

Autores.

Marco Aurélio Gonçalves Ferreira.

Mestre e Doutor em Direito.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista.

Mestre e Doutor em Direito.

ENTRE A DOGMÁTICA JURÍDICA E AS PRÁTICAS JUDICIÁRIAS.

BETWEEN LEGAL DOCTRINE AND JUDICIAL PRACTICE.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade compreender as características do discurso jurídico dos manuais de direito frequentemente utilizados nas faculdades para a formação do estudante de direito, bem como na preparação dos operadores e funcionários para o exercício dos cargos públicos e sua desconexão com as práticas judiciárias. Para tanto, analisa o papel dos manuais na tradição jurídica brasileira, a influência da lógica do contraditório na dogmática jurídica, a ausência de metodologia científica e a importação de institutos estrangeiros, por fim analisa a perspectiva empírica do estudo do direito e o papel das editoras na circulação e na reprodução do saber jurídico.

Palavras chaves: Manuais; Etnografia; saber; jurídico.

BETWEEN LEGAL DOCTRINE AND JUDICIAL PRACTICE.

Abstract: This article seeks to understand the legal discourse features contained in law books used by law students at universities in Brazil, also for the exams to be one of public workers such as lawyers, judges and public defenders. These law books are disconnected with the judicial practices in court. For both analyzes the role of textbooks in the Brazilian legal tradition, the role of logic in the legal contradictory doctrine, the lack of scientific research and the importation of foreign institutes, empirical perspective in the study of law and the role of publishers in the circulation and reproduction of legal knowledge.

Keywords: Books; Ethnography; legal; knowledge.

Introdução.

O pensamento de vanguarda atualmente no estudo do direito não se encontra nas novas correntes dogmáticas, mas nas recentes contribuições dadas pelas pesquisas empíricas feitas sobre o campo jurídico. Essas se utilizam da interdisciplinaridade com outras ciências sociais para traçar uma análise a partir das práticas do direito e não do *dever ser*, ou seja, do seu ideal imaginado pelos dogmáticos. A dogmática dos manuais de direito não se apresenta como um instrumento capaz de explicar a realidade jurídica do dia-a-dia nos tribunais, nem tampouco conseguiu dar soluções as problemáticas do cotidiano jurídico. No entanto, esta forma de pensar o direito exerce um papel de grande importância para a formação dos operadores do sistema jurídico. Como estudantes e depois como professores e pesquisadores do direito percebemos uma constante reclamação entre os operadores e estudiosos do direito de que a “teoria” se distancia muito da “prática”¹. Atualmente essa distância tem saído do campo das impressões pessoais e passando a ser demonstrada por meio de investigações empíricas por diversos pesquisadores que se utilizam da metodologia de campo no direito.

O presente texto busca compreender como o discurso jurídico dos manuais de direito pode exercer tamanha força no ensino universitário e na formação de operadores do direito, bem como na preparação das carreiras públicas jurídicas constituindo um campo de força quase impenetrável por outras formas de pensar o direito fora do discurso a dogmática, sem, estranhamente, estar, em momento algum, direcionado e comprometido a explicar a realidade das práticas judiciais dos tribunais brasileiros. Esses discursos dos manuais de direito não somente se distanciam das práticas jurídicas, mas não raro contrariam completamente o que ocorre nos tribunais. Para tanto esse texto escolheu perscrutar algumas vertentes, em primeiro momento a perspectiva de vanguarda de estudo empírico do direito e segundo instante na perspectiva do discurso dogmático buscaremos analisar a força discurso de autoridade que prepondera sobre a autoridade dos

¹ As palavras “teorias” e “práticas” encontram-se no texto destacadas, pois no direito a palavra teoria não possui o mesmo sentido que nas demais ciências e no direito não se pode dizer que existe apenas uma prática, mas várias práticas.

discursos, a lógica do contraditório e a lógica que instrui as instancias de consagração e reprodução do discurso dogmático.

2. A pesquisa empírica: Uma nova forma de pensar o Direito.

O direito por ser normativo não pode ser catalogado como uma ciência na perspectiva da ciência experimental que surgiu no período do Renascimento e mais tarde abordada por Galileu, Newton e Bacon até tomar corpo na forma dos dias atuais. Por isso não cabe nesta concepção de ciência a ideia de uma “Ciência normativa,” ou uma Ciência do Direito que “abrange um conjunto de disciplinas ou sistemas de normas que exigem dos homens determinadas formas de conduta.” (REALE, 2001, p 13), ou ainda uma ciência do dever ser.

Para GAMADER o que caracteriza a ciência moderna é a predominância da ideia de método,(2002. p. 61). Desta forma um conceito adequado de Ciência relaciona-se com a percepção de “ um método de abordagem do mundo empírico todo, isto é, do mundo que é suscetível de ser experimentado pelo homem” (GOODE, William J. & HATT, Paul K. p 11). A impossibilidade do direito ser uma ciência, na concepção moderna, versa principalmente pelo fato não ser um resultado de observações realizadas por pesquisadores, mas sim de simples escolhas legislativas. Com efeito, o caráter normativo é um importante elemento do direito que o impede de ser uma ciência. Embora o direito não possa ser em si uma ciência, nada obsta que seja objeto de um método científico para sua abordagem, para tanto a metodologia de pesquisa etnográfica se torna uma ferramenta eficaz para a compreensão das práticas judiciais e também, para apontar a dissonância entre os manuais de direito e o cotidiano dos tribunais brasileiros.

Com efeito, alguns pesquisadores vêm descrevendo as práticas judiciais demonstrando as divergências destas com a lei ou com o discurso doutrinário. Um exemplo a ser trazido é o trabalho de Ângela Moreira Leite em seu texto *Em Tempo de Conciliação*. Ela realizou pesquisa de campo sobre o funcionamento dos Juizados Especiais logo após a entrada em vigor da Lei 9.099/95, nos primeiros momentos da sua implantação no estado do Rio. A disposições da lei afirmavam que deveria ser célere, diferenciando-se dos outros ritos processuais então já existentes. Assim, expressa o próprio texto da lei:

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Através da observação empírica a autora buscou analisar de que modo se operavam esses princípios na prática. Como método etnográfico exige, a pesquisadora realizou uma descrição pormenorizada de diversas audiências de conciliação assistidas e a realização de várias entrevistas com operadores daquele campo. Nessa pesquisa verificou-se que as práticas nos juizados por ela estudados em muito se afastava das preleções legais e doutrinárias a respeito do juizado especial. Assim, afirma a pesquisadora:

“Na medida em que as atitudes tomadas por agentes do campo contrariam frontalmente a lei, deixando que outros mecanismos se sobreponham aos que deveriam ser utilizados, procede-se a um fechamento do campo a qualquer tentativa de explicitação de seu funcionamento. A lógica da lei, do que está escrito, nem sempre funciona e o que funciona não convém que seja conhecido”. (MOREIRA LEITE, 2003, p??)

Essa mesma conclusão chegou a parceira deste texto Bárbara Lupetti quando da sua etnografia sobre os “Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade”, editado pela editora Sergio Antônio Fabris. Neste livro, que foi resultado da dissertação de mestrado a autora afirma que:

“O princípio da oralidade é incorporado pela dogmática de uma forma absolutamente distinta daquela apreendida pela empiria. A doutrina reconhece a oralidade como uma garantia processual das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciários a destacam, sugerindo ser esta forma de manifestação um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional.” (LUPETTI, 2008, p 19)

Outro exemplo é verificado no trabalho da pesquisadora Regina Lucia Teixeira Mendes sobre os dilemas da decisão judicial. No estudo sobre as representações que os juízes possuem sobre o princípio do livre convencimento motivado, explícito na doutrina jurídica, a autora verifica que:

“A doutrina e a legislação estão dirigidas ao mundo do dever-ser: o mundo empírico está num outro plano e não lhes interessa. Na produção de doutrina jurídica, a observação empírica está descartada. Por ser um saber normativo e existir com a finalidade de dizer como a realidade deve ser, não tem base empírica e é comum que os juristas concluam, diante da realidade distinta da norma, que a realidade está errada, pois ela não deveria ser assim.” (TEIXEIRA MENDES. 2012, p 24)

Diversos outros trabalhos poderiam ser colacionados aqui, por exemplo o trabalho do professor Luiz Figueira sobre a Ritual do Tribunal do Júri, a pesquisa realizada pela professora Maria Stella Amorin nos juizados especiais de Nova Iguaçu. Esses trabalhos empíricos apresentam um fator comum consubstanciado na verificação de que as hipóteses normativas teóricas previstas e exaustivamente difundidas nos cursos universitários no Brasil, através dos livros denominados Manuais de Direito e nas obras chamadas de Curso de Direito, em muito se afastam, inexistem ou até mesmo contrariam as práticas judiciárias brasileiras.

Neste contexto a pesquisa empírica se afasta do dogmatismo e se aproxima do direito vivenciado. Assim, afirma KANT DE LIMA E LUPETTI:

A pesquisa empírica, articulada através de trabalho de campo, é nada mais nada menos do que a possibilidade de vivenciar a materialização do Direito, deixando de lado, por um momento, o referencial dos códigos e das Leis, para explicitar e tentar entender o que, de fato, acontece e - no caso do Direito - o que, efetivamente, os operadores do campo e os cidadãos dizem que fazem, sentem e veem acontecer todos os dias enquanto os conflitos estão sendo

administrados pelos Tribunais. (KANT DE LIMA E LUPETTI 2010)

Através desse estranhamento, este texto busca compreender as razões que levam a uma dissonância entre os textos jurídicos e as práticas judiciárias constantes diariamente nos tribunais brasileiros.

Apesar de se mostrar como um instrumento afeito a metodologia científica e a melhor compreensão das práticas judiciárias, a pesquisa empírica no direito não é bem recebida pela sua dogmática. Assim, afirma: KANT DE LIMA E LUPETTI.

Apesar da relevância de se perceber o Direito a partir das suas manifestações práticas, é fato que o conhecimento advindo da empiria é desvalorizado no campo jurídico que, como dito acima, por ser instituído como um sistema normativo idealizado, ignora os fatos reais em busca desses tais ideais, muitas vezes inatingíveis, de tão distantes da realidade; e, devido a tudo isso, o Direito acaba por resistir ao estudo das práticas, que são vistas como um conhecimento menos prestigioso pois, ou se presumem conforme sua idealização ou se constata serem desviantes dela, caso em que se tornam um erro a ser corrigido e não um fato a ser estudado. (KANT DE LIMA E LUPETTI 2010)

O resultado de uma etnografia resulta de uma série de dados colhidos durante o processo de investigação. Esses dados oriundos de metodologias racionalmente delimitadas exigem interpretações e reflexões fundadas nos fatos levantados. Com efeito, ao contrário da literatura dogmática dos manuais de direito não há espaço para opiniões e achismos e contraditórios na pesquisa empírica.

A lógica do contraditório incrementa o aumento da literatura jurídica que se reproduz, em sua grande parte, irrefletidamente. A literatura dos manuais permite ao autor simplesmente contrariar um outro autor somente por opiniões e gostos não se exigindo grandes habilidades intelectuais e reflexões. A ausência da lógica do

contraditório e a adoção de perspectivas científicas na construção do discurso jurídico exigiria dos autores do direito do campo uma gama de expertises e aptidões intelectuais que limitaria em muito o universo de “juristas”. Portanto, a perspectiva empírica também é ameaçadora ao campo dogmático do direito e seu mercado.

3. O papel dos manuais na tradição jurídica brasileira.

Os manuais de direito exercem um papel fundamental na formação do profissional do direito no Brasil, seja de advocacia ou mesmo para a formação dos quadros do serviço público. Não há curso de direito no Brasil que não tenha como fonte de aulas uma vasta lista bibliográfica baseada eminentemente nos manuais de direito. Diferentemente as escolas de direito anglo americana, dos EUA e do Canadá a bibliografia dada pelos professores de direito está baseada mormente nos chamados “case books” – (livros de casos). (FERREIRA. 2013, p Nestes países os manuais de direito exercem um papel menor no âmbito acadêmico e mesmo assim seu conteúdo é dirigido pelos precedentes judiciais. No ensino jurídico brasileiro toda bibliografia dos cursos jurídicos universitários está baseada nos manuais de direito. Enquanto que os “case books” trazem casos ocorridos e suas respectivas decisões judiciais, os manuais em sua essência, não tem casos jurídicos como o centro de seus debates, mas conceitos, classificações e diversas interpretação da lei.

O estudo realizado por FONTAINHA E BARROS ²desagua na conclusão de que o concurso público no Brasil não é instrumentalizado a selecionar o candidato que melhor desempenhará as funções em uma determinada atividade pública, tais como no direito à de magistrado, defensor público ou de promotor de justiça. Demonstra a pesquisa que os exames de seleção no Brasil não expõem o candidato a situações quotidianas daquela profissão. Tal lógica exigida em concursos públicos não é distinta das estruturas de ensino nas faculdades de direito no Brasil. Sendo o ensino basicamente fundado em manuais o estudante tem pouco ou nenhum contato com a realidade. ³

² Ver em <http://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2010/08/RELAT%C3%93RIO-FINAL.pdf>

³ Em artigo publicado no site Consultor Jurídico Lenio Luiz Streck traz exemplos de questões de concurso que envolvem situações inexistentes no quotidiano, mas presentes no Manuais de Direito, tais como a tentativa de homicídio de gêmeos xifópagos e o sujeito que deseja ter aparência de lagarto. (<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>)

A literatura dogmática dos manuais se aproxima mais dos glosadores do que o papel importante que exercia os juristas na época de Justiniano. (MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez 2009, p 95-96.). Se tomarmos a expressão MANUAL como um “ Guia prático que explica o funcionamento de algo” ⁴ facilmente notaremos que os manuais de direito não se coadunam com esse conceito, visto que pouco explicam a realidade e muito se aproximam exclusivamente da ideia do “dever ser”

Alguns argumentos se apresentam para justificativa da dissonância entre as práticas judiciárias e a literatura jurídica dos manuais pode ser encontrada nos próprios manuais de direito. O mais recorrente é argumento de que a doutrina não é considerada fonte do Direito, como são as leis e a jurisprudência. Assim, afirma REALE afirma que:

“Muitos autores há que excluem a doutrina como fonte do Direito, alegando que, por maior que seja a dignidade de um mestre e por mais alto que seja o prestígio intelectual de um jurisconsulto, os seus ensinamentos jamais terão força bastante para revelar a norma jurídica positiva que deva ser cumprida pelos juízes ou pelas partes.” (REALE. 2001, p 166)

Embora não seja fonte de direito é certo que os manuais exercem grande importância na formação dos estudantes de direito. Muitos desses livros estão explicitamente destinados a formar o operador do direito e também para preparar candidatos aos diversos concursos públicos nas carreiras jurídicas no país.

Outro argumento trazido por REALE sobre o caráter não vinculatório da doutrina como fonte do direito é o fato de que:

“Alega-se que há sempre possibilidade de se contrapor um argumento doutrinário aos sustentados por grandes jurisconsultos, tanto assim que muitas idéias de juristas da

⁴ "manual", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/DLPO/manual> [consultado em 28-07-2014].

atitude de Clóvis Beviláqua ou de Carvalho de Mendonça não prevalecem na atual jurisprudência.” (REALE,2001, p 166)

A possibilidade de contraposição dos argumentos doutrinários está no fato de que, ao contrário da Ciência, a construção do direito brasileiro está fundada na lógica do contraditório e não no consenso.

4. A lógica do contraditório e a dogmática jurídica.

O Direito brasileiro valoriza a lógica do contraditório como um princípio fundamental ao processo justo. A dialética de HEGEL determina um diálogo em que a verdade surge a partir da discussão e das contradições, essa verdade derivaria do embate entre *tese* e a *antítese* e, daí, à *síntese*. Para o filósofo uma suposição (*tese*) não pode se pôr sem se contrapor a outra (*antítese*) em que a primeira é negada, transformada em outra que não ela mesma. A primeira proposição encontrar-se-á finalmente transformada e enriquecida numa nova fórmula que era, entre as duas precedentes, uma ligação, uma "interposição" que se chama de *síntese* (1959, pp. 56-72).

A lógica do contraditório na literatura jurídica no Brasil não pressupõe os intentos da dialética de HEGEL, para a conclusão de uma verdade. A professora MARIA STELLA DE AMORIN traz uma significativa contribuição a compreensão deste instituto jurídico quando explica que a lógica do contraditório representa uma lógica de embates paralelos e contrários remetida ao infinito.⁵

A dialética de Hegel pressupõe uma lógica argumentativa onde há a possibilidade de consenso sobre os diversos aspectos. No entanto, a lógica do contraditório, no Direito brasileiro, não pressupõe o consenso, mas o dissenso como elemento essencial a construção do direito. Por conseguinte, o encontro da verdade no Direito brasileiro não decorre de uma construção através da argumentação que busca a uniformização de noções e ideias sobre institutos jurídicos dialogicamente consensualizados pelos autores. Tal fato

⁵ AMORIM. Maria Stella. *Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro*. Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro, n.º 17 Agost. 2006, pp 107-131, capturado em 20/7/2014 no site http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num17/revistaSJRJn.17.pdf

produz uma incerteza jurídica quando a correta interpretação do direito, por conseguinte de sua própria aplicação.

Segundo BERMAN, o método de estudo do Direito nas universidades medievais partia das glosas e incluía como métodos de ensino a chamada *disputatio*, que era uma discussão sobre alguma questão de Direito em forma de debate entre os estudantes ou entre os professores de Direito, versando sobre questões de Direito e não de situações reais (1996, p. 141). O método se estruturava, segundo LIMA LOPES, a partir de questões escolásticas: “(1) *quaestio (dubitatio)* sobre uma verdade aceita; 2) *Propositio* (citação de autoridade a favor da tese) ; 3) *Oppositio* (citação de autoridade contra a tese) e por fim a *Solutio* (conclusão apresentada pelo debatedor, fosse bacharel ou doutor)” (LIMA LOPES, 2002, pp. 129)

Constata-se que a cultura jurídica hodierna nacional segue a mesma lógica da *disputatio*, pois é autorreferencial, ou seja, busca sempre a confirmação de seus pressupostos na conformidade de seus próprios postulados com as matrizes de pensamento dos autores tradicionais, porta-vozes do campo.

Assim, é recorrente no campo jurídico brasileiro buscar a legitimação dos seus discursos não pela “autoridade do argumento”, mas pelo “argumento de autoridade”. Isto quer dizer que a relevância dada à veracidade do discurso é proporcional à medida que se aproxima da ideia do pensamento de determinado autor consagrado, mais do que pela argumentação fundamentada em fatos e evidências. (KANT DE LIMA, 2008. pp. 261-289).

O pensamento jurídico brasileiro ainda reserva significativo estigma religioso católico, verificável nas formas ritualísticas de seus procedimentos. A escolástica exerce hodiernamente forte influência no Direito brasileiro. Assim, segundo os autores religiosos, “*uma das necessidades mais urgentes para a filosofia escolástica consistia na criação de uma síntese das verdades da igreja e das aristotélicas.*” (KORANYI, 1959, p. 30). A concepção de verdade aristotélica passa da instituição religiosa para o sistema jurídico a partir do processo inquisitorial de busca da verdade.

A lógica do contraditório na literatura dos manuais de direito no Brasil reproduz a forma de ritual encontrada nas universidades medievais que, orientado pelo método

escolástico, funda -se na autoridade e na existência de verdades absolutas, dogmas incontestáveis.

No entanto, o dogma na literatura jurídica exerce um papel distinto do dogma na Ciência. Assim, como na religião os dogmas nos manuais partem de pressupostos incontestáveis a partir da autoridade de quem os prolata. Com efeito, assim como na religião onde o dogma é aceito pela autoridade do livro sagrado, na doutrina brasileira postulados são admitidos em razão da autoridade de seus autores no cenário jurídico.⁶

Diferentemente na Ciência determinado fato se torna um dogma após ter alcançado um grande universo de aceitação, ou seja, através do consenso. Assim, por não ser mais questionado ou revisado se torna um dogma. (KUHN,2012.)

O contraditório significa contradizer, ou seja, impõe a exigência de sempre se opor ao que foi dito, em um ciclo de dizer e contradizer. A tradição da lógica do contraditório na literatura jurídica brasileira é uma regra antagônica à ideia da ciência que busca a todo tempo o consenso entre os sujeitos.

Por conseguinte, o *standard* do contraditório produz em toda dogmática brasileira uma gama de opiniões divergentes e as mais diversas interpretações da norma e tal fenômeno é interpretado pelo campo jurídico como positivo para a criação do Direito. Com efeito, há uma grande variedade de posições e “entendimentos”, “correntes” e “teorias” doutrinárias nos manuais sobre idênticas questões com os mesmos aspectos. A uniformização e consensualização de posicionamentos não são, com frequência, avaliadas como positivas na perspectiva de um *status* de segurança jurídica, mas sim, como ameaçadora da liberdade de entendimento.

A amplitude de opiniões no direito produz uma insegurança quanto as limitações do Estado aos direitos fundamentais do cidadão. Assim, a ausência de consenso leva a inúmeras vertentes de possível de aplicação de um mesmo instituto. A exemplo, no que se refere a limitação ao direito a liberdade do cidadão o autor de manual Renato Brasileiro, elenca cinco possíveis correntes sobre quais seriam os requisitos de uma prisão temporária (LIMA,2014 p 936) e mais três hipóteses interpretativas para o significado

⁶ Neste sentido ver TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Igualdade à brasileira* In: AMORIM, Stella, KANT DE LIMA, Roberto. TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Ensaio sobre a igualdade jurídica: Um estudo sobre o acesso a justiça criminal e direito a cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 01-33.

da categoria “ordem pública” descrito no art. 312 do Código de Processo Penal para decretação de uma prisão preventiva (LIMA, 2014,p 896)

Ao contrário da pesquisa empírica o contraditório abre espaço as diversas opiniões sem a necessidade de demonstração de dados. Tal fato produz no direito um volume considerável de publicações sobre o mesmo tema, as vezes somente se distinguindo em algumas opiniões divergentes, ou inserindo mais uma “teoria” ou “entendimento”. Alguns manuais surgem e ganham maior notoriedade quando seus autores encontram-se em bancas de concurso público ou da posição ou relevante papel que ocupam no alto *staff* do funcionalismo público. Tal fato eleva consideravelmente o valor desse autor no mercado editorial.

5. Ausência de pesquisa empírica e a importação de modelos jurídicos.

A pesquisa empírica possibilitaria a compreensão da realidade cotidiana do direito, base essencial ao debate e a busca das soluções mais adequadas a concretização efetiva dos direitos. Ao observar as práticas judiciárias o pesquisador alcança a teoria que verdadeiramente orienta o fazer dos operadores do direito, ou seja, o investigador explicita a ideia que contida na mente dos operadores dirige as suas práticas. No entanto, a literatura jurídica brasileira ao invés de buscar conhecer a realidade do direito e a partir da mesma buscar propor o debate para soluções, preferiu buscar as vezes no imaginário do jurista ora no direito estrangeiro as soluções para o direito brasileiro. Assim, é recorrente nos manuais a citação de “teorias” e soluções imaginadas pelos autores ou teorias” e soluções imaginadas derivadas de autores estrangeiros para aplicação do direito brasileiro. Na atuação de professor e pesquisador percebi que é recorrente a menção a autores estrangeiros nos manuais de direito a exemplo, no direito penal os alemães Claus Roxin, Günther Jackobs, no direito Processual Civil os italianos Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, *Enrico Tullio Liebman*, no processo penal os italianos Nicola Framarino dei *Malatesta e C J A Mittermayer* e diversos outros das mais diversas áreas do direito.

Com efeito, a literatura no Brasil teve ao longo de seu processo de construção grande parte de seus institutos jurídicos desenvolvidos a partir da representação de outros sistemas jurídicos, tanto análogos como antagônicos, algumas

vezes imbuídos não de um imperativo da necessidade popular, mas como símbolo de modernidade. Entretanto, a interpretação de institutos oriundos de sistemas antagônicos requer maior cautela, pois, em virtude do conjunto de valores que os informam e de sua construção histórica, alguns, com respeito ao esforço de alguns autores nacionais, podem não só perder sua representação valorativa e simbólica quando transpostos para o sistema nacional, como também seu efeito e, por consequência, uma concretização precária quando aplicado ao sistema do direito brasileiro.

Assim, a cultura jurídica no Brasil praticada por alguns autores vem frequentemente se utilizando deste modelo de construção doutrinária. Prova marcante disto é a verificação da prática constante, presente nos dias atuais, da importação e adaptação de institutos normativos de controle dos mais diversos sistemas jurídicos externos, motivo pelo qual cria-se um descompasso no interior do sistema jurídico brasileiro.

Nítida é a influência dos sistemas regidos sob o manto do ideário liberal, que, ultrapassando suas fronteiras, alcançou também os sistemas de formação romano-germânico. No entanto, nem todas as inserções doutrinárias acomodam-se com perfeita harmonia nos sistemas construídos sob tradições diferentes. Como efeito, não tem-se na prática uma concretização dos direitos democráticos mais fundamentais, tampouco sua efetividade no cotidiano do cidadão brasileiro.

6. O papel das editoras na circulação e na reprodução do saber jurídico.

O campo da editoração no Direito, apresenta-se como um dos mais destacados espaços de consagração intelectual (BOURDIEU, 1974, pp. 99-181). A postura editorial fomenta a manutenção de uma forma tradicional e específica de pensar e de fazer o Direito, dificultando a possibilidade de novas reflexões nessa área e a circulação dos resultados decorrentes da construção de saberes inovadores, produzidos de forma crítica, criativa e original.

Bourdieu ressalta em seu texto (“O Mercado de Bens Simbólicos”) a importância da autonomização - categoria empregada no sentido de desvinculação ou afastamento - verificada entre o campo intelectual e suas antigas instâncias legitimadoras (aristocracia e igreja). Partindo dessa reflexão, porém sob outra perspectiva, verifica-se que o campo

intelectual do Direito, na verdade, ainda não se autonomizou das instâncias que o constituíram. E por quê?

Porque o Direito se caracteriza, ainda hoje, pela extrema (inter) dependência e comprometimento existentes entre os campos *acadêmico*, *operacional* e *de mercado*, e essa vinculação, além de tornar esses campos complementares, condiciona e influencia sobremaneira as suas formas de produção, de *circulação* e de consumo de bens culturais.

Acadêmicos, *professores*, *operadores*⁷, *conselheiros editoriais* e os próprios *editores* compartilham, ao mesmo tempo, os diversos espaços do campo do Direito, integrando as suas distintas instâncias, seja de produção, seja de circulação, seja de consumo de bens intelectuais

Diante disso, é comum, no campo do Direito, que esses atores ocupem, concomitantemente, os distintos espaços de legitimação do saber, comprometendo, em alguns momentos, o resultado do seu produto intelectual, que deixa de ser autônomo para ser direcionado a um fim pré-determinado.

No campo jurídico efetivamente há uma concorrência desleal entre novatos e consagrados. As palavras de um editor entrevistado pela parceira deste texto, Bárbara Lupetti indicam que a distinção entre consagrados e novatos está firmemente marcada nesse campo:

“A caracterização de um autor é difícil de estabelecer: se consagrado por outros lançamentos, a editora é que se adapta ao perfil e projeção do mesmo; se ainda não conhecido ou suficientemente difundido, a caracterização envolve projeções e expectativas sobre os objetivos científicos ou didáticos das propostas e os traços curriculares do autor [...]”.

As resistências das editoras a uma publicação inovadora são justificadas das mais diversas formas de argumento, por exemplo a parceira deste texto tentou por algumas vezes publicar um texto com metodologia empírica de perspectiva antropológica e recorrentemente e com frequência ouviu dos editores que: o seu trabalho “não” é jurídico; o seu título “não” é comercial; a sua pesquisa “não” interessa ao público da Graduação de Direito; o seu livro “não” é um manual de processo; o seu capítulo I “não” pode

⁷ A categoria “operadores” está aqui representada tanto pelos advogados autônomos quanto pelos bacharéis que integram a estrutura hierárquica dos Tribunais: magistrados, promotores, defensores públicos, procuradores etc.. São os chamados *operadores do Direito*.

permanecer, pois a articulação entre Direito e pesquisa empírica de matriz antropológica tornam o objeto da pesquisa “não” jurídico.

Outro ponto de destaque é a hierarquia do Poder Judiciário influi na legitimação do saber jurídico, fato para o qual Bourdieu chamara a atenção ao tratar do mercado de bens simbólicos (1974, p. 165): Tal fato percebe-se na narrativa de um Editor sobre a seleção dos textos a serem publicados:

“[...] Amanhã haverá uma reunião do Conselho Editorial para decidir as próximas publicações da Editora. Esta reunião se realiza a cada 45 dias. Não acho estratégico incluir a sua dissertação na lista de amanhã, pois temos muitos livros de Ministros. **Não podemos negar a publicação da obra de um Ministro do Supremo. É assim que funciona.** Portanto, para você ter alguma chance, é melhor deixar a avaliação do seu livro para a outra reunião do Conselho Editorial, em que haverá poucas obras desse tipo, de publicação inegável, e aí haverá menos concorrência e mais espaço para discutir a publicação do seu trabalho. Essa dica é importante. Espera um pouco mais [...] **Se é obra de um Ministro, nós publicamos. Não importa o conteúdo. Às vezes nem lemos. Não podemos negar isso**”. (grifo nosso)

O prestígio advindo da publicação de um *manual* permite que se ocupe um espaço de legitimidade e de distinção no campo, especialmente porque *manuais* são muito lidos por estudantes e concursandos, o que ajuda a perpetuar os dogmas da disciplina e possibilita a inculcação da ideologia própria do campo, através do sistema de ensino.

O *manual de direito* é como um rótulo curricular que garante o sucesso. Ocorre que a simples idéia de *manual* remete e pressupõe um necessário consenso sobre todos os assuntos e categorias nele inseridos, uma vez que se refere às noções essenciais e elementares de uma determinada disciplina, além de aludir a algo decorrente de incansável debate para se alcançar os denominadores comuns que o compõem, o que, em hipótese alguma, se verifica no campo jurídico, onde o dissenso prevalece e a possibilidade de teses contrárias sobre os mesmos temas é o que conforma o sistema, como adiante se mencionará.

Ao contrário, as pesquisas empíricas e a avaliação e explicitação de dados de campo são desqualificadas pelas instâncias de consagração. O conhecimento advindo da

empíria é desvalorizado nesse campo, que, instituído como um sistema normativo ideal, ignora os fatos.

O *marketing* editorial é algo relevante, mas, o que, preponderantemente, orienta a editoração e controla esse mercado não é a caracterização da originalidade do trabalho, mas sim a possibilidade de consagração da obra que advém, necessária e diretamente, da consagração de seu autor. Eis um trecho de um diálogo presenciado na pesquisa de campo:

“Para publicar, as grandes editoras consideram a influência do autor, quantos artigos publicou em revistas internacionais, a sua participação em palestras e eventos, dando-se prioridade àqueles que já são reconhecidos nacionalmente.”.

Isto é, o mercado editorial reproduz uma lógica contrária à inovação, pois se estrutura a partir de um círculo vicioso que se auto-alimenta: as editoras só publicam os autores já consagrados, que permanecem eternamente consagrados a cada nova publicação, sendo certo que cada nova publicação de um consagrado tira espaço de publicação de um não-consagrado!

A indústria editorial figura, na verdade, como parte da rede que leva à estagnação do conhecimento produzido no campo jurídico, seja por impedir a circulação de saberes inovadores, produzidos por pessoas não consagradas no meio, seja por facilitar o uso e o acesso do seu espaço à manutenção do *status quo* perpetuado há anos nessa disciplina, tornando-a absolutamente conservadora e tradicionalista.

7. Considerações finais.

Inobstante o curso de direito nas faculdades do Brasil durarem em média cinco anos, o ensino jurídico fundado precipuamente em manuais afasta o estudante da realidade quotidiana do direito, ou seja, o estudante não consegue apreender a operacionalizar o sistema jurídico a partir dos cursos universitários.

Os manuais de direito são expressões do “dever ser” baseados nas impressões pessoais de seus autores ou na importação de institutos jurídicos, portanto, distantes da compreensão e da explicação das práticas judiciárias nos tribunais, não exercem por conseguinte, o papel de verdadeiro manual de arte ou ofício.

Embora o direito não se enquadre na concepção moderna de ciência, a metodologia de pesquisa empírica possibilita a compreensão das práticas judiciárias e da “teoria” pela qual se orienta o fazer operador do sistema jurídico. Todavia, o campo intelectual do direito ainda é impermeável a pesquisa etnográfica, tendo em vista que a mesma inviabiliza a realização do contraditório e a reprodução em larga escala de manuais e opiniões de seus autores.

O campo editorial exerce um papel relevante a reprodução e manutenção do *status quo* de uma forma de pensar o modelo jurídico brasileiro. Ao excluir de seu âmbito de publicações obras reflexivas, fora dos padrões opinativos e de comentários das leis como nos manuais, o campo editorial impede o arrefecimento do pensamento jurídico e as reflexões mais elaboradas com metodologias próprias, pois são descartadas como não jurídicas.

A confusão dos campos acadêmicos com a hierarquia dos tribunais e ao altos cargos públicos ocupador por operadores do direito se reflete na produção intelectual do direito quando a publicação de manuais e obras de autores. Assim, a reprodução da literatura jurídica não se dá em razão das aptidões intelectuais, mas somente em razão da autoridade que possui no campo jurídico. Observa-se que as instâncias de reprodução do saber jurídico não percebem isso como algo contrário a sua liberdade de produção, mas sim como algo positivo e valorizado.

A reforma do direito passa necessariamente pela transformação do ensino jurídico brasileiro. Todavia, os espaços de consagração de reprodução do saber jurídico litigam contra as possíveis reflexões inovadoras do direito e diversamente do campo científico, são percebidas como algo negativo que deve ser evitado.

Referências bibliográficas.

AMORIM, Maria Stella. *Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro*. Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro, n.º 17 Agost. 2006, pp 107-131, capturado em 20/7/2014 no site http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num17/revistaSJRJn.17.pdf

BERMAN, Harold J. *The Formation of the Western Legal Tradition*. Harward University press, 2000.

BOURDIEU, Pierre . *O Mercado de bens simbólicos*. In: MICELLI, Sergio. A Economia das Trocas Simbólicas. São Paulo: Perspectiva, 1974.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Bahia, Jus podivm editora. 2014.

FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros in <http://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2010/08/RELAT%C3%93RIO-FINAL.pdf> (capturado em 27.07.2014)

GADAMER, Hans Georg. Verdade e Método II- Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2002..

GOODE, William J. & HATT, Paul K. Métodos em pesquisa Social, São Paulo, Companhia Editora Nacional. 1960.

KANT DE LIMA, Roberto . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

_____ ;BAPTISTA, Bárbara Lupetti in http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf. (capturado em 27.07.2014)

KORANYI, Hans. O pensamento de Santo Tomás de Aquino. São Paulo: Ed Íris, 1959.

KUHN, Thomas A função do dogma na investigação científica / Thomas Kuhn; organizador: Eduardo Salles O. Barra; tradução: Jorge Dias de Deus. Curitiba : UFPR. SCHLA, 2012.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade – construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. *Do Princípio do Livre Convencimento Motivado: Legislação, Doutrina e Interpretação dos Juízes Brasileiros*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *A tradição da Civil law*. Sergio Antônio Fabris 2009.

MOREIRA-LEITE, Ângela. *Em Tempo de Conciliação*. Niterói, RJ: Editora da UFF, 2003.

PRIBERAM Dicionário da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/DLPO/manual>

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25 ed. Saraiva. São Paulo. 2001