

MESA DE DEBATES 1 -
A PESQUISA EM DIREITO E A PESQUISA EM
CIÊNCIAS SOCIAIS *

José Reinaldo de Lima Lopes

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e da
Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV)

Kazuo Watanabe

Professor da Faculdade de Direito da USP (FDUSP) e presidente do
Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ)

Maria Tereza Sadek

Professora da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da
USP (FFLCH-USP) e pesquisadora do Centro Brasileiro de Estudos e
Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ)

Carlos Alberto de Salles

Professor da Faculdade de Direito da USP

Moderação:

Paulo Eduardo Alves da Silva

Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/ USP)

* Realizada no dia 29 de setembro de 2011, com posterior revisão dos autores.

Paulo Eduardo Alves da Silva

Senhoras e senhores, bom dia. Farei uma breve abertura, pois o importante desse encontro é a discutir e ouvir os professores e pesquisadores que vieram conversar conosco. Agradeço inicialmente a presença de vocês, o apoio do Ipea e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), sem os quais não seria possível realizar esse encontro.

Realizar pesquisa empírica em Direito é uma realidade que cresce diariamente. Dos estudos de Sociologia do Direito dos anos 1980 e 1990 para as investigações que vamos hoje discutir, houve um considerável caminho. Investigava-se, nos anos 1980, as invasões urbanas para analisar o fenômeno do pluralismo jurídico e de como deveria ser o acesso à Justiça no Brasil. A partir da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), foram feitas investigações sobre os canais de acesso coletivo a direitos ganharam a pauta de pesquisa de natureza empírica. Posteriormente, com a discussão de reforma do Judiciário, pesquisas inicialmente sobre os caminhos para a sua abertura e, posteriormente, sobre o que se entendia como sua “eficiência”.. São exemplos de investigações os perfis dos atores do sistema de justiça, mais recentemente sobre a gestão e o funcionamento do sistema de justiça, as causas da morosidade, a percepção da população sobre o funcionamento do Poder Judiciário, dentre outras pesquisas. As decisões judiciais, que sempre estiveram na pauta dos estudos em Direito, mas de uma perspectiva qualitativa, passaram a ser analisadas também por uma perspectiva quantitativa, e a recente valorização da jurisprudência tem feito com que esse tema ganhe espaço nas pesquisas empíricas.

Em resumo, realiza-se hoje mais pesquisas empíricas em Direito, e os alunos buscam essa metodologia como uma opção para os seus trabalhos acadêmicos. Penso que o fato de a pesquisa empírica ter alçado à posição de opção metodológica nas faculdades de Direito é um diferencial importante, e é um diferencial que coloca a pesquisa empírica dentro de um cenário mais amplo, da discussão do ensino e da pesquisa em Direito no Brasil. Nesse sentido, ela é especialmente relevante, pois na medida em que se reivindica para a ciência jurídica maior rigor metodológico e interdisciplinaridade, e que se reivindica que a dogmática jurídica desça da torre de marfim na qual ela se isola muitas vezes, a pesquisa empírica passa a ter uma posição de destaque justamente porque permite o contato com pesquisadores de outras áreas e a renovação da dogmática jurídica; o fato de lidar com a realidade cria sensibilidade para a dogmática jurídica.

Porém, realizar pesquisa empírica é uma tarefa muito mais complexa do que se imagina. A discussão, planejamento, elaboração de instrumentos, realização de testes, treinamentos, a coleta em si, a sistematização dos dados, checagem, retorno a campo, as multivariadas análises, reanálises, elaboração dos relatórios... Tudo isso toma meses, às vezes anos, de intenso trabalho e, principalmente, de trabalho em grupo, coletivo – o que, sabemos, é um considerável incremento de complexidade frente à tradicional pesquisa de gabinete. Pois bem. E quando vencida toda essa etapa da realização da pesquisa, há toda uma nova fase, um outro desafio, talvez até mais complexo: saber usar os seus resultados, o que implica uma questão de cultura, de formação jurídica; como usar os dados das pesquisas empíricas?

Daí a ideia de organizar esse Encontro. Muitos de nós aqui têm sentido que, após um intenso trabalho coletivo, as conclusões não têm servido às políticas públicas ou não têm sido incorporadas ao debate acadêmico como poderiam e deveriam. A sensação do pós-pesquisa é, às vezes, mais frustrante do que poderia e deveria ser. Este Encontro visa discutir justamente essas três delicadas questões: 1. Por que fazer pesquisa empírica? 2. Como fazê-la? E 3. Como utilizá-la? Isso será feito de duas maneiras: em discussões plenárias, como essa, aqui na Faculdade de Economia e Administração (FEA) e, pela tarde, na Faculdade de Direito, debates menores pautados pelas próprias pesquisas e apresentados pelos autores dessas pesquisas.. Os temas são variados e o gabarito de seus autores e de suas pesquisas é algo do mais notável destaque. A eles, agradeço desde já por terem vindo exercer o prazer do debate. No final do Encontro, faremos uma plenária, justamente para sintetizarmos as discussões e propor algo, se for o caso, a partir desse Encontro.

Como disse, se o debate será o nosso deleite, o tempo será nosso maior inimigo. Há uma recomendação para as falas serem breves para privilegiarmos o debate, que é a nossa meta. Enfim, agradeço a presença de todos e dou início ao Encontro convidando desde já, para compor a mesa, professores pelos quais nutro muito respeito, que foram fundamentais na minha própria formação e cuja presença é uma honra: professor Kazuo Watanabe, professora Maria Tereza Sadek, professor José Reinaldo Lima Lopez e professor José Carlos Alberto de Salles.

José Reinaldo de Lima Lopes

Bom dia a todos. Agradeço o convite do professor Paulo Eduardo para estar nessa mesa. É uma honra compor essa mesa com pessoas que tanto admiro.

A minha exposição vai ter um caráter talvez mais analítico e peço perdão a vocês pelas obviedades que falarei, mas a minha ideia é colocar uma certa ordem nas minhas próprias ideias acerca da pesquisa em Direito.

O objeto sobre qual pediram que eu falasse nesta manhã é a pesquisa empírica em Direito. É sempre bom começar esclarecendo os termos para ser objetivo nas referências. Começarei pelo problema geral da empiria e do conhecimento no Direito e em seguida tentarei falar sobre os possíveis objetos empíricos de pesquisa, para terminar apresentando algumas ideias sobre a colaboração entre juristas e outros cientistas sociais.

A primeira parte é sobre o conhecimento e a empiria no Direito, o que eu chamei de o problema do objeto do conhecimento jurídico. O Direito poderia ser tratado como uma Ciência Social. Se nós entrarmos nos sites oficiais do ensino superior no Brasil o direito consta como Ciência Social Aplicada, mas confesso meu desconforto com essa classificação, justamente porque o objeto do Direito não consiste apenas, e talvez nem mesmo primeiramente, em compreender ou observar a vida social. O Direito, esse saber que os juristas dominam de forma profissional, não consiste em descrever o que as pessoas fazem, não consiste em explicar causas e processos de mudança. Essa ideia do Direito ser uma ciência social nesses termos é muito recente na história e eu diria que teve vida muito curta. Ela é tipicamente uma ideia do século XIX e sobreviveu até as primeiras décadas do século XX. No Brasil essa ideia tem tido uma fortuna maior, com vida mais longa, prolonga-se numa espécie de naturalismo jurídico. Este consistiria em interpretar as relações jurídicas como se fossem eventos naturais. Alguns autores importantes do século passado acreditaram que uma observação naturalista do direito seria a verdadeira ciência jurídica. Entre esses autores, alguns provinham de uma linhagem derivada ou descendente de Durkheim. Assim como esse autor insistia que tratássemos os fatos sociais como fatos, autores dessa linhagem de pensamento jurídico insistiam em termos como o direito vivo, o direito em ação, o direito fora dos livros, o direito concreto. Todos esses "direitos" seriam empíricos, portanto, prévios, reais, no sentido natural, enquanto os códigos, as leis, as construções conceituais dos juristas seriam apenas ideais, ideologia, fantasmagoria.

Essa naturalismo insistia que o direito, as leis, as relações entre as pessoas e a sociedade como um todo, todas essas coisas deveriam ser tratadas como se pertencessem ao mundo do ser, do real empírico; consistiriam em coisas e processo de natureza material. Muito provavelmente eles pensavam na natureza física ou orgânica. A principal fonte dessa percepção que no Brasil fez enorme sucesso foi o evolucionismo social de Spencer, um darwinismo social representado de determinada maneira. Spencer retirava algumas ideias vindas da história natural, da biologia, e as transformava em princípios filosóficos gerais, uma espécie de filosofia primeira do ser, filosofia universal, uma espécie de metafísica. Não houve filósofo do Direito na Primeira República que não acreditasse na forma evolucionista do Direito. Aqui então teríamos uma primeira versão do que seria o empirismo no Direito; dizia Silvio Romero que o Direito era uma “sociológica”. Essa forma de empirismo teria para esses autores um objeto determinado de conhecimento consistente em comportamentos e normas concretas, que eles chamavam de direito vivo. Esses comportamentos deveriam ser observados, como se faz numa etiologia, isto é, na observação de processo causais orgânicos capazes de indicar outros processos mais complexos e menos visíveis no funcionamento de um organismo, no caso, o organismo social. Não vou alongar muito essa visão, mas nela podem se inserir tanto os positivistas brasileiros quanto os realistas americanos; tanto os críticos da primeira República quanto parte dos juristas que na Europa colaboraram com o fascismo e nos Estados Unidos colaboraram com o *New Deal*. Para eles o problema do direito burguês e liberal não estava tanto no ser, em apresentar uma visão de sociedade, mas sim na distancia que ele mantinha das relações efetivamente praticadas. O direito nos livros era um problema para eles, o *law in books*.

Essa vertente como sabemos sofreu grandes ataques a partir de outras perspectivas. Em primeiro lugar, o ataque mais importante tomou forma na obra de Rudolph Stammler, na Alemanha. Ele dizia que não era possível falar em eventos sociais, processos sociais, sem falar primeiro em direito. Não era possível, por exemplo, falar em mercado ou em preços sem que houvesse relações jurídicas que determinassem as relações de mercado. Em poucas palavras, esse autor atacava a ideia de que os processos sociais fossem processo naturais anteriores a sua configuração normativa. De certo modo, sua crítica a esse naturalismo dizia não ser possível identificar o mundo do *ser*, o mundo do natural, como o mundo do *dever ser*, o mundo institucional. No mundo do *dever ser*, do mundo institucional, era o Direito mais fundamental. A Economia, por

exemplo, seria um mundo institucional dependente de um mundo normativo jurídico. Não haveria mercado se não houvesse liberdade de contratar, se as coisas não tivessem entrado no mercado, e entrar no mercado exige uma reforma jurídica da vida, da mudança de civilização. A civilização pré-moderna não permitia que certas coisas fossem objeto de troca, exemplo mais banal e significativo é a própria terra. As relações sobre a terra eram fundamentalmente estamentais e não contratuais.

Muito bem. O continuador dessa crítica de maneira mais bem sucedida foi Kelsen. Para ele o problema metodológico era central para determinar o estatuto do direito no universo intelectual e acadêmico. Seu projeto teórico era dirigido contra a geração que o antecederia, essa geração naturalista. Kelsen deu-se conta que os juristas não lidam com fatos, mas com sentidos jurídicos; o sentido jurídico só existe porque existem normas jurídicas. Assim como não haveria línguas naturais sem gramática, não haveria fato jurídico sem normas jurídicas. As normas tornam possíveis os sentidos jurídicos. A ciência do direito é portanto uma ciência das normas ou do sentido das normas jurídicas. Não é um caso que na Teoria Pura do Direito, nas primeiras linhas diz o seguinte: “a teoria pura não oferece uma interpretação de normas particulares, mas oferece sim, uma teoria da interpretação, a ciência do direito é uma ciência interpretativa.” Ele tem toda razão na minha opinião, a teoria dá sentido às normas e às relações entre as normas.

Daí ele tira a teoria da decisão e da deliberação. Vou assumir que essa crítica de Kelsen é procedente contra a geração anterior. Sua crítica foi certa no que diz respeito às ciências sociais. Se o conhecimento jurídico é o conhecimento das normas, o que pode ser objeto desse conhecimento? Em primeiro lugar, o que se pode conhecer é o sentido das normas; normas proibem, permitem, obrigam. Esses sentidos - obrigação, permissão e obrigação -, poderiam esgotar os sentidos do direito. Uma parte da crítica que vem posteriormente a essa teoria do Kelsen é que a que diz que ele não esgotou o universo das normas, pois as normas que proibem, permitem e obrigam não são todas as normas; há uma espécie que ele não abordou que são as normas que criam instituições, as normas que vão ser chamadas depois de constitutivas. Fazer promessas, fundar cidades, casar, criar corporações, emitir moedas, são normas de caráter constitutivo.

Toda a teoria do direito da segunda metade do século XX aceitou o desafio de Kelsen, mas considerou equivocado o seu modelo único de norma, o seu imperativo categórico. A grande importância do tema, que acredito ser o

tema desse seminário, não necessariamente da minha fala, a grande importância da percepção de que há um limite na teoria da interpretação de Kelsen, consiste no fato de que os juristas passam a reconhecer que o direito cria possibilidades de criarmos coisas no mundo. Criamos coisas, e a importância está no fato de criarmos coisas que não podem ser percebidas pelos sete buracos da nossa cabeça, pelos sentidos do corpo. Portanto elas não tem caráter orgânico ou material. Essas coisas existem; creio que entre nós não há ninguém que rasgue dinheiro. Alguns de nós fariam qualquer coisa por um punhado de reais, outros não fariam qualquer coisa, mas todos nós acreditamos que o dinheiro existe. Mas ele não dá em árvores; é algo objetivo, seu valor é algo objetivo, mas o dinheiro não tem uma existência biológica nem física ou mecânica. A crítica ao naturalismo gerou uma teoria das normas de tradição kelseniana, e desse debate surge, por outros caminhos mais ricos, o segundo debate de que o direito não apenas proíbe, mas permite a criação do mundo das instituições e essas não se analisam com os métodos da empiria, da biologia, ou eventualmente da física. Esse é um passo bastante importante. Se os objetos são, portanto, sentidos de um lado e instituições de outro, esse conhecimento jurídico é interpretativo por definição. Esse conhecimento não é explicativo, não se conhece normas jurídicas por reprodução de seus termos.

Permitam-me aqui lembrar uma frase que está no Digesto, que diz: saber o direito não consiste em saber as palavras da lei, mas conhecer a sua força, a sua validade, o seu significado. Portanto a compreensão das normas não se dá pelos sete buracos da nossa cabeça; os sentidos das normas entram em nós pela inteligência, pela capacidade de *inteligir*, de entender as coisas, o que a filosofia clássica chamava de "intellectus", ou a faculdade de apreensão dos primeiros princípios. Essa apreensão dos princípios nada mais é do que a compreensão de um ponto de partida de uma interpretação de uma esfera do mundo. E é isso que deve fazer com que a gente evite uma compreensão rápida do empirismo. O direito não é um saber a respeito do mundo como ele é, causalmente, mecanicamente, biologicamente. É um saber a respeito das normas capazes de determinar o que se deve fazer. Um bom jurista não explica para uma pessoa, no caso de uma separação, o quanto ela vai sofrer. Um bom jurista explica as alternativas de tomada de decisão jurídica. O presidente da república não convoca um jurista como assessor de um plano governamental de reforma monetária, por exemplo, para que o jurista explique as consequências da variação de preço; ele precisa de um jurisconsulto que lhe diga o que ele pode fazer, como presidente da república, para alcançar certos objetivos sem violar a

Constituição, sem que o seu plano seja barrado pela decisão de qualquer juiz de primeiro grau. Esse último exemplo, no entanto, me permite acrescentar alguma coisa. No caso do divórcio, há uma certa dimensão da situação de fato que está ao alcance de qualquer um. No caso de um plano de estabilização financeira, a complexidade da situação de fato não é apreensível para a maioria das pessoas. A tomada de decisão jurídica depende de outro saber, mais complexo e especializado, ao qual outras ciências contribuem. Por isso quando tomamos decisões como juristas, as outras ciências são para nós auxiliares; elas não são menores no campo intelectual, mas para nós são apenas auxiliares na tomada de decisão.

Com os artefatos intelectuais dos juristas não somos capazes de explorar outra realidade, como a econômica, por exemplo, que é uma realidade institucional e exige então que se saiba o mínimo a respeito dessa realidade institucional. Mas não sou eu que faço a pesquisa econômica; esse é o meu argumento. Eu preciso ter uma formação que me permita conversar, que me permita inclusive encomendar coisas. A minha ideia é que o jurista não se interessa por tudo que acontece no mundo, mas se interessa por uma área. Dessa área, o direito, ele tem que ter uma ideia, claro, mas ele deve ter a capacidade de ter contato com o resto dos saberes. Essa é a primeira ideia, eu acho que o objeto do direito mudou - embora isso não esteja claro na maioria das escolas de direito -, os objetos institucionais existem, são objetivos. Quando dou o exemplo do dinheiro tendo a convencer a maioria das pessoas de que dinheiro existe mesmo. Mas quando digo que dinheiro não dá em árvore, digo também que há uma ciência que sabe contar dinheiro, fazer coisas com dinheiro, então nós estamos dependentes dessa ciência para saber certas coisas a respeito do mundo. Esse é o primeiro ponto.

Outro ponto é que há uma outra mudança na teoria do Direito que parece fundamental. Na primeira metade do século XX a grande pergunta era "o que é a norma jurídica?" A resposta naturalista era: o costume, o fato. A resposta da segunda geração do século XX, de Kelsen e outros, era que a norma jurídica é o sentido, é o veículo de um sentido normativo. A mudança pela qual estamos passando agora é que a teoria do direito não é mais uma teoria da norma, ela é uma teoria da deliberação, da decisão. Isso tem um impacto extraordinário, pois significa que aprender o direito é aprender a tomar decisões. Cinco anos de faculdade visam aprender a tomar decisões dentro de uma certa gramática. Então se é tomar decisões, eu posso dizer que a tomada de decisão é uma espécie de uso da razão. Aprender direito é aprender a dar

razões de uma espécie, razões jurídicas. Eu não invento razões do nada: parto de um sistema objetivamente existente. Dar essas razões, tomar essas decisões exige certas formas de justificação e exige por seu turno a justificação para construir a premissa menor. A premissa menor diz respeito aos fatos, e aqui eu me apoio em outros saberes que me ajudam a elaborar essa premissa menor. Vejamos um raciocínio simples: matar alguém, pena tal. Alguém está morto, pena tal. Isso significa que eu posso ter dados na premissa maior que dependem de outros saberes. Quem me diz que alguém está morto? O direito? Um jurista? Não, um médico, com seu conhecimento de medicina. O mesmo valerá para a ciência política, a biologia, a economia.

Quais são as pesquisas que podemos fazer? Eu vou propor duas. Uma pesquisa indispensável é a de caráter conceitual. O que eu quero dizer com isso? Quero dizer que, mudadas as situações, alguns conceitos jurídicos têm que ser refeitos. Vou dar três exemplos. Surgimento da sociedade industrial e das formas de trabalho na sociedade industrial. Até cerca de 1920, usava-se o contrato usado pelos romanos definido no *Digesto* para tratar da relação do trabalhador com o capitalista. Nos anos 1920, ou um pouco antes, precisou-se de um novo conceito de relação de trabalho e de contrato de trabalho. Disso nasceu uma disciplina nova, que é o direito do trabalho.

Segundo exemplo: alguns anos mais tarde, em toda parte - e o Brasil é um dos últimos a elaborar isso juridicamente -, espalharam-se as relações de consumo. Nós estávamos esticando até o limite o contrato de compra e venda, de mútuo, e outros do Código Civil. O Código não dava mais conta, era preciso reelaborar juridicamente. Passou-se não mais tratar do vendedor e do comprador, mas do consumidor e do fornecedor. Mudaram as circunstâncias, mudou o direito. Então a pesquisa conceitual não é uma pesquisa manualesca por definição; ela precisa saber olhar para a realidade, perceber que não dá mais para esticar certo regime jurídico. Se inventamos o dinheiro, porque não inventamos um contrato novo? Nesse passo a pesquisa conceitual é inventiva mesmo.

O terceiro exemplo é o que estamos vivendo agora. Nossa capacidade de manipular o começo e o fim da vida. Isso é importantíssimo, é olhar para o mundo. E nós estamos vivendo isso: o nascimento, a morte, a concepção... pesquisa conceitual. E ela depende de outros saberes, vai se dar no diálogo. Daí o que o Paulo Eduardo dizia na apresentação quanto a interdisciplinaridade. Trinta anos atrás nós não éramos capazes de prolongar a vida como fazemos hoje. Dizia um jurista francês: quando é que as coisas deixam de ser muito

claras? Quando a coisa é nova, quando o fenômeno é novo. Isso é claro, ele está vivendo essa época. E não é mistura de métodos. Eu insisto com meus alunos em dizer que jurista não deve se meter a ser economista de quinta categoria nem sociólogo de terceira categoria. Essa é a ideia básica das minhas repetitivas palavras.

Bom, acho também que há pesquisas menos conceituais e que aí sim podem dizer respeito mais diretamente à empiria, quando não é preciso mudar o conceito em primeiro lugar. Muitas vezes, precisamos saber o que está acontecendo. Minha ideia é precisamos então encomendar a outro saber que nos dê uma pesquisa. Precisamos, mostrar nossa dificuldade de compreender um fenômeno e encomendar as pesquisas relativas a ele. Todas as pesquisas jurídicas podem ter uma dimensão de *lege lata* ou de *lege ferenda*; ou eu estudo para entender melhor e aplicar melhor a lei ou eu estudo para constatar os limites da lei. Essa constatação requer às vezes o diálogo com outros, mas sempre conscientes de nossa própria identidade metodológica.

Eu vou parar por aqui e peço desculpas por tê-los aborrecido com tantas obviedades, mas para mim é uma maneira de colocar as coisas um pouco no lugar. Muito obrigado.

María Tereza Sadek

Bom dia. Gostaria de expressar a minha satisfação de estar aqui, sobretudo nessa mesa composta por juristas. Quero que saibam que eu não sou jurista, sou formada em Ciências Sociais e a minha área de atuação é a Ciência Política. Isso significa que a minha abordagem sim, será óbvia, muito diferente da do Prof. José Reinaldo, que fez uma abordagem entre filosófica e jurídica e de especialista como historiador do Direito. A minha, ao contrário, vai partir de um suposto que é a obviedade, porque irei valorizar aquilo que pode parecer banal.

A minha primeira questão é a seguinte. Quando falamos em pesquisa a primeira pergunta a fazer é: pesquisar para que? Por que se quer fazer pesquisa? A primeira resposta, que também parece muito banal, seria: a pesquisa se contrapõe à impressão, ao “achismo”, seus resultados podem questionar preconceitos. A pesquisa, de alguma forma, me permite entender o real. Note-se que evocar o real não significa afirmar que o real seja unívoco, ou seja, que existiria um e apenas um real; o retrato desse real vai depender do olhar que se tem e, sobretudo, vai depender das perguntas que se vier a fazer a respeito, das questões sobre a composição desse real. Ou seja, qual é a preocupação, quais são as indagações? *O que* ou *quais* aspectos não se sabe e que se gostaria de saber por meio da pesquisa? Muitos analistas já disseram que mais importante do que as respostas, ou seja, mais significativo do que os possíveis resultados da pesquisa, é a pergunta que se é capaz de fazer. A qualidade, pois, das pesquisas está, sobretudo, nas perguntas que elas são capazes de elaborar. Insisto na ideia de que o real não é unívoco, depende da pergunta feita; a construção do real vai depender do olhar do pesquisador. Ademais, quando se planeja fazer uma pesquisa parte-se da constatação de que existe um “dever ser” e um “ser”, aquilo que se gostaria que existisse e aquilo que de fato existe. O que se gostaria que existisse é o *dever ser*. Com frequência os cientistas sociais costumam imputar a preocupação com o *dever ser* aos juristas. Supõem que seus estudos se circunscrevem ao *dever ser*. Do ponto de vista da sociologia, pode-se sustentar que o *dever ser* não é o real, mas faz parte do real, uma vez que o *dever ser* funcionaria como um paradigma, como um ideal, como uma meta. Em outros termos, o objetivo dos estudos de cientistas sociais diferiria fundamentalmente daquele dos juristas no tratamento dado ao *dever ser*.

Minha contribuição neste debate não se insere na História do Direito ou na História das Ciências Sociais do ponto de vista filosófico. Modestamente, me

atenho a uma História das Ciências Sociais, a partir de uma determinada percepção da realidade. Um dado histórico e sociológico básico, nessa minha intervenção, diz respeito ao fato de que as escolas de direito foram criadas no Brasil muito antes das escolas de ciências sociais. As escolas de direito datam do século XIX enquanto as de ciências sociais datam dos anos 1930. As escolas de direito foram instituídas no país mais do que para ensinar direito para formar a elite dirigente. Isso provoca conseqüências. Têm origem nas escolas de direito as primeiras análises elaboradas sobre o real. Trata-se de um reconhecimento de que quem primeiro fez ciências sociais no Brasil foram os formados nas escolas de direito. Esse é um tributo que as ciências sociais devem para as escolas de direito. O que estou querendo dizer com isso? As primeiras interpretações sobre a realidade brasileira foram análises elaboradas por juristas. Bastaria citar, por exemplo, Vitor Nunes Leal, Oliveira Viana, Francisco Campos, e antes deles, Rui Barbosa. Quais eram as perguntas que eles se faziam a respeito do real e qual era o “dever ser” que dirigia as análises? Ou seja, todos esses analistas formados em direito partiam de um dever ser – não apenas jurídico e normativo, mas enquanto suposto – uma ideia a respeito da configuração do real e como é que esse real poderia ser constituído para se aproximar do ideal. Exemplificando: muitos dentre eles (especialmente nos anos 1920/30) se manifestavam a favor da necessidade de um Estado forte; dos motivos que justificavam a criação de mecanismos que garantissem a unidade do território nacional; do porque seria necessária a centralização do poder, e assim por diante. Os estudos sobre a realidade brasileira partiam de supostos que não eram empíricos, mas doutrinários. Esses estudos orientavam a apreensão de aspectos do real.

Ao contrário do que ocorreu quando da criação dos cursos de Direito, a principal motivação para a constituição de cursos de ciências sociais não foi contribuir diretamente para a formação da elite dirigente. As ciências sociais foram criadas para fomentar o desenvolvimento de um espírito crítico a respeito da realidade. Não por acaso, a filosofia que orientou as primeiras escolas de ciências sociais foi uma filosofia anti-empírica. O predomínio da influência francesa se expressava na valorização de saberes dogmáticos/ideológicos. Esse dogmatismo, de certa forma, contribuía para minimizar a importância do real, da empiria. Era como se já se conhecesse o real de antemão. Já se sabia, sem a necessidade de pesquisas, que havia desigualdade e exploração, uma vez que o sistema vigente era dependente, era capitalista. No interior dessa orientação, o Direito era caracterizado como um

componente da superestrutura e, portanto, era quase que algo sem importância do ponto de vista daquele tipo de orientação teórica. O que importava, de fato, era a infra-estrutura, as relações econômicas, as classes sociais.

Em conseqüência, é como se o mundo do Direito e o mundo das Ciências Sociais tivessem se desenvolvido, durante um longo período de tempo, de forma paralela, não havendo possibilidades de intersecção entre esses dois saberes. E isso provocou conseqüências: o universo do Direito se desenvolveu sem constituir uma tradição de pesquisa empírica propriamente dita, no sentido que as Ciências Sociais entendem por pesquisa empírica. Tratava-se de estudos classificados como dogmáticos, de pesquisas de legislação, de jurisprudência, bibliográficas. As ciências sociais, por seu lado, durante um longo período, não conferiram ao direito a dimensão de objeto de estudo e pesquisa. Quando passaram a se dedicar a investigações de natureza empírica, desenvolveram pesquisas e estudos e elaboraram análises que não diziam respeito ao mundo do Direito. Em resumo, tratava-se de duas áreas, sem canais comunicantes e com baixíssimas oportunidades de diálogo.

A percepção “preconceituosa” e o desprestígio em relação ao Direito por parte dos cientistas sociais sofreu uma mudança significativa nos últimos anos, podendo-se apontar dois momentos distintos. O primeiro deles é anterior à Constituição Federal de 1988 e o outro posterior. No primeiro momento, alguns autores tiveram uma importância decisiva na elaboração das primeiras pesquisas relacionadas ao campo do Direito. Dentre eles, foi significativa a contribuição de Joaquim Falcão, da escola liderada por Cláudio Souto, de Eliane Junqueira, enfim, de uma série de autores com origem no mundo do Direito e que fizeram estudos de Sociologia do Direito. Ao desenvolver essas investigações, construíram uma ponte entre o mundo do Direito e o mundo das Ciências Sociais. Deve ser sublinhado também que as primeiras questões que foram levantadas diziam respeito ao problema do acesso à justiça, aos direitos humanos, à importância da democracia. A partir desses estudos se começou a perceber que a lei produzia impactos no mundo real, que a lei fazia diferença. Essa confluência entre o Direito e a Sociologia também passou por estudos a respeito do crime e da violência. Esta área também assistiu a mudanças muito importantes, do ponto de vista da constituição de uma área de estudos e pesquisas.

Nos anos 1990, a confluência do Direito e das Ciências Sociais foi estimulada por mudanças de ordem constitucional e institucional. Várias alterações provocadas pela redemocratização do país e pela vigência da

Constituição de 1988 passaram a despertar a atenção de cientistas sociais e também de estudiosos ligados à área do Direito. Dentre as principais mudanças, lembraria a criação dos juizados especiais, o Código de Defesa do Consumidor, os juizados especiais criminais, a ação civil pública e as demais alterações legislativas que implicaram em mudanças institucionais. Neste ponto, nada mais justo do que prestar tributo ao professor Kazuo Watanabe, responsável direto tanto pelos JEC's como pelo CDC.

A partir dos anos 1990 presenciamos a uma mudança extraordinária no que se pode caracterizar como pesquisas no campo jurídico. Foi nesse momento que Glória Bonelli, Luciana Gross, eu, começamos a participar desse tipo de atividade, ou seja, começamos a acreditar que o Direito, as instituições do sistema de justiça eram muito relevantes, que produziam impactos no mundo concreto e deveriam se constituir em objeto estudo. Nossa formação era em Ciências Sociais e em metodologia de pesquisa. Mas não constava de nossa formação como cientistas sociais nada que dissesse respeito ao mundo do Direito e às instituições do sistema de justiça. Eu me lembro, e aqui vai meu testemunho pessoal porque ele retrata as deficiências e os vieses na nossa formação, que quando começamos a estudar o poder Judiciário nós não dominávamos sequer o linguajar mais básico da estrutura judicial, como por exemplo, a diferença entre primeira e segunda instância, entre instância e entrância, etc. Tivemos que fazer um esforço monumental para entrar nessa área de pesquisas. Hoje, passados mais de 20 anos, a realidade é completamente diferente, podendo-se afirmar que contamos com diversos núcleos de pesquisa empírica, espalhados pelo Brasil inteiro. Muitos dentre eles são centros de excelência. Apenas para lembrar alguns: temos o CEBEPEJ, temos um núcleo em São Carlos, temos na FGV de São Paulo e na do Rio de Janeiro, há centros de estudos que fazem isso em Brasília, no Rio Grande do Sul, no Paraná, enfim, isso se espalhou. Esse novo quadro se desenvolveu especialmente a partir dos anos 1990, e aí se formou um grupo de pesquisadores, valorizando a multidisciplinaridade, tal como Paulo Eduardo chamou atenção em sua fala de apresentação. Enquanto ele fazia a apresentação, eu disse para o José Reinaldo "o Paulo está falando tudo que eu iria falar", e, de fato, eu não vou repetir o que ele já disse, uma vez que assumo como também meus os argumentos desenvolvidos sobre a importância da interdisciplinaridade; sobre o significado dos temas, começando pelo acesso à justiça e o estudo institucional do sistema de justiça; sobre quais são as políticas públicas desenvolvidas a partir de um novo cenário, como novos atores como defensores, promotores, como é que

esses protagonistas se tornaram de fato atores políticos de extrema relevância, o que não ocorria no passado. Além desses tópicos, são igualmente relevantes as razões que nos levam a prestar atenção nas decisões do Supremo Tribunal Federal; a importância de conhecer os ministros. Em poucas palavras, assumimos o compromisso de investigar o significado do campo jurídico para o conhecimento da realidade.

Para concluir, podemos afirmar que, nos últimos tempos, tornou-se cada vez mais incontestável que, sem o conhecimento do campo jurídico, toda e qualquer apreensão do real redundará em um conhecimento incompleto, para não dizer deformado. Esse campo é absolutamente primordial uma vez que as instituições do sistema de justiça ganharam qualidades que as transformaram em protagonistas de primeira grandeza a partir da Constituição de 1988.

Muito obrigada.

Carlos Alberto Salles

Bom dia a todos. Eu gostaria também de parabenizar o Professor Paulo Eduardo por esse evento, pelo pioneirismo em colocar juntas essas várias coisas que estão acontecendo em termos de pesquisa jurídica e de pesquisa empírica em matéria de Ciências Sociais envolvendo o mundo jurídico.

Ontem, preparando este painel, falávamos sobre a questão da ordem da fala de cada um, e pedi para não falar por último, pois não sobraria o que dizer. Expor depois dos nossos professores é sempre um risco. O problema que eu percebi, enquanto falava o José Reinaldo e a Maria Tereza, não é propriamente eu ficar sem ter o que falar; o problema é até mais grave, talvez eu precisasse de mais tempo para assimilar o que eles disseram para acrescentar algo que fizesse algum sentido.

De qualquer forma, vou tentar.

O Professor Paulo Eduardo pediu para que eu falasse sobre o impacto da pesquisa empírica sobre a chamada dogmática jurídica. Eu gostaria de iniciar minha exposição com uma afirmação bastante categórica que eu gostaria de discutir: a pesquisa empírica para a dogmática; a Pandora da dogmática jurídica.

Por que uma caixa de Pandora?

Acho que vale a pena voltar um pouco ao mito grego para tirar algum proveito dessa alegoria, para não ficar apenas uma ilustração.

A caixa de Pandora, na verdade, está inserida na narrativa acerca do titã Epimeteu. Ele, após a condenação do seu irmão, Prometeu, que roubara o fogo dos Deuses, acaba ficando muito solitário na terra e pede aos deuses gregos uma companheira. De forma paralela à história bíblica de Adão e Eva, os Deuses concedem-lhe e enviam Pandora, cujo nome significa “aquela cheia dos dons”. Eles viveram felizes, mas um dia Pandora resolveu mexer em uma caixa que Epimeteu lhe dissera para jamais abrir. Epimeteu era muito sábio e bondoso, mas não conhecia muito de mulheres. Um dia Pandora ouviu uma vozinha vindo da tal caixa. Curiosa, não resistiu deixar de conferir o que era. Abriu uma pequena fresta, o suficiente para debandarem de dentro da caixa todos os males que o marido havia confinado ali. Epimeteu explicou, depois, que aquela caixa ele tinha recebido dos deuses com os dons para distribuir entre as várias criaturas vivas. No entanto, ele deixara naquela caixa algumas coisas que ele achou que não serviam para ninguém. Eram as maldades, as doenças, os sentimentos negativos. Quando Pandora abriu a caixa tudo aquilo se soltou.

Para a dogmática jurídica a pesquisa empírica é a Pandora, quem abre a caixa de todos os males

A começar, deve-se observar, nesse paralelo, a solidão metodológica, o isolamento da dogmática diante de outras disciplinas. De fato, o direito, como Epimeteu, sofre de uma grande solidão.

Como se sabe e se conhece os limites do real para as normas jurídicas? Talvez a resposta seja mesmo a pesquisa empírica. Mas por que isso não acontece?

Em muito rápidas linhas, a dogmática é para nós juristas aquele material básico de conhecimento, por meio do qual se manipula o conhecimento legal e jurídico fundamentalmente – nos termos do que já expôs o Professor José Reinaldo – para decidir. A dogmática, as explicações elaboradas no dia-a-dia do profissional do direito, o saber construído em uma faculdade de Direito objetivam decisões. Não somente judiciais. Há, entre outras, situações em que o profissional é chamado a dizer se uma coisa pode ser feita ou não. Há, também, decisões do setor público como aquela relativa à construção de uma ponte ou de aplicar uma multa. A dogmática é, grosso modo, o conjunto de conhecimentos que o jurista precisa para decidir ou para propiciar a terceiro condições para uma tomada de decisão envolvendo o fenômeno da normatividade, tanto estatal como social.

É claro que para isso é preciso de um campo de saber relativamente estável, certo e preciso. Algo que a ciência dos fatos, do real, não permite inteiramente. Então quando o jurista se lança ou é confrontado com um dado empírico, ele acaba sofrendo uma profunda desorganização em sua maneira de pensar. É aí que a pesquisa empírica faz o perfeito papel da Pandora. Para o profissional do direito o apelar à realidade empírica é um mal, fragiliza-o, coloca- em uma situação de vulnerabilidade diante do seu próprio conhecimento. A contingência e a complexidade do real desafiam o seu pensar.

Creio que poderíamos resumir males libertados por essa Pandora em três principais desestruturações do pensamento jurídico dogmático.

Em primeiro lugar, a pesquisa empírica trás uma desestruturação do próprio discurso do jurista. Por que do discurso? Porque o discurso jurídico tem como característica central uma imputação de valor. O dever ser, material básico do estudioso do direito, é uma afirmação de valores encontrados na norma e projetados na realidade social. E esses valores são extremamente relativizados quando expostos à realidade dos fatos.

Por exemplo, a norma da igualdade: todos são iguais perante a lei. Contrariamente a esse postulado normativo, uma pesquisa em uma cadeia pública mostra que a grande maioria dos detentos são negros, ou são de camadas de baixa renda da população. Com isso, começa-se a ver que aquele pressuposto valorativo de igualdade não funciona. O discurso jurídico resta, então, fragilizado pela constatação empírica de sua ineficácia.

Essa é uma primeira desestruturação importante na dogmática diante da pesquisa empírica.

Uma segunda desestruturação é o que poderíamos chamar de desestruturação sistêmica, isto é, do próprio sistema jurídico. O jurista, até pela necessidade de estabilização do seu pensamento e do seu modo decisório, precisa enxergar o Direito – a contribuição kelseniana leva nesse sentido – como um sistema, como uma concatenação de normas que fazem um sentido, não só apenas exteriormente, mas também entre si. Por essa razão, a noção de sistema é muito cara aos estudiosos do direito. Nesse aspecto, mais uma vez, a ciência dos fatos acaba mostrando que o sistema não funciona como deveria funcionar. Se nós pegarmos a Constituição mesma, a norma de maior hierarquia, vamos ver que há direitos só no papel, que não são minimamente efetivos. Nossa Pandora, que é a pesquisa empírica, libera a consciência de que há conceitos que não funcionam. O Judiciário mesmo, enquanto objeto de pesquisa, desvenda-se muito distante daqueles princípios que deveria seguir. Tome-se o acesso universal à jurisdição estatal, por exemplo. A empiria desestrutura a noção de sistema que, longe dos fatos, parece funcionar. Em geral, o jurista tradicional, não gosta da pesquisa empírica, porque os dados fáticos o incomodam.

Em último lugar, uma desestruturação muito importante é aquela que diz respeito a uma desestruturação funcional da dogmática jurídica.

Uma desestruturação que diz respeito ao próprio *modus faciendi* de como o jurista trabalha. Por quê? Porque se é preciso trabalhar com um dado empírico, um dado que é móvel, que é relativo, que é referenciado no tempo. A maneira tradicional como o profissional do direito trata os fatos não funciona adequadamente nessas condições. Como trabalhar com fatos que vão contra a lógica normativa?

Outro dia eu trabalhava com os meus alunos de processo civil um caso sobre ônus dinâmico da prova (REsp 69309-SC), que trazia um aspecto curioso que os alunos não repararam. Eu perguntava, “o que o caso traz de importante para nós?” E ninguém chegava ao ponto. A questão discutida era de um erro

médico e, no momento da sentença, o juiz, sabe-se lá como, buscou dados técnicos, não constantes do processo, para decidir se a cirurgia tinha sido bem ou mal feita pelo médico do hospital. Citou esses dados e anexou as fontes à sua decisão. O caso foi parar no STJ, para saber se esses dados seriam ou não prova, pois se fosse não teria sido submetida ao contraditório e isso não valeria. O STJ afastou a argumentação quanto ao contraditório, para definir que aquelas informações técnicas não eram um dado de fato. Para o STJ era apenas forma pela qual o juiz construiu o seu senso comum, para permitir o julgamento.

Estou citando esse caso para demonstrar como o dado técnico, empírico, incomoda o jurista no plano concreto.

Há um tempo, em um breve retorno à área criminal, como procurador de justiça, tive um caso interessante no qual usei dado empírico. Um rapaz, pego na Cracolândia, em São Paulo, com 20 pedrinhas de crack. É tráfico, sustentava-se: 20 é um número bastante para evidenciar o propósito de tráfico. A área criminal aceita essa conclusão de que a quantidade induz a conclusão de tráfico. Eu fui pesquisar e consegui um dado de uma pesquisa médica que tinha feito uma quantificação da quantidade que um viciado em crack fuma por semana. Era superior ao equivalente àquelas 20 pedrinhas. Sustentei então que não caracterizava o tráfico. Interessante verificar no acórdão, que veio a ser proferido recentemente, que o Tribunal não tomou conhecimento da minha alegação baseada no dado empírico (TJSP, Apelação Criminal n. 0048476-70-2010-8-26-0050).

Eu tenho a impressão que nos Estados Unidos, por várias razões, o dado de fato tem mais consideração na construção do pensamento jurídico e na maneira de decidir. A própria *Common Law* e a maneira pela qual a normatividade nela se produz, a existência do júri, mesmo para causas cíveis, e o impacto do *Legal Realism*, que chegou à Suprema Corte americana, são fatores que talvez expliquem essa diferença. O caso *Brown vs. Board of Education*, por exemplo, é um dos casos mais importantes da jurisprudência norte-americana, pois quebrou o sistema do *apartheid*. Se lermos as *opinions* (votos) dos julgadores, vemos que eles trazem vários dados de fato, referem-se a dados de psicólogos mostrando o impacto negativo da discriminação entre raças. Tenho a impressão de que nos Estados Unidos o direito consegue dar um tratamento melhor para os dados de fato nas decisões jurídicas.

Para finalizar, eu retorno para a nossa Pandora.

Uma parte interessante dessa narrativa mitológica diz que, quando se soltaram todos os males, inclusive com danos físicos à Pandora, algo ainda teria

ficado na caixa. Era justamente a esperança. Afinal, ela só passaria a fazer sentido depois de liberados todos os males.

Também aqui podemos estabelecer um paralelo. A pesquisa empírica traz para o Direito e para a dogmática jurídica uma liberação de vários males, mas traz também esperança. No caso, essa esperança é, exatamente, possibilidade de a dogmática jurídica melhorar, no sentido de auxiliar a produzir decisões mais aderentes à realidade social.

São essas as considerações que gostaria de fazer. Agradeço a todos pela atenção.

Kazuo Watanabe

Bom dia a todos. Eu pedi ao professor Paulo Eduardo que me deixasse por último, porque assim eu teria pouca coisa para falar, mas então percebi o grande equívoco que cometi, pois fiquei ouvindo os professores anteriores e percebi que estou em um patamar muito inferior ao deles. Por isso peço aos senhores que “desçam” um pouco para ouvir a minha exposição. O professor José Reinaldo apresentou uma visão filosófica bem estruturada, e toda vez que o ouço falar, fico pensando muito e levo alguns meses para assimilar suas informações. Depois, veio a substancial exposição da professora Maria Tereza Sadek, que é nossa professora e orientadora no Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), e foi quem realmente nos mostrou a importância da pesquisa e a possibilidade de sua utilização na minha área de atuação prática. Em seguida, o Prof. Carlos Alberto de Salles, que foi meu orientando e agora é meu orientador, com uma forma muito clara de raciocinar, levantou também questões muito importantes.

Meu primeiro contato com a pesquisa se deu da seguinte forma. Participava eu, no início da década de “80” do século passado, da Comissão elaboradora do anteprojeto da Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas. Foi um debate muito acalorado à época, alguns se posicionando contra todo o projeto, outros contra alguns de seus princípios norteadores, como o que relativizava o princípio da capacidade postulacional. Pelo nosso Código de Processo Civil, só o advogado tem capacidade jurídica para postular em juízo, e para permitir maior acesso à Justiça, a Comissão relativizava esse princípio, considerando a possibilidade de o interessado ir diretamente, sem intermediação, à Justiça. E isso causou uma grande polêmica, que foi superada com negociação e adoção de soluções intermediárias. Nessa ocasião, recebi solicitação do Secretário da Justiça do Estado de São Paulo para receber um pesquisador alemão. Ele estava realizando uma pesquisa no Brasil para elaborar sua tese de doutorado e pretendia conhecer melhor o projeto das Pequenas Causas. A primeira pergunta que ele me fez foi relacionada ao nosso discurso de que o juizado de pequenas causas objetivava facilitar o acesso à Justiça pelo cidadão mais humilde, cuidando de enfrentar o problema da “litigiosidade contida”, aquilo que as partes não encaminhavam ao Judiciário por alguma razão e ficavam contendo dentro de si, o que, em nossa visão, representava um fenômeno de grande risco para a estabilidade da sociedade. A pergunta que ele formulou foi contundente: “com base em que pesquisa vocês estão elaborando esse projeto de lei? Com base em que pesquisa o senhor está

afirmando que existe a chamada litigiosidade contida?” Respondi-lhe, envergadamente, que não tínhamos nenhuma pesquisa, e que estava tudo em nossa cabeça, como conhecimentos pessoais nascidos da observação pessoal dos fatos presenciados ao longo de mais de duas décadas de experiência profissional.

Esse foi o primeiro contato que tive com pesquisa, isto é, com a percepção da importância da pesquisa empírica na área do Direito, principalmente quando se participa de empreitadas importantes como a de alteração de leis processuais e de reformulação de instituições jurídicas do país. Naquela época, como, aliás, ainda hoje ocorre, os que cuidavam de reforma do Judiciário, ou de reforma da lei processual, trabalhavam fundamentalmente com base em seus conhecimentos pessoais, em suas experiências individuais e baseados principalmente em suas intuições particulares, em seu “achismo”.

Apesar do incremento muito grande das pesquisas nos últimos tempos, ainda trabalhamos dessa maneira. Faço parte hoje da Comissão de Juristas encarregada de atualizar o Código de Defesa do Consumidor. Nós todos, membros da Comissão, temos conhecimento das coisas que se alteraram desde 1990, quando foi promulgado o Código. Dois temas básicos estão sendo enfrentados pela Comissão para essa atualização: um, que todo mundo sabe, diz respeito ao comércio eletrônico, que não existia em 1990, e essa espécie de comércio ocupa hoje parte significativa nas relações de consumo, havendo necessidade, portanto, de disciplinar especificamente o assunto. Há muitos consumidores que estão sendo prejudicados em virtude da inexistência de normas específicas sobre o assunto. Outro fenômeno, que é objeto de preocupação da Comissão e que também decorre da análise da realidade social que estamos vivendo, é o superendividamento da população – sobre o que existem pesquisas esparsas, mas não um estudo específico e aprofundado do problema, com sugestão de soluções a serem adotadas. Sabemos, por exemplo, que existe oferta agressiva de crédito, principalmente de crédito consignado, que confere ao credor uma garantia muito grande. Sabemos, por outro lado, que esses endividados não sabem a quem recorrer. Os instrumentos jurídicos que temos hoje são insuficientes para se resolver o problema. As soluções que são adotadas por alguns órgãos do Judiciário, como os do Rio Grande do Sul e do Estado de São Paulo, nasceram da criatividade e dedicação de alguns juízes, com apoio de órgãos de defesa do consumidor, como o Procon em São Paulo. No âmbito da Comissão de Juristas mencionada, foi apresentada a proposta institucionalização dessas experiências dos magistrados gaúchos e paulistas,

principalmente em termos de conciliação coletiva do endividado com o grupo de seus credores. Seria ideal que essas soluções estivessem baseadas em pesquisas e estudos específicos sobre o tema.

Participamos, a professora Sadek e eu, do Conselho Consultivo do Departamento de Pesquisa Judiciária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando acompanhamos algumas pesquisas e sugerimos pesquisas sobre alguns temas, pois era essa a nossa missão.

Com base nos conhecimentos obtidos nessas e nas pesquisas anteriores, propusemos ao CNJ a adoção de uma política pública de tratamento adequado de conflitos de interesses, proposta que foi acolhida e implementada com a edição da Resolução nº 125/2010. Como um dos resultados importantes dessa política pública, temos a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, em especial dos meios consensuais, que são a mediação e a conciliação, e o Brasil todo está voltado, hoje, para a implementação dessa política pública.

O que quero dizer com essas colocações é que a pesquisa empírica é extremamente importante em várias áreas do Direito, mas eu acho que ainda falta no Brasil um certo direcionamento para as pesquisas que estão sendo realizadas.

Entendo que a pesquisa em Direito pode ter muitas serventias. Uma delas é na área do ensino jurídico, para mostrar aos estudantes a realidade social, tentando eliminar o grande fosso que existe entre o direito que é ensinado de forma abstrata nas faculdades e a realidade social, e capacitando-os a pensar de modo correto o Direito quando forem exercer a atividade profissional após a conclusão do curso de graduação. Entendo que a pesquisa e o ensino da teoria e da dogmática jurídica devem servir para que o estudante aprenda a pensar. Dizer isso é muito fácil, mas é um grande desafio refletir sobre o modo mais adequado de ensinar o estudante a pensar, a refletir, e não apenas acumular conhecimentos. Sua participação nas pesquisas e nos debates sobre seus resultados é, certamente, um instrumento muito importante para esse fim.

O que o Prof. Carlos Alberto disse, por exemplo, sobre o conceito de isonomia, de igualdade, na prática, sabemos que, embora exista o conceito jurídico, dogmático, a realidade é outra. Mas essa realidade, por exemplo, nem sempre corresponde àquilo que imaginamos. Por exemplo, fizemos uma pesquisa no CEBEPEJ, com a participação de vários estudantes do curso de graduação da Faculdade de Direito da USP, sobre o perfil dos réus nos

processos criminais por delitos patrimoniais partindo da crença generalizada de que a maioria dos delinquentes eram nordestinos e negros, e a pesquisa mostrou que a realidade não era exatamente assim. O resultado está em nosso site (www.cebepej.org.br), que pode ser conferido por qualquer interessado. Essa foi a primeira conclusão impactante que foi obtida por meio de pesquisa. Esse tipo de conhecimento é muito importante para formar o saber jurídico consistente, importante até mesmo para o exercício da atividade profissional. Aprender a pensar, ensinar o aluno, é a grande serventia da pesquisa na área de ensino jurídico.

No CEBEPEJ, estamos realizando uma pesquisa, sob o comando da professora Ada Pellegrini Grinover, a respeito do *controle jurisdicional das políticas públicas*. Já terminamos uma parte da pesquisa, cujo resultado foi publicado em um livro pela Editora Gen-Forense. O próximo passo consistirá em discussão das soluções dos vários problemas pertinentes ao tema, inclusive com formulação de alguma proposta legislativa. Nessa pesquisa, chegamos à conclusão de que aquilo que aprendemos e defendemos nas salas de aula a respeito da tripartição de poderes, hoje não mais prevalece em sua inteireza, porque o Poder Judiciário, a partir da CF/1988, assumiu novas funções e o controle jurisdicional das políticas públicas está assumindo uma importância cada vez maior. Mas, há uma certa desorientação a respeito dessas novas atribuições do Judiciário. Todos os dias temos dezenas, centenas e até milhares de pedidos de fornecimento de medicamentos pelo Estado. O que se reclama nesses pedidos é a implementação pelo Judiciário de política pública relativa à saúde. É possível que alguns desses pedidos correspondam a um direito individual assegurado por uma política pública já definida na Constituição ou em lei ordinária. Mas, em relação aos demais pedidos, o Judiciário pode estar sendo provocado para definir ele próprio, sem a ponderação dos demais poderes, uma política pública ainda inexistente, o que seria inadmissível.

A pesquisa, em suma, pode servir para melhorar o ensino do Direito e também para apoiar os estudos dos mais variados problemas que atormentam os profissionais do Direito, como o aperfeiçoamento da organização judiciária, correção ou reformulação das leis processuais, desempenho positivo ou negativo certos institutos processuais, e outros mais. Penso que as pesquisas que estão sendo realizadas atualmente estão desconectadas, no sentido de que cada instituição promove a sua pesquisa, sem uma meta coletiva.

São essas as minhas considerações. Para finalizar, gostaria de agradecer o convite e parabenizar os organizadores pela realização deste importante evento.

Comentários, Perguntas e Debates

Paulo Eduardo Alves da Silva: Agradeço ao professor Kazuo. Eu pretendo passar a palavra para o debate, mas antes eu gostaria de pontuar algumas das muitas reflexões que foram feitas, pedindo desculpas aos palestrantes por minha escolha de pontos eventualmente não refletir exatamente o que se tentou passar. Inicialmente, me pareceu bastante relevante na fala do professor José Reinaldo sobre a empiria no Direito uma evolução histórica para sustentar que o Direito não é Ciência Social, o Direito trabalha com o *dever ser*; o *ser* não é exatamente o objeto inicial do Direito. Mas por outro lado, nessa evolução, ele diz que há uma questão de sentido, de interpretação da norma que não passa pela atividade de criação. Eu fiquei intrigado com isso. Usou o exemplo do dinheiro em relação à Economia para argumentar que o Direito serve para tomar decisões a Teoria do Direito é baseada na teoria da deliberação. Suponho que, fazendo uso do mesmo exemplo do dinheiro, seria preciso saber minimamente algo sobre conteúdo econômico para se tomar essas decisões. Então, suponho, é preciso ter conhecimento do campo da Economia, por exemplo, para pensar no próprio *dever ser*. Então, ainda que o *ser* não seja objeto primeiro do Direito, para tomar as decisões é preciso ter conhecimento de outras áreas. Isso demanda pesquisa e, não poucas vezes, pesquisa empírica. Insisto no argumento especialmente porque o Professor José Reinaldo terminou com a questão de linguagem e a proposta da realização de pesquisas para a revisão conceitual. Minha pergunta seria se realmente não existe esse elemento de criação, que talvez Kelsen não tenha incluído em sua teoria; a necessidade do conhecimento do entorno para a tomada de decisões de aplicação da norma jurídica. Em meu ver, isso desconfirmaria o argumento inicial do direito não ser ciência social ou pelo menos deixaria porta aberta para o diálogo e para a investigação empírica.

Professora Maria Tereza diz: “não; o dever ser faz parte do real, e é preciso analisar o dever ser, porque ele é um paradigma, um pressuposto do real”. Isso tudo depende do olhar, quem está olhando e das perguntas que feitas. E me pareceu também bastante significativo quando ela disse que “nós da Ciências Sociais tínhamos formação em metodologia mas não tínhamos formação em Direito”, o que para nós juristas é exatamente o contrário; temas quase nenhuma formação em metodologia.

O argumento do Professor Carlos Salles me pareceu ter uma linha de continuidade a respeito do isolamento metodológico do Direito e

consequentemente uma vulnerabilidade da dogmática, revelada pela pesquisa empírica – a caixa de Pandora. Discutiu exemplos de fatos e valores quando o fato desmente o valor, o que cria a situação de vulnerabilidade - afinal, nesse cenário, o valor que se tinha como pressuposto não tem correspondência fática. Fez uma ponte com o professor José Reinaldo a respeito do Realismo jurídico nos Estados Unidos, que também precisa ser comentada; será que lá, por conta dessa escola de pensamento, a pesquisa empírica tem papel mais relevante na produção de conhecimento jurídico?

O professor Kazuo mencionou, entre tantas outras coisas, o fosso entre a ciência e a realidade, o que também merece ser destacado. E a pesquisa como ensino no Direito: como utilizar a pesquisa para fazer o aluno pensar? E por fim, o uso que se pode fazer dessas pesquisas.

Tentei fazer alguns apontamentos-síntese, e claro que toda síntese tem uma limitação, então eu deixo aberto para perguntas e para eventuais considerações da mesa.

Ouvinte 1 [Professor João Luiz Passador – FEA/RP - USP]: Eu sou advogado formado não militante e gostaria de agradecer pelas colocações, pois de alguma forma abriram a minha própria caixa de Pandora. A prática forense me pareceu tão antagônica com o espírito de justiça que permeava a faculdade de direito que não consegui continuar no mundo do Direito. O que ficou para mim, e talvez coincida com as considerações feitas, é que o Direito de fato continua sendo um grande instrumento de poder - talvez vocês sejam uma minoria. Ao invés de formar grandes humanistas, me parece que as escolas de direito formam técnicos aplicadores da norma, como se o Direito fosse um fenômeno universal descolado do sua historicidade. A minha grande angústia e minha grande expectativa é que ao longo do tempo a forma de se organizar dos cursos mudasse; mas parece que está acontecendo o contrário: há um apego, uma retomada da aplicação da norma pela norma. Não sei se estou errado, mas gostaria de saber a opinião das pessoas que estão no *mainstream* pensando sobre isso. Obrigado.

Ouvinte 2 [aluna do Programa de Pós-Graduação de Direito da Unesp]: Eu gostaria de fazer uma colocação e depois uma pergunta. Quando o professor disse que a pesquisa empírica desestrutura a dogmática, na verdade eu acho que ela desvela aquilo que o universo jurídico não quer ver, que ele é totalmente desestruturado. E aí, em relação ao ensino jurídico, como o direito se coloca com um poder mítico em relação à sociedade, um super poder; e o ensino se presta a dizer que a dogmática serve para atender todas as

necessidades sociais, as necessidades da realidade. Eu acho que a pesquisa empírica vem justamente para revelar o que o ensino de alguma forma deturpada tenta maquiagem. Exatamente quando, no ensino, os estudiosos, para se dizerem críticos, dão uma pincelada nas ciências sociais e não se valem dos métodos próprios. Tanto que vemos no primeiro ano as matérias propedêuticas e a pergunta que fazem é quando vamos começar a ver o Direito. Então o Direito está ligado a um universo extremamente técnico, enquanto a pesquisa empírica vem revelar que o direito é uma pequena célula da sociedade. Então eu gostaria que os palestrantes se manifestassem em relação a isso. Como o direito é extremamente limitado e como a irresponsabilidade técnica e teórica dos pesquisadores que se valem de uma prepotência absorvendo e pincelando as ciências sociais, enquanto nós somos extremamente limitados nessas áreas. Obrigada.

Ouvinte 3 [aluna do Programa de Pós-graduação de Direito da Unesp]: Bom dia. Quero aproveitar as reflexões levantadas pelo professor Passador em sua pergunta. Eu queria que a mesa expressasse sua opinião a respeito de uma angústia que compartilho enquanto estagiária de docência esse ano. E estamos discutindo pesquisa empírica, o alargamento do foco através da utilização de dados fáticos; mas, como propiciar isso no contexto em que o exame da OAB e os concursos públicos são a preocupação essencial dos estudantes, agravado agora com a possibilidade de realizar o exame da ordem no último ano da graduação, o que tem matado qualquer ânsia por pesquisa? Ela vem sendo suplantada e cada vez menos eu vejo a graduação com a preocupação de ser a Pandora, de abrir essa caixa e desvelar a pesquisa. Gostaria de ouvir a opinião de todos vocês. Obrigada.

Ouvinte 4 [Maria Gloria Bonelli - UFSCar]: Bom dia a todos. Eu sou professora de Sociologia e não consigo senão falar sobre esse prisma. Minha questão é uma preocupação que a mesa colocou e eu compartilho, mas gostaria de ressaltar. Trata-se da ideia de que a gente também não faz pesquisa empírica apenas para descrever a realidade. Fazemos pesquisa empírica muito preocupados com a possibilidade de refinamento dos conceitos com os quais trabalhamos. E muitas vezes a pesquisa empírica aponta os limites desses conceitos e nos ajuda a elaborar conceitos e fazer melhores perguntas, como a professora Sadek comentou. Nós não descrevemos a realidade apenas para dizer “a realidade é assim e vamos ficar nesse grau de constatação”. Minha questão seria mais de retomar essa dimensão em que a pesquisa empírica nas ciências sócias está vinculada a uma problematização conceitual e a um

refinamento dos conceitos e repertório teórico justamente porque percebemos que esses conceitos já não dão conta da diversidade com a qual trabalhamos, e isso ocorre nos mais diferentes âmbitos da vida, seja na pobreza, na riqueza, seja no que é ser gênero. Se a mesa quiser se dedicar a esse meu comentário, eu agradeço.

Ouvinte 5 [Rafael Mafei – Direito GV]: Bom dia a todos. Minha pergunta é a seguinte: quando falamos “o direito” é possível que estejamos falando de coisas diferentes. Uma coisa é pensar o direito como o sistema de regramento que ordena a vida de uma comunidade - e aí eu tenho o direito brasileiro, o americano, o alemão. Outra coisa é falar em direito como um cânone intelectual de deliberação para problemas jurídicos específicos - e nesse sentido, minha capacidade de aproximação do direito brasileiro com o direito americano, aproveitando o exemplo, é mais limitada, porque o modo como deliberamos no direito brasileiro é diferente do modo como se delibera no direito americano. Isso é perceptível quando se analisa o relatório de uma decisão no Brasil que, muitas vezes, é na verdade uma certidão de objeto e pé. A minha pergunta, no fundo, é o quanto vocês estão falando das mesmas coisas quando vocês estão falando de pesquisa no Direito. Talvez isso seja útil para prosseguirmos no debate.

Ouvinte 5: Eu fiquei intrigado com algumas afirmações, principalmente da fala do professor José Reinaldo, especialmente em relação a essa distinção que se fez ao longo da segunda metade do século XX de um conhecimento jurídico que deixa de ser explicativo para se tornar interpretativo. Minha pergunta é: como lidamos nessa situação com novos instrumentos de pesquisa que tem surgido com força no Brasil como é o caso da jurimetria, que é a aplicação da estatística para analisar jurisprudência? Se isso é um conhecimento explicativo, como muitas vezes se reproduz, ou se isso não é uma interpretação das interpretações, considerando que todo conhecimento estatístico, traz consigo um determinado recorte. Mas, ao mesmo tempo, isso gera outro debate, que é sobre se isso é completamente relativo e se não há uma dimensão funcional de busca, o papel moderno da ciência de tentar encontrar respostas. Uma segunda questão é sobre a distinção entre normas e deliberações. Parece-me que, saindo de um modelo de análise da norma para o das deliberações, a gente de certa forma rompe com o ser e o dever ser, até porque as deliberações estariam no plano do ser, ainda que estabeleçam a construção programática para o futuro, de modo que essa distinção dicotômica é rompida. Nesse sentido gostaria de saber como isso se dá, no sentido de primeiro, quem investiga essas

deliberações, se é só o conhecimento científico universitário que tem esse papel. Em segundo, quais são as deliberações relevantes para o estudo do direito, se as do Congresso Nacional, etc. Ainda gostaria de perguntar para todos qual a pesquisa empírica que estamos falando?

Respostas e comentários

José Reinaldo: Vou começar pela intervenção do Rafael Mafei. Justamente; a minha perspectiva era tratar da disciplina do Direito: quanto da pesquisa empírica pode ser utilizada por essa disciplina.

A minha fala, que deve ter ficado confusa, foi no sentido de mostrar que houve um momento em que o direito era visto como uma ciência social empírica. A resposta a isso foi o movimento kelseniano, que disse “não, o objeto dessa disciplina não são as coisas que acontecem no mundo, são os sentidos das ações que podemos atribuir”. Em um terceiro momento, a ideia de que o direito cria coisas, abre a porta para a aproximação com outras disciplinas que dizem respeito às coisas criadas. A Economia é um exemplo, mas a sociedade é também outro exemplo. Eu deixei de mencionar a perspectiva do Weber, para quem a sociedade não são pessoas juntas empiricamente, são pessoas reunidas pensando umas em relações às outras. Essa é a trajetória que tentei fazer. No final, disse que essa abertura que tenho agora, de que o direito é uma disciplina na qual eu aprendo a tomar decisões com as regras jurídicas, vai colocar outra vez no centro a ideia de que eu tenho que tomar decisões. Eu tomo decisões com as normas jurídicas, mas elas se referem ao mundo. Suponha a regra “é proibido fechar a porta”; eu preciso entender o que é uma porta para entender o que é proibido fazer.

Outra coisa, vou resumir, não vai dar para responder tudo, tem a ver com o que a Gloria Bonelli falou, que ela faz pesquisa em ciências sociais por uma outra razão. Claro, as ciências sociais são um campo que tem um disciplina, que tem algo que precisa saber e precisa se refinar. E é isso também no direito, um saber disciplinado. Vou dar dois ou três exemplos de coisas que estão acontecendo: para entender política pública, eu preciso de uma transformação de um conceito de base que existe no nosso pensamento jurídico tradicional, que pensa nas relações como bilaterais e comutativas, porque pensamos o Direito a partir de um contrato de compra e venda ou a partir do homicídio; a velha justiça retributiva ou comutativa. Se eu não pensar

conceitualmente as relações plurilaterais de distribuição, eu não entendo o que está acontecendo. Outro exemplo: direito subjetivo; a nossa concepção de direito subjetivo é derivada, de um lado, do jusnaturalismo do século XVII, de outro lado do direito público do século XVII, direito subjetivo público; todos eles pensados em uma relação bilateral; agora, para eu pensar as questões, vamos chamar de distributiva; esse conceito, direitos sociais, na perspectiva retributiva, é um conceito claramente insuficiente. Nós temos uma pesquisa conceitual boa sobre um conceito de direito social? Não temos, e ela é conceitual, mas ela me é provocada pela insuficiência real dos conceitos. Isso ocorre dentro da disciplina Direito, uma pesquisa que é provocada se eu conseguir olhar a realidade, e esses outros saberes me provocam a realidade. Isso que eu estava querendo pensar. Por isso, para mim, o diálogo com a professora Maria Teresa Sadek e com a Glória Bonelli é extremamente importante porque eu não vou ensiná-las a fazer pesquisa em ciências sociais, eu não tenho o menor treinamento, eu não tenho a menor ideia de como fazer perguntas, técnicas de questionário... mas acho que podemos ter uma diálogo se estivermos abertos para isso. Fiquei super instigado com as questões, mas por causa do tempo deixo para respondê-las em um momento oportuno. Obrigado.

Maria Tereza Sadek: Estou refletindo ainda, não tenho uma resposta. Concordo com muitas coisas que foram colocadas, mas são questões muito complexas.

Carlos Alberto Salles: Vou tentar responder algumas coisas. Primeiro, a do professor Passador, é realmente um problema muito sério quando no direito vamos para a realidade; desestrutura-se o nosso saber. É um pouco as indagações que colocam a Rebeca e a Julia da Unesp: até que ponto essa dogmática jurídica não está incorporando uma ideologia? E está sim. Eu penso que existe um papel da dogmática que em determinada vertente ela tem um estrutura de poder. Pegamos por exemplo uma lei, como a lei Maria da Penha; o que aconteceu? Surgiu de uma condenação do Brasil em uma Corte Internacional de Direitos Humanos porque a mulher espancada domesticamente não era tutelada pelo Estado. Então, hoje, se olharmos o que temos, temos uma lei severa; mas ela funciona? Parece que não. Foi um dos maiores tiros que saiu pela culatra no sistema legislativo, pois é tão rigoroso e ao mesmo tempo deixou a representação sob responsabilidade da vítima,

mulher nenhuma vai colocar o marido na cadeia. Portanto, há uma relação de poder de fundo.

Bom, eu me considero um otimista. Penso que o direito evoluiu muito quanto ao seu paradigma. Quando eu comecei o mestrado, o paradigma era muito mais fechado. Hoje, a interdisciplinaridade mal ou bem exercida, é quase o *mainstream*. Se pegarmos os trabalhos acadêmicos que foram feitos na década de 1980 e 1990 e os que foram feitos hoje, existe uma mudança de paradigma muito grande, hoje o jurista incorpora mais facilmente os dados.

De fato, o ensino jurídico tinha que mudar, até porque a forma como isso chega no dia-a-dia do juiz é muito precária. Eu vejo isso porque sou integrante da banca de concurso do Ministério Público e algo muito curioso ocorre ao se analisar as respostas “encomendadas”. Os professores de cursinho fazem um mapeamento das nossas preferências e isso transparece nas respostas. É curioso ver as concepções de realidade social, realidade histórica que aparecem... É muito complicado. Tem pessoas que ouvem uma versão do professor do cursinho, mas não entenderam nada. E isso fica nítido nas respostas. Então, o ensino tem que mudar, não dá mais para perpetuar a manutenção desse véu, como a Rebeca falou, temos que derruba-lo. O que não impede uma reestruturação do discurso dogmático. É a tal esperança que comentava. Acho que respondi o que eu poderia responder.

Maria Teresa Sadek: Posso só acrescentar uma coisa? Talvez seja o olhar das Ciências Sociais e do Direito do que nasce o contraste que, do meu ponto de vista, é claro. Você diz que a Lei Maria da Penha não funciona; eu diria que funciona. Por que? Porque só a existência dela já provoca algum tipo de impacto. Então eu tenho que saber como é que eu leio esse resultado e a leitura desse resultado pode ser feita de várias formas. Eu não posso fazer uma leitura pura e simples do número, eu tenho que saber ler esse número. É por isso que eu vou para a questão da jurimetria, dizendo que se você não tiver um olhar para ler isso, isso é mera bobagem.

Carlos Alberto Salles: Acho que o que eu poderia responder eu respondi. Quanto à pergunta quanto a qual pesquisa empírica que estamos falando, acho que aqui talvez o José Reinaldo tenha colocado adequadamente: que demanda nós temos? Essa demanda que define isso. Talvez a grande dificuldade da pesquisa empírica em Direito seja justamente localizar qual a

eficácia de algumas mudanças no direito. Isso é muito difícil de captar, mas eu concordo com você, pode ter mudanças.

Maria Tereza Sadek: O que eu quis dizer é que a lei não muda a realidade, ela tem um impacto, e esse impacto tem um tempo; mas ela é absolutamente fundamental. Não adianta eu dizer “tem uma lei”, eu acho até que é um problema na cultura brasileira: todo e qualquer problema resolvermos com uma lei. Não é bem assim. Qual é o impacto? A própria cultura popular fala isso: tem lei que pega e lei que não pega. Então é necessário prestar atenção. Mas enfim, estamos em cima da hora.

Kazuo Watanabe: Eu vejo que a utilidade fundamental da pesquisa é que ela ajuda a pensar. Inclusive para rever conceitos, a utilidade ou não de determinados conceitos, que são um pouco instrumentais, estão a serviço em determinado momento de uma certa ideologia. Por exemplo, o conceito de direito subjetivo por muito tempo foi uma camisa de força até para o acesso à justiça. O art. 6º do CPC diz que só pode ter acesso à justiça em princípio quem era titular do direito, apenas excepcionalmente se a lei permitir. Esse conceito é revisto a partir da década de 1980 para permitir o acesso à justiça de interesses metaindividuais. Então acho que existem várias formas de pesquisa, e temos que colocar tudo isso para pensar. A pesquisa empírica, que estamos falando aqui, é muito importante, por exemplo, quando se fala em avaliação de determinada alteração legislativa. Já disse aqui hoje a respeito da judicialização das políticas públicas, isso vai levar a uma reformulação da tripartição de poderes. Bom, são essas as considerações finais que gostaria de fazer.

Paulo Eduardo Alves da Silva: Eu agradeço a participação dos expositores e os parabenizo. Acho que formamos algumas premissas para continuarmos nosso debate. Obrigado.

-----⌘-----