lista do livro de Tombo Estadual que deverá ser escolhido pelo Réu uma vez não exercida essa faculdade caberá indicação pelo Estado do Pará, por meio do DPHAC/SECULT;

2) - A condenação dos réus, em solidariedade passiva, ao pagamento de indenização pecuniária pelos, “danos morais coletivos” decorrentes da demolição dos imóveis, no valor R\$ 100.00,00 (cem mil reais), que deverá reverter ao Fundo Estadual de Cultura.

3) - Concessão de medida cautelar de bloqueio de bens dos réus em valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais).

4) - A decretação da “inversão do ônus da prova” em desfavor dos réus, em razão da aplicação da sistemática do “Processo Coletivo” e da “responsabilidade civil objetiva”.

5) - O deferimento de todos os meios de prova em direitos admitidos, em especial a prova documental, o depoimento pessoal dos réus, a oitiva de testemunhas, a realização de perícia judicial e a juntada de outros documentos, afim de se garantir a perfeita elucidação da questão;

6) - Ao final, REQUER A TOTAL PROCEDÊNCIA DA DEMANDA, ratificando-se em todos os termos a “tutela antecipada” (obrigação de fazer) e a condenação pecuniária (indenização por danos “morais coletivos”), para fins de justiça e direito;

7) - A citação do réu para contestar a demanda, sob pena de revelia e confissão quanto a matéria fática.

8) - Não havendo a condenação em custas e honorários advocatícios (art. 18 LACP), dá-se á causa o valor de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais, para os fins do art. 258 CPC. (ACP, 2012).

Contudo, para o estudo de caso da Ação Civil Pública reportada acima, a lição de Rodrigues (2011) revela uma inquietação em relação à vivência de uma democracia participativa e, a par da invocação constitucional ao pluralismo na autenticação da Ação Civil Pública, sugere o fato de a mesma não ter encantado os entes políticos, que com poucas exceções vêm atravessando ao extenso desse poder-dever que lhes vem perpetrado, compreendido na legislação infraconstitucional. Com base nesse autor, entende-

-se por que, nessas circunstâncias, venha o Ministério Público avocar a maioria absoluta das iniciativas nesse terreno.

Portanto, de acordo com Vasconcelos (2015), no que diz respeito ao papel do Ministério Público, ao fazer uma análise dos artigos 127 e 225 da CF/88, os quais detêm o resguardo do meio ambiente natural, artificial e cultural, está inscrita entre as prerrogativas do Parquet a responsabilidade do mesmo como curador ambiental, para promover a instituição do inquérito, Ação Civil Pública, Ação Penal, ou de qualquer outro processo administrativo possível, pois tendo conhecimento de alguma conduta que envolva o aniquilamento do patrimônio histórico e cultural, deve-se garantir a responsabilização civil e penal.

3 Meio ambiente e patrimônio histórico e cultural: conceitos e significados

Ao analisarmos a Ação Civil Pública como um instrumento normativo à tutela do patrimônio histórico e cultural, a mesma se fundamenta na CF/88 que define juridicamente o meio ambiente como (normatizado no art. 3º, I, da Lei Federal 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente) “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Neste sentido, ao compendiar sobre a reunião dos elementos naturais, artificiais e culturais, o meio ambiente é compreendido como:

a) como meio ambiente natural, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, enfim, a biosfera; b) como meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio artístico, turístico e paisagístico; c) como meio ambiente artificial, formado pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e pelos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, enfim todos os assentamentos de reflexos urbanos; e d) como meio ambiente do trabalho, “local onde o trabalhador desenvolve a sua atividade profissional” formado não apenas pelo “espaço físico” determinado (por exemplo, o espaço geográfico ocupado por uma indústria), aquilo que denominamos de

estabelecimento, mas a conjugação do elemento espacial com a ação laboral. (Benjamin & Figueredo, 2011, p. 62).

Destarte, deve-se focar na prescrição legal constitucional basilar, nos artigos 215 e 216 da CF/88, prevendo que o meio ambiente cultural integra o patrimônio cultural, turístico, arqueológico, científico, artístico, paisagístico e paleontológico. Tais dispositivos devem ser coligidos com o caput do art. 225 da CF/88: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações”. Dessa forma,

(...) meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto das relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influência humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer de seus aspectos. (Antunes, 2009, p. 9).

Portanto, a referência ao meio ambiente é como um conceito sistêmico, considerando o mesmo como uma unidade inter-relacionada, integrada pela natureza original, artificial e pelos bens culturais, pressupondo-se uma interdependência entre todos os elementos que integram o conceito, inclusive o homem, valorizando-se, conforme sugere Steigleder (2011), a preponderância da complementaridade recíproca entre o ser humano e o meio ambiente sobre a ultrapassada relação de sujeição e instrumentalidade.

No tocante à natureza jurídica do meio ambiente, é sobre o conceito básico de “qualidade ambiental” que se funda o reconhecimento de uma noção unitária macro de meio ambiente (identidade esta desvinculada das suas manifestações materiais) e a aceitação de uma tutela igualmente unitária sob o prisma jurídico. A natureza do bem ambiental é pública (enquanto realiza um fim público ao fornecer utilidade a toda coletividade) e é fundamental (enquanto essencial à sobrevivência do homem); portanto, é uma extensão do seu núcleo finalístico principal: a valoriza-

ção, preservação, recuperação e desenvolvimento da fruição coletiva do meio ambiente, suporte da vida humana. Em síntese, o zelo, como conceito integral, pela qualidade do meio ambiente (Steigleder, 2011).

O patrimônio cultural engloba desde obras, objetos documentos edificações e outros espaços destinados às manifestações artístico-culturais, até bens de natureza imaterial, desde que sejam portadores de referência identitária, além da ação e da memória do povo brasileiro, incluindo os sítios urbanos e de valor histórico; bem como, os bens integrantes do patrimônio paisagístico, arqueológico, paleontológico, ecológico, tecnológico, artístico e científico.

Ainda sobre o conceito de patrimônio de forma mais avultada considera-se que:

Estender o conceito de “patrimônio histórico e artístico” para “patrimônio cultural” significa compreender que o valor de um bem transcende em muito o seu valor histórico comprovado ou reconhecido oficialmente, ou as suas possíveis qualidades artísticas. É compreender que este bem é parte de um conjunto maior de bens e valores que envolvem processos múltiplos e diferenciados de apropriação, recriação e representação construídos e reconhecidos culturalmente e, aí sim, histórica e cotidianamente, portanto anterior à própria concepção e produção daquele bem (Aguilar citado por Rabello, 1991, p. 91).

Neste sentido, Rodrigues (2011, p. 522) analisa que: “o instrumento para a preservação do patrimônio cultural, está na atuação legítima da comunidade juntamente com o Ministério Público, previsto legalmente no art. 216 § 1º da CF/1988”. O autor examina a decisão quanto à valoração de um bem cultural, assim como à necessidade de conservação do mesmo, ou não, pois é indispensável acomodar o princípio do equilíbrio entre dois ou mais momentos; por conseguinte, problematiza: “deve-se preservar um bem arquitetônico integralmente, somente no aspecto externo, apenas alguns de seus elementos ou autorizar sua demolição?” (Rodrigues, 2011, p. 523).

Com base na reflexão acerca do dispositivo mencionado acima, sobre a necessidade de preservação do

patrimônio cultural, assegura-se que:

(...) quando afirmamos que certos bens culturais devem ser preservados, pois são o meio de garantia para a realização de valores reconhecidos pelo direito, estamos nos referindo a uma manifestação específica de cultura, qual seja, o patrimônio cultural, ou melhor, as coisas materiais e imateriais que reconhecemos como valiosas culturalmente, desde que preenchem alguns requisitos normativos. (Reisewitz, 2004, pp. 63-64).

Portanto, seria necessária uma leitura holística do cidadão sobre o patrimônio, instituindo-se uma abordagem imprescindível para a assimilação dos impactos gerados pela tutela de sítios urbanos conforme preconizado por Casarlade (2007).

4 Crimes contra o ordenamento urbano: interfaces temáticas dos tipos penais e análises jurisprudenciais

A Lei 9.605/98, na sessão IV, em seus dispositivos 62 a 65, prevê a inclusão de crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, o que possibilita o robustecimento para a tutela do meio ambiente urbano, por conseguinte, consolidando seus princípios jurídicos aplicáveis no caput do art. 216 da CF/88, possuidor de informações acerca da identidade, ação e memória dos heterogêneos grupos que constituem a sociedade brasileira.

O bem jurídico protegido é o meio ambiente, o agente pode ser qualquer indivíduo, sendo proprietário ou não, e o sujeito passivo, é o poder público, encarregado de conservar tal ordenamento urbano, que deve ser acautelado de violações e decomposições em seu equilíbrio ambiental.

Contudo, ao interpretar a norma positivada acerca das condutas criminosas aos bens materiais ou intangíveis, Rodrigues (1998) argumenta que:

Destarte, não encontramos na Lei 9.605 a criminalização de condutas atentatórias aos bens imateriais ou intangíveis, malgrado sua tutela constitucional nos incisos I, II e, até certo ponto, III do sempre citado artigo 216 da Lei Maior.

Verifica-se também a timidez com que foi tratada a tutela penal do ordenamento urbano, contemplada com uma única infração, aquela prescrita no artigo 65 e parágrafo. Seria importante punir-se criminalmente as condutas de desrespeito às leis de uso do solo, aos planos diretores, lamentavelmente tão comuns em nosso país e que se incluem entre as maiores responsáveis pela caótica situação ambiental das grandes e médias cidades brasileiras. (p. 224).

Sobre a tipificação da pena acerca do crime contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural, temos uma revogação através do art. 62, da Lei 9.605/98, refletindo que:

Na prática, este dispositivo legal não surgia efeito sequer pedagógico, uma vez que cabia ao Ministério Público demonstrar, ao longo da instrução criminal, que réu havia agido dolosamente, já que o crime não admitia a figura culposa. Igualmente, era necessário demonstrar que o denunciado tinha conhecimento de que se tratava de bem tombado, uma vez que o desconhecimento desta circunstância configurava erro de tipo. As condenações eram raríssimas. (Marchesan & Steigleder, 2013, p. 278).

A revogação também refletiu no art. 165 do Código Penal Brasileiro, segundo análise de Prado, Carvalho e Armelin (2006, p. 4) “(...) o objeto material foi ampliado. O art. 62 passa a prever ‘bem’ ao invés de ‘coisa’, não estando limitado nas espécies do patrimônio, bem como prevê outras esferas de proteção (...)”, abrangendo também os bens imateriais.

Tal análise possibilita compreender outras formas de instrumentos de tutela através de ato administrativo, tais como o inventário e o registro, conforme arrolado de forma exemplificativa no artigo 216 § 1º, da CF/88, possibilitando o ajuizamento de ação penal em casos de destruição, inutilização e deterioração do bem.

Hodiernamente, existe uma discussão doutrinária imbuída de divergências teóricas, pois os doutrinadores Gomes e Maciel (2011, p. 259) compreendem que “o ato administrativo referenciado no art. 62 é o tombamento”, já os doutrinadores Freitas e Freitas (2006, p.235) asseveram que o significado de bem

tombado “é o de bem arrolado, relacionado, inventariado ou registrado”, estes últimos são defendidos pelas doutrinadoras Marchesan e Steigleder (2013).

Existe também uma discussão doutrinária sobre a compreensão do tombamento, para uns juristas é ato exclusivamente administrativo; para outros, o referido instituto pode ser instituído por lei e por ato do Poder Executivo, atingindo bem pertencente a pessoa pública ou privada, física ou jurídica.

É importante ressaltar que outra inovação salutar foi em relação à previsão legal 165 do Código Penal, no que tange ao elemento subjetivo do tipo, pois o artigo 62 da Lei 9.605/98 admite tanto dolo quanto culpa, o que gerou uma discussão doutrinária acerca do tema.

Alguns doutrinadores entendem que, em relação a esta última, dificilmente, se poderá imaginar uma hipótese concreta, razão pela qual o dispositivo não terá efetividade. Já outros, a nosso ver acertadamente, conseguem vislumbrar a hipótese de alguém, em alta velocidade, colidir e danificar um imóvel tombado. Hipótese semelhante, aliás, ocorreu em Ouro Preto, quando um caminhão perdeu os freios numa ladeira, colidindo e danificando gravemente um chafariz do Século XVIII. (Marchesan & Steigleder, 2013, p. 282).

As doutrinadoras, acima referidas, concluem através de vários exames jurisprudências, que “o número de condenações pelo crime do art. 62 da Lei 9.605/98 é bastante significativo do que o revogado pelo art. 165 do Código Penal” (Marchesan & Steigleder, 2013, p. 282). Tal análise corrobora com a jurisprudência relacionada a bens protegidos por decisão judicial, conforme exposto abaixo:

Crime ambiental. Artigo 62, inciso I, da Lei nº 9.605/98. Destruição do imóvel especialmente protegido por decisão judicial. Acusada que, após receber ordem judicial – expedida nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público com vistas a preservar imóvel de interesse histórico e arquitetônico, de sua propriedade – impedindo a alteração de características do imóvel, cuida de providenciar imediatamente a demolição do prédio, durante o feriado de Natal, sob o argumento

de existência de risco para terceiros. Imóvel não habitado. Estado de necessidade não demonstrado sequer por indícios. Admissão dos fatos pela acusada. Dolo evidente. Alegação defensiva de atipicidade, em razão de o bem não possuir valor histórico ou arquitetônico – eis que não havia ainda a decisão judicial nesse sentido – e também porque a ordem judicial que protegia o bem não era definitiva. Teses afastadas. A proteção estabelecida pela Lei nº 9.605/98 tem por objetivo resguardar o bem objeto de interesse enquanto a questão não é solucionada definitivamente, daí porque o descumprimento de qualquer decisão judicial, mesmo aquela de natureza cautelar, basta para caracterizar o tipo do artigo 62, inciso I da Lei 9.605/98. Desnecessidade, bem por isso, de perquirição, na ação penal, acerca do valor histórico ou arquitetônico do imóvel. Inexistência de vício na sentença. Autoria e materialidade amplamente demonstradas. Condenação de rigor. Penas estabelecidas no mínimo. Substituição que atende a finalidade da lei penal e é socialmente recomendável. Regime aberto, para o caso de descumprimento, igualmente adequado. Apelo improvido, afastada a matéria preliminar. (Apelação Criminal 990.08.078392-0. Relator: Pinheiro Franco - 5ª Câmara de Direito Criminal. J. 12/02/2009).

Todavia, o artigo 63 da Lei 9.605/98 determina que:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena- reclusão de um a três anos, e multa. (Brasil, 1998).

Desta forma, o mencionado artigo revogou tacitamente o art. 166 do Código Penal, abrangendo de forma mais completa a sua redação, incluindo além da tutela por lei aquelas provenientes de ato administrativo ou decisão judicial – neste caso o crime é de alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido.

Sendo assim, a Legislação de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) tem dois tipos penais concernentes ao art. 62 e art. 63, tendo a mesma finalidade quanto ao bem jurídico tutelado, que é a preservação do patrimônio cultural previsto no artigo 216 da CF/88. Portanto, a mencionada Legislação tem o caráter de tutela jurídico-penal eficaz do meio ambiente no sentido da norma repressiva/punitiva; como também, da prevenção em alguns delitos, além do caráter educativo em relação à preservação do meio ambiente.

5 (In)conclusivas considerações

Este artigo pretendeu refletir sobre os crimes ambientais contra o patrimônio histórico e cultural, assim como os instrumentos normativos de tutela, tendo como norte o exame de uma Ação Civil Pública para a salvaguarda de um prédio comercial tombado como patrimônio histórico e cultural, ajuizada pelo Ministério Público Estadual do Pará.

O referido prédio é considerado como patrimônio histórico e cultural, está presente no bairro de Batis-ta Campos, na cidade de Belém do Pará, área dotada de um valor histórico e cultural, visto que nela está inserida a memória da sociedade belenense. O bairro é permeado por conjunto de bens, edificações, práticas culturais, criações materiais e imateriais, onde se evidencia um diálogo entre o passado dos séculos XVIII e XIX, e a hodierna sociedade do século XXI.

A Ação Civil Pública, objeto de estudo, assim como outras fontes, evidenciaram que o deletável patrimônio histórico e cultural está sendo comercializado e deteriorado e urge ser valorizado e preservado.

Portanto, ao analisar a referida proposição, é imperioso compreender que as ações coletivas da sociedade, como instrumentos normativos de tutela estabelecida pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e pela Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), contribuem para a redefinição da função jurisdicional, possibilitando a atuação do poder público; além do Ministério Público, que tem como escopo a tutela aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Todavia, outro instrumento normativo proeminente e central para análise da questão é o Direito Penal, en-

quanto tutela jurídico-penal do meio ambiente, visto que é necessário em virtude de: primeiro, o meio ambiente é considerado direito fundamental do ponto de vista constitucional (Brasil, Espanha e Portugal); e segundo, devido a sua vulnerabilidade, que abrange a possibilidade de dano permanente. Ou seja, a tutela penal do meio ambiente está justificada também pela vulnerabilidade de condutas lesivas, pois para alguns doutrinadores há inúmeros tipos penais existentes na Lei 9.605/98. Portanto, o legislador teve uma preocupação de antecipar a tutela do meio ambiente com relação aos clamores da sociedade ao determinar uma proteção penal preventiva.

Percebeu-se, no decorrer da análise da Ação Civil Pública em questão, a iniciativa do membro do Parquet Estadual, que atua na Promotoria Ambiental, responsável pela tutela do centro histórico e cultural da cidade de Belém do Pará, em relação à utilização do instituto jurídico inquérito civil, que geralmente precede ao ajuizamento das Ações Cíveis Públicas de iniciativa do Ministério Público ou ajuizadas pelos demais órgãos governamentais como a Procuradoria Geral do Estado, ou associações e organizações não governamentais. O instituto jurídico em tela é um considerável instrumento de tutela acautelatória e reparatória de danos ambientais contra os crimes cometidos contra o patrimônio histórico e cultural.

Destarte, ainda sobre a empregabilidade dos institutos de direito processual, além Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que regulamentou o art. 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, é relevante destacar o instituto jurídico intitulado Ação Popular (Lei 4.717/65), por ser nele conferido a proteção do meio ambiente a todos os legitimados constantes no art. 5º, LXXIII, da CF/88 e arts. 1º e 4º da mencionada Lei; pois, qualquer cidadão em concomitância na condição de brasileiro e eleitor pode ajuizar o referido instituto do direito com o mesmo propósito de resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito humano fundamental e atributo indispensável para a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, este modelo de Estado Democrático de Direito, é representado por uma hodierna sociedade capitalista, onde existe uma racionalidade individualista e proprietária. Dessa forma, os mecanis-

mos utilizados para o cumprimento da Legislação de Direito Ambiental, Constitucional, Civil e Penal para tutela jurídica do patrimônio histórico e cultural somente serão efetivados através da ampla participação da sociedade civil organizada. Esse envolvimento da comunidade para o desenvolvimento local tem como consequência uma coesão social através do exercício concreto da liberdade democrática, onde heterogêneos atores sociais (comunidade, governo e membros do Poder Judiciário, Defensoria Pública e Ministério Público) pleiteiam uma proposição dialógica e ao mesmo tempo dialética com o propósito de uma colaboração solidária voltada para a salvaguarda ambiental.

A partir do estudo de caso da Ação Civil Pública em tela, conclui-se imprescindível hodiernamente a atuação do Parquet na Promotoria de Justiça e Meio Ambiente, de forma contundente e incessante, para defesa dos direitos transindividuais, difusos e coletivos. Entre as diversas funções institucionais deste órgão positivadas no artigo 129 da Carta Magna de 1988, avista-se o exercício da Ação Civil Pública e do inquérito civil para resguardar um novo olhar conferido à tutela jurídico-ambiental em face do patrimônio histórico e cultural.

Por fim, é importante destacar a necessidade urgente de educação patrimonial com a finalidade de difusão sobre a importância do patrimônio histórico e cultural; assim como, a garantia de políticas públicas de preservação destes bens, em face de atos de violação e degradação constante daquilo que representa a memória e a história de várias épocas de muitas cidades.

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

6 Referências

- ACP (2012) – Ação Civil Pública com pedido de liminar. Ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Pará. 25/09/2012. Disponível em: <[https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/41/ACP%20-%20MOVE L%20TOMBADO.pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/41/ACP%20-%20MOVE%20L%20TOMBADO.pdf)>, último acesso: 10 mar. 2015.
- Antunes, P. de B. (2009). *A Tutela Judicial do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Apelação Criminal 990.08.078392-0. Relator: Pinheiro Franco - 5ª Câmara de Direito Criminal. J. 12/02/2009.
- Benjamin, A. H.; Figueiredo, G. J. P. de (Orgs.) (2011). *O Direito Ambiental e as Funções Essenciais à Justiça - O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na Proteção do Meio Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Brasil (1937). *Decreto-Lei Federal nº 25 de 30 de novembro de 1937*. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>.
- Brasil (1940). *Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>.
- Brasil (1965). *Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965*. Lei da Ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>.
- 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>.
- Brasil (1981). *Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981*. Política Nacional de Meio Ambiente. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>.
- Brasil (1985). *Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985*. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>.
- Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.
- Brasil (1998). *Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Lei de Crimes Ambientais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>.
- Brasil (2002). *Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.
- Carta de Veneza (1964). Carta Internacional sobre a Conservação e o Restauo de Monumentos e Sítios. Disponível em: <<http://www.patrimoniocultural.pt/media/uploads/cc/CartadeVeneza.pdf>>, último acesso: 10 mar. 2015.
- Casarlade, F. de L. (2007). *Desenho contextual: uma abordagem fenomenológica-existencial ao problema da intervenção e restauro em lugares especiais feitos pelo homem*. Tese de Doutorado em Arquitetura e Urbanismo apresentada à UFBA.
- Freitas, V. P. De; Freitas, G. P. De. (2006). *Crimes Contra a Natureza*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Gomes, L. F. E Maciel, S. (2011). *Crimes Ambientais. Comentários a Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69º e 77 a 82)*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Marchesan, A. M. M.; Steigleder, A. M. (2013). *Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Meirelles. H. L. (2005). *Mandado de Segurança*. 28 ed. São Paulo: Malheiros.
- Moreira Neto, D. de F. (2014). *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Forense.
- Pará (1990). *Lei 5.629 de 20 de dezembro de 1990*. Lei de Preservação e Proteção do Patrimônio Histórico, Artístico, Natural e Cultural do Estado do Pará.
- Prado, L. R.; Carvalho, E M. De; Armelin P. K. (2006). Crimes contra o patrimônio cultural. *Revista dos Tribunais Online*. V. 4. jan. 2006, (pp. 1-17).
- Rabello, S. (2009). *O estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN.
- Reisewitz, L. (2004). *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural: direito a preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira.
- Rodrigues, J. E. R. (1998). A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural, In *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. Advocacia Pública & Sociedade. Ano 2. N 3, . (pp. 199-224).
- Rodrigues, J. E. R. (2001). Patrimônio Cultural e Advocacia Pública. In Benjamin, A. H.; Figueiredo, G. J. P. de (Orgs.). *O Direito Ambiental e as Funções Essenciais à Justiça - O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na Proteção do Meio Ambiente*, (pp. 517-546). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Steigleder, A. M. (2011). *Responsabilidade civil Am-*

biental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Vasconcelos, E. B. de (2015). *O Ministério Público na Tutela do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/emanueli.pdf>, último acesso: 10 mar. 2015.

Data de submissão/Submission date: 31.8.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date:
21.10.2015

DEFERÊNCIA AO FISCAL DA LEI? A probabilidade de sucesso do PGR nas ações diretas de inconstitucionalidade // *Ivar Alberto Martins Hartmann¹, Livia da Silva Ferreira² e Bianca Dutra da Silva Rego³*

Palavras-chave:

procurador-geral da república / ações diretas de inconstitucionalidade / supremo tribunal federal / ministério público / pesquisa empírica no direito

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

Sumário:

- 1 **Introdução**
- 2 **Justificativa**
- 3 **Metodologia**
- 4 **Resultados**
- 5 **Regressão Logística**
- 6 **Conclusão**
- 7 **Referências**

Resumo

O Procurador-Geral da República, como uma breve análise histórica do cargo demonstra, exerce função essencial no controle de constitucionalidade brasileiro. Entretanto, estudos empíricos sobre sua atuação permanecem escassos. Nosso objetivo é testar a performance do PGR nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade a partir de uma perspectiva quantitativa. Utilizamos um *data set* de julgamentos obtido a partir da base de dados do projeto *Supremo em Números* para análises estatísticas, incluindo diferentes modelos de regressão. A hipótese testada é de que não há relação estatisticamente relevante entre a atuação do PGR como parte ativa no controle concentrado de constitucionalidade e o sucesso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. A hipótese restou desprovada: as ADIs propostas pelo PGR, assim como também as propostas por chefes do Executivo têm estatisticamente maior probabilidade de sucesso.

1 Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Público pela PUC-RS. LL.M pela Harvard Law School. Coordenador do projeto Supremo em Números. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV DIREITO RIO. E-mail: ivar.hartmann@fgv.br

2 Mestra em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio e graduada em Direito pela FGV Direito Rio. Pesquisadora do projeto Supremo em Números. E-mail: liviasferreira@gmail.com

3 Aluna de graduação em Direito na FGV Direito Rio. Aluna pesquisadora do Projeto Supremo em Números. E-mail: bianca.dutra@live.com

DEFERENCE TO THE ATTORNEY GENERAL? The probability of success of the AG on the direct actions of unconstitutionality // *Ivar Alberto Martins Hartmann, Livia da Silva Ferreira and Bianca Dutra da Silva Rego*

Keywords:

brazilian attorney general's office / concentrated constitutional review / brazilian supreme court / empirical legal research

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

Abstract

The Brazilian equivalent of the Attorney General, as a brief historical analysis shows, plays an essential role in concentrated constitutional review. However, empirical studies of its performance remain scarce. Our goal is to test the AGs track record in Direct Actions of Unconstitutionality (ADIs) at the Brazilian Supreme Court. We use a data set obtained from the *Supreme Court in Numbers* project's database in order to run regressions with different models. The hypothesis we tested is that there is no statistically significant relationship between the performance of the AG as plaintiff in concentrated constitutional review and the outcome of the cases. This hypothesis was found to be disproved: ADIs started by the AG, as well as those proposed by representatives of the Executive branch, have, in fact, greater statistical probability of success.

1 Introdução

O presente artigo tem como principal objetivo estudar e levantar dados e contextualizar as razões pelas quais a atuação do Procurador-Geral da República (PGR) no Supremo Tribunal Federal (STF) é de relevância central para o Brasil, especificamente no que tange a sua competência para propor ações constitucionais perante o Supremo, assim como determina o texto constitucional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o PGR passou a ser mais um dentre os legitimados para propor ações do controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, em se tratando de uma abordagem histórica, é necessário apontar que o PGR, como chefe do Ministério Público da União, foi por muito tempo detentor da competência exclusiva para propor ações com intuito de questionar a constitucionalidade de uma lei perante o STF.

O controle de constitucionalidade concentrado começou a ser realizado no Brasil com a promulgação da Constituição de 1934, quando a inconstitucionalidade de uma lei passou a poder ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse momento, surgiu o instrumento que tempos depois veio a ser conhecido como representação interventiva, a qual dependia da provocação do Procurador-Geral da República.⁴

A partir da Constituição autoritária de 1937, a competência do PGR para apresentar a representação interventiva foi afastada. No entanto, tal competência foi restabelecida pela carta de 1946. Dessa maneira, “a arguição de inconstitucionalidade para fins interventivos foi regulamentada pela lei 2.271/54. Nela, usou-se pela primeira vez o termo representação”.^{5 6}

Posteriormente, a lei 4.337/64 não só esclareceu como também detalhou o procedimento da representação interventiva, além de ter sido responsável

por regular a “declaração de inconstitucionalidade”.⁷

Foi a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que instituiu a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual. Sua introdução no ordenamento jurídico pátrio se deu por meio da adição da alínea “k” ao artigo 101 da Constituição de 1946,⁸ tendo sido mantida a representação interventiva.

A Constituição de 1967 manteve a legitimidade do Procurador-Geral da República para apresentar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, a representação interventiva e ainda criou a representação para suspensão de direitos políticos.

Vale citar as palavras de Barros (1985), quando tratou da função do PGR sob a égide da Constituição 67/69, onde afirmou:

*O Procurador-Geral da República tem legitimidade singular para a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual. É o dominus litis, conforme reiteradamente já afirmou o Supremo Tribunal Federal.*⁹

O atual ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes - ainda como Procurador da República - escreveu um artigo no qual tratava do papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69 (Mendes, 1997).

As informações extraídas deste trabalho não só

7 Art. 1º Cabe ao Procurador-Geral da República, ao ter conhecimento de atos dos poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuídos no art. 7º, inciso VII da Constituição Federal, promover a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Art. 2º Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar da representação que lhe é dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal.

8 Art. 101 Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - Processar e julgar originariamente:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

9 BARROS, 1985, p. XXXX.

4 Art. 2º, parágrafo 2º da Constituição de 1934.

5 BARROS, 1985, p. XXXX.

6 Artigo 1º da Lei 2.271/54: Cabe ao Procurador Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de um ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no artigo 7º, inciso VII da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

apontam o PGR como o único legitimado para propor a então representação de inconstitucionalidade, como já se pôde observar, como também abordam a discussão a respeito da obrigatoriedade de o PGR apresentá-la, quando recebia tal solicitação de algum interessado. Ademais, o referido trabalho também trata do caráter dúplíce ou ambivalente da representação por inconstitucionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB 88), quando cuidou das ações constitucionais, inovou ao trazer a ação direta de inconstitucionalidade, assim como também inovou no que diz respeito a seus autores ao expandir sua competência de propositura. A partir de então, as ações do controle concentrado de constitucionalidade passaram a poder ser apresentadas por um rol de nove legitimados.¹⁰

O artigo 128 da CRFB 88 trata do Ministério Público da União, o qual tem como chefe o Procurador-Geral da República. O parágrafo primeiro do referido artigo¹¹ determina as condições que devem ser atendidas para sua nomeação.

Considerando que em 1988 o PGR deixou de ser detentor exclusivo da competência para apresentar ações que questionam a constitucionalidade de leis e atos normativos no controle de constitucionalidade concentrado - embora esta perda represente um ganho inestimável à democracia Brasileira - considera-se importante analisar a relação entre o PGR e o STF nesses julgamentos desde a promulgação da Constituição em vigor.

10 Art. 103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

11 § 1º - O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

Diante disso, cabe afirmar que se busca no presente trabalho constatar, por meio da análise dos dados disponíveis, a probabilidade de sucesso do PGR como legitimado ativo universal no controle concentrado de constitucionalidade, analisando-se exclusivamente as ações diretas de inconstitucionalidade.

Cabe mencionar que a característica de legitimado ativo universal confere ao PGR a competência para propor ações constitucionais sobre quaisquer temas, estando dispensado de demonstrar pertinência temática quando da propositura de uma ação de inconstitucionalidade perante o STF.

É necessário apontar que a Constituição Federal de 1988 também instituiu em seu artigo 103, §1º, a atribuição de o PGR ser previamente ouvido nas ADIs e nos demais processos de competência do STF.¹² Cabe ao PGR, no exercício dessa função, oferecer um parecer opinativo diante dos processos em andamento no STF, parecer este que pode ser a favor ou contra a constitucionalidade da lei combatida.

Importante ainda notar os contornos da atuação do PGR perante o STF por meio de uma análise comparada. Nesse sentido, cabe analisar informações sobre estudos e pesquisas realizadas em outro país, assim como também o resultado dessas pesquisas.

Nos Estados Unidos, há algum tempo, têm sido realizados estudos empíricos com o intuito de analisar a relação entre o *Solicitor General* (SG) e a Suprema Corte norte-americana. O *Solicitor General* nos Estados Unidos exerce algumas funções similares às do PGR no Brasil: ambos têm, entre outras, a competência para litigar perante as Supremas Cortes dos respectivos países. A comparação mais próxima possível, entretanto, parece ser entre o PGR e o *Attorney General*, ainda que este último não constituía cargo de carreira e seja demissível discricionariamente pelo Presidente.

Como se pôde observar em uma das pesquisas

12 Art. 103 § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

selecionadas,¹³ um estudo empírico baseado em casos concretos constatou que, apesar de SG ter sido considerado por anos superior aos demais litigantes perante a Suprema Corte Americana, pelo menos no que diz respeito aos casos em que apresenta memorial de *amicus* que tratem de direitos civis, essa superioridade não se verifica na prática. Verificou-se que ele não possui incontestavelmente maior número de vitórias, e que sua taxa de sucesso é variável.

Outro estudo analisado¹⁴ apontou que o SG possui

13 A título de exemplo das pesquisas realizadas, cabe citar o artigo “The Solicitor General as Amicus 1953 – 2000 How Influential?” (Deen, Ignagni & Meernik, 2003), onde foi analisada a relação do SG com a Suprema Corte por meio de memoriais de *amicus* apresentados desde 1953 até 2000. Os autores apontam as mudanças ocorridas com o tempo na atuação do SG nesses casos, indicam o aumento do número de memoriais apresentados, assim como também relacionam esse aumento com as administrações presidenciais referentes aos casos analisados. Cabe citar que a maioria dos memoriais apresentados dentre os analisados tratavam de direitos civis, onde se verifica a maior variação na média de sucesso. O artigo por sua vez constata que o SG não possui uma vantagem especial e indiscriminada sempre que apresenta memoriais de *amicus* perante a Suprema Corte. A análise de casos concretos permitiu a elaboração de um estudo que, embora demande mais pesquisa, foi capaz de desmistificar a impressão de superioridade do SG, ainda que por muito tempo ele tenha sido caracterizado como décimo ministro da Suprema Corte. Logo, apesar de sua capacidade de influenciar a corte, em determinados temas sua média de sucesso é consideravelmente variável, e o estudo também permitiu constatar um pouco da perda da sua importância, dado o aumento do número de casos e do aumento da qualidade de seus adversários.

14 O texto *Explaining Executive Success in the U.S. Supreme Court* (McGuire, 1998) foi elaborado com base em mais de trinta anos de pesquisa e busca demonstrar porque o SG é um litigante de sucesso perante a Suprema Corte dos Estados Unidos. A análise do autor se relaciona com o impacto do SG perante os juízes, tendo como base casos da Suprema Corte. McGuire constrói uma série de modelos explicativos onde a variável dependente é a identidade da parte vencedora, o autor e o réu. Seu objetivo é aferir se a qualidade de um advogado está relacionada à quantidade de vezes que este já se apresentou perante um juiz. Ele apresenta alguns dados empíricos com o intuito de evidenciar que o impacto de o advogado possuir mais experiência pode ser facilmente comprovado. Por este motivo, o autor entende que o governo federal frequentemente possui esta vantagem de expertise e que suas vitórias em juízo refletem a participação do SG. O autor faz uma importante ressalva na elaboração do texto ao assinalar que os pesquisadores acadêmicos não possuem fundação empírica para a assertiva de que o SG traz uma reputação distinta e influente para a alta corte. Ele constata ainda, com base em leituras, que, ao menos em decisões de mérito, a independência do SG não está comprometida.

O autor conclui o texto afirmando que pesquisas anteriores sobre o SG são repletas de especulação e aponta que a expertise do governo, seletividade, prestígio, fontes e neutralidade política, entre

de fato uma taxa de sucesso considerável nos EUA. Entretanto, essa superioridade não se dá única e exclusivamente por ele representar e defender os interesses do governo, mas sim pela qualidade e experiência daqueles que habitualmente litigam nesta função, em detrimento dos demais advogados.

Esses estudos ilustram a grave escassez de pesquisas sobre a atuação do PGR no Brasil. Tal lacuna já começou a ser preenchida pelo IV Relatório do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio (Falcão, Moraes & Hartmann, 2015).. Intitulado “O Supremo e o Ministério Público”, o relatório traz dados inéditos sobre a atuação do Ministério Público Federal e Estadual, bem como do PGR, perante o STF.

O resultado encontrado no Relatório, entretanto, limitava-se à estatística descritiva. Não foram adotadas variáveis de correção para, por exemplo, levar em conta a possibilidade de variáveis independentes espúrias. Nossa pergunta de pesquisa nesse artigo é, portanto: há relação estatisticamente significativa entre a presença do PGR como parte ativa e o resultado das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs)? Nossa hipótese nula é de que essa relação não existe.

2 Justificativa

A justificativa do presente trabalho reside ao mesmo tempo na relevância da atuação do PGR perante o STF e na ausência de conhecimento proveniente de estudos empíricos sobre a questão.

O PGR, dado seu histórico e responsabilidade privilegiada no controle concentrado de constitucionalidade e em outras áreas da jurisdição do Supremo – como as ações penais com foro privilegiado – tem suas posições jurídicas normalmente respeitadas. É comum ouvir-se críticas de oportunismo ou estratégia política quando alguns dos outros legitimados propõem ADIs ou ADPFs.¹⁵ Mas o mesmo não ocorre diante da atuação do PGR. Pesa inclusive a simbologia de ser o único legitimado ativo que tem assento

outros motivos têm sido oferecidos como base para o recorde de vitórias dos EUA. Entretanto, no seu estudo conclui que a vantagem do SG é sua expertise em litigância. Logo, afirma que a diferença entre o SG e outros advogados é evidentemente de grau, não de tipo.

15 Arguições de descumprimento de preceito fundamental.

próximo ao Presidente do Supremo.

É importante levantar dados sobre a atuação do PGR no STF, para que se torne possível averiguar e identificar a existência de uma eventual deferência ao PGR nos julgamentos das ações de controle de constitucionalidade concentrado no STF, em detrimento dos demais legitimados.

3 Metodologia

Para responder à pergunta de pesquisa, adotamos metodologia empírica, com técnica quantitativa. Produzimos um *dataset* utilizando a base de dados do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, que contém cerca de 1,5 milhões de processos entre 1988 e 2013. O *dataset* abrange todas as ADIs ajuizadas a partir de 1988 nas quais já houve decisão de mérito. Realizamos essa filtragem mediante aplicação do software Oracle SQL Developer, exportando-se os dados para planilhas do Microsoft Excel, sendo aí organizados e categorizados os dados. Não analisamos ADCs, ADOs¹⁶ e ADPFs com a finalidade de assegurar maior homogeneidade no objeto de análise, uma vez que elas representavam em média 5% do total de ações em controle concentrado de constitucionalidade em que houve decisão de mérito no período abrangido.

Tendo em mente que o modelo almeja vislumbrar influências do proponente da ação no resultado final, foram desconsideradas ADIs nas quais havia mais de um proponente e que fossem de categorias distintas segundo a classificação que adotamos.

Nossa população é constituída, portanto, de 3169 ADIs. Seguem abaixo as características das variáveis – primeiro as três variáveis categóricas e depois as três variáveis numéricas.

Requerente da ação	Freq.	Porcent.	Cum.
Entidades de Classe	878	27.71	27.71

16 Ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, respectivamente.

Chefe Executivo	765	24.14	51.85		
PGR	671	21.17	73.02		
Partidos Políticos	658	20.76	93.78		
Conselho Federal da OAB	116	3.66	97.44		
Outros	42	1.33	98.7		
Legislativo	39	1.23	100.00		
Total	3.169		100.00		
Resultado da decisão	Freq.	Porcent.	Cum.		
Prejudicado	1,010	31.87	31.87		
Não conhecimento	952	30.04	61.91		
Procedente	820	25.88	87.79		
Improcedente	210	6.63	94.41		
Parcialmente improcedente	177	5.59	100.00		
Total	3,169		100.00		
Amiscus					
Curiae	Freq.	Porcent.	Cum.		
Não	3,124	98.58	98.58		
Sim	45	1.42	100.00		
Total	3,169		100.00		
Variável	Obs.	Média	Desv. Padrão	Min.	Max.
volume	3169	1.258126	.7244933	1	8
número de andamentos	3169	26.72326	22.69073	0	368

Em um primeiro momento, realizamos uma análise de correspondência entre a variável dependente ‘resultado da ação’ e a variável independente ‘polo ativo’, com a finalidade de evidenciar preliminarmente possíveis associações entre elas. A variável ‘polo ativo’ foi categorizada em razão das regras da Constituição Federal sobre legitimados para propor ações no controle concentrado: PGR, chefes do Executivo (presidente da República e governadores), partidos políticos, mesas do Legislativo, entidades de classe, Conselho Federal da OAB (CFOAB) e outros – os quais são presumivelmente partes não legitimadas.

A variável resultado da ação foi classificada em: não conhecimento, prejudicado, improcedente, parcialmente procedente e procedente. A classificação na verdade é aquela feita pelo próprio STF em sua base de dados. Utilizamos a informação contida nos andamentos de decisão, de modo que não realizamos análise individual de cada decisão para codificar o resultado. É por essa razão que nuances como o fundamento da decisão – interpretação conforme à Constituição, por exemplo – não são levados em conta em nosso modelo. Em razão das características intrínsecas do julgamento prejudicado, o qual decorre de causa superveniente à propositura da ação, este foi excluído das análises, vez que pouco explicaria uma maior ou menor probabilidade de sucesso.

Após a primeira análise, a categoria de polo ativo ‘outros’ (não legitimados) também foi excluída, visto que se encontra intimamente relacionada com o não conhecimento. Posteriormente, foram realizadas três regressões. Em cada uma adotamos uma variável nominal diferente e a variável ‘resultado da ação’ como dependente. Entendemos por adotar apenas uma regressão logística, cujos resultados são apresentados abaixo. De maneira a melhor compreender a variância das variáveis categóricas, até em função de sua centralidade para os modelos testados, também realizados dois mapas de correspondência.

Todas as regressões testadas incluíram três variáveis numéricas de controle, que servem como indicadores de complexidade da demanda – número de volumes do processo, quantidade de andamentos até a decisão e tempo de duração até a decisão – bem como a variável binária ‘*amicus curiae*’, indicando o peticio-

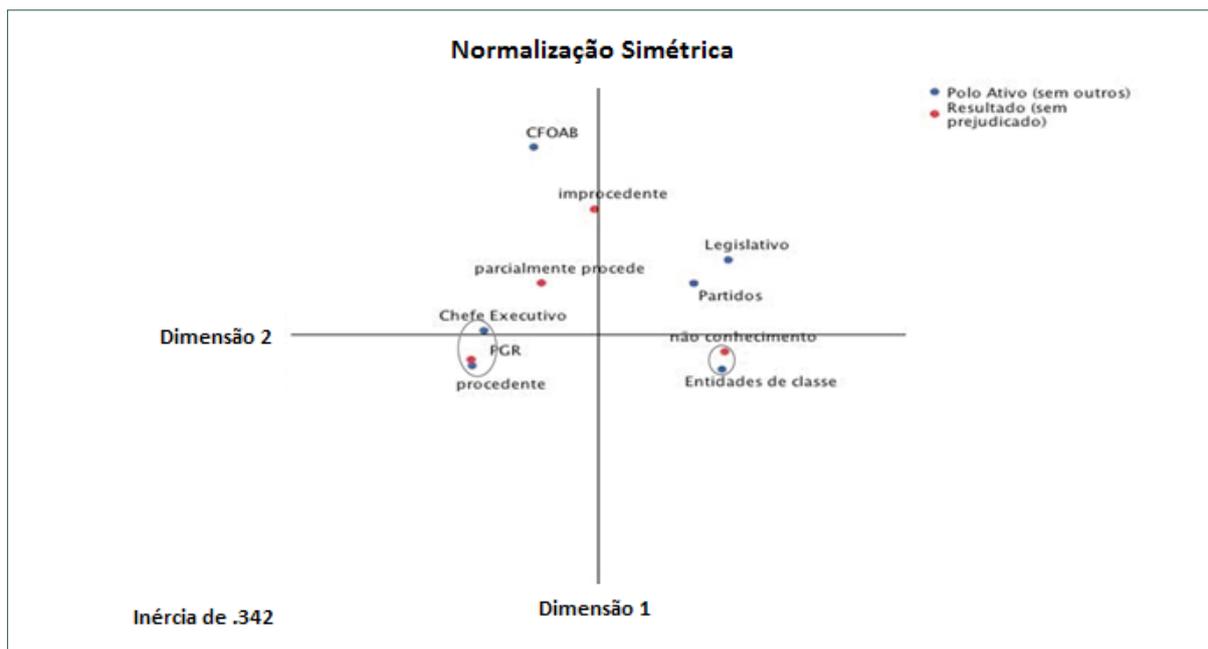
namento ou não de *amici curiae* na ADI. As variáveis nominais utilizadas nos diferentes modelos para as regressões foram: a identidade do polo ativo, conforme já descrito; os ministros relatores da decisão; o assunto principal da ADI, conforme classificação do próprio STF. Foram geradas *dummies* para cada variável nominal, no caso das variáveis ‘assuntos’, foram selecionados aqueles que representavam até 1% das ADIs em análise e os demais foram agrupados na classificação outros assuntos.

A regressão logística utilizada tem como variável dependente binária o resultado da decisão: sucesso (englobando os resultados procedente e parcialmente procedente) e insucesso (englobando os resultados não conhecimento e improcedente). As variáveis independentes são a identidade do polo ativo, bem como as variáveis de controle já mencionadas. A constante nessa regressão representa a parte Conselho Federal da OAB e a inexistência de *amicus curiae* no processo, bem como o valor nulo nas variáveis numéricas. O teste mais adequado para nossa hipótese principal é o modelo de regressão logística. Este modelo é útil quando é necessário prever a probabilidade de ocorrência de um evento para uma variável categórica binária, que é o nosso caso. Utilizando uma regressão logística binária podemos estimar os aspectos que afetam a probabilidade de sucesso em uma ação.

4 Resultados

Os mapas de correspondência permitem perceber padrões entre as variáveis categóricas “parte” e “resultado” que não seriam identificados da mesma forma pelo modelos de regressão.

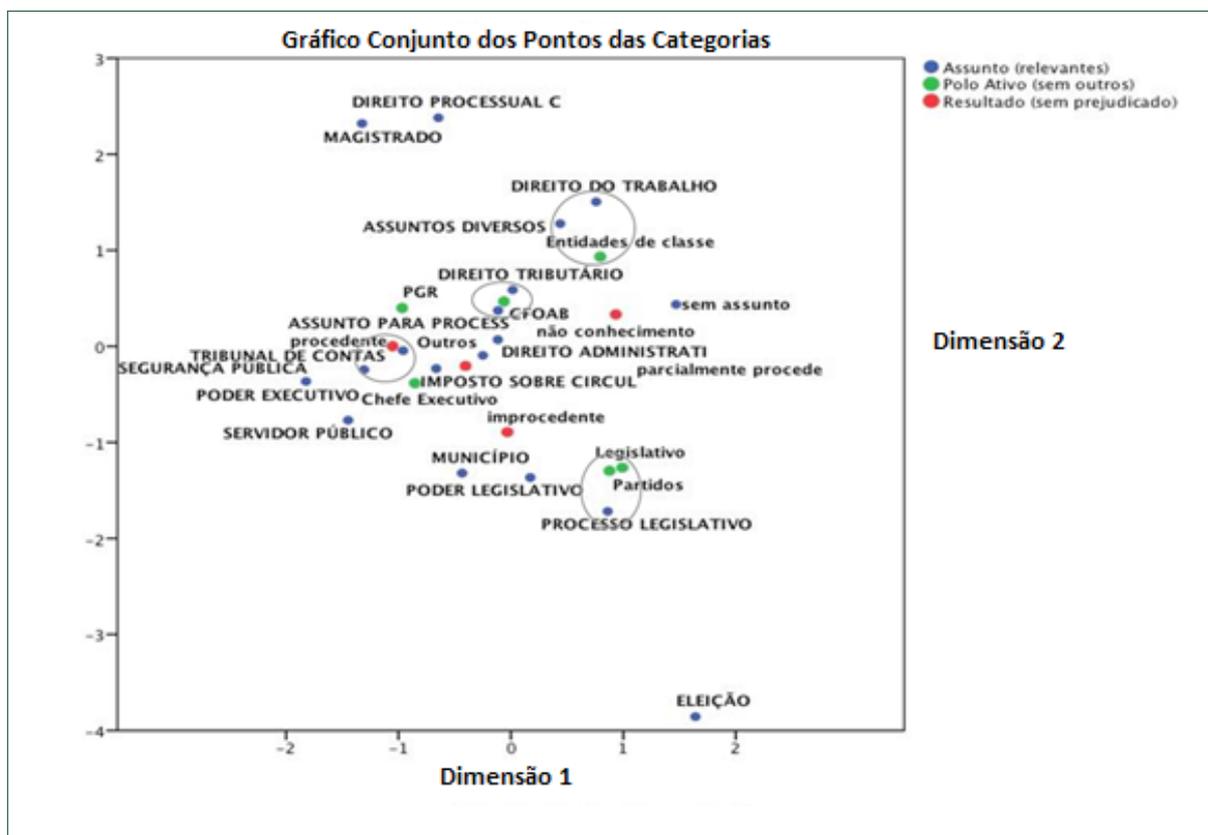
Mapa de Análise de Correspondência I



Como se pode observar, o primeiro mapa de análise de correspondência demonstrou fortes associações entre o proponente 'PGR' e o resultado 'procedente'. Bem como associações entre 'Chefe do Executivo' e 'procedente' e entre 'Entidades de Classe' e 'não co-

nhecimento', nos julgamentos das ADIs no Supremo. Testamos então a inclusão de uma terceira variável categórica – Assunto do processo.

Mapa de Análise de Correspondência II



O segundo mapa de análise de correspondência demonstrou fortes associações entre os assuntos ‘Poder Executivo’ e ‘Tribunal de Contas’ e o resultado ‘procedente’. Bem como associações entre os assuntos ‘Direito tributário’ e ‘Assunto para processo antigo’ e o proponente ‘CFOAB’, entre o assunto ‘Processo Legislativo’ e os proponentes ‘Legislativo’ e ‘Partidos’ e entre os assuntos ‘Direito do Trabalho’ e ‘Assuntos diversos’ e o proponente ‘Entidades de Classe’. Observa-se também a maior proximidade entre os proponentes ‘PGR’ e ‘Chefe do Executivo’ do resultado ‘procedente’, estando equidistantes.

5 Regressão Logística

O modelo de regressão logística apresentado aqui segue a seguinte fórmula:

$$SUCESSO = \frac{e^{\alpha + \beta_1 PGR + \beta_2 Executivo + \beta_3 Partido + \beta_4 Legislativo + \beta_5 EntClasse + \beta_6 Volume + \beta_7 Andamentos + \beta_8 ACuriae + \beta_9 Duracao}}{1 + e^{\alpha + \beta_1 PGR + \beta_2 Executivo + \beta_3 Partido + \beta_4 Legislativo + \beta_5 EntClasse + \beta_6 Volume + \beta_7 Andamentos + \beta_8 ACuriae + \beta_9 Duracao}}$$

Os resultados são apresentados abaixo:

Nagelkerke R² = .431

	<i>B</i>	<i>Erro Padrão</i>	<i>Wald</i>	<i>df</i>	<i>Sig.</i>	<i>Exp(B)</i>
PGR	1.075	.299	12.979	1	.000	2.931
Chefes do Executivo	.691	.292	5.613	1	.018	1.995
Partidos	-1.162	.302	14.792	1	.000	.313
Legislativo	-1.808	.693	6.815	1	.009	.164
Entidades de classe	-1.321	.293	20.332	1	.000	.267
Volume	-.474	.097	23.768	1	.000	.623
Número de andamentos	.033	.004	77.185	1	.000	1.033
<i>Amicus curiae</i>	.164	.449	.133	1	.715	1.178
Tempo de duração	.000	.000	26.169	1	.000	1.000
Constante	-.469	.300	2.439	1	.118	.626

A regressão logística permitiu dimensionar o efeito

dos diferentes atores nas chances de sucesso das ADIs propostas. A presença do PGR no polo ativo aumenta em 200% a probabilidade de obter-se um julgamento procedente ou parcialmente procedente, enquanto a presença de chefes do Executivo, da União, dos Estados ou do Distrito Federal, aumenta em 100% a probabilidade de obter sucesso no julgamento da ADI. A comparação é sempre com o Conselho Federal da OAB no polo ativo. É importante ressaltar que estamos controlando pela complexidade do caso, medida pelo número de volumes dos autos, o número de an-

damentos processuais até a decisão, o tempo de duração do processo e a presença de *amici curiae*.

Para comparar o impacto de cada tipo de parte ativa na probabilidade de sucesso, testamos as diferenças entre os coeficientes estimados na regressão logística. Acima da diagonal estão as diferenças entre os coeficientes e abaixo da diagonal os respectivos valores p. Em negrito, as diferenças consideradas significantes ao nível de significância de 5%.

Parte ativa	PGR	Chefes do Executivo	OAB	Partidos	Legislativo	Entidades de classe	B
PGR		0.384	1.075	2.237	2.883	2.396	Diferença entre Coeficientes (p < 0,05 negrito)
Chefes do Executivo	0.179		0.691	1.853	2.499	2.012	
OAB	0.000	0.000		1.162	1.808	1.321	
Partidos	0.000	0.000	0.000		0.646	0.159	
Legislativo	0.000	0.000	0.005	0.196		-0.487	
Entidades de classe	0.000	0.000	0.000	0.353	0.741		
A	Valores p						A - B

Como é possível ver, a PGR tem taxa de sucesso maior que qualquer outro litigante, sendo a diferença com os Chefes de Executivo a menor encontrada.

Com base nos resultados observados dos mapas de análise de correspondência e da regressão logística, pode-se constatar que fatores extrínsecos à matéria constitucional em comento e aos fatores institucionais afetam decisões em sede de ADIs no STF. As análises realizadas indicam a maior probabilidade de o PGR ter sucesso nos resultados de ADIs no STF.

Tal observação pode estar relacionada a diversos fatores. É possível que tais resultados sejam indiciários de certa deferência do STF ao fiscal da lei, bem como há a possibilidade de tal situação decorrer de uma maior experiência em litigância por parte do PGR¹⁷,

17 A correlação entre experiência em litigância e sucesso na Suprema Corte foi abordada por McGuire (1998).

especialmente no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade. Ainda, os resultados poderiam estar relacionados com as motivações do PGR ao propor as ADIs, seja por uma avaliação mais técnica das questões propostas, seja pela proposição das ações apenas quando possui convicção de um resultado favorável, o que diferiria de outros atores que proporiais as ações ainda que com poucas chances de sucesso, sendo a proposição da ADI um meio de reafirmar uma agenda política e tendo a decisão como resultado secundário.

6 Conclusão

Buscou-se no presente artigo apresentar as funções do Procurador-Geral da República por meio de uma retrospectiva histórica, a fim de demonstrar a importância de seu papel como chefe do Ministério Público desde a Constituição de 1934 até a de 1988 no que toca à propositura de ações diretas de inconstitucio-

nalidade do controle concentrado de constitucionalidade, para em seguida realizar um estudo específico que trata de sua atuação perante o STF.

A relevância da figura do PGR e a escassez de estudos empíricos sobre sua atuação motivaram a elaboração deste estudo. Somente por meio da análise de dados seria possível verificar se de fato há relação estatisticamente relevante entre a atuação do PGR como parte ativa no controle concentrado de constitucionalidade e o sucesso das ações. Isso sem prejuízo, por óbvio, de análises qualitativas que investiguem o mesmo fenômeno e contribuam de maneira igualmente rica e relevante para sua compreensão.

Nossa hipótese nula restou desprovada, pois a análise quantitativa demonstrou que as ADIs propostas pelo PGR têm estatisticamente maior probabilidade de sucesso. O mesmo também ocorre com as ações propostas por chefes do Executivo.

Constatou-se também que as ADIs propostas por entidades de classe, por mesas do Legislativo ou por partidos políticos têm menor probabilidade de sucesso. A presença de entidades de classe no polo ativo apresenta correspondência com o *não conhecimento* da ADI, o que confirma o efeito da jurisprudência de “pertinência temática” do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Como já apontado na discussão dos resultados, a análises apresentadas permitem outras interpretações que não a de deferência ao PGR por parte dos ministros do Supremo. Acreditamos na necessidade de estudos adicionais – quantitativos e qualitativos – que testem essa e outras hipóteses para explicar o alto sucesso do PGR no controle concentrado de constitucionalidade.

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

7 Referências

- Barros, J. P. A. (1985). O Ministério Público e a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. *Revista de Informação Legislativa*, 87, 269-318.
- Braga, P. (2008). O Ministério Público na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, 179, 57-80.
- Clayton, C.W. (1992). *The Politics of Justice: The Attorney General and the Making of Legal Policy*. New York: M.E. Sharpe.
- Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988* (2015). Brasília. Acesso em 01 novembro 2015, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- Deen, R, Ignagni, J. & Meernik, J. (2003). The Solicitor General as Amicus 1953 – 2000 How Influential? *Juricature*, 87, 60 – 71.
- Falcão, J. Moraes, A. & Hartmann, I. (2015). O Supremo e o Ministério Público. *IV Relatório Supremo em Números*.
- Mcguire, K. (1998). Explaining Executive Success in the U.S. Supreme Court, *Political Research Quarterly*, 51, 505-526.
- Mendes, G.F. (1997). Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura. *Revista de Informação Legislativa*, 135, 141-152.
- Norman-Major, K. A. (1993-1994). Solicitor General: Executive Policy Agendas and the Court. *Albany Law Review*, 57, 1081-1109.
- Oliveira, L. (2007). A motivação para agir dos legitimados: um limite invisível ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, 173, 145-160.
- Segal, J. A; Reedy, C. D. (1998). The Supreme Court and Sex Discrimination: The Role of the Solicitor General. *The Western Political Quarterly*, 3, 553-568.
- _____ (1990). Supreme Court Support for the Solicitor General: The Effect of Presidential Appointments. *The Western Political Quarterly*, 1, 137-152.

Data de submissão/Submission date: 17.7.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date:
21.10.2015

WHAT COUNTS AS THEORY, TODAY? A post-philosophical framework for socio-legal empirical research // *Mariana Valverde*¹

Keywords:

theory / sociology of law / philosophy of law / empirical research

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

Summary

- 1 **Introduction**
- 2 **From literary chronotopes to legal chronotopes**
- 3 **The game of jurisdiction**
- 4 **Conclusion**
- 5 **References**

Abstract

While legal researchers' skepticism about much of what is on offer under the name of theory is well grounded, there are nevertheless theoretical resources that can very much benefit empirical researchers. Neither legal philosophy nor grand European sociology of law are particularly helpful, and in many respects these traditions constitute obstacles to concrete analyses of legal processes. But fortunately, today, there are other sources of theoretical and methodological inspiration. Here I present a small part of my own recent contribution to the project of revising 'theory' in a way that is more helpful to legal and empirical researchers than traditional philosophy and sociology.

1 Professor at the Centre for Criminology and Sociolegal Studies of the University of Toronto, Canada. Email Address: m.valverde@utoronto.ca

1 Introduction

In many parts of the world legal education and legal research have changed a great deal over the past ten or twenty years. Many legal scholars have come to appreciate the importance of empirical studies of legal processes and law reform efforts – studies that document, among other things, the often unintended effects of legal rules and legal change. Scholars engaged in such research on ‘law in action’ (whether based in law schools or in other departments) need theoretical inspiration and theoretical tools to put their particular research into a broader context. But my travels around the world suggest that from Canada to Germany to Argentina, many people who (often for the first time in their institution) are trying to do empirical research on law feel that what is offered as ‘theory’ in both law schools and social science departments is not helpful. Some react to this problem by simply rejecting anything that smells of critical theory (e.g. the relatively new US network of “Empirical Legal Studies”). But I want to argue today that while legal researchers’ skepticism about much of what is on offer under the name of theory is well grounded, there are nevertheless theoretical resources that can very much benefit empirical researchers.

Neither legal philosophy nor grand European sociology of law – the two main forms that legal theory takes, in civil law countries at any rate—are particularly helpful, and in many respects these traditions constitute obstacles to concrete analyses of legal processes. But fortunately, today, there are other sources of theoretical and methodological inspiration. Here I only have the space to present a small part of my own recent contribution to the project of revising ‘theory’ in a way that is more helpful to legal and empirical researchers than traditional philosophy and sociology (Valverde, 2015); but I do want to emphasize that there are many other potentially useful sources of inspiration, and I encourage you to explore these.

Theory sometimes has a bad name among those concerned to document law’s effects because the philosophical debates about the nature and essence of law in general that preoccupied people like Kelsen do not have a positive relationship with empirical research. If one begins from what I would call the nineteenth century European perspective, then theorists, or

rather philosophers, sit in splendid isolation producing purely abstract models, while empirical research is relegated to the lowly task of finding ‘examples’ (or counter examples). Even speaking strictly from a philosophical point of view, such a view of the relationship between theory and research has become completely outdated. The project of building a static, universally valid theory of law is, not to mince words, outdated and hopelessly Eurocentric. In my view (a view shared by many postcolonial, feminist, and legal-pluralist thinkers who don’t necessarily share my particular preferences as to which theoretical tools are best), the assumptions about what questions theorists should be asking that are taken for granted by grand European philosophy need to be set aside, not only because such a view of what counts as theorizing does not facilitate research, but also because that whole approach is not appropriate to theorize our present.

As a genre – that is, a habitual, taken-for-granted style of thought-- grand legal philosophy assumes and presupposes that a great (almost always male) thinker, sitting in an (almost always European) university, can make authoritative pronouncements about the world in general and about law in general. That assumption was questionable even in the nineteenth century; but it is certainly inappropriate for an age when legal pluralism has been shown to be the norm rather than the exception, an age in which the exciting social and intellectual ferment that has given us a rich variety of post-Eurocentric alternatives, from feminist thought to indigenous challenges to Western notions of law, to legal anthropology’s insights about pluralism, have undermined not so much the specific claims of people like Niklas Luhmann but the traditional assumptions about what theorizing is all about. I am one of many socio-legal scholars who, greatly influenced not only by empirical studies of law but also by political-legal-social developments in the global South, and among marginalized groups in the global North, have come to question the assumption that a male professor sitting in Paris or Oxford can produce universally valid accounts of not only of law but even of justice. But in questioning this model of theory many of us have come to believe that the task today is not to look for new philosophers of the world in general, philosophers who happen to write

from Johannesburg or from Rio instead of from New York or London – the task is rather to question the model of the great philosopher, and work together in a more collective fashion to develop less grandiose, more modest, more research-friendly ways of thinking about the broader implications of particular developments, which is ultimately what ‘theory’ can do.

There are many different ways of ‘doing theory’ from a post-philosophical, post-Eurocentric perspective. But one thing that these diverse approaches have in common is a sense that theory is more a set of tools that can be used for research than a static scientific model of how the world works (or how it should work). Michel Foucault is perhaps the best known of the post-philosophical thinkers. As is well known, he argued that empirical investigation (in his case, historical research) is the necessary foundation for all original thought, and that insights developed from particular research projects can become tools for researchers in other contexts, with those insights and terms and ideas taking up the space previously given over to philosophy. I work largely within the Foucaultian tradition², but as I will show in a minute, I have recently experimented with borrowing terms and ideas from a literary scholar of the 1920s who has nothing to do with Foucault and is not well known in legal circles, Mikhail Bakhtin, but whose work I think can be adapted for use in socio-legal research. My shift from Foucault to Bakhtin does not mean abandoning one great thinker in favour of another: one great virtue of thinking about theory in a post-philosophical manner is that one doesn’t have to abandon all competitors if one finds one thinker or one work or one idea useful. Theories such as Kelsen’s or Luhmann’s are meant to be total frameworks that exclude or falsify other perspectives. But in the post-philosophical age, it is quite possible to borrow tools from diverse sources – one idea from feminism, one from indigenous legal thought, one research method from anthropology, etc. Of course eclecticism is never a virtue; a great deal of reflection and experimentation is required to determine which combination of which particular insights or tools can work together,

² For more on how Foucault’s work can be used for purposes of legal research, see Valverde, M. (2010). Spectres of Foucault in sociolegal scholarship. *Annual Review of Law and Social Science*.

for a particular purpose. Personally, I have spent a great deal of time worrying about the extent to which Bakhtin’s central notion (“dialogism”) is compatible with Foucaultian perspectives on governance and subjectivity. But random, smorgasbord-style eclecticism is not the necessary or the only alternative to the traditional position-taking theory game whereby one scholar argues for Luhmann and another argues for, say, Pierre Bourdieu, with everyone assuming that if one is right the other must be wrong. I will try to show this concretely in a minute; but first it is necessary to explain how and why I came to re-read Bakhtin and to adapt some of his ideas for socio-legal research purposes.

2 From literary chronotopes to legal chronotopes

In the 1920s, Mikhail Bakhtin was pursuing a question that is central to all literary studies: the question of genre (Bakhtin, 1981; Todorov & Bakhtin, 1984). What makes a medieval epic different from lyric poetry or from the modern realist novel? What features of the genre of the detective novel allow even the most casual of readers to quickly identify a text as a detective novel?

Bakhtin’s answer to this perennial question was that each genre is easily distinguishable by its distinct space-time frame. The ancient Greek romance, for instance, featured heroes and lovers encountering adventures and difficulties, so time and space were both being traversed. But if one pays attention one sees that both time and space are held constant in relation to character development. In terms of time, the heroes do not age no matter how many adventures they undergo; they go travelling, encounter monsters, pass tests – and when they meet again they still act as if they were the same age. And in terms of space, as Bakhtin says, going from Athens to Alexandria doesn’t seem to involve any real travel – there is no difference between one place and another.

By contrast, the modern novel features characters that are fundamentally changed by moving across time and over space. When the hero returns home from travels he is definitely older, usually wiser, and in all cases, the time that has passed and the spaces he has traversed have made a real difference to his char-

acter. Time and space displacement are thus formative for the modern novel's protagonists, whereas in ancient Greek narratives the protagonists have, from the beginning, a fixed moral identity, one that has to be actualized through actions, but that was inborn.

Other genres too have their distinct spatiotemporality. To give an example that Bakhtin doesn't himself give, the classic detective novel features an initial event that disrupts the space of normality – a murder committed in a peaceful village, for example. The investigation of that event then has the protagonist and through him/her the reader following clues in the present to find the hidden (past) causes of the criminal event. In the detective genre, it is assumed that the detective's forensic work has as its inevitable result the restoration of an initial state of peace and normality, an assumption that Luc Boltanski has recently argued can only be associated with modern state sovereignty in the global North (Boltanski, 2014). Indeed, a country in the midst of a civil war would not be a good location for a detective novel, since the temporally specific work of finding past causes for a present disruption of normality, with the goal of restoring, through the inquiry into the crime, the essential coherence of the normal peaceful state/village, would not work if violence is the norm rather than the exception. (In spy novels, by contrast, violence and deception are portrayed as endemic, not exceptional, and war or quasi-war situations/chronotopes are thus well suited to spy stories).

Bakhtin's 'chronotope' is not a notion created by the addition of a particular space (say, the peaceful village or the ordered nation-state) to a particular temporality. In each genre or chronotope, Bakhtin pointed out, time shapes and limits and determines space, and vice versa. That is, time and space are not independent. The chronotope is not time plus space: it is spacetime, or timespace. In lyric poetry, for example (Bakhtin points out), the rural spaces in which lyric poems are set are internally connected to the de-historicized temporality of innocence that the genre both presupposes and creates. Neither economics nor politics can enter into the spacetime of lyric poetry.

To pick a more contemporary example, one could contrast the spatiotemporality of the detective nov-

el to that of the soap opera or telenovela. First, the soap opera is always open-ended; television producers might decide to end the season or the show with a major event, but the genre is by definition open to the future. Some hitherto invisible illegitimate child could always pop up and give rise to new episodes, for example, whereas in the detective novel, once the crime has been solved the book has to end. And this temporalization, which is in many ways the opposite of the temporalization of the detective story, is intrinsically connected to the physical and social space of the family home, the privileged site of the soap opera/telenovela. The characters might be shown going to work or spending time in public places, occasionally, and of course families are necessarily engaged with outsiders (always evaluated from the point of view of whether they are suitable as new members of the extended family). But the prototypical spacetime of the telenovela, that which makes it a distinct genre, is that of the always-in-crisis, open-ended, complicated family.

The authority figures are, not surprisingly, quite different. The detective is all-knowing, at the end if not at the beginning, and the reader can feel a vicarious sense of power as Hercule Poirot or Sherlock Holmes give what is always the authoritative account of the causes of a particular crime. By contrast, in the telenovela, the family's problems and joys are shown as continually managed but never finally resolved by a maternal figure who has more knowledge than others but is always at risk of being deceived by her many relatives. This caring but often ineffectual figure is usually shown as most comfortable in her own kitchen, the prototypical site of the family's various crises (or rather the site in which they relate their crises at length and with many tears). Domesticity, or rather the specific, tragic-sentimental domesticity of the telenovela is thus in part defined by the paradigmatically domestic space of the kitchen-dining room, but the genre is also defined by a particular temporality – the endless, crisis-filled temporality that in this genre defines the private life of the family. Multigenerational family sagas, from Emile Zola to *Roots*, often focus on the public side of family life, on business affairs, travel, children's education and so on; but the point of the telenovela is precisely to vindicate and value the private side of family life for

its own sake. A particular show is a telenovela if the characters, and especially the wise mother or grandmother, work hard day after day to keep the family's shameful fights and secrets away from public view, with those efforts never being permanently secured, since even the wisest mother can never ultimately control her always errant children. Domestic power, the telenovela tells us, is always contingent and never finally secured; there is no domestic sovereignty and there is no domestic 'law and order'.

How is this relevant for socio-legal analysis? Let me address this tangentially at first, by explaining how the ideas developed in my recent book *Chronotopes of Law* evolved to some extent out of a reflection on an earlier, quite influential attempt to take legal thinking beyond philosophy: Boaventura de Sousa Santos' notion of 'interlegality'. In an essay published in English in 1987, which has been much read and much cited (especially by those who write about law and spatial regulation), Santos argued that instead of theorizing 'law' in general, we should focus on the dynamic relations among different scales and systems of law that he called 'interlegality' (Santos, 1987).

Writing against legal philosophy, Santos pointed out that there is no such thing as law in general; national legal systems always coexist with global law and with local law, and non-national legal rules follow logics that are quite different from those of the nation-state – so that the differences between different scales of law are not merely quantitative. This insight (closely related to the 'legal pluralist' project promoted by anthropologists studying how customary and/or indigenous law coexisted with colonial Western law) was extremely influential. However, it was limited in that it only considered law's spatial or geographic scales. Reading Bakhtin and being inspired by his work made me see that law doesn't just have different spatial scales (global, national, local, terrestrial, maritime, and so on). What I (and many others) call legal assemblages --a term chosen because it emphasizes contingency and ad hoc decision-making, in contrast to the top-down planning presupposed by terms such as 'legal systems' (Li, 2007) – are simultaneously spatialized and temporalized in distinct ways. For example, let us take a common legal object: the licenced bar or pub. This is a particular space charac-

terized by being extra-domestic and being devoted to non-familial socializing. But the space is also temporalized in a specific manner – that is, the temporalization affects the very definition of the space. The bar is only a bar when it's open for business – indeed, it is only a real bar in the evening. At 9 in the morning the building, the space, exists, but the legal chronotope of 'the bar' has disappeared, and will return only as evening falls. (And if a jurisdiction has firm closing hours, the bar will become, quite suddenly, a space of illegality, after 2 am or whatever the legal hour might be – it will no longer be a proper bar).

Another legal chronotope I explore in my book is the 'single-family home'. In most jurisdictions urban space is legally divided into distinct categories: commercial vs. industrial, and, in many places, residential areas with apartment buildings vs. residential areas that are designated as 'single-family detached'. The single-family detached home – typically a house surrounded by a yard and containing a nuclear family-- is not just a space. It is a temporalized space, deeply rooted in the life-stage temporality reflected in the civil-status category of 'married with children'.

Of course, a single person is free to buy and inhabit a single-family home -- the link between 'married with children' and the particular space that is the detached home with a yard is not absolutely compulsory, and could not be, in a liberal legal system. But there is a very definite association, a close link, between the temporality of 'married with children' and the space that is the single family home. Before one is married and has children one is supposed to inhabit a different space: the rented apartment. Scholars, especially in the US, have written a great deal about how the spatial arrangement of urban life, especially through zoning, brings about or reinforces class and race power. That is certainly true: race and class power do work through space. But legal scholars of race and urban life have totally neglected the temporality of different categories of urban space. The single-family detached category, regarded as a chronotope, draws attention to life-course temporalities in particular --but there are other types of temporal classifications of space that have rarely if ever been explored. For example, there are beaches that are meant for the weekend and/or the holiday, and

are meant to be leisure spaces to be enjoyed during daylight hours (many beaches ban sleeping there at night); similarly, there are many sports spaces whose 'essence' changes depending on the time of day and the time of the week or the season of the year. That the legal nature of particular spaces can change with time is well known; for example, numerous cities in the global North ban people from using parks at night. The larger implications of temporalizing spaces and enshrining this temporalization in legal rules have not yet been understood.

The courtroom is another example of legal chronotope. Socio-legal scholars interested in the materiality of law have described how particular architectural and furniture choices enact the special space of adjudication; but focusing only on space, they rarely if ever note that, like the bar, the courtroom is only a legally effective courtroom during a particular time. It is only as the judge enters and the clerk announces that 'this court is now in session' that the room, whatever acquires its distinct legal essence. And just as in a football match the referee decides when to stop the chronotope of the match (for example, deciding when an injury to a player requires that the game be stopped), and only the referee decides when to start it up again, so too, in the courtroom, the judge can make the chronotope of the court come and go by calling recesses or lunch breaks. The time of the courtroom is thus not continuous, and not the same as clock time. The time of the courtroom is organized by the judge's sovereign power to start and stop the clock of law – which is not necessarily synchronized with the clock on the wall.

Spatial analyses are usually static, as was the case in Boaventura Santos' famous description of law as a series of maps drawn at different scales. If we focus the scholarly gaze on the way in which particular legal assemblages make use and connect particular forms of spatialization and temporalization, then a much more dynamic analysis is possible.

An additional useful feature of the chronotope idea is its compatibility with an interest in the aesthetic and affective dimensions of legal power, dimensions already highlighted, but not theorized in any systematic way, in the article by Boaventura Santos

mentioned above. The single-family detached legal category privileges a specific emotional condition – the sentimental chronotope of family togetherness, parental responsibility, and childhood innocence. It is assumed that parents who spend money purchasing a single family home are more responsible, better parents, than those who live in a low-rent apartment building. Thus, the duties, responsibilities, and pleasures of nuclear family life, usually seen through a rose-coloured lens that features love and devotion – but never domestic violence-- are part and parcel of the legal chronotope of the single-family home.

Similarly, the chronotope of the courtroom is characterized by a certain structure of feeling -- that contained in the phrase 'the majesty of law' (and also implied in the popular phrase, 'I want my day in court'). One cannot separate the honour and authority that attaches to the judge, which is a legally important bundle of feelings, emotions, training, and aesthetic habits, from the time and space particularities of the spacetime that makes a judge a judge – and viceversa. The spacetime that is the courtroom in session constitutes 'the judge' as a combination of ethical/emotional practices and legal qualifications; and in turn the judge's particular authority makes certain spacetimes actual, effective courtrooms (rather than, say, a collection of film sets for a courtroom drama).

This may be a good place to stress that chronotopes do not exist out there, like flowers in a field. It is the researcher who has to think about where to draw the lines that define the chronotope under study. For example, the criminal trial, as a legal genre, can be usefully regarded as a chronotope, since standards of proof and burdens of proof that are found in criminal but not civil law set up and presuppose specific spatiotemporal dynamics. But for other purposes one could say the courtroom in general is the chronotope, no matter what kind of legal proceedings are taking place in it. Similarly, in regard to social entities, one could treat a single city as a chronotope when distinguishing its internal organization from that of other cities, but one could also focus on how one neighbourhood is organized differently from another (or in Brazil, how favelas are organized differently, spatiotemporally, than the formal city known as 'the asphalt').

I hope that these examples begin to persuade you that borrowing Bakhtin's idea of the chronotope helps us to produce analyses of legal and quasi-legal entities and assemblages that link space and time instead of separating them. But let me now move on to a second argument in favour of the chronotope idea, which concerns the way in which a chronotope analysis sheds light on the oldest legal question of all: the question of jurisdiction.

3 The game of jurisdiction

Jurisdiction is the most basic, most fundamental legal machine. Jurisdiction is nothing less than the law of law – and, more generally, the governance of governance, since sociolegal scholarship includes in its purview not only formal state law but also jurisdictional arrangements that are outside of state law. For example, young children understand jurisdiction without knowing the word because they understand the division of governing labour between 'mom' and 'dad', or between their particular teacher and the school principal. The content of these jurisdictional divides varies from family to family and school to school, but I would venture the generalization that all families and all schools have an internal jurisdictional division of governance.

Jurisdictional divides can overlap with spatial scale, as when we distinguish European Union law from the law of France or England. That is only a very small fraction of the jurisdictional apparatus that underpins governance. Jurisdiction works to distribute legal authority not only by territory but also by subject matter (family law vs criminal law) and even by temporality (with some crimes being subject to statutes of limitations and others not). Lawyers are by trade highly aware of the arrangements that organize the complex relations between different legal and judicial authorities that operate in the same territory (e.g. constitutional courts vs courts of first instance; civil law suits vs criminal prosecutions; family law vs labour law; etc). However, even ordinary people have a rough map of jurisdiction. Ordinary people may not know exactly what makes a matter criminal, but they know that murder and theft are criminal offences and hence are prosecuted by the state; and they also know that municipalities and central gov-

ernments have different jurisdictions. Few people would go to a federal court to complain about poor garbage collection; and few if any ordinary citizens imagine that cities can exercise immigration policy powers.

The key point here – a Foucaultian point – is that once a matter has been assigned to mom rather than dad, to a criminal court instead of a civil court, to the city rather than the state, that classification already, from the start, determines HOW the issue will be governed. Thus, qualitative differences in 'styles of law' (to use Santos' phrase) or, to use Foucault's language, in modes of power/knowledge, are reconciled or at least are managed through the machinery of jurisdiction.

What is important about jurisdiction from the point of view of governance, therefore, is that the machinery of jurisdiction works not only to sort issues among the different authorities and types of law/court, thus distributing sovereignty, but also to naturalize, to de-problematize the sharp differences, even conflicts, that one sees among different ways of governing people and problems, even within the same state. Neither ordinary people nor most legal scholars are likely to question jurisdiction's basic architecture. People don't stop to ask: what would happen if we governed criminality more like a family rather than like a sovereign state? Or what would happen if we governed the family more like a market? And so on. We take it for granted that once we have assigned a problem to a particular jurisdiction, then, automatically, a certain, qualitatively distinct mode of governance will be applied. It just seems natural or commonsensical that a municipality will try to provide services to the inhabitants, insofar as it has the resources – and it seems to go without saying that a federal government will disavow responsibility for basic services like water and electricity, and will instead inquire whether the inhabitants are legal residents or are illegal immigrants. People unhappy with their running water or their bus service will protest in front of city hall, and will not (during normal times at any rate) think of going to the national capital. That is because certain needs have been assigned to particular levels of government for so long that the jurisdictional divide has come to seem natural rather than legal.

As the machinery of jurisdiction grinds on and continually naturalizes divisions of governing labour that have nothing natural about them, the contradictions between the multiple logics that any legal system, liberal or not, contains, are also naturalized and thus swept under the analytical rug. It just makes sense that municipalities try to look after residents; and so municipal inspectors and guards tend to behave differently than members of the national police and the military. Shifting certain matters (e.g. minor drugs) to the local level, to municipal health and safety inspectors, would probably have more impact on how drugs and drug users are governed, and more quickly, than any amount of money spent training and retraining federal and quasi-military police agencies. The existing contradictions between different ways of seeing citizens (local service provision vs national security logics, for example) tend to go unnoticed through the naturalization of jurisdiction, and the way in which the machinery works discourages critical questions about why certain logics are applied only in certain jurisdictions.

This connects with the chronotope analysis as follows. Just as we don't ask why a detective novel couldn't be improved by the kind of leap into the future that characterizes the genre of science fiction, since we expect the genre of detective story to be consistent and to not suddenly shift to the genre of science fiction, so too we don't ask why, for example, the pastoral, welfarist logic of (most) youth courts couldn't be applied to other types of legal proceedings. People who are losing their house to the bank because they have become unemployed and cannot pay make mortgage payments do not expect the bank to care about their welfare, and they do not expect the civil courts to make decisions by using the logic of care. The logic of debt, as enforced by civil courts, has its own chronotope, or rather shares the chronotope of the capitalist market, where everything has a price and people who sign contracts cannot escape their debts, no matter what the circumstances. The static spacetime of the contract reigns. Youth welfare work, by contrast, including much work that is done pursuant to criminal charges, relies on a different chronotope, one which is dynamic and not static, and in which personal circumstances do matter. To give another example, this time from criminology, the now mainly abandoned idea of 'rehabilitating' offenders relied on a very dif-

ferent chronotope than the backward-looking biblical notion of retribution, which is in turn distinct from the risk-management, future-oriented logic of incapacitation: 'chronotopes of punishment' would be a worthwhile research topic.

Jurisdiction thus naturalizes distributed governance, and specifically naturalizes the heterogeneity of governance. In other words: as the game of jurisdiction proceeds, different modes of governance, which are quite at odds with one another, are enabled to quietly coexist. This characterizes not just complex legal systems but also quasi-legal or nonlegal governance. To return to the family example, how mom governs the children's misbehaviour can coexist quite happily with how the same behaviour is governed by 'dad' and by school authorities, insofar as everyone takes it for granted that mom's way of governing is limited to her particular jurisdiction/chronotope. If she tried to have mothers take over the school and run them using their own approach, then a conflict of chronotopes and jurisdictions would ensue; but such things rarely happen.

It is thus useful to see each jurisdiction as a particular chronotope --with a characteristic relation between space and time. From this point of view, the proliferation of specialized tribunals and quasi-legal venues for dispute resolution (using arbitration, mediation, or ad hoc procedures) thus poses no real threat to the traditional logics of criminal law and other displays of sovereign coercive power; it would only be if people started asking why restorative justice or mediation is not appropriate for all legal matters that the proliferation of distinct modes of legal decision-making would pose a threat to the status quo. The naturalization of different chronotopes (the family household; the prison; the national border, etc) helps in a very significant way to prevent not only ordinary people but even lawyers from asking radical questions (such as, 'why do we not govern criminals as if they were family members?')

Last but not least, one of the virtues of Bakhtin's work is its careful attention to the mood and the affective dimension of particular chronotopes. Critical legal studies, if one can generalize for a moment, has generally been rather deaf to the aesthetic and emotional dimension of law and governance. With

the major exception of (some) feminist work, critical legal scholarship has tended to focus only on vested, rational-choice interests, and has therefore itself suffered to some extent from rationalism. Bakhtin's brilliant analysis of the aesthetic and emotional dimensions of different chronotopes is by contrast very much in keeping with Santos' effort to document the various, always embodied, never rationalistic, 'styles of law' that coexist not only in the same territory but even in the same institution or even the same person. To return to the example of a hypothetical conflict between maternal practices for governing children and the formal school system's approach, it is clear that the spacetime of the mother at home has a very different emotional feel from the spacetime of the formal state school. That emotional or affective background factor is important. Bakhtin pointed out that each literary genre has a distinct 'mood' – an air of impending disaster and panic pervades horror movies, for instance, even before the credits have rolled. So too do legal chronotopes have a particular mood. 'National security' and 'the fight against terrorism' are terms that trigger a particular chronotope of security using well-defined moods; the chronotope of national security is in many ways defined by its contrast with chronotopes of welfare and compassion, such as the 'solidarity' that is invoked by trade unions. Legal scholars are not usually attuned to emotional and aesthetic issues – despite the fact that many lawyers and many judges become over time masters of emotionally powerful rhetoric, and not just in the common law world. Thinking about legal power and legal processes in terms of chronotopes can help to remedy this rationalist deficiency. Thinking of national security as a chronotope, one that is characterized by certain spatiotemporal logics (vigilance; the precautionary principle; etc) that are quite distinct and different from the spatiotemporality of other state projects (immigration, say, or public health) may be a useful innovation. In the Chronotopes of Law book I give several examples of 'chronotopes of security', and also of other types of legal chronotopes, but these are just examples.

tools suited to our own age involves developing tools for analyses of 'law in action' that identify the spatio-temporality of different types of legal processes, in part because it helps to appreciate the fundamental role played by the game of jurisdiction, analyses that furthermore do not arbitrarily exclude aesthetics and emotion from our accounts. Whether this will indeed be useful to take socio-legal studies into the future is the question --one that will only be answered over time by people such as you and others reading these words.



4 Conclusion

To sum up, then. My attempt to develop theoretical

5 References

- Valverde, M. (2015). *Chronotopes of law: jurisdiction, scale, and governance*. London: Routledge.
- Bakhtin, M. (1981). *The Dialogic Imagination: Four Essays*. Translated by Caryl Emerson and Michael Holquist. Austin, TX: University of Texas Press.
- Todorov, T. & Bakhtin, M. (1984). *The dialogical principle*. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
- Boltanski, L. (2014). *Mysteries and conspiracies: detective stories, spy novels and the making of modern societies*, transl. Catherine Porter. London: Polity.
- Santos, B. de S. (1987). Law: a map of misreading: towards a postmodern conception of law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279-302.
- Li, T. (2007). Practices of assemblage and community forest management. *Economy and Society*, 36(2), 263-293.

Data de submissão/Submission date: 9.9.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date:
4.12.2015