

# QUAL É A CONTRIBUIÇÃO DO DEBATE COM AS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA A PESQUISA JURÍDICA BRASILEIRA? Uma análise a partir da experiência empírica junto aos juizados criminais especiais cariocas // *Vera Ribeiro de Almeida*<sup>1</sup>

## Palavras-chave

Pesquisa empírica em direito / Justiça criminal consensual / Interdisciplinaridade

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

## Sumário

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

## Resumo

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

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

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

**Keywords**

Empirical research in law / Consensual criminal justice / Interdisciplinarity

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

**Abstract**

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

## 1 Introdução

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

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

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

Geraldo et al. (2010) diagnosticaram os principais obstáculos da pesquisa jurídica brasileira, tanto no

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

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

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

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

É certo que a pesquisa realizada por um integrante do campo jurídico,<sup>3</sup> mesmo que *bem educado* na li-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a existência de uma ampla possibilidade de escolha de penas praticada pelos juizados.

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

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

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

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

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

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

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

Inicialmente, as entrevistas com os promotores de

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

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

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

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



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

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

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

A etnografia é um método que obriga o pesquisador a estabelecer relações, selecionar interlocutores, transcrever textos, levantar genealogias, mapear campos, manter um diário, e assim por diante. Geertz (2008), citando a noção de Gilbert Ryle,<sup>8</sup> afirma

8. A discussão de Ryle sobre “descrição densa” está presente nas

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

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

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

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

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

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

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

transação.

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

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

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



### **3 A determinação do recorte geográfico**

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

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

Mesmo com essas indicações, ao ingressar no campo outras descobertas foram reveladas. Na maioria das vezes a minha apresentação como estudante de mestrado em direito e interessada em descrever as práticas relacionadas à transação penal foi suficiente para conseguir o acesso aos documentos e aos ambientes dos juizados, bem como o contato com as pessoas que neles operavam e eram atendidas, não sendo exigida qualquer outra condição ou apresentação de documento comprovando minhas afirmações. Por outro lado, onde houve o meu reconhecimento como advogada militante na área penal, percebi que, inicialmente, os operadores não se sentiram muito à vontade com a minha presença, criando certos entraves

no manuseio dos procedimentos das audiências ou no acesso às partes envolvidas nos litígios. Todavia, como enfatizei desde o primeiro contato qual era a finalidade dessa participação, e isso ficou visível com a minha frequência contínua àqueles ambientes, essas resistências iniciais foram se reduzindo. O diálogo com estes operadores permitiu que eles me vissem como uma profissional socializada em seu conhecimento técnico e que com eles guardava alguma semelhança e proximidade.

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

### **4 A opção pelos referenciais teóricos**

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

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

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

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

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

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

Ao lado dos doutrinadores, o campo jurídico também é dominado pelas orientações dos órgãos jurisdicionais. Especialmente no Brasil tais órgãos possuem a hegemonia da dicção do direito em virtude do princípio do livre convencimento do juiz. Embora não previsto expressamente no texto constitucional, esse princípio está descrito nas legislações processuais

(civil, penal e trabalhista)<sup>10</sup> e é visto pelo campo jurídico como consequência *natural do princípio da judicialidade ou judiciarista*, que possui *status* de princípio constitucional (previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988), segundo o qual: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Estes intérpretes judiciais, portanto, estão no topo da hierarquia da estrutura exegética do direito, como já afirmou Teixeira Mendes (2008, p. 14).<sup>11</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

os espaços possíveis do Direito, onde os “operadores do direito” concorrem pelo monopólio do direito de dizer o Direito (Bourdieu, 1989, p. 212-225).

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

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

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

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

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

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

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

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

também construir a própria vida social. Segundo Geertz (2000),

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*o que estava longe, parece ao alcance de nossa mão; o que era abstrato torna-se concreto e quase normal (...) as imagens e ideias com as quais nós*

*compreendemos o não-usual apenas trazem-nos de volta ao que nós já conhecíamos e com o qual já estávamos familiarizados (Moscovici, 2007, p. 58).*

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

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

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

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

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



(Durkheim, 1973, p.526)

E Cardoso de Oliveira (2011) continua afirmando que,

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

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

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

Sendo assim, foi deslocado o olhar para as motivações e interações entre promotor de justiça e jurisdicionado, com a finalidade de perceber, nos atos de oferecimento e aceitação deste procedimento, as representações produzidas pelos atores envolvidos.

Através dessas representações, procurou-se identificar as categorias que determinavam a variação das penas aplicadas pelo Ministério Público.

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

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

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



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

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

Tal como visto inicialmente, nos casos de aplicação de doação de sangue, as práticas e os discursos dos operadores dos juizados revelaram certa representação acerca da autonomia e liberdade na dicção do direito, através das quais se abriu espaço para ampliar, reduzir, inserir e retirar conteúdos da lei, esvaziando a utilidade protetora da legalidade e seu caráter democrático e isonômico. Em outras palavras, não foi percebido (ou revelada tal percepção) que legítima e justa seria a decisão conforme a lei, porque esta

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

resultou de um processo legislativo representativo, de índole democrática. A partir dessa e outras observações foi possível considerar que no “fazer” desses operadores, ou melhor, na aplicação do direito, ficou evidente a luta pelo “poder de dizer o direito” (Bourdieu, 1989).

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

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

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

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

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

## 5 Conclusão

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

Ao se empregar os métodos das pesquisas sociais no exame das práticas dos operadores jurídicos, especialmente no que se referiu à operacionalidade das transações penais nos Juizados Especiais Estaduais Criminais do Rio de Janeiro, a investigação demonstrou que, diversamente do contido nas leis e nas interpretações de seus textos, o campo jurídico produz orientações próprias e diversas, pautadas em representações que muitas vezes resultaram em diferentes formas de solução dos conflitos sociais que

chegaram ao Judiciário e, com isso, o ideal isonômico previsto constitucionalmente como elemento do Estado Democrático de Direito, passou a constituir mero discurso retórico.

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

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

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

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

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

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

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

para levantar os dados etnográficos necessários à compreensão do *outro*.

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

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

## 6 Referências

- Almeida, V. R. (2011). Presunção de inocência ou presunção de culpa? Algumas representações sobre a transação penal, XX Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>
- Almeida, V. R. (2014). *Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica em Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Amorim, M. S.; Burgos, M., & Kant de Lima, R. (2002). Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 10 (40), 255-281.
- Bourdieu, P. (1989). *O poder simbólico*. Lisboa: Bertrand Brasil.
- Bourdieu, P. (2001). *A economia das trocas simbólicas* (5 ed). São Paulo: Perspectiva.
- CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). (2005). *Plano nacional de pós-graduação (2005-2010): Subsídios preliminares da área de ciências sociais aplicadas*. Disponível em <http://www.if.ufrgs.br/public/spin/2005/spin415/pnpg2005-2010.pdf>
- Capez, F. (2009). *Curso de Direito Penal: Parte Geral* (3 ed). São Paulo: Saraiva.
- Cardoso de Oliveira, R. (1979). Introdução a uma Lei-tura de Mauss. In R. Cardoso de Oliveira (org.). *Mauss*. São Paulo: Editora Ática.
- Cardoso de Oliveira, R. (1998). *Sobre o pensamento antropológico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Cardoso de Oliveira, R. (2008). *O Material, o simbólico e o contra-indutivo: uma trajetória reflexiva* (Concurso público de titularidade, Departamento de Antropologia). Universidade de Brasília, Brasil.
- Código Penal (1940). Brasília. In *Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal* (6 ed, 2014). São Paulo: Saraiva.
- Código de Processo Penal (1941). Brasília. In *Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal* (6 ed, 2014). São Paulo: Saraiva.
- Constituição Federal (1988). Brasília. In *Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal* (6 ed, 2014). São Paulo: Saraiva.
- Durkheim, E.. & Mauss, M. (2000). Algumas Formas Primitivas de Classificação. In J. A. Rodrigues (org.). *Emile Durkheim*. São Paulo: Editora Ática.
- Epstein, L. & King, G. (2002). The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review*. 69 (1), 1-133.
- Fragale Filho, R., & Veronese, A. (2004). A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, 1 (2), 53-70.
- Fragale Filho, R. (2008). Panorama atual da pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV: Pesquisa em Direito e Desenvolvimento*, 5 (5), 21-31.
- Garapon, A. (1997). *Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. São Paulo: Piaget.
- Garapon, A. (2001). *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan.
- Garapon, A. (2008). *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- Geertz, C. (2008). *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos.
- Geertz, C. (2006). O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In C. Geertz (org.). *O Saber Local: novos ensaios em antropologia interpretativa* (8 ed). Petrópolis: Vozes.
- Geraldo, P. B.; Fontainha, F.; & Veronese, A. (2010). Sociologia empírica em direito: uma introdução. *Revista Ética e Filosofia Política*, 12 (2), 1-13.
- Greco, R. (2004). *Curso de direito penal: Parte Geral* (4 ed). Rio de Janeiro: Impetus.
- Kant de Lima, R. (1983). Por uma Antropologia do Direito no Brasil. In J. de Arruda Falcão. *Pesquisa Científica e Direito*. Recife: Massangana.
- Kant de Lima, R. (1995a). *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Kant de Lima, R. (1995b). *Da inquirição ao júri, do trial by jury à plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil/Estados Unidos* (Tese de Titularidade do Departamento de Antropologia). Universidade Federal Fluminense, Brasil.
- Kant de Lima, R. (2008). *Ensaio de Antropologia e de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Kant de Lima, R. (2010). Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos

- do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, 2, 25-51.
- Lupetti Baptista, B. (2010). A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições. In R. Kant de Lima; L. Eilbaum & L. Pires (orgs.). *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada* (2 vol). Rio de Janeiro: Garamond Universitária.
- Malinowski, B. (1978). *Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos de Nova Guiné melanésia* (2 ed). São Paulo: Abril.
- Mori Madeira, L. & Engelmann, F. (2013). Estudos sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. *Revista Sociologias*, 15, 32, 182-209.
- Nobre, M. (2003). Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Novos Estudos Cebrap*, 66, 145-154.
- Oliveira, L. & Adeodato, J. M. (1996). *O Estado da Arte da Pesquisa Jurídica e Sócio Jurídica no Brasil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários.
- Oliveira, L. (2004). *Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sóciojurídica na pós-graduação em direito*. In L. Oliveira. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal.
- Radcliffe-Brown, A. R. (1973). *Estrutura e função na sociedade primitiva*. Petrópolis: Vozes.
- Sá, C. P. (1998). *A construção do objeto de pesquisa em representações sociais*. Rio de Janeiro: Editora da UERJ – Eduerj.
- Santos, B. S. (1997). Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In J. E. Faria (org). *Direito e justiça: A função social do judiciário* (3 ed). São Paulo: Ática.
- Teixeira Mendes, R. L. (2011). *O princípio do livre convencimento motivado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Zaluar, A. (1988). *Teoria e prática do trabalho de campo: alguns problemas*. In R. R. Cardoso (org). *A aventura antropológica: teoria e pesquisa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Data de submissão/Submission date: 23.02.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date:  
30.06.2014