

# REVISTA BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA DO DIREITO

Publicação oficial da ABraSD



(ISSN 2359-5582)

VOLUME 2, NÚMERO 1

**DIRETORIA DA ABraSD**

*Presidente:*

Artur Stamford da Silva (UFPE-PE)

*Primeiro Vice-Presidente:*

Marcelo Pereira de Mello (UFF-RJ)

*Segundo Vice-Presidente:*

Fernando Rister de Sousa Lima (UNITOLEDO-SP)

**CONSELHO DELIBERATIVO**

Antônio Brasil (UFRJ-RJ)

Juliana Neuenschwander Magalhães (IFRJ-RJ)

Leonel Severo Rocha (UNISINOS-RS)

Olga Jubert Krell (UFAL-AL)

Quenya Correa de Paula (FDV)

**CONSELHO FISCAL**

Germano Schwartz (UNILASSALE-RS)

José Antônio Callegari (UFF-RJ)

João Paulo Allain Teixeira (UFPE/UNICAP-PE)

**CORPO EDITORIAL****REVISTA BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA DO DIREITO**

AAdelia Miglievich-Ribeiro (UFES)  
Alberto Febbrajo (University of Macerata)  
Andreas Philippoulos-Mihalopoulos (University of Westminster)  
André-Jean Arnaud (CNRS-França)  
Artur Stamford da Silva (UFPE)  
Arvind Agrawal (University of Rajasthan)  
Carlos Lista (Universidad Nacional de Córdoba)  
Celso Fernandes Campilongo (PUC-SP, USP)  
Clarice von Oertzen de Araújo (PUC-SP)  
Cláudio Souto (UFPE)  
Dalmir Lopes Junior (UFF)  
Dani Rudnick (UniRitter)  
Daniel Barile da Silveira (UNITOLEDO, Araçatuba)  
Darío Rodrigues Mansilla (Pontificia Universidad Catolica del Chile)  
David Nelken (University of Macerata/Cardiff Law School)  
Delton Soares Meirelles (UFF)  
Ferdinando Spina (UNISALENTO)  
Fernanda Busanello Ferreira (UFGO)  
Fernanda Fonseca Rosenblatt (UNICAP)  
Fernanda Frizzo Bragato (UNISINOS)  
Fernando Rister de Sousa Lima (UNITOLEDO, Araçatuba)  
Francisco Ilídio Ferreira Rocha (Uniaraxá)  
Guilherme Azevedo (UNISINOS)  
Guilherme Leite Gonçalves (FGV-RJ)  
Gustavo Ferreira Santos (UNICAP e UFPE)  
Henrique Garbellini Carnio (FADISP)  
Igor Suzano Machado (UFV)  
João Paulo Allain Teixeira (UNICAP e UFPE)  
José Antonio Callegari (UFF)  
José Roberto Xavier (UFRJ)  
José Ribas Vieira (PUC-RJ)  
Joxerramon Bengoetxea (Universidad del País Vasco)  
Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)  
Leonel Severo Rocha (UNISINOS)  
Lucca Pantaleo (University of Luxembourg)  
Luigi Cominelli (University of Milan)  
Mara Regina de Oliveira (USP, PUC-SP)  
Marcelo Galuppo (PUC-MG)  
Marcelo Neves (UNB)  
Márcio Pugliesi (PUC-SP)  
Marco Aurélio Florêncio Filho (Mackenzie)  
Marilia Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP,UFPE)  
Mauro Gaglietti (IMED)  
Michael King (University of Reading)

Olga Jubert Gouveia Krell (UFAL)  
Orlando Villas Boas Filho (USP, Mackenzie)  
Pierre Guibentif (ISCTE/Portugal)  
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (UFRGS)  
Renata Almeida da Costa (UNILASALLE)  
Ricardo Tinôco de Góes (UFRN)  
Rodrigo Azevedo (PUC-RS)  
Ronaldo Porto Macedo Junior (USP, FGV-SP)  
Salo de Carvalho (UFRGS)  
Sandra Regina Vial (Unisinos)  
Sol Picciotto (Instituto Internacional de Sociologia Jurídica Oñati)  
Susana Henriques da Costa (USP)  
Virgínia Colares (UNICAP-PE)  
Virgínia Leal (UFPE)  
Vittorio Olgiati (University of Macerata)  
Wanda Capeller (Université de Toulouse)  
Willis Santiago Guerra Filho (PUC-SP, UNIRIO)

**EDITOR**

Fernando Rister de Sousa Lima (UNITOLEDO, Araçatuba-SP)



## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

Disciplina as normas para publicação de artigos na Revista Brasileira de Sociologia do Direito – publicação oficial da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD

## SUBMISSÃO DE ARTIGOS

Os artigos deverão ser enviados para o seguinte endereço eletrônico: revista@abrasd.com.br

## REGRAS BÁSICAS

- Os artigos enviados deverão: (i) ser inéditos no Brasil, (ii) representar, obrigatoriamente, pesquisa desenvolvida pelo autor e (iii) apresentar problema de pesquisa devidamente definido.
- Não serão aceitos textos meramente descritivos sem pretensão de cientificidade.
- Os artigos serão submetidos a pareceres *peer double blind review*.
- A aceitação final dos artigos dependerá de recomendação de aprovação dos pareceristas.
- Em caso de aprovação condicionada à recomendação de ajustes, o artigo será enviado ao autor para reformulação no prazo indicado. A devolução em prazo superior ao indicado implicará publicação em edição futura. Não será publicado o artigo devolvido com erros substanciais que impossibilitem a aceitação.
- Os membros do conselho editorial poderão indicar professores de relevância na Sociologia do Direito para publicarem como convidados. Essas indicações não poderão ultrapassar o percentual de 20% da publicação anual da revista.
- Os artigos deverão ser entregues preferencialmente em português, admitido o envio em espanhol, francês, inglês ou italiano.
- O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva de seus autores.
- Não se aceitará mais de um artigo por candidato para a mesma edição da revista.

## 3 FORMATAÇÃO

### 3.1 Geral

- Arquivo com extensão “.doc” ou outra compatível com o editor de textos Microsoft Word.
- Número de páginas: de 15 a 20 páginas, incluída a lista de referências.
- Folhas de formato A4.
- Redação do texto principal em fonte Arial, tamanho 12, com espaçamento 1,5 entre as linhas.
- Margens: superior e esquerda de 3 cm; inferior e direita de 2 cm.

### 3.2 Conteúdo

- Título e subtítulo (quando houver) – fonte Arial, tamanho 12, em caixa alta, negrito e alinhamento à esquerda. Importante: Agradecimentos e referências à agência de fomento devem ser mencionados em nota de rodapé, inserida no fim do título do artigo.
- Nome(s) do(s) autor(es) – fonte Arial, tamanho 12, dois espaços abaixo do título, alinhado(s) à margem direita. Importante: A qualificação e a instituição do(s) autor(es) devem ser apresentadas, igualmente, em nota de rodapé, logo após o nome do(s) respectivo(s) autor(es).
- Resumo em português – texto contínuo de até 200 palavras. Especificações: fonte Arial, tamanho 12, dois espaços após o(s) nome(s) do(s) autor(es), espaçamento simples entre as linhas. O alinhamento deve ser justificado em ambas as margens.
- Palavras-chaves (entre 3 e 5) – fonte Arial, tamanho 12, logo abaixo do Resumo. Alinhamento justificado em ambas as margens.
- Abstract e keywords – seguem a mesma formatação do Resumo em português.
- O texto do artigo deve compreender: introdução, desenvolvimento, discussão e resultados, e as referências. Importante: Citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé (citação numérica).
- INTRODUÇÃO ou título e subtítulo (se houver): fonte Arial, tamanho 12. Especificações: caixa alta, alinhamento justificado, fonte Arial, tamanho 12, espaçamento 1,5 entre as linhas. Importante: a Introdução recebe a numeração “1” (Exemplo: 1 INTRODUÇÃO)
- Desenvolvimento: Sequência dos capítulos e respectivos títulos. Especificações: negrito, caixa alta, alinhamento justificado, fonte Arial, tamanho 12, espaçamento 1,5 entre as linhas.
- Discussão e Resultados: é o último capítulo – a conclusão do artigo
- Referências – lista (em ordem alfabética) das obras efetivamente citadas no artigo. As referências seguem as regras da Norma ABNT NBR 6023 – “Informação e Documentação – Referências – Elaboração”.

### 3.3 Referências (citação numérica): alguns exemplos

Livro = SOBRENOME, Nome(s) do(s) autor(es). *Título do livro* (em itálico). Cidade: editora, ano, página(s) consultada(s).

Ex.: SOUTO, Cláudio. Sociologia do direito: teoria substantiva. Recife: ABraSD, 2014.

Artigo de coletânea ou periódicos = SOBRENOME, Nome(s) do(s) autor(es). Nome do artigo. Nome do organizador (Org.), *Título do livro ou periódico* (em itálico). Cidade: editora, ano, página(s) do artigo consultado.

Ex.: SILVA, Armino Costa. Direito na sociedade brasileira: leituras nacionais. MIRANDA, Rosa (Org.). Sociologia do direito. Rio de Janeiro: UFIXD, 2000, p. 13-27.

Texto de internet = SOBRENOME, Nome(s) do(s) autor(es). *Título do artigo* (em itálico). Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/revista1>>. Acesso em: 08 mar. 2015, p. 1-14.

Ex.: BERTRIL, Cláudio Augusto. *Direito e sociedade na atualidade*. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/revista1>>. Acesso em: 20 jan. 2015, p. 1-14.

**SUMÁRIO**

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA APRESENTAÇÃO .....	08
<b>1 DOCTRINA SOCIOJURÍDICA .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Teoria sociojurídica internacional .....</b>	<b>12</b>
ANTONIO AZUELA Public participation and legal standing: mexican high courts and the recognition of collective claims in urban and environmental conflicts .....	12
JAVIER TORRES NAFARRATE Luhmann e as “formas elementares” da vida social.....	28
MARC GALANTER Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão .....	37
PIERRE GUIBENTIF O direito na semi-periferia: uma teoria ambiciosa revisitada à luz da investigação jurissociológica recentemente realizada em Portugal .....	50
<b>1.2 Teoria sociojurídica nacional .....</b>	<b>74</b>
WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO A sociedade da sociedade mundial .....	74
<b>2 SEÇÃO ESPECIAL: ATUAÇÃO ESTATAL CONTRA AS DROGAS .....</b>	<b>85</b>
FRANCIELE DE MATOS PINTO Uma análise sociojurídica das drogas: usuários e dependentes na Comunidade da Restinga e o sistema defasado do Estado .....	86
JORGE HENRIQUE TATIM DA CRUZ e GUILHERME DE AZEVEDO A política proibicionista e o mercado ilícito de drogas .....	99

## APRESENTAÇÃO

Fernando Rister de Sousa Lima

A **Revista Brasileira de Sociologia do Direito** (RBSD) chega ao seu terceiro exemplar, identificada como Volume 2 – n. 1. Antes, porém, veio a lume o Volume 1, com seus dois números (1 – janeiro e 2 – junho de 2014).

As dificuldades enfrentadas para chegar até aqui foram muitas, sobretudo a busca incessante pela profissionalização da Revista, sob a égide das regras CAPES/Qualis, somado o fato de que, infelizmente, o Brasil reclama renovação na cultura acadêmica. Exemplo disso é que poucos colegas entendem a importância do papel dos pareceristas dentro do processo editorial, valendo acrescentar, em alguns casos, a falta de comprometimento em relação ao atendimento dos prazos e até mesmo a relutância em aceitar a intervenção de um efetivo revisor. Ademais, a necessidade de “publicações qualis” com o propósito de pontuar avaliações institucionais afasta o interesse de pesquisadores vinculados à programação de pós-graduação de disponibilizar seus textos em periódicos jovens, que, por este motivo, não tenham sido submetidos à avaliação “qualis”. Neste sentido, se, de um lado, as regras de indexação ajudam a mapear e valorar os periódicos, de outro, dificultam que novos periódicos sejam implementados.

Não obstante, esses poucos contratemplos, que fazem com que o processo editorial seja dificultado, evidentemente, não interferem na nossa vontade de seguir em frente, com a tarefa de divulgar o conhecimento que emerge das pesquisas e dos desafios jurídico-sociológicos nos dias atuais.

Registre-se, ainda, que sem embargo desse cenário, a RBSD tem sido vencedora em sua proposta obstinada de ganhar espaço para a Sociologia do Direito e o fruto deste esforço é a edição de mais um volume repleto de colaboradores estrangeiros, que de forma entusiasta dividem os resultados de suas pesquisas com a comunidade sociojurídica brasileira.

A propósito, a publicação do texto do Professor Titular norte-americano Marc Galanter é justamente uma das provas do prestígio que a RBSD conquistou no cenário acadêmico. Galanter, um dos pais-fundadores do Law and Society, disponibiliza neste volume um de seus textos clássicos – ainda inédito no Brasil –, cuja publicação marcou época nos estudos sociais sobre o “acesso à justiça”. O artigo faz um balanço geral das perspectivas de estudos do acesso à justiça e sua interface com a institucionalização das entidades de fomento aos estudos sociológicos no Direito. Suas informações, hoje históricas, são fundamentais para qualquer estudioso do tema seguir em frente e, sobretudo, embasar propostas governamentais afins.

Nesse cenário, Galanter ainda destaca como o litígio conquistou espaço na pesquisa jurídica, ao lado de paradigmas como o próprio estudo das leis, a ponto de identificar como uma pessoa lesada deixa de pleitear judicialmente uma reparação a um dano sofrido, muitas vezes por ignorância, custo e até por intimidação. As premissas defendidas no texto e, notadamente, as análises pontuais realizadas à época denotam como, no Brasil, as pesquisas sobre a questão do acesso à justiça ainda reclamam ser retomadas sob um viés menos positivista e mais social, daí também a importância de o instrumental sociológico ser utilizado com tal finalidade. Aos tradutores do texto,

os Professores João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa, nosso agradecimento pelo apoio na sua publicação e cumprimentos pela qualidade da tradução.

Antonio Azuela, Professor Titular do Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, brinda o leitor com uma pesquisa sobre a jurisprudência da Suprema Corte mexicana em direitos coletivos (class actions), precisamente a respeito da mudança de paradigma em temas ambientais e de urbanismo. O texto demonstra um processo histórico de alteração dos julgamentos. Por isso mesmo, o leitor se depara com um mapeamento precioso da jurisprudência da Corte mexicana. A publicação dessa pesquisa no Brasil traz à tona a questão de como gostaríamos que o Supremo Tribunal Federal brasileiro encaminhasse os seus julgamentos. É claro, no plano teórico, que a natureza do direito material em litígio deve influenciar a forma como o julgamento ocorrerá. Por exemplo, direitos distributivos deveriam ser julgados nessa linha e não por meio de processo adjudicatórios.

O Professor Titular da Universidade Ibero-Americana do México, Javier Torres Nafarrate, é “o tradutor” dos livros de Niklas Luhmann para o espanhol. Seu legado sistêmico é facilmente identificado pela quantidade de trabalhos traduzidos, em destaque as obras: *El derecho de la sociedad*, Universidad Ibero-americana-UNAM-III, México, 2002, e *El derecho de la sociedad*, Herder, México, 2005, as quais sintetizam a última fase do pensamento luhmanniano datado dos anos 1990.

O artigo apresentado pelo Professor Nafarrate conta com a tradução do, também sistêmico, Professor Artur Stamford da Silva, da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, e tem como objetivo debater a proposta epistemológica de Luhmann para a Sociologia com pretensões de ciência. Essa busca é feita, todavia, por meio de um debate com a ideia de fatos sociais proposta por Emilie Durkheim, que centrou a sua sistematização epistemológica da Sociologia em fatos sociais. Para o sociólogo francês, os fatos sociais são o objeto de estudo da Sociologia e, portanto, ao sociólogo caberia a sistematização da sociedade com base nesses fatos. De outro modo, Niklas Luhmann se utiliza da comunicação com idêntico objetivo: a sociedade seria a própria comunicação e, no entanto, os homens seriam o seu entorno. Este tema, polêmico na cena sistêmica, é por vezes o ponto-central das críticas dirigidas a Luhmann, contudo, quase sempre sem entoarem o entendimento do sentido e do alcance de sua proposta. Agora, com mais essa publicação sobre o tema em português, talvez os “críticos” fiquem ao menos mais informados.

Pierre Guibentif, estudioso francês radicado em Portugal, com exercício de cátedra no Instituto Universitário de Lisboa, por várias vezes esteve no Brasil palestrando, oferecendo cursos e, de um modo geral, participando de forma ativa da vida acadêmica brasileira. Portador de uma cordialidade marcante, o Professor Guibentif tem tido um papel fundamental no fomento do debate da Sociologia do Direito brasileira com a europeia. Sempre foi um colaborador de primeira ordem da ABraSD; o seu texto, ora publicado, revisita a teoria semi-periférica do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, com o objetivo de identificar a sua pertinência com o atual Direito português.

O capítulo designado a contemplar a teoria social brasileira publica o texto do Professor titular, radicado em São Paulo, Willis Santiago Guerra Filho, e tem como escopo propor um debate sobre a sociedade atual. Com este propósito, o autor trata do tempo na sociedade, ou melhor, de como o tempo virou sinônimo de pressão social. Guerra Filho, em refinada pena, delinea um panorama geral do capitalismo, da

sociedade e da tecnologia. Eis aí um primoroso texto que enfrenta com muita lucidez os temas da modernidade e da pós-modernidade na sua interface com a sociedade atual, em nítido debate interdisciplinar, para, ao final, apontar a teoria sistêmica como importante instrumental apto a descrever a nossa sociedade, mormente em razão da sua constante retroalimentação. Pois bem, trata-se de um texto de maturidade intelectual, que o autor oferta à comunidade acadêmica.

Neste volume da RBSD, o capítulo destinado à divulgação de pesquisas sociojurídicas traz ao debate tema das drogas, importante à realidade brasileira e recorrente nas recentes pesquisas. Ambos os *papers* são de pesquisadores da escola gaúcha de Sociologia do Direito, vinculados à Unisinos, e se preocupam com a atuação estatal do uso de drogas ilícitas. Nada mais atual, não? O editorial da revista não toma partido nessa celeuma, entretanto, abre espaço à divulgação de duas pesquisas com a finalidade de fomentar o debate na comunidade acadêmica, com a advertência de que o assunto é de interesse nacional e, especialmente, que os debates travados nesse âmbito deveriam pautar-se mais por dados científicos e menos pelo fervor ideológico ou religioso. Esta é a grande contribuição deste veículo de comunicação!

O primeiro trabalho que trilha esse caminho foi desenvolvido pelo Professor Guilherme de Azevedo, coordenador do bacharelado em Direito da Unisinos em coautoria com Jorge Henrique Tatim da Cruz, ex-aluno da mesma instituição e atualmente aluno da pós-graduação da PUC-RS. O estudo aborda a política de drogas proibicionista, notadamente os seus reflexos econômicos no mercado ilícito de entorpecentes. O outro texto, que materializa a força investigativa da jovem pesquisadora Franciele de Matos Pinto, divulga o resultado de uma pesquisa empírica realizada na Comunidade da Restinga, periferia de Porto Alegre – Capital Gaúcha, sinalizando uma sintonia com o senso comum, ou seja, conclui que a política estatal tem perdido a guerra contra as drogas.

Com a publicação desse derradeiro texto, reitera-se que este periódico tem o prazer de publicar um volume repleto de professores titulares e, ao mesmo tempo, abrir espaço para jovens pesquisadores proporem um debate a respeito da atuação estatal contra as drogas.

Para além desse intento, cada volume ou número publicado forja a RBSD como um instrumento de aglutinação da história sociojurídica brasileira. Neste aspecto, como veículo oficial da ABraSD, a revista tem cumprido a sua função social de aglutinar e divulgar a Sociologia do Direito e você, leitor, é o grande beneficiário!

Aproveite. Boa leitura.

ABraSD, 31 de julho 2015.

**Fernando Rister de Sousa Lima**  
**Editor-chefe**

# 1 DOUTRINA SOCIOJURÍDICA

## PUBLIC PARTICIPATION AND LEGAL STANDING

### MEXICAN HIGH COURTS AND THE RECOGNITION OF COLLECTIVE CLAIMS IN URBAN AND ENVIRONMENTAL CONFLICTS

Antonio Azuela<sup>i</sup>

To the memory of Patrick McAuslan  
1938-2014

*Summary:* 1 Introduction. 2 Standing as public participation in urban and environmental legislation: from quiet changes to prominence. 3 The jurisprudence parade. 4 Final remarks. References.

#### **Abstract**

This article describes changes in the rules that recognize standing before the courts to members of the community that oppose projects that damage the environment in contemporary Mexico. In particular, the article analyses how in the last three decades high courts abandoned traditional notions of legal interest, in order to give access to the courtroom to members of the community that claim their right to an adequate environment. The main finding refers to the fact that such recognition is not an invention of an activist judiciary; rather, it was through changes

---

<sup>i</sup> Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México.

in the statutory legislation that such recognition took place, with the courts simply following those legislative changes. At the same time, the paper stresses that by following this course of action, the courts empowered citizens as much as it empowers judges themselves *vis a vis* the administrative branch of government.

**Keywords:** Access to justice. Mexican legal system. Mexican case-law.

### Resumen

Este artículo describe los cambios que han tenido lugar en las últimas décadas en el orden jurídico mexicano en relación con las condiciones de acceso a la justicia de los miembros de las comunidades que se oponen a proyectos que deterioran la calidad del ambiente. En particular, el artículo analiza el modo en que las altas cortes han abandonado los criterios tradicionales de “interés jurídico”, con el fin de dar acceso a la justicia a miembros de la comunidad que reclaman su derecho a un ambiente adecuado. El hallazgo principal del análisis de la jurisprudencia mexicana es que ese cambio no ha sido el producto de una “invención judicial”, sino que se originó en los procesos legislativos. Lo que han hecho los jueces ha sido simplemente seguir las disposiciones de las leyes que, desde principios de los años ochenta, comenzaron a reconocer como legítimos los derechos de los residentes a oponerse a obras y desarrollos que afectaban negativamente la calidad de la vida en sus comunidades. Finalmente, se muestra que, además de “empoderar” a los ciudadanos, las altas cortes reafirman su propio poder frente al poder ejecutivo.

**Palabras clave:** Acceso a la justicia. Orden jurídica mexicana. Jurisprudencia mexicana

### INTRODUCTION

One of the most insightful contributions of urban and environmental legal scholar Patrick McAuslan was his analysis of the three ideologies that compete in the field of planning and environmental law<sup>1</sup>. Private property, the public interest (as seen from state agencies) and public participation, are indeed the three points of view from which any decision that transforms cities and the environment can be considered. Often times, when one of them prevails, it is at the expense of the other two. It would not be an exaggeration to assert that legal practices in this field are nothing less than the result of the ever changing balance between those points of view. This paper describes a shift of balance between those three ideologies in the case of Mexico, as a result of changes in the rules that recognize standing before the courts to members of the community that oppose projects that damage the environment. In particular we will analyse how in the last three decades high courts abandoned traditional notions of legal interest, in order to give access to the courtroom to members of the community that claim their right to an adequate environment - a process that empowered citizens as much as it empowers judges themselves.

Our subject matter lies at the intersection of two issues that are usually debated in separate contexts. On the one hand, since the nineties, many Latin American countries like Mexico have experienced deep constitutional transformations as part of what has been called the “democratic transitions”. The consolidation of a strong judiciary, committed to the protection of fundamental rights, has been at the centre of expectations towards the law in the region. Neo-constitutionalism is the name of the doctrine that translates these expectations into the realm of legal scholarship. On the other hand, the problem of standing, i.e. the question of who is entitled to mobilize the judiciary, is a central issue in planning and environmental law. Organisations

<sup>1</sup> McAUSLAN, Patrick. The ideologies of planning law. *Urban Law and Policy* 2, p. 1-23, 1979; McAUSLAN, Patrick. *The ideologies of planning law*. London: Pergamon Press, 1980.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

that defend environmental rights have been demanding the recognition of standing in order to enforce environmental regulations through the courts when governments fail to do so<sup>2</sup>. Both issues have become salient in Mexican legal practice and there is no doubt that this way public participation has gained power *vis à vis* the ideologies of private property and administrative power.

In July 2011 the Mexican Constitution<sup>3</sup> was amended in order to introduce class actions as well as a profound reform of the *amparo* suit, which is the main remedy that Mexican law provides for the protection of fundamental rights. One of the main features of that reform was the broadening of the possibilities for having access to the *amparo*. The rigid rules of the “legal interest” that was necessary to show in order to file an *amparo* are being replaced with the recognition of a “legitimate interest” (also called “diffuse interest”)<sup>4</sup>. This was seen by progressive legal scholars as a great innovation and, not surprisingly, private businesses’ organisations declared their fears that this would open the door for opportunistic litigation that would jeopardize economic development.

However, and this is the main point in this paper, the fact is that the widening of the concept of legal interest had begun many years before, when urban (and later environmental) legislation granted neighbours a right to oppose developments that damaged their environment, which paved the way for a change in judges’ attitudes towards the question of standing in urban and environmental disputes. As will be seen, even if McAuslan was at that time engaged mostly in Africa and had not even visited Mexico, he was part of that process.

In the first section of this paper I briefly review the legislative changes that in 1983 and 1996 granted neighbours what the courts would

describe as a “right to preserve the residential environment” and then as a mechanism to defend the environment as a “common good”. In the second section I analyse the way federal courts interpreted those legislative changes through *tesis de jurisprudencia*, which represent the main form of judicial interpretation in Mexico. Those “thesis” are the centre of this paper because our intention is to present the recognition of standing rights as a process of cultural change. As we will see, the process had at least two salient features. First it took a long time, almost three decades, for the federal high courts to recognize the full legal consequences of something that enacted legislation had laid down quite clearly since the early eighties. And second, it looks as a straight forward process of making explicit what legislation already says. Whereas most public interest lawyers in Mexico would say that this has been a painful process, in which proving an environmental damage has been at times an impossible mission, when one reads the Mexican *jurisprudencia* on the subject it seems as a natural, even painless, process. We will come back to this paradox in the conclusions.

Now it is important to clarify the meaning of the word *jurisprudencia* in the Mexican context. Legal dictionaries authorize to use the English word “jurisprudence” to refer to “judicial precedents considered collectively”<sup>5</sup>, so we will use the Spanish and the English word as synonymous. In any case, it is important to bear in mind that *jurisprudencia* is recognized as a “source of law”. There is a widespread belief that in legal systems where the Romano-Germanic element predominates, as in the case of Mexico, the judiciary does not have a meaningful role in the creation of the law. Indeed, one of the criticisms that young legal scholars direct towards courts is that they are too loyal to the texts of enacted legislation (Concha and Caballero, 2004). However, the truth is

<sup>2</sup> ALMAGRO NOSETE, José. Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos. *Revista de Derecho Político*, n. 16, invierno 1982; LANDI, Pasquale. *La tutela processuale dell'ambiente (art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349)*, Padova: Cedam, 1991; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, v. 33, n. 1, p. 69-91, 2006; CAFFERATTA, Nestor. Breves reflexiones sobre la naturaleza del daño ambiental colectivo. *Revista CEJ*, 2005.

<sup>3</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], 5 de Febrero de 1917.

<sup>4</sup> Most authors equate “legitimate interest” with “diffuse interest” (Schmill, 2011). For us, the latter indicates more clearly the collective nature of the grievances that are at stake. Of course there is a doctrinal debate around these categories which falls outside the scope of this paper.

<sup>5</sup> Black’s Law Dictionary, 2000.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

that judges are far from being automats that apply the law in a consistent way and we will try to illustrate this throughout the chapter.

Let us start by pointing at one of the most relevant features of Mexican *jurisprudencia*, i. e. the fact that it appears as a collection of legal formulae, called “thesis” (or *tesis*), that bear no clear relationship with the cases that prompted them. As opposed to the doctrine of precedent in the Common Law tradition, our *jurisprudencia* appears under the guise of abstract formulations, entirely de-contextualized. That is one of the reasons why it is frequently argued that it does not work as precedent, i. e. because it is impossible to compare a current case with the one that motivated a previous judicial decision<sup>6</sup>.

On the other hand, there are clear rules, established in enacted legislation as to when a thesis is compulsory for the judiciary as a whole – typically, it takes five cases in which a thesis is sustained in order for it to be compulsory.<sup>7</sup> However, the fact is that judges at all levels refer to all sort of thesis in order to uphold their arguments. And they invoke *jurisprudencia* as if it was enacted legislation. I will try to show that, in spite of its abstract and de-contextualized character, reading *jurisprudencia* is full of surprises.

## 2 STANDING AS PUBLIC PARTICIPATION IN URBAN AND ENVIRONMENTAL LEGISLATION: FROM QUIET CHANGES TO PROMINENCE

Let us see how the question of standing in urban and environmental conflicts in Mexico entered the legal system. In May 1976 Congress passed the Human Settlements General Act (HSGA, or *Ley General de Asentamientos Humanos*)<sup>8</sup>. This was the first time that urban problems were the subject of a comprehensive law at national level<sup>9</sup>. Its title reveals the intention of the Mexican

government to be in tune with the international debate. In fact it was enacted just before the first UN World Conference on Human Settlements. It included public participation as one of the aspects that should be present in the planning process. Somehow, those who drafted it had the idea that the expertise of planners and other civil servants was not enough to give legitimacy to urban plans – a widespread view in planning circles around the world anyway. However, there were no precise mechanisms to make public participation compulsory or to guarantee that the affected populations were taken into account.

In 1983 it was necessary to revise the HSGA as a result of a constitutional amendment that had just included new provisions to give way to a “municipal reform”. Local governments were granted explicit powers and became the main actors in the urban planning process. Since then, section 115 of the Constitution became the symbol of the most ambitious decentralization programme in modern Mexico. Thus the government prepared a bill amending the HSGA in order to get the planning process in tune with the new municipal regime.

At that time, the dominant political party in the country (the PRI) had such an ample majority in Congress that it did not need to convince or negotiate with other political forces to pass almost any legislation. Thus in November 1983 President Miguel de la Madrid sent the bill to amend the HSGA and three months later the new version was in force. Apart from changes in the planning process that fall outside the scope of this paper, the new act included a provision that came up from the team of lawyers of the Ministry of Urban Development and Ecology – which included a former student of McAuslan’s. There was no public debate around the bill, but everyone who took part in the process thought

<sup>6</sup> ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México: Porrúa, 1992; CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVIII, n. 83, mayo-agosto 1995; MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*. México: UNAM, 2004; VÁZQUEZ ROBLES, Guillermo Gabino. *Artisanos de certezas. Un modelo teórico sobre el discurso jurisprudencial*. Tesis. (Doctorado en Derecho)-Facultad de Derecho, UNAM, Ciudad de México, 2012.

<sup>7</sup> See *Ley de Amparo*, section 172.

<sup>8</sup> *Diario Oficial de la Federación*, May 26th, 1976.

<sup>9</sup> There were planning laws at state level since the thirties, but they referred mostly to the opening of new roads for urban expansion. See generally AZULEA, Antonio. *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*. Mexico City: El Colegio de México, 1989.

that it was a good idea to strengthen public participation by granting citizens a right to oppose developments that would infringe the rules of an urban plan and brought with them a loss in the quality of life in the neighbourhood. The result was a section 47 that read as follows:

When constructions, subdivisions, changes of land use, or other developments that contravene laws, regulations, or urban development plans are taking place and they originate a deterioration of the quality of life in human settlements, the residents of the area that are directly affected will have the right to demand the corresponding suspensions, demolitions or necessary modifications, so that the rules in force are complied with. Permits that contravene legislation, regulations, and urban development plans will be null and void and the responsible civil servants will be punished according to the law.

This right will be made effective before the corresponding authorities or their immediate superiors, who will listen to the neighbours and the affected parties, and will resolve in no less than thirty days after the complaint was filed.<sup>10</sup>

In the next section we will see how this rule was interpreted by federal judges in the following decades. For the moment it suffices to say that its adoption was neither the product of a social demand nor the subject of a public deliberation. It came out of the federal bureaucracy, almost as a prank of low level civil servants, and did not attract the attention of the media or even the specialized literature. It was only years later that neighbours' organizations began to use it in order to oppose developments.

During the next decade the Mexican political environment had changed radically. After the earthquake of 1985, social mobilisation coalesced in the formation of a wide variety of organizations. An environmental movement began to emerge and in 1987 a new environmental legislation was being discussed in Congress. This time the government had to listen to several social organizations in order to give legitimacy to the legislative process. As a result, the Ecological Balance and Environmental Protection General Act (EBEPGA or *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*) came into

force in February 1988. No doubt the most ambitious piece of legislation in Mexican environmental law, in its first version it included some instruments for social participation, such as the right to have access to the information of projects in the process of being subject to an environmental impact assessment. This attracted the involvement of many organizations throughout the country that demanded changes in development projects and sometimes their cancellation.

Nevertheless, the new environmental legislation did not provide for a remedy that would make compulsory for the government to reconsider projects that had already been authorized. Thus, lawyers representing affected communities kept using article 47 of the HSGA. Few years later, with the creation of a new Ministry for the Environment, Natural Resources and Fisheries in late 1994, new spaces for public participation were opened up and environmental NGOs began having an unprecedented voice in the crafting of public policies. In this context, a public consultation process was started in March 1995 in order to revise the EBEPGA. One of the demands of NGOs was the introduction of judicial procedures to carry out class actions, so that every person could have the right to challenge in court projects or government decisions that affected the environment. The consultation process was so intense and conflictive, that it took almost eighteen months to get the bill through Congress. On several occasions, the process was halted because there was no consensus about several issues, the most difficult being precisely the recognition of diffuse interests and the involvement of courts in environmental conflicts. Although the original demand of the organizations did not prosper in full, in the end a consensus was reached in order to include a rule similar to article 47 of the HSGA. With an apparently innocent twist: It would be explicit that citizens' complaints start a process of administrative review in which they were formally recognized as plaintiffs. The legal consequence of this is that the conclusion of such procedure can be challenged in courts. This became section 180 of the EBEPGA:

<sup>10</sup> Section 47, Human Settlements General Act. *Diario Oficial de la Federación*, February 7th, 1984.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

Whenever works or activities that contravene this Act, land use plans, the regulations of natural protected areas, or any regulation derived from the same Act, individual and collective persons of the affected communities will have the right to challenge the corresponding administrative acts, as well as the right to demand that the authorities take the necessary actions in order to comply with the applicable rules, provided that such persons demonstrate that those works or activities originate or may originate a damage to natural resources, wildlife, public health or the quality of life. To this effect, they must file the procedure of administrative review as established in this chapter.

Once this text was accepted by the government, environmental NGOs saw that as a victory and the bill became law with a unanimous vote in both the Senate and the House of Representatives (*Cámara de Diputados*). There would be much to be said about this unanimity, which at that time was a symptom of the influence of environmental NGOs in Mexico's public life.<sup>11</sup>

For the purpose of this paper, what matters is to stress the contrast between the amendment of the HSGA in 1983, that passed largely unnoticed, and that of the environmental legislation one decade later, in an episode that attracted the participation of social organizations that exerted an unprecedented influence in the crafting of a legislative piece.

These legislative changes did not create new judicial procedures such as those that recent constitutional amendments established in 2011. However, even if they can be seen as “backdoor” adjustments of established procedures, they opened the way to what urban and environmental litigation is today in Mexico: dozens of cases throughout the country in which judges are granting injunctions that halt projects while they consider whether they infringe or not urban or environmental legislation. The novelty is, of course, that they have been mobilized by social organizations. Unfortunately there is no statistical record of this activity, but to any observer it is obvious that this is a new, and very relevant, area

of litigation in contemporary Mexico.<sup>12</sup>

## 3 THE JURISPRUDENCE PARADE

There can be no doubt that, since the early eighties, reforms in the statute book granted rights to members of a community to demand the compliance of urban regulations and plans. However, the actual recognition of those rights by the judiciary required a change in the way judges saw legal standing. Public interest lawyers who tried to use the new legal devices in the nineties complained that judges were reluctant to recognize what in continental Europe is known as “diffuse interests”. Judges who come from the private law tradition required the existence of an individual holding a right that has been violated by another individual. In turn, administrative judges depended on another simplified dichotomy, i.e. the conflict between someone who governs in the public interest and a “governed” person, both linked by an “administrative act” by which the former affected the latter. In environmental conflicts, both were quite strict as to the need to prove the damage to the environment. As a result, it took almost three decades to the Judiciary to recognize the full implications of what the statute established with seemingly obvious clarity. Such recognition did not take place with one single decision, but in a long and cumulative process. In what follows we will examine fourteen theses of *jurisprudencia* through which federal courts made sense of the issue of legal standing for the protection of the environment and the quality of life in urban areas.

A “good” *tesis de jurisprudencia* consists of a rule plus an explanation. It usually makes a reference to a legal norm (be it a general principle of law, a provision in the Constitution or in a piece of legislation), then it offers an argument about the correct way of interpreting it. Between 1993 and 2011, federal courts issued fourteen jurisprudence theses that refer directly to the rights of neighbours to oppose a project that affects their environment. We will see that although they did

<sup>11</sup> AZUELA, Antonio. *Visionarios y pragmáticos*. Una aproximación sociológica al derecho ambiental. Mexico City: UNAM/Fontamara, 2006.

<sup>12</sup> For a first statistical account, see AZUELA, Antonio; SAAVEDRA, Camilo; HERRERA, Carlos. *A tumult of rulings*. A quantitative exploration of the legal outcomes of urban litigation in two judicial contexts in Mexico. Working Paper, Lincoln Institute of Land Policy. Cambridge, Mass, 2014.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

not do so in an outright way, in the end they did not find difficult to sustain such right, as it was clearly granted, first by the legislation on Human Settlements, and then by the environmental legislation.

The first time this happened was in 1993, nine years after the inclusion of section 47 into the HSGA. The thesis reads:

Section 47 of the Human Settlements General Act *protects a legal interest* to demand the suspensions, demolitions or necessary modifications, in order for the applicable rules to be complied with, when constructions, subdivisions, changes of land use, or other developments that contravene laws, regulations, or urban development plans and programmes are being carried out and they originate a deterioration of the quality of life of human settlements. This *right* can be exercised by residents that are directly affected before the corresponding authorities, who will be obliged to resolve in less than thirty days [...] (emphasis added).<sup>13</sup>

At first sight, this thesis simply reproduces (and quite literally) the text of the HSGA. But it also explains that, by saying what it says, the HSGA is *protecting a legal interest*. There is neither mystery nor hard reasoning, only a doctrinal explanation of the legal implication of a text that the Congress had approved ten years before. That was how the Supreme Court recognized for the first time that neighbours are entitled to legal standing to demand the administrative authorities to protect their quality of life. It is true that such recognition was rather limited, as it required that neighbours were *directly* affected by the works in progress. But it was nonetheless the first step in a clear direction; and our point here is that the Supreme Court was just making explicit the procedural implications of a substantive rule that was part of the statute book.

It is interesting to note that the justice responsible for drafting the opinion, Miguel Montes, was not a judge by career, but what can be called a “political appointee” –something that has never pleased the “judicial family”<sup>14</sup>. Years before,

he had served as the first Attorney for Consumers’ Protection in the Federal Government,<sup>15</sup> so it is easy to assume that he had been exposed to arguments in favour of widening legal standing in that area, something that would be difficult to expect from more traditional judges.

The second thesis came in 1994 and was issued by a Circuit Tribunal, the same year in which a Constitutional amendment transformed the Supreme Court in such a profound way that most legal scholars say that since then it became a real Constitutional Court, following the trend of other Latin American countries in the post-authoritarian era. However, that thesis simply followed the line that the previous one had established. It just added that the law recognizes a right to neighbours “[...] in front of inadequate planning or erroneous decision making in urban development issues and admits [...] [their] ability to defend the environment where they live”. Also, it removes procedural obstacles by asserting that the recognition of a legal interest in the cases defined by the HSGA only requires that “[...] the plaintiffs demonstrate they reside in the place where the change of land use is to take place”.<sup>16</sup>

Two aspects of this thesis are worth mentioning. On the one hand, as we have said, most tesis de *jurisprudencia* in Mexico are quite hermetic as to the conflict that gave rise to them. But thanks to Google, that oracle of our times, in this case it is possible to know what was at stake. The case involved a plot of approximately 1000 square meters in a low-income residential area in Mexico City, in which the owner wanted to establish a small workshop, so he obtained a zoning change that was challenged by a group of neighbours. It is disappointing to learn that, in the end, the change of land use was authorized because the neighbours did not show up at the meeting that was organised to hear them.<sup>17</sup> This allows us to see that relevant thesis may not have an obvious impact upon the conflicts that prompted them in

<sup>13</sup> Registro 206750. 8a. Época; 3a. Sala; Semanario Judicial de la Federación; Tomo XI, Febrero de 1993, p. 6.

<sup>14</sup> In fact, judicial functionaries in Mexico use that expression to refer to those who have made their careers within the judiciary.

<sup>15</sup> Or *Procurador Federal de Protección al Consumidor*.

<sup>16</sup> Registro 210188 8a. Época; T.C.C. Semanario Judicial de la Federación; Tomo XIV, Octubre de 1994, p. 282.

<sup>17</sup> Acuerdo del Secretario de Desarrollo Urbano y Vivienda, Juan Gil Elizondo, 23 de enero, 1996.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

the first place.

On the other hand, the thesis does not mention the previous one, i.e. that of Justice Miguel Montes, which would have helped as a source of authority because it was also issued by the Supreme Court. This may seem strange in the context of Mexican legal culture, in which lower courts are particularly deferential<sup>18</sup> towards the Supreme Courts' *jurisprudencia*. Most probably, the authors of this new thesis were not aware of the previous one; the electronic system called IUS that some years later made so easy the access to jurisprudence thesis had yet to be created.

Two years later, in 1996, a new thesis appeared, but it went to the opposite direction. A Circuit Tribunal, also located in Mexico City, bluntly ruled that

[...] residents of a neighbourhood in which someone tries to establish a business lack legal interest to challenge any act regarding such [commercial] land use, because the law does not recognize to them any right to protection for the simple fact of residing in the same area; therefore, closing down a business or cancelling a permit are powers that are vested in the [administrative] authority, who in every case is responsible for any behaviour against the law in force<sup>19</sup>.

This thesis appeared the same year in which the reform of environmental legislation (see section 1 *supra*) had included an expanded version of the right originally established by the HSGA, a process that was widely reported by the media. What is remarkable is that this new thesis ignored not only the two previous ones but also the very existence of section 47 of the HSGA. This may be due to the fact that litigants did not invoke the HSGA, which at least would have forced the judges to explain their position towards that piece of legislation. At any rate, by ignoring the HSGA they were expressing a widely held position of Mexican judges in relation to standing.

The fourth thesis, this time from the Supreme

Court, recognized that the HSGA grants a legal interest to neighbours in the same way as the two first thesis did. But it also made clear that, before they could file a writ of *amparo* before a federal judge, the plaintiffs should seek an administrative review before the corresponding government agency. However, the interesting turn in this thesis is that it gives a name to the right established in section 47, by saying that it “[...] grants a *right to preserve the residential environment* to the neighbors of the residential area affected by works that originated a deterioration in the quality of life of human settlements [...]” (emphasis added).<sup>20</sup>

Although this was still far from a full recognition of the right to an adequate environment, it is interesting to note that the Supreme Court had decided to use the language of rights for something that had begun as a simple procedural device – i. e. having access to courts. Only two weeks before that thesis was approved by the plenary of the Supreme Court, the Mexican Congress had passed, with a unanimous vote in both houses,<sup>21</sup> the amendments to the environmental legislation that had been debated for more than eighteen months. As we explained in the previous section, those reforms expanded the right that had been originally established by the HSGA. Such an unusual situation (a unanimous vote in a context of political pluralism) was possible only because both environmental NGOs and entrepreneurial organizations had expressed their satisfaction with the bill. And the most debated issues of that legislative reform were precisely the new instruments for public participation in environmental governance, i.e. public hearings for major development projects, public access to environmental information, and of course, legal standing to oppose projects that infringe environmental regulations. If it is worth noticing that our thesis did not mention the environmental legislation, it is remarkable that the next the-

<sup>8</sup> As Ansolabehere (2007) has shown in an insightful comparative study of the Argentinian and the Mexican judiciary, in the latter there is a much greater “discipline” of lower judges and courts *vis à vis* the Supreme Court.

<sup>19</sup> Tesis Aislada, I.4o.A.146 A, Semanario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta, novena época, tribunales colegiados de circuito, IV, septiembre 1996, p. 661.

<sup>20</sup> Registro: 199493 9a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo V, Enero de 1997, p. 6.

<sup>21</sup> The jurisprudence thesis was issued on November the 26 and the sessions of the Senate and the House of Representatives took place on the 26th and 30th of October, respectively.

sis in our saga goes in the opposite direction.

It was in 1999 that a Circuit Tribunal based on the highly industrialized northern State of Nuevo León, issued a thesis that restricted neighbors legal standing in these matters. The Tribunal ruled that neighbors had to demonstrate that a direct and personal offense (or *agravio*) had been inflicted to them. Also, it implied that there was no law that granted such rights to neighbors.<sup>22</sup> Like the thesis of 1996, it offered neither a new interpretation of enacted legislation nor to the other three jurisprudence thesis that had recognized those rights. It simply did not mention them, a clear indication that there was still a resistance within the judiciary to recognize legal standing beyond traditional notions of legal interest. However, that was the last time that a jurisprudence thesis overtly denied the rights of citizens to object projects in their communities.

Beyond the apparently inconsistent behavior of Mexican federal courts around this issue, we begin to see a pattern: when a court chooses to deny legal standing to neighbors it simply refrains from making any reference to the legislation and the jurisprudence that grants such standing - it remains to be determined whether that is the result of authentic “ignorance” of the law or of a deliberate strategy. On the other hand, theses that recognize standing always make an explicit reference to legislation. This confirms what socio-legal scholars has been saying about judicial culture in Mexico during the last years: the main source of legal authority is “*la ley*”, i.e. statutory legislation.

Sometimes this deference to the legislative extends to by regulations passed by the Executive (or *reglamentos administrativos*). That is the case of our sixth thesis which was issued in 2001 by a Circuit Tribunal at the northeastern state of Tamaulipas. This new thesis does not mention previous theses or urban or environmental legislation. It only quotes the state Building Code (*Reglamento de Construcciones*) and points out that, according to it, in order to authorize a land

use change, “[...] it is necessary to notify the neighbors that might be affected with such change”, so that they can challenge the permit through an administrative review.<sup>23</sup> Like other thesis, this one does not enter into the grand debate about “diffuse interests”; it only repeats what an administrative by-law already says: neighbors must be notified of land-use changes.

Indeed, one may wonder why justices in that Tribunal imagined that their reasoning in the case deserved to become *jurisprudencia*, i.e. that “source of law” that comes out from judicial wisdom in hard cases or when obscure legal texts demand a special interpretive effort. In fact, there are many jurisprudence theses that simply repeat what a piece of legislation establishes. According to several sources, there was a huge increase in their numbers after the Judiciary Council (or *Consejo de la Judicatura*), a body created in 1994 to professionalize the judiciary, established certain “indicators” to measure the performance of federal judges. One of such indicators was the number of jurisprudence theses that came out of each court. Very much like academics suffering the “publish or perish” syndrome, judges began to present as thesis pieces of legal arguments even if they added nothing to the clarification of the law.<sup>24</sup> This may look as an irrelevant episode, but it allows us to be aware of the changing institutional conditions under which *jurisprudencia* as a source of law is created. Moreover, the case leads us to two further points: one is that the idea of public participation has got as far as the realm of by-laws at state level. The other is that not all judges were hostile to citizens’ involvement in governmental decisions with urban and environmental impacts; for some of them a local by-law was enough and they needed neither national legislation nor *jurisprudencia* coming from the Supreme Court in order to protect neighbors’ rights.

A new thesis appeared in 2003. This time the author was a Circuit Tribunal based at the State of Colima, on the pacific coast. There was

<sup>22</sup> Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Septiembre de 1999 Tesis: IV.3o.A.T.23, p. 816.

<sup>23</sup> Registro: 188059, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Diciembre de 2001, p. 1.827.

<sup>24</sup> Personal communication of a former member of the Judiciary Council (Consejo de la Judicatura) that asked to remain anonymous.

nothing new in this thesis as it follows the one of 1997 in which the Supreme Court declared that there was a “right to preserve the residential environment”. It is interesting only because it reproduces, *verbatim*, the Supreme Court thesis without making any reference to it. And then it adds some rather obvious procedural implications applicable to the State of Colima.<sup>25</sup> It goes without saying that these are not academic texts in which plagiarism could be a problem. But it is difficult to understand why a Circuit Tribunal, instead of appealing to the *jurisprudencia* of the Supreme Court as a source of authority, simply reproduces the very same text as if it was of its own inspiration. Maybe the law clerk who drafted it never imagined that IUS, the electronic data base of Mexican *jurisprudencia*, would become so popular that anyone would notice his own little prank; one only wishes that his or her superiors, i.e. the justices that signed the “new” thesis did that without realizing what they were doing.

Thesis number eight in our list is just one more in the same line: it declares unconstitutional the amendment of a transit by-law in the State of Nuevo León because the public enquiry did not follow certain procedures. This is another indication that the idea of public participation began to get hold in Mexican legal culture. In contrast, thesis number nine, from a Circuit Tribunal in Mexico City in 2007, brought with it an interesting innovation. Eight years before, the Constitution had been amended in order to recognize an “adequate environment” as a fundamental right.<sup>26</sup> This thesis is important because it links the question of standing to the existence of such right.

The legal interest that makes possible to proceed with the *amparo* suit can be identified with a right that derives from a legal norm and becomes real in a certain person, giving that person the power to make a legal claim to a public authority. In this context, there is a legally protected right to preserve the residential envi-

ronment that derives from article 4<sup>th</sup> of the Constitution, which guarantees an adequate environment for the development and welfare of persons as a *fundamental right erga omnes*. Such right *implies a collective action* both in a substantive and a procedural aspect, related to section 57<sup>27</sup> of the Human Settlements General Act, which grants affected neighbors a right to demand from the administrative authority the adoption of security measures as well as sanctions, when building activities, land subdivisions or other forms of developments that infringe urban development regulations. Therefore, there is a legal interest of a residents’ association to promote an *amparo* against the permit to install a station for gas distribution, provided that such association demonstrates that it has sought remedy from the administrative authority, without having obtained a clear, coherent, and categorical resolution to its demand (emphasis added).<sup>28</sup>

Even if the practical consequences appear to be the same as in other cases (the cancellation of a project), the way it is defined by the judge introduces a wholly different legal dimension to the case. In times when neo-constitutionalism as a dominant legal doctrine proclaims an evident superiority of human rights law over statutory legislation, this is an important step. It is not only that some “secondary” legislation grants rights to a certain social category (neighbors); such legislation is an instrument of a fundamental right which is explicitly recognized in the constitutional text. Also, it is interesting to note the use of the expression “collective action”, which shows a clear intention to overcome the individualist perspective that is so deeply ingrained in the Mexican judicial tradition.

There is another interesting aspect if this thesis. Even if it was issued in the context of a growing public presence of environmental NGOs, that ten years before have obtained the victory of article 180 of the environmental legislation, the latter is not mentioned in the thesis. The legal reference is still the good old Human Settlements General Act – the same piece of legislation that many environmental activists have blamed for

<sup>25</sup> Registro: 183918. 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Julio de 2003, p. 1.030.

<sup>26</sup> Section 4 of the Mexican Constitution, amendment published in the *Diario Oficial de la Federación*, June the 28th, 1999.

<sup>27</sup> The enactment of a new Human Settlements Act in 1993 had moved our provision from section 47 to section 57.

<sup>28</sup> This is a free, rather than a literal, translation. Registro: 173002. 9a. Época; T.C.C.; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXV, Marzo de 2007, p. 1.694.

<sup>29</sup> AZUELA, Antonio. *Visionarios y pragmáticos*. Una aproximación sociológica al derecho ambiental. Mexico City: UNAM/Fontamara, 2006.

subordinating environmental causes to the needs of urban development<sup>29</sup>.

There is a thesis in 2010 that we will not examine here. It does no harm to our subject, but it does not add anything interesting either. The fact is that its text is wholly incomprehensible, impossible to translate, indeed.<sup>30</sup> This takes us to the four theses that, in 2011, finally recognized the full effects of what had begun in 1983 with section 47 of HSGA and had acquired momentum with the 1996 reforms to the environmental legislation.

The case that prompted these theses was typical of the public interest litigation of our times in Mexico: the most important environmental NGO devoted to the legal defense of the environment, i.e. the Mexican Center of Environmental Law (CEMDA),<sup>31</sup> had won an administrative procedure as a result of which the federal Secretary of the Environment and Natural Resources invalidated a permit to carry out a tourist resort in the State of Quintana Roo, on the Caribbean coast. The private corporation that was affected with that administrative decision filed an *amparo*. There was, at last, an opportunity to establish a connection between a relevant case in the public space and jurisprudence as a “source or law”. The Supreme Court did not miss the opportunity to deliver not one but four theses. José R. Cossío, one of the Court’s justices that had been striving for innovative practices in such a conservative environment stated the thesis that reads as follows:

[...] it can be seen that [the intention behind section 180 was to] recognize standing to seek for administrative review to any person of the concerned communities; such concern must consist of a current or imminent harm to natural resources, wildlife, public health, or the quality of life. In this way, the inclusion of such right into the legislation represents a step forward in the recognition of the legal interest of persons to challenge administrative acts even if they are not addressed to them, [...] this is about the implementation of a de-

fense mechanism for the protection of *diffuse interests* that constitute a component of the vertical efficacy of a fundamental right, that amounts to the constitutional obligation of the availability of authorities and mechanisms that guarantee the sustainability of the environment, which in turn would lead to the indirect protection of the right to an adequate environment that is established in the Constitution...and consequently to the preservation of the ecosystems as common goods, the protection of which is of public interest (emphasis added).<sup>32</sup>

This way, fifteen years after section 180 of EBEPGA, and almost three decades after section 47 of the HSGA, the Supreme Court acknowledged that there was a legislative recognition of *diffuse interests*. The innovation of this thesis resides in that it establishes a clear link between two legal concepts: one is the concept of diffuse interest that is used as the foundation for expanding the subjects that can mobilize the judicial apparatus. The other is the right to an adequate environment that had been included in the text of the Constitution. The result is that the environment as a fundamental right becomes enforceable by the courts at the requirement of concerned citizens. Moreover, what in previous theses had been a right to “preserve a residential environment” is expanded to a more ambitious concept of ecosystems as “common goods”.

The second thesis that justice Cossío drew from the same case dealt with the problem of demonstrating the damages to the environment, and it established that

[...] the damage to natural resources, the wildlife, public health of the quality of life, has to be proven during the administrative review, and therefore it is not a requirement to start such review [...] the existence of such damage is part of the matter of the case.<sup>33</sup>

If this thesis is taken seriously, it makes illegal for governmental authorities to refuse to substantiate an administrative review on the grounds that the environmental damage has not been

<sup>29</sup> Legibility of judicial rulings is something that only the elite of the legal field recognizes as a problem. As a result, in recent years, judges have been subject to training in legal argumentation.

<sup>31</sup> The *Centro Mexicano de Derecho Ambiental* was created in 1993, in the context of the negotiations leading to the NAFTA and it is the most important public interest litigation NGO in environmental issues in the country.

<sup>32</sup> Registro: 160160. 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1, p. 874.

<sup>33</sup> Registro: 160161. 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1, p. 873.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

proven.

The third thesis in the same case states that the justification for the compulsory character of the administrative review is clear in the “statement of purpose” (or *exposición de motivos*<sup>34</sup>) of the 1996 reform to the LGEEPA that introduced section 180.

As it can be read in the statement of purpose, the fact that the affected communities resort to an administrative review is closely related to the good that is protected by the law (the environment [...]), as there is a public interest in its protection [therefore] the legislator provided an adequate justification of the reasons and motives that led him to establish the right [to be heard in administrative review].<sup>35</sup>

It is important to keep in mind that having access to an administrative review automatically makes the involvement of a federal judge possible, because regardless the content of the decision that comes out of the review, it is an administrative act that can be challenged in court by the person who started it.

Finally, the fourth thesis in this case (fourteenth in our general account) makes clear that “[...] section 180 does not violate the right to legal security established in [...] the Constitution.”<sup>36</sup>

That was the first time that the Court made a special reference to the status of section 180 in relation to constitutional principles of due process. That was a clear answer to allegations against the widening of the rules of standing made by lawyers working for investors. Against every regulation that limits economic activity they usually argue that legal security (or *seguridad jurídica*) should be paramount to any other consideration. This time, private interests were restricted but not by strengthening government power, but by means of a combination of citizens’ rights and judicial intervention. McAuslan’s triangle of state/community/property had adopted a new and unpredicted configuration.

One of the most salient aspects of these four

theses is not their content but their context. Whereas the previous theses passed unnoticed beyond those directly concerned with the conflict, this time the media reported what the Supreme Court had just done. Notably, the Mexican Green Party,<sup>37</sup> proudly announced that this *jurisprudencia* was the direct result of their initiative, as some years before one of its members had been part of a Congressional Committee that suggested minor changes to section 180, as if it were completely new! The fact is that by 2011, there was a “public” for whom this was relevant news. However small that public may be, its presence in the public agenda means something. What we want to stress here is the sharp contrast between this relatively wide publicity and the almost secret way in which section 47 of HSGA was enacted three decade later.

As we have already pointed out, in 2011 there was also a constitutional amendment that recognized a wide definition of legal interest for the *amparo* suit, which was presented as a completely new issue in the life of the Judiciary. We have seen that judicial practice had been recognizing this at least since 1993. The last four theses of that same year we have just described may be seen as the “dress rehearsal” of a new era in the capacity of citizens to mobilize judges to defend their environment.

## 4 FINAL REMARKS

Let us summarize our story by addressing three questions: What was the main outcome of the Mexican *jurisprudencia* on standing in urban and environmental conflicts; how did that happened; and what are its probable social consequences. It should be clear that, by means of their “thesis”, Mexican high courts have recognized new forms of standing that allow residents to participate actively in the enforcement of urban and environmental law. What started in the early nineties as a mechanism for the protection of the quality of life in the narrow world of neighbourhoods, in 2011 had become the subject

<sup>34</sup> *Exposición de motivos* is the document that accompanies a bill in Congress and explains its purposes.

<sup>35</sup> Registro: 160162. 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1, p. 873.

<sup>36</sup> Registro: 160163. 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1, p. 872.

<sup>37</sup> A political party that has been condemned by many Green Parties over the world because of its support to death penalty.

of a much wider definition in terms of environmental rights as collective interests. Whereas it would be a mistake to assume that *all* judges will follow that *jurisprudencia*, the fact is that the higher levels of the judiciary have recognized diffuse interests as part of the law. At least formally, that stands as the “last word” in the legal system.

The main implication of this development is a change in the balance between the three ideologies that, according to McAuslan, compete in planning and environmental law. The ideology of public participation gets stronger at the expense of the ideology of private property that is the main justification of developers. This is relevant because it occurs in times of an alleged pre-eminence of the interests of private investors. In this chapter we have not analysed the difficulties that social organisations have encountered to exercise their new rights. However, no one working in the field would say the legislative and jurisprudential changes we have described are irrelevant for the advancement of environmental causes in Mexico.

Before looking at the possible impacts of these developments, it is interesting to summarize the conditions under which they took place – i.e. “how did this happen”? When seen from the broader question of the Mexican “transition to democracy”, it is clear that, at least since the early nineties of the last century, courts began to behave in a more independent way. Political scientists have explained that there is a clear relationship between the political pluralism and judicial independence<sup>38</sup>. Our fourteen *tesis de jurisprudencia* are a clear expression of this general condition, since they have often meant not only putting limits to economic activity but also to the government actions that make it possible; thus it is also a shift in the balance between public participation and state power. Having said this, we can ask ourselves whether this is one form of “judicial activism” that would represent a profound change in legal culture. The question calls for a nuanced answer.

It is true that by recognizing new forms of

standing judges were abandoning their own restricted and individualist definition of the capacity of persons to set the judiciary in motion. However, this happened through the deployment of a very traditional mechanism, i.e. by following the provisions of enacted legislation. It was there, in the realm of the legislative branch, that it all began; first as the initiative of obscure civil servants (in the 1983 amendment of the Human Settlements Act) and then with the participation of social organisations as remarkably central actors in the legislative process (in the 1996 amendment of the environmental legislation). By recognizing diffuse interests under different labels, judges were not adding anything substantial to what was clearly established in the statute book. This does not mean to minimize the relevance of the whole process, but simply to acknowledge that it was possible thanks to the fundamental ambivalence of legal culture: a new element came into existence thanks to the working of an old one. In other words, breaking a tradition was possible because another tradition was well and alive.

For many environmental lawyers the opening of new spaces for collective claims is the result of the mobilisation of civil society, a category that since the mid eighties appears in the public sphere as an unquestionable source of legitimacy<sup>39</sup>. While it is true that in the 1996 reform of the environmental legislation NGOs played a fundamental role, the process had started more than one decade before as an idea within the bureaucracy. This is the place for a personal note that would not be acceptable in a regular academic book. It was the author of this essay the one who suggested the inclusion of section 47 in the Human Settlements Act in 1983. I was not only lucky enough to be “at the right place and the right moment” to do it. I was able to do it because years before I had the privilege of being a student of Patrick McAuslan at Warwick. Under his mentorship, it was impossible not to embrace strong ideas about public participation in urban affairs.

<sup>38</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Fragmentation of power and the emergence of an effective Judiciary in Mexico, 1994–2002. *Latin American Politics and Society*, v. 49, n. 1, Spring, 2007.

Going back to our “detached” legal analysis, when one looks at the most relevant environmental conflicts of the last decades, none of them was the subject of a tesis de *jurisprudencia*. The cases that prompted our fourteen theses were indeed minor in comparison to those that involved relevant social mobilisations or at least the attention of the media. Beyond the visibility two or three NGOs the truth is that there are very few lawyers that practice public interest litigation in Mexico. This is part of the explanation to the fact that the whole thing took almost three decades.

Of course, another explanation for this delay is that it was hard for the judiciary to break with its own traditional way of defining standing. However, the way the theses are written suggests that there was something else: Social organisations and their lawyers took too long to realize that there was in the law a mechanism they could use to protect the environment. To the extent courts were not pressed by lawyers invoking the urban and then the environment legislation, they could arrive at judgements and write theses that denied standing to them. If judges themselves were frequently unaware of the Supreme Court’s theses, it is reasonable to assume that “society at large” was even less aware of them. We have seen that it was only when the courts made an explicit reference to the enacted legislation that they recognized standing rights. As a hypothesis for future research, it can be said that judges can ignore the law when litigants do not point at the relevant legal texts.

The last element in our description of the conditions under which this happened is the fact that it was the result of an interaction between branches of government. Long before a constitutional amendment included class actions and “legitimate interests” in the amparo suit, planning and environmental law had established the question of standing and collective claims at the centre of its practice, as part of the apparently modest realm of administrative procedures.<sup>40</sup>

One may wonder why constitutional law scholars, as much as judges themselves, have taken so long in registering those developments. But this demands a deeper inquiry on the ways legal innovations circulate throughout the legal field. As much as we have seen circuit courts using verbatim whole paragraphs from Supreme Court’s thesis as if they were their own, exposing themselves to the scorn of the profession, we can imagine lawyers who try to defend neighbours ignoring that there are specific devices that they could use. Another hypothesis here is that the advent of electronic means to have access to de *jurisprudencia* represented an important change in the way the law circulates.

Finally, it is interesting to reflect upon the long term social effects of the recognition of diffuse interests in planning an environmental law. In the Latin American context this is a relevant question since democratic transitions has brought with them new expectations about the possibility that courts’ activities may bring relevant social changes<sup>41</sup>. Not surprisingly, there is at the same time a debate about whether judges are going too far<sup>42</sup>. However, that debate tends to be of a normative character and led by legal philosophers. The contribution of socio-legal studies here lies in the ability to register the sort of changes that are actually taking place. In our subject the current situation is certainly different from that of three decades ago: social organisations are now been able to halt projects that affect their environment. Although it is impossible to have a precise idea of the size of this phenomenon, those who participate actively in the environmental field are aware that for many projects there is such possibility. That means nothing less than a change in the expectations of relevant actors in relation to urban and environmental law. What is more difficult to assess is the future of this process. It is soon to tell whether this will reach large corporate interests as those represented by open pit mining, who are at the source of many of the

<sup>40</sup> Roberto Gargarella makes a similar point. But article 47 was initially a substantive reform, although not verbalized with the grandeur of the rights discourse. (Grafting social rights onto hostile constitutions. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, june 2011, p. 1.552).

<sup>41</sup> RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogota, 2010. (Colección DeJusticia).

<sup>42</sup> For a recent debate on the subject in Latin America, see *Texas Law Review*, Volume 89, number 7, 2011.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

most acute environmental conflicts in contemporary Mexico. On a deeper level, it also remains to be seen whether preventing projects is going to be the only, or even the main, way of giving content to the right to the environment.

## REFERENCES

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, v. 33, n. 1, p. 69-91, 2006.
- ALMAGRO NOSETE, José. Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos. *Revista de Derecho Político*, n. 16, invierno 1982-1983.
- ANSOLABEHHERE, Karina. La política desde la justicia. *Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. Mexico City: FLACSO/Fontamara, 2007.
- AZUELA, Antonio. *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*. Mexico City: El Colegio de México, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Visionarios y pragmáticos*. Una aproximación sociológica al derecho ambiental. Mexico City: UNAM/Fontamara, 2006.
- \_\_\_\_\_; SAAVEDRA, Camilo; HERRERA, Carlos. *A tumult of rulings*. A quantitative exploration of the legal outcomes of urban litigation in two judicial contexts in Mexico. Working Paper, Lincoln Institute of Land Policy. Cambridge: Mass, 2014.
- CAFFERATTA, Nestor. Breves reflexiones sobre la naturaleza del daño ambiental colectivo. *Revista CEJ*, 2005.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVIII, n. 83, mayo-agosto 1995.
- CONCHA, Hugo; CABALLERO, José-Antonio. Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. *Un estudio institucional sobre la justicia local en México*. Mexico City: National Center for State Courts / Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.
- ESCALANTE, Fernando. Los años amargos. Pensamiento político en México a fines del siglo veinte. *Historia y Política. Ideas, procesos y movimientos sociales*, Madrid, n. 11, 2004.
- GARGARELLA, Roberto. Grafting social rights onto hostile constitutions. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, June 2011.
- LANDI, Pasquale. *La tutela processuale dell'ambiente* (art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349), Padova: Cedam, 1991.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*. México: UNAM, 2004.
- McAUSLAN, Patrick. The ideologies of planning law. *Urban Law and Policy* 2, p. 1-23, 1979.
- \_\_\_\_\_. Patrick. *The ideologies of planning law*. London: Pergamon Press, 1980.
- RICCIARDI, Victoria; SEHTMAN, Alejandro. La villas de la ciudad: políticas: derechos y intervención judicial. In: ALEGRE, M.; GARGARELLA, R. (Coord.). *El derecho a la igualdad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- RÍOS-FIGUEROA, Julio. Fragmentation of power and the emergence of an effective Judiciary in Mexico, 1994–2002. *Latin American Politics and Society*, v. 49, n. 1, Spring, 2007.
- RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social*. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá, 2010. (Colección DeJusticia).
- VÁZQUEZ ROBLES, Guillermo Gabino. *Artesanos de certezas. Un modelo teórico sobre el*

*discurso jurisprudencial*. Tesis. (Doctorado en Derecho)-Facultad de Derecho, UNAM, Ciudad de Mexico, 2012.

ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México: Porrúa, 1992.

## LUHMANN E AS “FORMAS ELEMENTARES” DA VIDA SOCIAL<sup>i</sup>

Javier Torres Nafarrate<sup>ii</sup>

*Sumário:* Introdução. 1 A lógica de fundo. 2. O instrumental teórico para entender a comunicação. 2.1. O meio emergente do sentido. 2.2 Emergência. 2.3 A distinção. 3. A reflexão social de Luhmann como “sociologia primeira”. Referências.

### Resumo

Ao ter a comunicação como célula da sociedade, Luhmann desenvolve uma sociologia primeira, no sentido de Aristóteles. Porém, o sentido não é algo fixado, nem uma resultante de acordos, mas sim a base da sociedade, afinal comunicar é estabelecer uma distinção. Com estes pressupostos, Luhmann concebe a sociedade como observações com sentido.

**Palavras-chave:** Teoria social. Luhmann. Teoria dos sistemas.

---

<sup>i</sup> Tradução Artur Stamford da Silva.

<sup>ii</sup> Profesor Titular da Universidad IberoAmericana-México D.F. Licenciado em Literatura pelo Instituto de Literatura, Puente Grande, Jalisco. Licenciado em Filosofia pelo Instituto Libre de Filosofía A.C., México D.F. Doutor em Educação pela Universidade de Goethe, Frankfurt. Tradutor dos livros: Niklas Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*, 1a. Ed. Alianza/Universidad Iberoamericana, México, 1991; 2a. Ed., *Anthropos/Pontificia Universidad Javeriana/Universidad Iberoamericana*, Barcelona, 1998. Niklas Luhmann, *Teoría de los Sistemas Sociales II (Artículos)*, Universidad Iberoamericana/Universidad de Los Lagos/Iteso, Chile, 1999. *Teoría de los Sistemas Sociales II (Artículos)*, Universidad Iberoamericana/Universidad de Los Lagos/Iteso, Chile, 1999. Niklas Luhmann, *La Realidad de los Medios de Masas*, *Anthropos/Universidad Iberoamericana/Iteso*, Barcelona, 2000. Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, Universidad Iberoamericana-UNAM-IIIJ, México, 2002. Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, Herder, México, 2005. Niklas Luhmann, *El Arte de la Sociedad*, Herder, México, 2005. Niklas Luhmann, *La Sociedad de la Sociedad*, Herder, México, 2007.

### Abstract

The communication is as cell of society. With this idea, Luhmann develops a first sociology, to Aristotle means. The sense is not something fixed or a resultant agreements, but the foundation of society, after all communicate is to promote a distinction. With these assumptions, Luhmann conceives society as observations with sense.

**Keywords:** Social theory. Luhmann. System theory.

### INTRODUÇÃO

O título deste texto alude à obra intitulada “As formas elementares da vida religiosa”, de Durkheim. O objetivo é tentar mostrar que a vastíssima obra de Luhmann não tem outro propósito que o de retomar, com instrumentos modernos, a mesmíssima exigência metodológica durkheimiana: “conformar a sociologia como ciência”.<sup>1</sup>

Nas palavras de René König: “A partir do trabalho de Durkheim sobre as regras do método sociológico (publicado em 1894), a sociologia já pode se sustentar sobre seu próprio pé”.<sup>2</sup> Este prefácio marca o começo da sociologia como ciência autônoma.

Durkheim fala de “fatos sociais” como os elementos que expressamente configuram o social. Seu interesse se dirige à coerção que impõe os componentes ideais da cultura. Não se trata de leis causais da natureza, mas sim (em total concordância com Popper) de leis normativas. A lei normativa “não descreve um fato, se não estabelece diretivas para nosso comportamento”. Neste contexto, a sociedade se entende como uma unidade complexa de fatos sociais autônomos. A partir disso, o conceito de fatos sociais começa a experimentar variações: umas vezes significa muito mais que só representações da consciência coletiva; outras, aquelas dimensões sociais que por nenhum motivo devem dissolver-se em disposições mutantes; além do mais, as representações de nosso mundo cotidiano que acabam formando o social; por último, delimitações sociais que chegam a se decantar do ponto de vista da ciência. Trata-se, em Durkheim, de fatos reais que devem ser concebidos como coisas (*comme des choses*). As representações da consciência coletiva são a síntese mais elevada da razão social. É evidente que os indivíduos tomam parte desse resultado geral, ainda que as representações privadas se tornem sociais só quando se colocam sob a influência específica desta consciência coletiva: tornam-se distintas, vão mais além do

<sup>1</sup> GUTIÉRREZ, Juan Pablo Vázquez. *Autoridad moral y autonomía* (una relectura del pensamiento sociológico de Émile Durkheim). México: Universidad Iberoamericana, 2008, p. 43.

<sup>2</sup> DURKHEIM, Emile. *Die Regeln der soziologischen Methode*. Introdução de René König, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1984, p. 21.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

espírito individual, como ocorre com o todo o mais que as partes.<sup>3</sup>

Toda a obra de Luhmann não tem, então, outro propósito que substituir com o instrumental moderno esse entendimento do social. Ele afirma expressamente:

[...] trata-se de formular uma teoria universal da disciplina como não se tentou desde Parsons. O reino do objeto que lhe pertence não está pressuposto de maneira substanciada como um segmento do mundo (*faits sociaux*), ao qual a sociologia pudesse observar a partir de fora. Tão pouco está pressuposto apenas como um correlato na formação analítica do conceito, no sentido do “realismo analítico” de Parsons. Mas sim, está pensado como uma totalidade do mundo referida à relação do sistema como os sistemas sociais, ou seja, referida à diferença característica de tais sistemas sociais, a diferença sistema/entorno.<sup>4</sup>

A característica mais distintiva da teoria de Luhmann – no marco da sociologia moderna – é a pretensão de que a sociologia se converta em reflexões disciplinadas mediante uma depuração obtida através da ciência. Para Luhmann, a sociologia não pode aceitar que outras disciplinas fundamentem seu próprio método. A tradição teórica de mais de cem anos da disciplina social se alça sobre a convicção de que é capaz de compreender todos os fenômenos sociais a partir de seu fundamento. A partir disso, a sociologia deve entender a si mesma como ciência universal, o que inclui tudo aquilo que concerne a seu campo e, como ciência fundante, que deve captar no absoluto todos os fenômenos sociais a partir de sua base: a sociedade.

A garantia e o apoio do método devem estar situados no âmbito de competência da sociologia de sorte que ela possa dar conta de seus pressupostos primeiros – ou no caso de não poder alcançar tal pretensão, pelo menos ser consciente de por que não é possível. A sociologia – como ciência geral que se une sensivelmente a todo o social – está obrigada a captar a si mesma como parte integrante do objeto sobre o qual se deve ocupar. A legitimação da disciplina deve, então,

ser estabelecida em uma operação de autossustento: este é um problema que lhe corresponde por antonomásia à sociologia. Daqui se segue que a tomada de postura – reflexiva e crítica – sobre o método concorde plenamente com a autofundamentação da disciplina sociológica.

Se a sociologia aspira ser ciência fundante, ela deve captar a si mesma e se legitimar em seu desenvolvimento, partindo de uma reflexão que esclareça o caráter autológico de seus começos. Pensar dessa maneira, ou seja, pensar na autofundamentação da disciplina e, daí, derivar as consequências de seu método, inscreve-se dentro da tradição de um pensar disciplinado sistemático.

Ninguém poria em dúvida o arsenal de conhecimentos sobre os fenômenos sociais aportados pela sociologia em pouco mais de um século de trabalho. O problema, no entanto, consiste em que precisamente por essa diversidade de acessos, a unidade da disciplina se perdeu. A unidade já não se manifesta como teoria muito menos como conceituação de seu objeto, senão como complexidade pura. A disciplina não só se tornou opaca, mas também celebra nessa opacidade o impedimento de não poder alcançar sua unidade.

Luhmann propõe substituir as distinções com as que se tem observado a sociedade – *faits sociaux* (Durkheim); trabalho/capital (Marx); ideias/interesses (Weber); atuar comunicativo/estratégico (Habermas) – pela comunicação.

[A comunicação] é uma operação genuinamente social, a única genuinamente social. Assim é porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, porém, precisamente por isso, não pode se atribuir como unidade a nenhuma consciência individual. Exclui – pelas condições de seu funcionamento – que possam chegar a conhecer os estados internos atuais dos outros sistemas de consciência.<sup>5</sup>

A comunicação se propõe na sociologia com a esperança de encontrar para o social um equivalente da operação bioquímica que aconteceu

<sup>3</sup> Ler mais sobre o assunto em: GESELLSCHAFT, Jürgen Ritsert. – *Ein unergründlicher Grundbegriff der Soziologie*. Frankfurt/New York, Campus, 2000, p. 49 ss.

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales – lineamientos para una teoría general*. Mexico: UIA/Alianza Editorial, 1991, p. 11.

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007, p. 57.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

com as proteínas. Ou seja, como esperança de poder identificar o tipo de operador que torna possível todos os sistemas sociais, por mais complexos que se tenham tornado no transcurso da evolução: interações, organizações, sociedades. Tudo que existe e se possa designar como social consta, desde o ponto de vista de uma construção teórica que se fundamenta na operação, de um mesmo impulso e de um mesmo tipo de acontecimento: a comunicação.

## 1 A LÓGICA DE FUNDO

Ao propor, Luhmann, como elemento último do social a comunicação, o autor recorre a uma lógica similar àquela com a qual Saussure descreve as características da língua:

1. Institucionalidade: a língua é lei admitida na coletividade e não uma regra adotada a partir do consenso. 'De fato, nenhuma sociedade conhece nem conheceu a língua a não ser como produto herdado das generalizações precedentes e que tem que aceitar tal qual'.
2. Imutabilidade: o carácter arbitrário do signo põe a língua ao abrigo de qualquer tentativa que tente modificá-la, dado que essa arbitrariedade quita todo terreno sólido a que haja discussão.
3. Infinitude: Se a língua tivesse um número limitado de elementos poderia ser substituída, porém os signos linguísticos são inumeráveis.
4. Complexidade: o carácter demasiado complexo do sistema faz aparecer a incompetência da massa para transformá-lo.
5. Alterabilidade/continuidade: na língua, todos e cada um participamos dela e, por isso, a língua sofre sem cessar a influência de todos. Este fato capital basta para mostrar a impossibilidade de uma revolução. De todas as instituições sociais, a língua é a que menos logra oferecer iniciativas revolucionárias. Forma corpo com a vida da massa social, e por ser esta naturalmente inerte, aparece diante de todos como fator de conservação.
6. Anulação da liberdade: a língua não é livre porque o tempo permitirá às forças sociais que se exercem sobre ela desenvolver seus efeitos, e se chega ao princípio de continuidade, que anula a liberdade. Ainda, que a continuidade implica necessariamente a alteração, o deslocamento mais ou menos considerável das relações.<sup>6</sup>

Aplicada essa lógica ao social, chega-se assim ao argumento de que a comunicação se move no plano emergente, negando, em princípio, a famosa passagem de J. S. Mill, na qual se proclama a redutibilidade da sociologia à psicologia humana. Nem Marx ('a sociedade não consiste de indivíduos')<sup>7</sup> nem Popper (os objetos do mundo 3 ainda que sejam obra nossa, nem sempre resultam de uma produção planificada de seres humanos individuais)<sup>8</sup> nem Elias (é evidente que a civilização, como a racionalização, não são produtos da *ratio* humana)<sup>9</sup> afirmariam a secas que em termos do social o ser humano seja parte da sociedade: "a sociedade não é o gênero humano, não é a humanidade, mas sim um sistema de comunicações".<sup>10</sup>

## 2 O INSTRUMENTAL TEÓRICO PARA ENTENDER A COMUNICAÇÃO

## 2.1 O meio emergente do sentido

Considerando as outras tradições de pensamento, o conceito de sentido goza, em Luhmann – se é que se pode dizer assim –, de um estatuto especial. No plano do sentido não se trata sequer de um estatuto especial. No plano do sentido não se trata sequer de informação nem de significados nem de cultura, mas sim de como se leva ao cabo, em absoluto, no mundo, a constituição de sentido. É o *medium* mais geral e insuperável que possibilita haver sistemas psíquicos e sociais. Sua perspectiva garante que o mundo seja acessível e é a condição e o âmbito a partir dos quais se processa o sentido de maneira temporal. Trata-se, portanto, de uma ordem emergente superior:

O sentido é a substância deste plano emergente da evolução [...] Seria um engano tratar de encontrar um portador do sentido. O sentido se suporta a si mesmo na medida em que – referindo-se asi mesmo – possibilita sua própria reprodução [...]. É certo que para a constituição do sentido são necessárias condições prévias evolutivas altamente complexas, porém não existe nenhum portador privilegiado, nenhum substrato

<sup>6</sup> De maneira mais extensa, ver SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística general*. México: Ediciones Nuevo Mar, 1916 Capítulo II.

<sup>7</sup> MARX, Karl. *Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*. Berlin: Dietz Verlag, 1974, p. 176. En Castellano: MARX, Karl. *Líneas fundamentales de la crítica de la economía política*. Barcelona: Critica, 1977, p. 205.

<sup>8</sup> POPPER, Karl R.; ECCLES, John C. *El yo y su cerebro*. 2. ed. Barcelona, 1985, p. 44.

<sup>9</sup> ELIAS, Norbert. *El proceso de la civilización, investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 449.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trotta, 2013, p. 81.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

ôntico do sentido.<sup>11</sup>

Luhmann questiona (quanto à reflexão sobre o social) se não seríamos mais afortunados supondo que o social está orientado por um dinamismo comunicativo de sentido, frente ao qual o ser humano se encontra formando parte do entorno. Esta hipótese se acomoda mais com a possibilidade, sempre esboçada pela sociologia, de que o social é uma ordem emergente. Os seres humanos, ao estarem situados no entorno frente a este dinamismo do sentido, não podem assim sem mais nem menos ser concebidos com uma espécie de tribunal superior que julga o destino coletivo. Pelo contrário, os seres humanos se fazem dependentes deste dinamismo de sentido caso desejem estabelecer contatos sociais.

O que significa que os seres humanos sejam entorno deste dinamismo de sentido? Ser entorno, para Luhmann, é ser fonte inesgotável de estimulação, de irritação, de perturbação, porém nunca, de maneira causal direta, fonte de determinação. Entre a comunicação e a consciência se dá uma relação assimétrica. Para Luhmann (apesar de Marx), nem a ordem social determina a consciência nem a consciência da ordem social.

Entre as diversas consciências não se pode formar, no sentido estrito, nada em comum, de sorte que a vivência de ego pudesse chegar a coincidir ponto por ponto com a experiência de alter. O que surge, por outro lado – e isso é um sistema social – é um desenvolvimento do sentido que surge por autorreprodução e que para se desenrolar tem necessidade de estabelecer limites (fechar-se) em relação à vivência de cada consciência individual. Os sistemas sociais reproduzem o sentido sob a forma de comunicação. E a comunicação introduz uma pluralidade de perspectivas sobre o objeto, de tal sorte que nunca é possível lograr uma única perspectiva comum. A comunicação é, pois, por razões estruturais, diversidade de perspectivas sobre o objeto.

Para superar esta diversidade com base no social, a evolução lança mão da linguagem. No

entanto, a linguagem não põe à disposição algo assim como expressões com significado idêntico, mas sim que só permite substituir o sentido por signos, fazendo surgir a ilusão da unidade de perspectivas que se tem sobre o mundo. A linguagem não oferece solo sólido algum sobre o qual o ego pudesse ser reunido em um consenso definitivo com o alter.

Por isso, a comunicação (forma-de-sentido) é a estrutura última do social e aquilo que possibilita, o que ocorre inclusive, perspectivas antônimas sobre o mundo. A divergência é, assim, a estrutura mais íntima do social e foi necessária uma inversão descomunal de energia para obter, mediante evolução, pontos de coincidência, acordos, consensos – os quais sempre serão contingentes.

A sociedade é, por conseguinte, pura comunicação. Seria muito improvável, sobretudo com a carga de conhecimento moderno sobre a incompreensibilidade do outro, que os seres humanos pudessem se fazer dependentes entre si, mediante acordos permanentes. Por esta razão as teorias contratuais da sociedade caíram em desuso. Em todo caso, se os indivíduos ganharão alguma vantagem da convivência humana, fazem-se dependentes mais de uma ordem superior cujas condições podem eleger os contatos recíprocos e, precisamente por isso, são minimamente dependentes uns dos outros. Para os seres humanos, este sistema de ordem superior é o sistema de comunicação chamado sociedade:

[...] em outras palavras, deve existir, no plano do sistema emergente, um modo próprio de operar (aqui a comunicação) sua autopoiesis, uma possibilidade auto-garantida de continuidade das operações; de outra maneira, a evolução das possibilidades do vicarious learning nunca conseguiria ter êxito.<sup>12</sup>

Assim como os seres humanos vivem na dependência estrutural das leis físicas e aprendem a tirar consequências desta dependência, da mesma maneira, vivem na dependência estrutural de um cosmos de comunicação. Evidentemente que entre as estruturas cósmicas e as estruturas de

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales* – lineamientos para una teoría general, p. 114-115.

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 148.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

comunicação media um abismo de flexibilidade. Enquanto a lei da velocidade da luz é insuperável, os sistemas sociais de comunicação estão caracterizados por sua enorme flexibilidade estrutural: a flexibilidade dos programas políticos; a flexibilidade dos meios massivos de comunicação que mudam permanentemente; a flexibilidade do direito positivo; a flexibilidade dos recursos monetários. Numa frase: a flexibilidade de que dispõem os sistemas sociais em termos de cultura e de memória constituem a verdadeira vantagem de nossa sociedade.

## 2.2 Emergência

A afirmação de que o sentido está instalado num plano emergente está posta na mesmíssima direção de Popper:

Segundo as opiniões cosmológicas atuais, entre os sucessos emergentes mais importantes encontram-se talvez os seguintes [...]: a) a temperatura de cozimento dos elementos mais pesados; b) o começo da vida no planeta Terra; c) a emergência da consciência; d) a emergência da linguagem humana e do cérebro humano.<sup>13</sup>

Popper, ademais, explana o que implica isso que se designa como emergente:

Em oposição a todas estas opiniões, sugiro que o universo, ou sua evolução é criadora e que a evolução dos animais sencientes com experiências conscientes fornecem algo novo. No começo, tais experiências eram rudimentares e, posteriormente, se tornaram mais elaboradas. Finalmente, surgiu essa espécie de consciência do eu e desse tipo de criatividade que, segundo sugiro, encontramos no ser humano [...]. O que me refiro com a palavra 'criativo' é no sentido referido por Jacques Monod (1970-1975), quando fala da imprevisibilidade da emergência da vida sobre a Terra, da imprevisibilidade das diversas espécies e particularmente de nossa própria espécie humana [...] éramos imprevisíveis antes de que aparecêssemos.<sup>14</sup>

A ideia de evolução criadora ou emergente é muito simples e um tanto vaga. Refere-se ao fato de que no transcurso da evolução ocorrem coisas e sucessos novos com propriedades inespera-

das e realmente imprevisíveis. Estes sucessos ou coisas novas contra toda ideia reducionista não podem ser explicados causalmente a partir dos níveis mais baixos.<sup>15</sup>

## 2.3 A distinção

No plano emergente do sentido, só se participa de duas maneiras: introduzindo distinções (operação da comunicação) e percebendo as distinções (operação da consciência).

Com o conceito de sentido, Luhmann considera que a vivência e a ação se encontram de alguma maneira estruturadas: remetem-se a outras possibilidades de vivência ou de ação. O sentido (assim como para Luhmann) supõe um contexto de remissão da atual vivência e ação a outras possibilidades de vivência ou ação a outras possibilidades de distinção ou de observação. Com o conceito de forma, Luhmann toma posição sobre outra condição sem a qual não seria possível a vivência ou a ação. Estas estão sempre dirigidas a algo determinado. Pensamos em um determinado objeto, atuamos com uma determinada intenção a um fim expressado ou falamos sobre um tema específico. O pressuposto de que nós nos dirigimos a algo determinado é que podemos distingui-lo, noutras palavras, distingui-lo de todos os outros possíveis objetos ou de outros objetos determinados. Então, para que possamos tentar algo determinado é necessário poder distinguir esse algo determinado. E se chega à distinção pelo fato de tentarmos algo determinado ou, como afirma Luhmann, formulamos algo mediante a designação de algo explícito ou que marquemos um lado da distinção. Esta é a quintessência do conceito de forma. Só podemos designar algo na medida em que o distingamos, e podemos distinguir algo quando o assinalamos. Cada distinção remete a dois lados: um que fica indicado e outro que fica não indicado. A unidade da distinção indicação/distinção é chamada forma. Este pensamento chega a Luhmann por meio da obra protomatemática de Georg Spencer Brown. Em seu escrito sobre "as leis da forma" Spencer Brown se refere à pergun-

<sup>13</sup> POPPER, Karl R.; ECCLES, John C. *El yo y su cerebro*, p. 30, 31.

<sup>14</sup> POPPER, Karl R.; ECCLES, John C. *El yo y su cerebro*, p. 23.

<sup>15</sup> POPPER, Karl R.; ECCLES, John C. *El yo y su cerebro*, p. 17-18.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

ta de como, em absoluto, formam-se as identidades de sentido. E afirma: formam-se mediante distinções e inclusive estas distinções antecedem a todos os cálculos (teoremas, números, identidades) lógicos.

Se Husserl andou por trás da ideia de que mais para lá de cada vivência intencional dos seres humanos se encontravam leis elementares da vivenciabilidade (subjetividade na forma mais pura), Spencer Brown acredita ter dado com um mecanismo ainda mais elementar, o qual antecede a toda determinação da vivência, a saber: a distinção. Pensa ele que as formas matemáticas (que começam com a distinção) são expedientes especiais porque representam e se derivam dos modos internos do pensar: têm tanta validade como o conhecimento mesmo da realidade externa: “A disciplina das matemáticas é vista como caminho de revelação de nosso conhecimento interno da estrutura do mundo”, e isso é, no entanto, “aviso direto de que a forma matemática é estrutura arquetípica”.<sup>16</sup>

Assim, o campo de objetos da sociologia tem que ver com as formas de observar distinções. A sociologia, em seu aspecto essencial, tem que ver com observações de sentido que examinam outras observações de sentido em suas formas atuais. Com isso, esgota-se o objeto da sociologia. Sua tarefa consiste em questionar as condições sob as quais estas observações se realizam e se estabilizam tornando possível a construção do mundo social.<sup>17</sup>

### 3 A REFLEXÃO SOCIAL DE LUHMANN COMO “SOCIOLOGIA PRIMEIRA”

Na tradição de pensamento ocidental, Aristóteles imprimiu o uso de um estilo de pensar referido à filosofia primeira; em grego: πρώτη φιλοσοφία. A “filosofia primeira” é a ciência que se ocupa das realidades que se encontram acima das realidades físicas. Por isso, posteriormente, chamou-se metafísica toda tentativa do pensamento humano dirigida a transcender o

mundo empírico para alcançar a realidade metaempírica. De maneira similar, dever-se-ia entender a reflexão de Luhmann como “sociologia primeira”: trata de delimitar na sua forma mais básica aquele âmbito emergente do mundo que chamamos sociedade. É evidente que aparte da sociedade existem outros muitos âmbitos: o ser humano, a natureza, os organismos vivos, o cosmos. A partir de uma perspectiva formal, Luhmann pretende que a sociologia (ciência que se dedica ao fenômeno social): 1) indague os princípios primeiros e supremos da ordem social; 2) analise a operação constitutiva da sociabilidade; 3) estude a comunicação – que é a substância da sociabilidade; e 4) investigue a sociedade, que é o fenômeno omnicompreensivo de tudo o que se designa como social.

A sociologia de Luhmann, portanto, apresenta-se em primeiro lugar como a busca dos princípios primeiros e supremos da ordem social (formas elementares). Descobre que o princípio fundamental (e primeiro da sociedade) se encontra no fato de que a sociedade é apenas forma. Forma – como mencionado no item anterior – é simplesmente o paradoxo que resulta do emprego de uma distinção. É paradoxo porque a distinção joga com dois movimentos simultâneos: 1) joga com a unidade ao incluir algo; e 2) joga com a diferença excluindo algo.

Se quiséssemos uma definição moderna do ser humano seguindo o estilo de Aristóteles, poderíamos condensar provavelmente da seguinte maneira: o ser humano é o animal que emprega distinções. O ser humano está acima de tudo o mais no mundo porque joga com distinções. E, afirmamos novamente, distinguir é jogar com a unidade e simultaneamente com a diversidade. Do mesmo modo como, na mitologia, o rei Midas, com um simples tocar nas coisas, converte-as em ouro, assim também nós fazemos ao simplesmente nomear as coisas, nós as partimos num jogo paradoxal de unidade e diferença. Ao assinalar as coisas, o jogo que todos jogamos é um jogo de inclusão e exclusão.

<sup>16</sup> BROWN, George Spencer. *Laws of form*. Nueva York: The Julian Press, 1972, p. xvii, xx.

<sup>17</sup> Ver (pois aqui é um resumo) mais extensivamente: SCHÜTZEL, Rainer. *Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann*. Frankfurt/Main: Campus, 2003. Capítulo 2.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

É evidente que nem tudo o que experimentamos traduzimos em distinções. Inclusive, poder-se-ia afirmar que a maneira elementar com que experimentamos o mundo transcorre sem distinção. Estamos no mundo. Temos uma identidade primária. Vivemos. Experimentamos o mundo. O problema, no entanto, explode quando queremos comunicar tudo isso, portanto, quando queremos tornar tudo isso em social. Então, a experiência originária de nós no mundo tem que ser traduzida em distinções.

Portanto, podemos já concluir que o conceito mais amplo e extenso da sociedade – a força centrípeta de todo o social – é a operação por meio da qual introduzimos distinções.

A sociedade é um cálculo de distinções, um jogo de distinções. Um jogo que separa, discrimina, discerne unidades e cria por isso mesmo diferenças. A sociedade é, pois, em seu princípio e fundamento, um cálculo formal: uma forma.

No transcurso da evolução, este cálculo formal se traduz na operação de comunicação. Os seres humanos se comunicam recorrendo a uma forma: a um código, a uma linguagem, a senhas, a símbolos. Em certo sentido, a comunicação é a forma – a natureza íntima – da sociedade. A sociedade é composta tão só por formas de comunicação.

Dentro destas formas não há nada material, nada orgânico, nada do ser humano. A sociedade é tão só a forma.

As cinco características decisivas da sociedade são:

1. a sociedade é um dinamismo de formas de comunicação;
2. este dinamismo existe como uma ordem de reprodução emergente separada da ordem de reprodução das condições físico-químico-orgânico-espirituais que o possibilitam;
3. por meio destas formas de comunicação, a sociedade – no transcurso do tempo – vai adquirindo contornos de mais determinação;
4. a sociedade (a forma) é uma unidade múltipla composta de partes – que por sua vez obedecem a um mecanismo emergente. A sociedade não é um todo composto simplesmente de partes, mas sim um todo composto de partes emergentes;

5. a sociedade é um dinamismo formal entre o atual e o possível. Ou, para dizer de uma maneira mais forte, em alusão à teoria da substância de Aristóteles: a sociedade não tem realidade ontológica própria; não é mais que uma abstração formal e que existe só como símbolo entre os seres humanos.

## REFERÊNCIAS

BROWN, George Spencer. *Laws of form*. Nueva York: The Julian Press, 1972.

DURKHEIM, Emile. *Die Regeln der soziologischen Methode*. Introducción de René König, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1984.

ELIAS, Norbert. *El proceso de la civilización, investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1987.

GESELLSCHAFT, Jürgen Ritsert. – *Ein unergründlicher Grundbegriff der Soziologie*. Frankfurt/New York, Campus, 2000.

GUTIÉRREZ, Juan Pablo Vázquez. *Autoridad moral y autonomía (una relectura del pensamiento sociológico de Émile Durkheim)*. México: Universidad Iberoamericana, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales – lineamientos para una teoría general*. Mexico: UIA/ Alianza Editorial, 1991.

\_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trotta, 2013.

MARX, Karl. *Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*. Berlín: Dietz Verlag, 1974. (En Castellano: MARX, Karl. *Líneas fundamentales de la crítica de la economía política*. Barcelona: Critica, 1977).

POPPER, Karl R.; ECCLES, John C. *El yo y su cerebro*. 2. ed. Barcelona, 1985.

SCHÜTZEICHEL, Rainer. *Sinn als grundbegriff*

*bei Niklas Luhmann.* Frankfurt/Main: Campus, 2003.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística general.* México: Ediciones Nuevo Mar, 1916. Capítulo II.

## ACESSO À JUSTIÇA EM UM MUNDO DE CAPACIDADE SOCIAL EM EXPANSÃO<sup>i</sup>

Marc Galanter<sup>ii</sup>

*Sumário:* : 1 Acesso à justiça e seus companheiros. 2 As fronteiras do acesso à justiça em expansão. Referências.

### Resumo

“Acesso à justiça” fez parte de um conjunto de trigêmeos intelectuais que apareceram nos anos 1970; seus irmãos eram a perspectiva da disputa nos estudos jurídicos e o movimento de “Meios Alternativos de Solução de Conflitos” (ADR). Esse artigo descreve a evolução do acesso à justiça e de seus companheiros e explora suas fronteiras em expansão no mundo moderno. A análise das mudanças na percepção da esfera de injustiça, com a inclusão de novos problemas e grupos de interesses, traz questões sobre as implicações da expansão dessas fronteiras e a necessidade de realizar escolhas de cunho político no raciona-

<sup>i</sup> NT1. Esse artigo foi originalmente publicado em inglês em *The Fordham Urban Law Journal* como: GALANTER, Marc. *Access to justice in a world of expanding social capability*, 37 *FORDHAM URB. L.J.* 115, 2010. Inédito em português, foi traduzido por João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa.

<sup>ii</sup> John and Rylla Bosshard, Professor Emeritus of Law and South Asian Studies in University of Wisconsin - Madison; LSE Centennial Professor in London School of Economics and Political Science. Sou agradecido à Jennie Zook, da Biblioteca de Direito da Universidade de Wisconsin, por sua prestatividade. Uma versão anterior desse trabalho foi apresentada no simpósio “Access to Justice for a New Century: The Way Forward”, apoiado pela Law Society of Upper Canada, Toronto, 28-29 de maio de 2003, e publicado em BASS, Julia *et al.* (Eds.). *Access to justice for a new century – The way to forward*, 2005.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

mento e na distribuição da justiça na atualidade.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Judiciário. Resolução de disputas. Meios alternativos de resolução de conflitos. Direito processual.

**Abstract**

“Access to Justice” was one of a set of intellectual triplets that appeared in the 1970s; its siblings were the dispute perspective in legal studies and the Alternative Dispute changes in the perception of Resolution (ADR) movement. This article describes the evolution of access to justice and its companions and explores their expanding frontiers in the modern world. An analysis of the injustice and the inclusion of new problems and interests groups raises questions on the implications of the expansion of such frontiers and on the necessary political choices that are implicated in rationalizing and distributing justice nowadays.

**Keywords:** Access to justice. Judiciary. Dispute resolution. Alternative dispute resolution. Procedural law.

## 1 INTRODUÇÃO

A expressão “Acesso à Justiça” adquiriu seu sentido atual no fim da década de 1970. Anteriormente, referia-se ao acesso às instituições judiciais governamentais<sup>1</sup>. No discurso pós-Segunda Guerra Mundial, ocasionalmente surgia como descrição do objetivo e dos benefícios da assistência judiciária, ou como meio de se assegurar a isonomia perante a lei<sup>2</sup>. No fim dos anos 1970, contudo, a expressão adquiriu um novo e mais amplo significado: a possibilidade de se fazer uso das várias instituições, governamentais e não governamentais, judiciais e não judiciais, em que um demandante poderia buscar justiça<sup>3</sup>.

A concepção da justiça, em várias modalidades e em diversos arranjos institucionais, cristalizou-se com o surgimento do Projeto Florença. Esse projeto foi patrocinado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Ministério da Educação italianos, sob a direção de Mauro Cappelletti, um estudioso de vasta imaginação e energia empreendedora. A obra do Projeto Florença está corporificada na massiva série de diversos volumes denominada Acesso à Justiça, publicada em 1978 e 1979<sup>4</sup>, e em uma pequena biblioteca de volumes satélites e artigos jurídicos<sup>5</sup>.

Tendo como base programas e experimentos em muitos locais, o Projeto Florença codificou uma noção ampliada de acesso que supera a representação por advogados e a visão das cortes

<sup>1</sup> Antes de 1970, era usado o lugar-comum “acesso às cortes de justiça”, cuja origem remonta pelo menos 1840. Ver *Lessee of Pollard's Heirs v. Kibbe*, 39, U.S. 353, 1840; ver também *Cary v. Curtis*, 44 U.S. 236, 1845. A expressão era ocasionalmente abreviada como acesso à justiça. Ver *Ex parte Allis*, 12, Ark. 101, 102, (1851) (observando que “cada cidadão deve ter conveniente acesso à justiça”); *State ex rel. Clark v. Hillebrandt*, 154 So. 2d 384, La, 1963.

<sup>2</sup> Ver William T. Gosset. *Access to justice: the true significance of legal aid*, 40 A.B.A. J. 111, 1954; Orison S. Marden, *Equal access to justice: the challenge and the opportunity*, 19 WASH & LEE. REV. 153, 1962; *Access to justice special issue*, 22 (3) MCGILL L. J., 1976. Apenas no último desses trabalhos a expressão “Acesso à Justiça” parece ser apresentada como uma frase substantiva fixa. O termo não aparece na história dos anos de formação dos programas de serviços legais, de Earl Johnson Jr., em 1974, nem é empregado na pesquisa comparativa de assistência judiciária, de 1975, que foi o primeiro resultado do “Projeto Acesso à Justiça”, apoiado pela Fundação Ford. CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON JR., Earl. *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*, 1975. O programa Ford iniciou em 1973.

<sup>3</sup> Por exemplo, Thomas Ehrlich, Presidente da Legal Services Corporation, testemunhou: “Novos mecanismos de solução de disputas são necessários para assegurar amplo acesso à justiça para todos os cidadãos [...]. *Ombudspeople*, árbitros, mediadores e conciliadores, todos esses e outros podem ser meios efetivos de resolução de conflitos em uma gama de casos - tanto complexos, quanto simples.”. A transição é visível nos depoimentos em *State of the judiciary and access to justice: hearing before the subcomm. on courts. Civil liberties and the administration of justice*, 95th Cong. 46, 1977 (Statement of Thomas Erlich). O tema principal é o acesso às cortes federais pelos pobres, mas alguns depoentes se referiram a temas mais amplos que animaram o movimento de acesso à justiça.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro et al. (Eds.). *Access to justice*, 1979-79.

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, os volumes citados nas notas 8 e 10, *infra*. Ver também CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*, 27 BUFF. L. REV. 181, 1978; CAPPELLETTI, Mauro. *Alternative dispute resolution processes within the framework of the worldwide access to justice movement*, 56 MOD. L. REV. 282, 1993; CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of “constitutional justice”* 35 CATH. U. L. REV. 1, 1985.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

como o lugar de busca pela justiça. Ao analisar o fim daquela década, o próprio Cappelletti enxergou o desenvolvimento da noção de Acesso à Justiça constituída por três “ondas”, exemplificadas por uma série de avanços institucionais, marcadamente nos Estados Unidos.

A primeira onda, iniciada em 1965 com os escritórios de advocacia de bairro do programa do Departamento de Oportunidades Econômicas (*Office of Economic Opportunity*), compreendeu a reforma de instituições para o provimento de serviços legais para os pobres. A segunda onda buscou ampliar a representatividade dos ‘interesses difusos’, tais como aqueles de consumidores e ambientalistas: começou nos Estados Unidos com o desenvolvimento de ‘escritórios de advocacia de interesse público’, mantidos por fundações, nos anos 1970. A terceira onda adveio nos anos 1970 com a mudança de foco para as instituições de processamento de disputas em geral, ao invés de simplesmente as instituições de representação legal; alternativas menos formais às cortes e aos procedimentos judiciais [...] surgiram com relevante destaque [...].<sup>6</sup>

A noção de Acesso à Justiça não chegou à cena legal desacompanhada. Fez parte do conjunto de trigêmeos intelectuais que surgiu nos anos 1970. Seus irmãos foram a perspectiva da disputa nos estudos legais e o movimento por “Meios Alternativos de Solução de Conflitos” (*Alternative Dispute Resolution*). Em seu início, esses três infantes eram muito próximos, praticamente inseparáveis, mas à medida que cresceram, experimentaram uma espécie de *big bang* que os enviou em diferentes direções. Ao se separarem, foram adotados por diferentes pais e amadureceram em ambientes muito diversos, com diferentes companhias.

Esses trigêmeos foram a prole, nascida tardiamente, do notável movimento de expansão de responsabilidades e remédios legais promovido pelas cortes e pelos legislativos nos anos decorridos entre o fim da Segunda Guerra Mundial e

meados dos anos 1970. A ampliação dos remédios legais, a expansão da legitimidade processual, a abolição de velhas imunidades e a promoção de direitos civis asseguraram a pessoas comuns novas possibilidades de utilização do Judiciário e maiores chances de sucesso quando o fizessem<sup>7</sup>. Programas para prover assistência legal aos pobres e a grupos sem representação jurídica proliferaram<sup>8</sup>. Um número crescente de profissionais jurídicos passou a enxergar tal expansão como um teste de realização profissional<sup>9</sup>.

O primeiro dos trigêmeos a ganhar proeminência foi a perspectiva da disputa nos estudos jurídicos. Refiro-me ao conjunto de trabalhos que sustenta que o estudo do direito deve focar na construção dos litígios, tanto quanto nas normas e no Judiciário<sup>10</sup>. Essa perspectiva vislumbra a adjudicação judicial como apenas uma das várias formas pelas quais a sociedade lida com disputas – e uma relativamente pouco frequente. A construção intelectual central da perspectiva do litígio é a pirâmide de disputa – a noção de que qualquer setor do mundo jurídico pode ser enxergado como uma pirâmide cuja base de problemas ou lesões dá suporte a uma camada subjacente de lesões percebidas, que levam, a seu turno, a sucessivas camadas menores de lesões imputadas (lesões cuja responsabilidade é atribuída a algum ator humano), reivindicações e disputas. Uma parte desses litígios é levada aos advogados e ao Judiciário; sucessivamente menores porções são submetidas a julgamentos, recursos e decisões jurisdicionais publicadas<sup>11</sup>. Em um dos clássicos da literatura sobre disputas, William L. F. Felstiner, Richard L. Abel e Austin Sarat demonstram como os patamares inferiores da pirâmide são construídos: por nomeação (o reconhecimento e a identificação do dano); imputação (a identificação do agente humano responsável por aquele dano); e, finalmente, rein-

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Access to justice and the Welfare State 4, 1981.

<sup>7</sup> FRIEDMAN, Lawrence M. Total justice (1985); KEETON, Robert. *Venturing to do justice: reforming private law*, 1969; GALANTER, Marc. *The turn against law: the recoil against expanding accountability* 81 TEX. L. REV. 285, 2002 [doravante *The turn against law*]; ver também WILLIAM E. Nelson. *The legalist reformation: law, politics and ideology in New York 1920-1980*, 185-187, 2001.

<sup>8</sup> CAPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON JR., Earl. *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*, 1975, nota 2.

<sup>9</sup> GALANTER, Marc. *Predators and parasites: lawyer-bashing and civil justice*, 28 GA. L. REV. 633, 640-642, 1994.

<sup>10</sup> ABEL, Richard L. *A comparative theory of dispute institutions in society*, 8 LAW & SOC'Y REV. 217, 1974; ver, por todos NADER, Laura; TODD JR., Nader (Eds.). *The disputing process-law in the societies* 9, 1978; CARTWRIGHT, Bliss. *Conclusion dispute and reported cases*, 9 LAW & SOC'Y REV. 163, 1975; CARTWRIGHT, Bliss et al. *Introduction: litigation and dispute processing*, 8 LAW & SOC'Y REV. 5, 1974.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

vindicação (a busca do que se quer contra aquela parte)<sup>12</sup>.

A perspectiva da disputa ofereceu uma estrutura teórica para representação da gama de preocupações de acesso e um estímulo poderoso para a ampliação da agenda sobre o tema. O modelo de pirâmide apontava para múltiplas possibilidades de desconexão entre os estágios da construção da adjudicação. Uma parte lesada pode deixar de perceber o dano ou deixar de atribuí-lo a um ato humano. Ignorância, intimidação ou barreiras de custo podem inibir a parte de formular uma demanda, prosseguir numa disputa ou obter ajuda legal. Além disso, a falta de recursos e de poder de permanência podem minar o uso efetivo do Judiciário. Nesse sentido, a noção de Acesso à Justiça era tida como capaz de compreender todas essas conexões.

A perspectiva da disputa oferece não apenas uma taxonomia de pontos de estrangulamento do acesso, mas também a base para avaliação crítica de arranjos legais. A pirâmide da disputa é útil para analisar sistemas, como o norte-americano, no qual se promete muito mais do que se entrega. Na verdade, os sistemas legais das (maioria das?) democracias modernas são desenhados de tal modo que se todos com uma demanda legítima a invocassem, o sistema entraria em colapso. A viabilidade desses sistemas depende: (a) da eficácia dos “efeitos gerais”, i. e., do exercício de controle mais pela comunicação da informação do que pela implementação efetiva de direitos<sup>13</sup>; b) da disponibilidade de foros informais para ação legal<sup>14</sup>; e, finalmente, (c) da apatia, da ignorância, das barreiras culturais e de custo que inibem o reconhecimento de direitos. Tais sistemas são inerentemente icônicos e simbólicos – regras existem para serem celebradas

e apreciadas, não para serem aplicadas em cada hipótese em que presumivelmente incidam. O autêntico “filé”<sup>15</sup>, ou algo que a isso se aproxime, é servido àqueles que podem fazer frente aos investimentos necessários para arcar com uma demanda judicial bem-sucedida; a maioria restante deve contentar-se com uma combinação de hambúrguer real com chiado simbólico.

Informado pela perspectiva da disputa, a noção de Acesso à Justiça abarca uma rica agenda de reforma. Contudo, essa mesma perspectiva nos adverte de que as mais visíveis e dramáticas reformas podem fazer pouco ou nada para reduzir a disparidade entre os proficientes usuários repetitivos do sistema e os litigantes eventuais. Felstiner, Abel e Sarat apontam que, por causa das vastas disparidades nos estágios iniciais, em que experiências prejudiciais são transformadas em demandas e disputas, programas que focam em promover Acesso à Justiça nos degraus superiores da pirâmide (tipicamente facilitando a transformação de disputas em processos judiciais) “podem acentuar os efeitos da desigualdade nos primeiros estágios, menos visíveis, onde é mais difícil detectar, diagnosticar e corrigir”<sup>16</sup>.

A noção de Acesso à Justiça ganhou respeitabilidade e presença institucional muito rapidamente. Em 1978, enquanto o Projeto Florença ainda estava em curso, esse era o “tema oficial” da *American Bar Association*<sup>17</sup>. Desde então, o Acesso à Justiça tornou-se uma perspectiva aceita pelo mundo jurídico, presente em publicações e programas de cunho acadêmico e profissional. Por exemplo, o *Index to Legal Periodicals* lista 443 livros e artigos de periódicos com o termo “acesso à justiça” em seus títulos, e apenas dois são anteriores a 1976<sup>18</sup>. O termo Acesso à Justiça conformou um programa de criação de

<sup>12</sup> FELSTINER, William L. F. et al. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631, 1980-1981.

<sup>13</sup> GIBBS, Jack P. *Crime, punishment and deterrence*, 39, 219, 1975; GALANTER, Marc. Adjudication, litigation and related phenomena. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton (Eds.). *Law and the social sciences*, 151, 215-220, 1986; GALANTER, Marc. The radiating effects of courts. In: BOYUM, Keith O.; MATHER, Lynn (Eds.). *Empirical theories about courts*, 117, 124-127, 1983; GIBBS, Jack P. Punishment deterrence: theory, research and penal policy. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton (Eds.). *Law and the social sciences*, 319, 1986 (usa a terminologia “general deterrence”).

<sup>14</sup> Ver, e.g., MACAULAY, Stewart. *Non-contractual relations in business: a preliminary study*, 28 AM. SOC. REV. 55, 1963.

<sup>15</sup> NT2 O termo “filé” (*steak*), típico da literatura americana, pode aqui ser equiparado à ideia de “tutela jurisdicional”. Foi mantida a tradução literal para garantir significado ao texto.

<sup>16</sup> FELSTINER L. F. et al. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV., 637, nota 12.

<sup>17</sup> CARTER, Jimmy; SPANN JR., William B.; BURGER, Warren. *President Carter's attack on lawyers, president spans response, and chief justice Burger's remarks*, 64 A.B.A. J. 840, 844, 1978. Antes da revolução de direitos e de *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954, tal tema seria inimaginável.

<sup>18</sup> WILSON, H. Wilson. *Texto integral ao índice de periódicos legais*. Disponível em: <<http://www.hwwilson.corn/databases/legal.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

organizações não governamentais (ONGs), grupos de advogados, governos – tanto em políticas internas como em operações de ajuda externa (e. g. Agência Americana de Desenvolvimento Internacional, Departamento Britânico de Desenvolvimento Internacional) – e organizações internacionais (e. g. Projeto de Desenvolvimento das Nações Unidas, Banco Asiático de Desenvolvimento). Para muitos desses patrocinadores, o Acesso à Justiça está ligado e/ou amalgamado com seu primo transacional, o Movimento dos Direitos Humanos. Em muitos lugares, anseios fiscais levaram à redução de programas de assistência legal rotineiros, enquanto programas de reforma judiciária e estabelecimento de fóruns especiais e de “alfabetização jurídica” proliferaram, e intervenções judiciais para reivindicar e estender direitos se multiplicaram.

Assim como o Acesso à Justiça foi institucionalizado em uma série de programas relacionados à Ordem dos Advogados, ONGs e governos, a perspectiva da disputa foi institucionalizada por programas acadêmicos em uma comunidade de pesquisa que inclui o próspero movimento “law and society”<sup>19</sup> e instituições como a *American Bar Foundation* e o *RAND Institute for Civil Justice* (fundado em 1979)<sup>20</sup>. Os resultados da produção acadêmica do “law and society” podem ser encontrados em publicações especializadas e, cada vez mais, em revistas jurídicas

comuns<sup>21</sup>. Infiltrou-se de tal modo na academia jurídica tradicional que trabalhos inspirados pela perspectiva da disputa, e que a incorporam, passam a ser considerados, sem maiores contestações, como efetiva produção acadêmica de cunho jurídico<sup>22</sup>.

Em seu início, o terceiro trigêmeo, o movimento pelos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) era tão próximo do Acesso à Justiça que por vezes era difícil distingui-los. Os MASCs eram igualmente bastante próximos da perspectiva da disputa, tendo emprestado o seu suporte intelectual<sup>23</sup>.

Com o apoio de fundações, foi instaurado o *National Institute of Dispute Resolution* (Instituto Nacional de Resolução de Disputas) em 1983. A partir de meados dos anos 1980, a Fundação William e Flora Hewlett manteve um programa sustentável para a construção de uma base de “centros teóricos” acadêmicos e a criação da “resolução de conflitos” como área acadêmica. O florescer dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, todavia, estava fora da academia e na criação de novos grupos ocupacionais de “neutros” – mediadores, árbitros e outros facilitadores de disputas. Atores corporativos adotaram os Meios Alternativos de Solução de Conflitos para resolução de casos complexos com seus pares, mas ainda mais avidamente para confinar conflitos com seus empregados e consumidores<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> O Comitê de Pesquisa em Sociologia Jurídica foi fundado em 1962. A Associação de Direito e Sociedade (*The Law and Society Association*) foi fundada em 1964; seu primeiro encontro nacional foi realizado em 1975. A Associação de Direito e Sociedade Canadense (*The Canadian Law and Society Association*) foi fundada em 1982. A Associação [Britânica] de Estudos Sócio-Jurídicos ([British] Socio-Legal Studies Association) foi fundada em 1990.

<sup>20</sup> Institute for Civil Justice. A report on the first four program years. April 1980-March 1984; ver REUBEN, Richard C. *Focus on the RAND Report: perspectives on the RAND Report: the dialogue continues*, 4 DISP. RESOL. MAG. 3, 1997.

<sup>21</sup> Pode-se observar o desenvolvimento dessa disciplina jurídica, por exemplo, nas estabelecidas revistas LAW & SOCIETY REVIEW, 1966-; [Britânica] JOURNAL OF LAW AND SOCIETY, 1974-; LAW AND SOCIAL INQUIRY (anteriormente a AMERICAN BAR FOUNDATION RESEARCH JOURNAL), 1976-; LAW AND POLICY, 1979-; WINDSOR ACCESS TO JUSTICE YEARBOOK, 1981-; CANADIAN JOURNAL OF LAW AND SOCIETY, 1985-; às quais se uniu recentemente o JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES, 2003-; e o ANNUAL REVIEW OF LAW AND SOCIAL SCIENCE, 2005-.

<sup>22</sup> Ver, e.g., CLERMONT, Kevin M.; EISENBERG, Theodore. *Litigation realities*, 88 CORNELL L. REV. 119, 2002-2003; GROSS, Samuel R.; SYVERUD, Kent D. Getting to no: a study of settlement negotiations and the selection of cases for trial, 90 MICH. L. REV. 319, 1991; SCHLANGER, Margo. *Inmate litigation*, 116 HARV. L. REV. 1555, 2003; ver também HEISE, Michael. *The past present and future of empirical legal scholarship: judicial decision making and the new empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819, 2002. Em razão dessa difundida, mas pouco notada penetração, devemos ser céticos do contraste triunfalista entre o glorioso sucesso do movimento “law and economics” e as conquistas modestas da sociologia do direito sustentado por Richard Posner. Ver GALANTER, Marc; EDWARDS, Mark Alan. *Introduction: the path of the law* Ands, 1997 Wis. L. REV. 375, 1997; POSNER, Richard A. *The sociology of the sociology of law: a view from economics*, 2 EUR. J.L. & ECON. 265, 1995.

<sup>23</sup> A obra mais influente no movimento de Resolução Alternativa de Disputas foi de: SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*, 70 F.R.D. 111, 1976. (O artigo foi apresentado na Pound Conference em 1976). O Professor Sander comentou comigo (no final dos anos 1970 ou começo dos 1980) que o artigo foi inspirado em trabalhos na Law & Society Review. A Pound Conference tem sido apontada como “o início de um esforço conjunto para estimular os programas de mediação em juízo”. Ver DELLA NOCE, Dorothy J. *Mediation theory and policy: the legacy of the Pound Conference*, 17 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 545, 2002.

<sup>24</sup> EDELMAN, Lauren; SUCHMAN, Mark. *When the 'haves' hold court: the internalization of disputing in organizational fields*, 33 LAW & SOC'Y REV. 941, 954, 1999.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

O Judiciário adotou os Meios Alternativos de Solução de Conflitos vinculados (ou “anexados”, como dizem) aos foros judiciais como forma de reduzir o crescente número de processos e redirecionar casos que entendem não serem merecedores da sua atenção<sup>25</sup>. Adicionalmente, o Judiciário tem sido amplamente favorável às iniciativas das partes privadas de enclausurar causas a fóruns alternativos de resolução de controvérsias, alguns independentes, outros não<sup>26</sup>. Uma firme dieta anabólica de apoio governamental e empresarial tornou os Meios Alternativos de Solução de Conflitos não apenas amplamente maior que seus irmãos, mas cada vez mais distante deles<sup>27</sup>.

Como o feroz debate sobre a legitimidade e os efeitos da arbitragem mandatária<sup>28</sup> e as preocupações acerca das mediações impostas pelos tribunais<sup>29</sup> demonstraram, os Meios Alternativos não desfrutam mais da presunção de que facilitam o Acesso à Justiça. Ao invés, tornaram-se objeto de suspeita e, em alguns casos, rivais diretos de programas de Acesso à Justiça<sup>30</sup>.

## 2 AS FRONTEIRAS DO ACESSO À JUSTIÇA EM EXPANSÃO

Em grande parte, os programas de Acesso à Justiça focaram no preenchimento de necessidades jurídicas não satisfeitas<sup>31</sup>. Necessidades jurídicas são tipicamente definidas em termos de direitos conferidos – e prometidos – no or-

denamento jurídico vigente (possivelmente com o aproveitamento de algumas elaborações provenientes de outros ordenamentos). Isso tem inspirado programas a promover “alfabetização jurídica”, a tornar os tribunais mais acessíveis e mais eficientes, e acima de tudo a prover representação jurídica aos não representados<sup>32</sup>. Apesar de a representação por advogados ser tipicamente vista como necessária durante o trâmite processual e o julgamento, mais frequentemente se dá durante as negociações informais e/ou na truncada invocação do processo legal formal; a adjudicação solene é um meio cada vez menos frequente de buscar justiça<sup>33</sup>. Em muitos casos, o Acesso à Justiça é suprido pela mobilização do aparato jurídico para criar ou resistir a demandas que são resolvidas por negociação ou inação.

Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos sofreram outro desvio. Focando na redução de custos transacionais e externalidades (incluindo frustração e falta de satisfação) que acompanham o recurso à justiça formal, eles propunham estabelecer fóruns ou procedimentos alternativos que propiciariam algo melhor, ou pelo menos não tão custoso e protraído. Os MASCs podem ser promovidos de modo a perseguir uma maior qualidade do processo ou dos resultados – aumento da mútua satisfação, obtenção de soluções ganha-ganha, cicatrização de relações rompidas, e assim por diante. Essas

<sup>25</sup> HOLBROOK, James R.; GRAY, Laura M. *Court annexed alternative dispute resolution*, 21 J. CONTEMP. L. 1,4, 1995.

<sup>26</sup> Ver SCHWARTZ, David S. *Enforcing small print to protect big business: employee and consumer rights claims in the age of compelled arbitration*, Wis. L. REV. 33, 1997.

<sup>27</sup> Para um relato da escala da atividade dos meios alternativos de resolução de disputas, ver STIPANOWICH, Thomas J. *The growth and impact of 'alternative dispute resolution' and conflict management systems*, 1 J. EMPIRICAL L. STUD. 841, 2004.

<sup>28</sup> Ver, e.g., SCHMITZ, Amy J. *Dangers of deference to form arbitration provisions*, 8 NEV. L.J. 37, 2007; SCHWARTZ, David S. *Enforcing small print to protect big business: employee and consumer rights claims in the age of compelled arbitration*, nota 26; STERNLIGHT, Jean. *Is the U.S. out on a limb? Comparing the U.S. approach to mandatory consumer and employment arbitration to that of the rest of the world*, 56 U. MIAMI L. REV. 831, 2002.

<sup>29</sup> Ver, e.g., McADOO, Bobbi; WELSH, Nancy A. *Look before you leap and keep on looking: lessons from the institutionalization of court-connected mediation*, 5 NEV. L.J. 399, 2004-2005; STREETER-SCHAEFER, Holly A. *A look at court and dated civil mediation*, 49 DRAKE L. REV. 367, 2001.

<sup>30</sup> Ver, e.g., RESNIK, Judith *Many doors? Closing doors alternative dispute resolution and adjudication*, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211, 1995; ALDERMAN, Richard M. *The future of consumer law in the United States - hello arbitration, bye-bye courts, so-long consumer protection*. In: PARTY, Deborah et al. (Eds.). *The yearbook of consumer law*, 2009. Para uma crítica anterior do impulso para a privatização dos meios alternativos de resolução de controvérsias, ver ABEL, Richard L. (Ed.). *The politics of informal justice*, 1982.

<sup>31</sup> CURRAN, Barbara A. *The legal needs of the public: the final report of a national survey*, 1977; DAUER, Edward A. (Ed.). *A wider notion of unmet legal needs in American Bar Association* (artigo apresentado na Conferência sobre Acesso à Justiça, nos anos 1990, Nova Orleans, 1989); *Civil justice: an agenda for the 1990s: Papers of the American Bar Association - National Conference on access to justice in the 1990s*, 1991; Consortium on legal services and the public, American Bar Association - *Legal needs and civil justice: a survey of americans*, 1, 1994 (apresentando as principais conclusões da ABA's *Comprehensive Legal Needs Study*); QUIGLEY, William P. *The unmet civil legal needs of the poor in Louisiana*, 19 S.U. L. REV. 273, 1992; SCULLY, John C. *Mandatory ProBono: an attack on the institution*, 19 HOFSTRA L.REV. 1229, 1991.

<sup>32</sup> Os beneficiários desses programas não necessariamente formulam o processo em termos de justiça; muitos podem pensá-lo como solucionadores de problemas ou atingidores de ajustes apropriados (e.g. um divórcio, um acordo) e muitos podem mesmo rejeitar a noção de que estão buscando justiça. Ver MATHEW, Leon. *Institutions of representation: civil justice and the public*, 9 LAW & SOC'Y REV. 401, 1974.

<sup>33</sup> GALANTER, Marc. *The vanishing trial: an examination of trials and related matters in federal and state courts*, 1 J.OF EMPIRICAL LEGAL STUD. 459, 2004.

características são frequentemente aduzidas na defesa dos Meios Alternativos e podem ocorrer em alguns programas, particularmente na resolução de disputas empresariais de alto nível. Todavia, a maioria dos programas são implementados e justificados em razão de fatores de custo e controle<sup>34</sup>. Seja fundada na sua qualidade ou na sua produtividade, a justificativa de defesa dos MASCs deve ter como parâmetro a ser igualado ou superado a noção de justiça advinda das medidas geralmente prescritas (mas frequentemente não entregues) pelas instituições legais.

À semelhança dos programas de Meios Alternativos de Solução de Conflitos, os programas de Acesso à Justiça remontam à perspectiva da disputa sob uma vertente positivista: nomear é perceber uma lesão remediável de acordo com as práticas existentes das instituições; imputar é identificar um agente que possa ser responsabilizado por aquelas práticas; e reivindicar é buscar remédios legais suportados por aquelas práticas – ou por ajustes incrementais daquelas. O Acesso à Justiça tem sido identificado principalmente com a remoção de barreiras para promover demandas que já são reconhecidas como direitos. Como todos os sistemas legais contêm regiões ou mesmo vastos continentes de baixa efetividade das normas, isso deixou espaço suficiente de território para ambições expansionistas.

Por mais útil que seja no curto prazo, a agenda convencional de Acesso à Justiça não é adequada aos desafios que nos esperam. Vivemos em uma sociedade cada vez mais repleta de leis<sup>35</sup>. Como Gillian Hadfield observa, “Americanos estão diante de um mundo jurídico que é rico em estruturas jurídicas, mas pobre em recursos jurídicos”<sup>36</sup>. É, além disso, um mundo em que indivíduos crescentemente litigam não com outros indivíduos, mas com entidades corporativas que desfrutam de vantagens formidáveis no uso do processo legal. Não só essas entidades tendem

a ser vencedoras na maioria das ocasiões, mas também são mais preparadas para lidar com as contingências legais anteriores às transações ou à disputa<sup>37</sup>. A condição jurídica superior dessas pessoas artificiais deriva em boa medida da escala e da continuidade com que recorrem a serviços jurídicos: elas podem planejar transações antecipadamente, seja empregando serviços jurídicos especializados, utilizando inteligência avançada, desenvolvendo expertise ou cultivando relações informais facilitadoras com os incumbentes institucionais. Essas pessoas artificiais (corporações, associações e governos) consomem uma crescente porção de serviços legais, desproporcional e continuamente providos por uma elite de profissionais<sup>38</sup>. Dessa forma, a rotina para entidades corporativas é navegar em um mundo repleto de normas na qualidade de agentes jurídicos capazes.

Gillian Hadfield dispõe sobre o contraste com a situação de indivíduos comuns, o que é especialmente grave nos casos de pobres e desamparados:

A maioria do trabalho corporativo ocorre antes dos fatos no aconselhamento diário sobre quais contratos assinar, quais regulamentações aplicar, como a conduta provavelmente será interpretada pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei ou, na eventualidade do litígio, quais são as opções para modificar a extensão da responsabilidade legal, como gerenciar a disputa antes que ela se torne um processo judicial, e assim por diante. Mas, para cidadãos comuns nos Estados Unidos, não há praticamente nenhum sistema legal em funcionamento nessa esfera *ex ante*.<sup>39</sup>

Tipicamente, as necessidades jurídicas dos indivíduos tendem a ser definidas em termos de requerimentos em procedimentos de disputa já instauradas, posteriores a transações ou encontros de importância crítica para o caso. Apenas raramente o uso dos “recursos *ex ante* para se

<sup>34</sup> GARTH, Bryant G. *Tilting the justice system: from ADR as idealistic movement to a segmented market in dispute resolution*, 18 GA. ST. U. L. REV. 927, 931-932, 2002.

<sup>35</sup> GALANTER, Marc. *Law abounding: legalization around the North Atlantic*, 55 MOD. L. REV. 1, 1992.

<sup>36</sup> HADFIELD, Gillian K. *Higher demand, lower supply? A comparative assessment of the legal resource landscape for ordinary americans*, 37 FORDHAM URB. L. J. 129, 151, 2010.

<sup>37</sup> Ver GALANTER, Marc. *Planet of the APs: reflections on the scale of law and its users*, 53 BUFF. L. REV. 1369, 1.385-1.398, 2006.

<sup>38</sup> GALANTER, Marc. *Planet of the APs: reflections on the scale of law and its users*, 53 BUFF. L. REV. 1369, 1.381-1.385.

<sup>39</sup> HADFIELD, Gillian K. *Higher demand, lower supply? A comparative assessment of the legal resource landscape for ordinary americans*, 37 FORDHAM URB. L. J. 129, 151, 2010, nota 35, em 132.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

decidir em quais transações e relações se deve participar, quais deixar, modificar, e assim por diante<sup>40</sup> é incluído nas necessidades legais.

Ao se levar em consideração a capacidade relativa de planejamento legal, outra dimensão negligenciada do Acesso à Justiça é apontada. Nos moldes atuais, a obtenção da “justiça” nessa expressão implica reivindicação de direitos e garantias dispostos no ordenamento existente por meio das melhores práticas institucionais – o que não é pouca coisa! Mas quando acrescentamos uma dimensão temporal, tornamos a noção de Acesso à Justiça ainda mais abrangente e mais difusa. Justiça não é mais, se alguma vez foi, estável e determinada, mas sim fluída, em movimento e instável. Ultrapassamos o prosseguimento de (e a defesa contra) demandas e retornamos à nomeação e à imputação, para modificar percepções dos danos e modificar atribuições de responsabilidade por causar os danos, bem como para prover soluções. Em longo prazo, as novas formas de enxergar e entender os problemas e as suas soluções serão a fonte oculta e o motor de nosso senso de justiça em expansão.

A justiça a que buscamos acesso é a negação ou a correção da injustiça. Mas não há uma soma fixa de injustiça no mundo que é reduzida a cada obtenção de justiça. A esfera da injustiça percebida se expande dinamicamente com o crescimento do conhecimento humano, com os avanços da viabilidade técnica e os crescentes anseios de amenidade e segurança<sup>41</sup>. O domínio da injustiça não justificada e não remediada é crescente porque indissociavelmente ligada aos domínios em expansão do conhecimento humano, da viabilidade técnica e dos elevados anseios que eles geram.

A busca pela justiça é movida pela produção de injustiça. O desconforto e os riscos da vida cotidiana diminuíram dramaticamente para a maioria das pessoas ao longo do século passado e há uma sensação disseminada de que a ciência

e a tecnologia podem produzir soluções para, ao menos, muitos dos problemas remanescentes. Ainda assim, não nos aproximaremos de um mundo livre de problemas, pois as pessoas são capazes de identificar e inventar novos problemas tão rapidamente quanto os antigos são resolvidos. Essa não é uma observação cínica sobre um apetite insaciável por um “mundo livre de problemas”. Ao contrário, baseia-se na noção de que as mesmas capacidades humanas que criam soluções para problemas existentes – satisfazendo necessidades e anseios existentes – são capazes de descobrir ou criar novas necessidades, anseios e problemas. No decorrer desse processo, quanto mais coisas podem ser realizadas pelas instituições humanas, mais a linha entre o infortúnio inevitável e a injustiça imposta se modifica. O domínio da injustiça é alargado. Por exemplo, se, anteriormente, ter uma doença incurável era um infortúnio inalterável, hoje, uma percepção de insuficiente vigor na busca por uma cura ou na distribuição de medicamentos pode fazer exsurgir uma queixa de injustiça. Como o escopo de intervenções sociais se amplia, mais e mais coisas terríveis se tornam passíveis de intervenção. Então, fome, ou desigualdade social, ou má aparência, não são mais destinos inalteráveis, mas uma ocasião para uma intervenção apropriada. O que era visto como destino pode agora ser visto como o produto de uma política inapropriada<sup>42</sup>. Avanços na capacidade humana e expectativas crescentes resultam na fronteira movida da injustiça<sup>43</sup>. Esses avanços parecem estar acelerando. Um grupo de destacados bioeticistas observa:

Na medida em que as possibilidades para significantes intervenções genéticas em seres humanos em larga escala se tornam próximas de serem realizadas, poderemos ser forçados a expandir radicalmente nossa concepção do domínio da justiça para incluir o patrimônio natural, assim como social, entre os bens cuja justa distribuição as instituições estão incumbidas de

<sup>40</sup> HADFIELD, Gillian K. *Higher demand, lower supply? A comparative assessment of the legal resource landscape for ordinary americans*, 37 FORDHAM URB. L. J. 129, 151, 2010, em 154.

<sup>41</sup> FRIEDMAN, Lawrence M. *Total justice*, nota 7, em 70-72.

<sup>42</sup> SHKLAR, Judith N. *The faces of injustice*, 51-82, 1990.

<sup>43</sup> Esse processo pode não ser unidirecional. Se o âmbito do território da injustiça/justiça segue a expansão da capacidade social humana, o que podemos esperar se essa capacidade vier a diminuir, por exemplo, em razão de demandas massivas de mudança climática? Uma contração da capacidade social para remédio e proteção pode ser acompanhada por um encolhimento no território percebido da injustiça e justiça?

regular<sup>44</sup>.

Essa é outra dimensão dessa fronteira em movimento. Ela não diz respeito apenas a um movimento de justiça para a inclusão de novos tipos de problemas, mas também um movimento na direção da inclusão dos problemas de pessoas que anteriormente tinham pouca ou nenhuma importância – pessoas com deficiências e minorias sexuais, por exemplo. A modificação de pontos sensíveis entre os interesses favorecidos e a distribuição de recursos para a mobilização de grupos menos favorecidos, ambos estreitamente ligados com as mudanças das tecnologias de comunicação, trazem novas queixas de injustiça para a agenda social.

Quais são as implicações de se reconhecer uma fronteira em movimento? Primeiro, que aumentos de justiça não implicam correspondente diminuição na quantidade de injustiça. Em um universo social e legal em expansão, justiça/injustiça não é um jogo de soma zero, ao contrário, ambos crescem juntos. Paradoxalmente, a quantidade total de injustiça não é apenas algo que podemos reduzir ou devemos querer reduzir porque a injustiça cresce com o avanço da inventividade, do conhecimento e da capacidade humanos – e muito possivelmente mais rápido do que podemos institucionalizar justiça. Consequentemente, é provável que a compreensão simbólica dos direitos chegue antes das modificações de arranjos sociais necessárias para tornar suas reivindicações rotineiras e ordinárias.

Em segundo lugar, em um mundo de capacidades em expansão e expectativas em crescimento, onde queixas de injustiça proliferam, não podemos evitar a necessidade de racionamento da justiça. Justiça não é gratuita. Usa recursos – dinheiro, organização e, não menos, um limitado suprimento de atenção. Cada investimento dessa natureza envolve correspondentes custos de oportunidade. E justiça não é a única coisa

que desejamos. Poucos sustentariam que uma demanda menos prioritária por justiça poderia usufruir de prioridade em relação a todos nossos outros objetivos. Algumas pretensões podem ser atendidas, mas não todas. Ao decidir quais são as candidatas dignas de dispêndio de recursos de acesso à justiça, não podemos confiar no senso comum, pois este é um resíduo instável de entendimentos que são comprometidos pelo avanço da tecnologia e pela mudança de percepções. O que antes eram demandas frívolas agora são consideradas demandas sérias e legítimas, por exemplo, dano emocional ou assédio sexual. Uma demanda frívola é aquela que está claramente fora dos limites de demandas reconhecidas pela teoria existente. Mas a fronteira em movimento sugere que muitas dessas demandas, que são atualmente vistas como inadmissíveis, eventualmente serão colocadas dentro dos limites das demandas reconhecidas. Consideremos como demandas “estranhas”: o direito a uma aparência atraente; o direito de que minha doença rara seja objeto de pesquisas; o direito de proteção contra a sedução de comidas rápidas e que engordam; o direito à manipulação genética para resistir a tais seduções; o direito a um clima agradável; o direito de criar crianças geneticamente modificadas (“*designer children*”); o direito a uma reparação pela desonra e privação infligida aos seus ancestrais<sup>45</sup>. Qual dessas demandas poderá ser alcançada pela fronteira em movimento? Quais podemos seguramente afirmar que não serão? Inversamente, há casos em que as atuais fronteiras de proteção e tutela irão retroceder?<sup>46</sup>

Essas novas demandas de ponta, muitas qualificadas pela riqueza daqueles que as afirmam e pelo alto custo de sua reivindicação, não suplantarão as demandas básicas dos mais vulneráveis: demandas por proteção contra abuso, por investigações criminais, por tutela em acidentes de trabalho e por tutela contra fraude ao consumidor. As demandas básicas de acesso à justiça se

<sup>44</sup> BUCHANAN, Allen et al. *From chance to choice: genetics and justice*, 63, 2000.

<sup>45</sup> Sobre a crescente prevalência de tais demandas, ver GALANTER, Marc. *Righting old wrongs*. In: MINOW, Martha; ROSENBAUM, Nancy L. (Eds.). *Breaking the cycles of hatred: memory, law and repair*, 107, 2002; ver também BROOKS, Roy L. (Ed.). *When sorry isn't enough: the controversy over apologies and reparations for human injustice*, 1999.

<sup>46</sup> Pode haver retrações no âmbito da injustiça, ou ao menos da zona em que é tida como remediável por instituições públicas. Então, temos visto a eliminação de remédios para a quebra de promessa de casamento, alienação de afeições, e assim por diante, e um declínio nas proteções contra violações do senso de honra.

multiplicarão enquanto novos territórios de demandas complexas e problemáticas serão incorporados à agenda a um ritmo sempre crescente.

Nesses novos territórios, os problemas de igualdade de meios e competências podem ser acentuados. A fronteira em movimento da justiça multiplica o número de disputas em que as condições de participação igualitária não estão presentes<sup>47</sup>. Na maior parte, os avanços da capacidade e controle humanos que impulsionam a fronteira da justiça estão localizados em ou gerenciados por pessoas artificiais (“PAs”) – corporações, governos, organizações – não por pessoas naturais. Esses atores produzem novas injustiças não porque sejam “caras maus”, mas por serem, em muitos casos, muito bons naquilo que têm de fazer. Dessa forma, a aspiração ao Acesso à Justiça nos traz o problema da competição com esses atores corporativos, que sabemos geralmente serem jogadores mais qualificados do que as pessoas físicas no jogo jurídico<sup>48</sup>.

Curiosamente, este vasto horizonte por Acesso à Justiça se desenrola ao mesmo tempo em que a lei, os advogados e as instituições jurídicas são objeto de suspeita e desprezo por muitos grupos de elite (empresários, políticos, acadêmicos, imprensa), que estão convencidos de que a sociedade sofre de “excesso de direito”<sup>49</sup>. O otimismo acerca da resolução de problemas e o grande florescimento do interesse e do investimento de energia em esquemas inovadores para a justiça corretiva (processamento internacional de criminosos de guerra e ditadores brutais, corrigindo antigos erros, compensando vítimas de terrorismo) convivem lado a lado com o pessimismo sobre a justiça distributiva voltada para o futuro (deterioração da rede de seguridade universal). Embora o Acesso à Justiça tenha iniciado como um meio de ampliação das oportunidades para a justiça corretiva, a fronteira em movimento faz desmoronar a distinção entre justiça corretiva e distributiva. A escolha sobre qual iniciativa corretiva deve ser perseguida é uma decisão distributiva “política”. Racionar e priorizar oportunidades para a justiça distribu-

tiva dissolve a ilusão de que a justiça existe no reino da legalidade técnica e é distinta da política. Instituições e agendas politicamente diversas e rivais já são uma particularidade familiar do mundo do direito de interesse público. Não devemos nem estar surpresos nem infelizes em ver uma diversidade semelhante nos programas de acesso à justiça.

#### REFERÊNCIAS

ABEL, Richard L. *A comparative theory of dispute institutions in society*. 8 LAW & SOC'Y REV. 217, 1974.

ALDERMAN, Richard M. The future of consumer law in the United States: hello arbitration, bye-bye courts, so-long consumer protection. In: PARTY, Deborah *et al.* (Eds.). *The yearbook of consumer law*, 2009.

BROOKS, Roy L. (Ed.). *When sorry isn't enough: the controversy over apologies and reparations for human injustice*, 1999.

BUCHANAN, Allen *et al.* From change to choice: genetics and justice, 63, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*, 27 BUFF. L. REV. 181, 1978.

\_\_\_\_\_. *Alternative dispute resolution processes within the framework of the worldwide access to justice movement*, 56 MOD. L. REV. 282, 1993.

\_\_\_\_\_. *Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of “constitutional justice”*, 35 CATH. U. L. REV. 1, 1985.

\_\_\_\_\_. *Access to justice and Welfare State*, 4, 1981.

\_\_\_\_\_. GORDLEY, James; JOHNSON JR. Earl. *Toward equal justice: a comparative study of legal*

<sup>47</sup> HADFIELD, Gillian. The price of law: how the market for lawyers distorts the justice system, 98 MICH. L. REV. 953, 2000. Gostamos de pensar o sistema legal como um espaço de remédios e proteções para os lesionados e desfavorecidos. Mas a criação de instituições especializadas traz no seu rastro diferentes níveis de capacidade para usá-los e então amplificar as diferenças ao mesmo tempo em que as superam.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

aid in modern societies, 1975.

CARTER, Jimmy; SPANN JR., William B.; BURGER, Warren. *President Carter's attack on lawyers, president spans response, and chief justice Burger's remarks*, 64 A.B.A. J. 840, 844, 1978.

CARTWRIGHT, Bliss. *Conclusion dispute and reported cases*, 9 LAW & SOC'Y REV. 163, 1975.

\_\_\_\_\_. *et al. Introduction: litigation and dispute processing*, 8 LAW & SOC'Y REV. 5, 1974.

\_\_\_\_\_. *Special issue on disputes processing and civil litigation*, 15 LAW & SOC'Y REV., No. 3/4, 1980-1981.

CLERMONT, Kevin M.; EISENBERG, Theodore. *Litigation realities*, 88 CORNELL L. REV. 119, 2002-2003.

CURRAN, Barbara A. *The legal needs of the public: the final report of a national survey*, 1977.

DAUER, Edward A. *A wider notion of unmet legal needs in American Bar Association* [artigo apresentado na Conferência sobre Acesso à Justiça nos anos 1990]. Nova Orleans, 1989. CIVIL JUSTICE: AN AGENDA FOR THE 1990s.

DELLA NOCE, Dorothy J. *Mediation theory and policy: the legacy of the pound conference*, 17 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 545, 2002.

EDELMAN, Lauren; SUCHMAN, Mark. *When the 'haves' hold court: the internalization of disputing in organizational fields*, 33 LAW & SOC'Y REV. 941, 954, 1999.

FELSTINER L. F. et al. *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631, 1980-1981.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Total justice*, 1985.

GIBBS, Jack P. *Crime, punishment and deterrence*, 39, 219, 1975.

\_\_\_\_\_. *Punishment deterrence: theory, research and penal policy*. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton (Eds.). *Law and the social sciences*, 319, 1986.

GOSSET, William T. *Access to justice: the true significance of legal aid*. 40 A.B.A. J. 111, 1954.

GALANTER, Marc. *The radiating effects of courts*. In: BOYUM, Keith O.; MATHER, Lynn (Eds.). *Empirical theories about courts* 117, 124-27, 1983.

\_\_\_\_\_. *Adjudication, litigation and related phenomena*. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton (Eds.). *Law and social sciences* 151, 215-220, 1986. 42 (1994).

\_\_\_\_\_. *Righting old wrongs*. In: MINOW, Martha; ROSENBAUM, Nancy L. (Eds.). *Breaking the cycles of hatred: memory, law and repair*. 107, 2002.

\_\_\_\_\_. *The turn against law: the recoil against expanding accountability*. 81 TEX. L. REV. 285, 2002.

\_\_\_\_\_. *Predators and parasites: lawyer-bashing and civil justice*, 28 GA. L. REV. 633, 640.

\_\_\_\_\_. *The vanishing trial: an examination of trials and related matters in federal and state courts*, 1 J.OF EMPIRICAL LEGAL STUD. 459, 2004.

\_\_\_\_\_. *Law abounding: legalization around the North Atlantic*. 55 MOD. L. REV. 1, 1992.

\_\_\_\_\_. *Planet of the APs: reflections on the scale of law and its users*. 53 BUFF.L. REV. 1.369, 1.381-1.398, 2006.

\_\_\_\_\_. *A world without trials?* J. DISP. RESOL. 7, 2006.

\_\_\_\_\_; EDWARD, Mark Alan. *Introduction: the path of the law* Ands, 1997 Wis. L. REV. 375, 1997.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

- GARTH, Bryant G. *Tilting the justice system: from ADR as idealistic movement to a segmented market in dispute resolution*, 18 GA. ST. U. L. REV. 927, 931-932, 2002.
- GROSS, Samuel R.; SYVERUD, Kent D. *Getting to no: a study of settlement negotiations and the selection of cases for trial*, 90 MICH. L. REV. 319, 1991.
- HADFIELD, Gillian K. *Higher demand, lower supply? A Comparative assessment of the legal resource landscape for ordinary americans*, 37 FORDHAM URB. L.J. 129, 151, 2010.
- \_\_\_\_\_. *The price of law: how the market for lawyers distorts the justice system*, 98 MICH. L. REV. 953, 2000.
- HEISE, Michael. *The past, present and future of empirical legal scholarship: judicial decision making and the new empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819, 2002.
- HOLBROOK, James R.; GRAY, Laura M. *Court annexed alternative dispute resolution*, 21 J. CONTEMP. L. 1,4, 1995.
- INSTITUTE FOR CIVIL JUSTICE. *A report on the first four program years*. April 1980-March 1984.
- KEETON, Robert. *Venturing to do justice: reforming private law*, 1969.
- KIDDER, Robert. L. *The end of the road? Problems in the analysis of disputes*, 15 LAW & SOC'Y REV. 717, 1980-1981.
- MACAULAY, Stewart. *Non-contractual relations in business: a preliminary study*, 28 AM. SOC. REV. 55, 1963.
- MARDEN, Orison S. *Equal access to justice: the challenge and the opportunity*, 19 WASH & LEE. REV. 153, 1962.
- \_\_\_\_\_. *Access do justice special issue*, 22 (3) MCGILL L. J., 1976.
- MAYHEW, Leon. *Institutions of representation: civil justice and the public*, 9 LAW & SOC'Y REV. 401, 1974.
- McADOO, Bobbi; WELSH, Nancy A. *Look before you leap and keep on looking: lessons from the institutionalization of court-connected mediation*, 5 NEV. L.J. 399, 2004-2005.
- NELSON, William E. *The legalist reformation: law, politics and ideology in New York, 1920-1980* 185-187, 2001.
- POSNER, Richard A. *The sociology of the sociology of law: a view from economics*, 2 EUR. J. L. & ECON. 265, 1995.
- QUIGLEY, William P. *The unmet civil legal needs of the poor in Louisiana*, 19 S.U. L. REV. 273, 1992.
- RESNIK, Judith. *Many Doors? Closing doors alternative dispute resolution and adjudication*, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211, 1995.
- REUBEN, Richard C. *Focus on the RAND Report: perspectives on the RAND Report: the dialogue continues*. 4 DISP. RESOL. MAG. 3, 1997.
- SANDER, Frank E.A. *Varieties of dispute processing*, 70 F.R.D. 111, 1976.
- SCHLANGER, Margo. *Inmate litigation*, 116 HARV. L. REV. 1555, 2003.
- SCHMITZ, Amy J. *Dangers of deference to form arbitration provisions*, 8 NEV. L.J. 37, 2007.
- SCHWARTZ, David S. *Enforcing small print to protect big business: employee and consumer rights claims in the age of compelled arbitration*. Wis. L. REV. 33, 1997.
- SCULLY, John C. *Mandatory ProBono: an attack on the institution*, 19 HOFSTRA L.REV. 1229, 1991.

SHKLAR, Judith N. *The faces of injustice*, 51-82, 1990.

STERNLIGHT, Jean. *Is the U.S. out on a limb? Comparing the U.S. approach to mandatory consumer and employment arbitration to that of the rest of the world*, 56 U. MIAMI L. REV. 831, 2002.

STIPANOWICH, Thomas J. *The growth and impact of 'alternative dispute resolution' and conflict management systems*, I J. EMPIRICAL L. STUD. 841, 2004.

STREETER-SCHAEFER, Holly A. *A look at court mandated civil mediation*, 49 DRAKE L. REV. 367, 2001.

TRUBEK, David M. *The construction and deconstruction of a disputes-focused approach: an afterword*, 15 LAW & SOC'Y REV. 727, 1980-1981.

WILSON, H. W. *Texto integral ao índice de periódicos legais*. Disponível em: <<http://www.hwwilson.com/databases/legal.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

**O DIREITO NA SEMI-PERIFERIA  
UMA TEORIA AMBICIOSA REVISITADA  
À LUZ DA INVESTIGAÇÃO  
JURISSOCIOLÓGICA RECENTEMENTE  
REALIZADA EM PORTUGAL<sup>i</sup>**

**LAW IN THE SEMI-PERIPHERY  
REVISITING AN AMBITIOUS THEORY  
IN THE LIGHT OF RECENT  
PORTUGUESE SOCIO-LEGAL RESEARCH**

Pierre Guibentif<sup>ii</sup>

*Sumário:* Sumário: I Introdução. II Enquadramento institucional, evolução histórica e situação actual. III Um possível tema integrador: a teoria da semi-periferia. IV Será que a recente investigação sócio-jurídica confirma as características “semi-periféricas” do direito em Portugal? *A influência internacional sobre a produção do direito. Pressões por parte de países do centro da Europa. Forças sociais em Portugal pouco organizadas e desempenhando um papel menor nos processos de produção do direito. Mediações insuficientes*

*entre a legislação e a prática do direito. Compartimentação do aparelho de Estado. Desfasamentos no seio do sistema legal. Informação insuficiente dos não especialistas; cobertura mediática. Forte influência do governo sobre o sistema jurídico. Cultura jurídica nacional fortemente influenciada pela cultura jurídica internacional. Um nível globalmente elevado de inefectividade. Resultados de investigação que não correspondem à teoria da semi-periferia.* V Conclusão. Referências.

<sup>i</sup> Versão actualizada de um texto publicado inicialmente na revista *International Journal of Law in Context* (2014, vol. 10, núm. 04, p. 559-561), no âmbito de um conjunto de balanços nacionais da investigação em sociologia do direito, organizado por David Nelken. A presente versão é publicada com a amável autorização da Cambridge University Press.

<sup>ii</sup> Dinâmica CET-IUL, ISCTE-IUL Instituto Universitário de Lisboa. E-mail: pierre.guibentif@iscte.pt. Telefone (directo): 00 351 21 790 34 60.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

**Resumo**

Apesar de existir em Portugal uma considerável produção científica em matéria de sociologia do direito, não existe na actualidade nenhum mecanismo – não existe revista especializada e a secção temática “Sociologia do Direito e da Justiça” foi criada há muito pouco tempo – que facilite alguma integração deste campo. Numa tentativa de propor um balanço global desta produção, o presente artigo toma como ponto de partida a teoria da semi-periferia formulada por Boaventura de Sousa Santos nos anos 1980, e examina em que medida os resultados das investigações sócio-jurídicas levadas a cabo nas últimas décadas se deixam conciliar com esta teoria. A conclusão que se pode retirar deste exercício é que a teoria da semi-periferia – desde que actualizada para melhor tomar em consideração os recentes processos de globalização – continua a oferecer um esquema conceptual útil para a reflexão sobre as condições sociais, económicas e políticas nas quais o direito pode tornar-se uma ferramenta para o auto-governo das colectividades humanas.

**Palavras-chave:** Sociologia do direito em Portugal. Semi-periferia. Teoria da semi-periferia de Boaventura de Sousa Santos.

**Abstract**

There is currently no mechanism – no journal; no learned society until the very recent creation of the “Sociology of Law and Justice” section of the Portuguese Sociological Association, just a few months ago – somehow integrating Portuguese sociology of law, despite a considerable academic production. In an attempt to appreciate globally and substantially this production, this paper takes as a starting point the theory of semi-periphery formulated by Boaventura de

Sousa Santos in the 1980s and revisits the findings of socio-legal research carried out in Portugal over the recent decades in the light of that theory. The conclusion that can be drawn from this exercise is that the theory of semi-periphery – provided it is upgraded in order to better take into account features of recent processes of globalization – still supplies a valuable framework for the reflection on the social, economic and political conditions that favour uses of the law as a tool for human groupings to govern themselves.

**Keywords:** Portuguese Sociology of law. Semi-periphery. Boaventura de Sousa Santos’ theory of semi-periphery.

**1 INTRODUÇÃO**

Atualmente, não existe em Portugal nenhuma fonte de informação que possa fornecer a leitores interessados um acesso cómodo ao que se faz em sociologia do direito. A secção “Sociologia do Direito e da Justiça” da Associação Portuguesa de Sociologia foi criada há pouco tempo, no início do ano 2015<sup>1</sup>, e não existe, neste momento, nenhuma revista académica especializada nesta temática<sup>2</sup>. Nestas circunstâncias, face ao desafio de propor um balanço actualizado da sociologia do direito em Portugal, afigura-se aconselhável começar por uma breve descrição dos desenvolvimentos recentes das ciências sociais em geral neste país (II). Isto poderá ajudar-nos a situar e caracterizar a literatura sócio-jurídica – aliás de um volume considerável – produzida ao longo destas últimas décadas<sup>3</sup>. Poderá também ajudar-nos na identificação – que ensaiaremos na secção seguinte (III) – de um tema que possa fornecer um

<sup>1</sup> A decisão de requerer a criação de uma Secção “Sociologia do Direito e da Justiça” no seio da Associação Portuguesa de Sociologia foi tomada por um grupo de investigadoras e investigadores reunidos na ocasião do VIII Congresso da Associação Portuguesa de Sociologia, que teve lugar em Évora, em abril de 2014. Uma vez eleita, em dezembro de 2014, a primeira coordenação da futura secção, a criação desta foi ratificada pela APS, em março de 2015. Ver a página oficial da secção: <http://www.aps.pt/index.php?area=318>.

<sup>2</sup> Uma situação muito diferente da que prevalece, por exemplo, em França (Israël, 2013), na Alemanha (Machura, 2012, p. 517), na Itália, no Japão (Murayama, 2013), nos Países Baixos (Hertogh, 2012, p. 140), no Reino Unido ou nos Estados Unidos da América. Também se distingue do que se passa no Brasil, onde a Associação de Pesquisadores em Sociologia do Direito, fundada em 2010, publica a presente revista desde 2011.

<sup>3</sup> Esta literatura já tem dado lugar a vários balanços globais (Beleza, 1990a; Ferreira; Pedrosa, 2000; Cantante, 2012), o que, em si, já é um indicador da vitalidade da produção científica nesta matéria.

fio condutor para uma análise global desta literatura. Um tal tema integrador poderia ser a teoria da semi-periferia formulada nos anos 1980 por Boaventura de Sousa Santos. Uma maneira de apreciar globalmente a investigação sócio-jurídica realizada em Portugal pode consistir em confrontar os seus resultados com esta teoria. É o que se procurará fazer na quarta secção (IV). Este exercício permitir-nos-á, na conclusão, esboçar uma formulação actualizada desta teoria, assim como construir uma proposta de agenda de investigação derivada desta reformulação.

## II ENQUADRAMENTO INSTITUCIONAL, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SITUAÇÃO ATUAL

A história recente de Portugal é profundamente marcada pela transição de um regime autoritário para a democracia, em abril de 1974. Esta transição iniciou um período de desenvolvimento sustentado das ciências sociais. Centrar-nos-emos aqui no caso da sociologia. Uma primeira unidade de investigação em “investigação social”, o *Gabinete de Investigação Social* (GIS), já tinha sido criada em 1962. Sob a direcção de Adérito Sedas Nunes, lançou em 1963 a sua própria revista, *Análise Social*<sup>4</sup>. Evitou utilizar a palavra “Sociologia” na sua designação oficial. Manteve-se como iniciativa isolada durante vários anos. A primeira licenciatura em Sociologia foi lançada logo a seguir à Revolução de 1974 no *Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa* (ISCTE), um instituto universitário público com sede em Lisboa e especializado no ensino da gestão de empresas e das ciências sociais. Nos anos seguintes, as ciências sociais foram promovidas em todas as universidades portuguesas. Iniciativas de particular importância foram tomadas na Universidade de Coimbra. Em 1978, foi criado um novo centro de investigação em ciências sociais, destinado a funcionar em articulação com novos ensinamentos nestas matérias, o *Centro de Estudos Sociais* (CES)<sup>5</sup>, dirigido por Boaventura de Sousa Santos. Neste mesmo ano, este centro

lançou uma revista, a *Revista Crítica de Ciências Sociais*. As primeiras revistas académicas a utilizar a palavra “sociologia” no seu título foram *Sociologia – Problemas e Práticas*, criada em 1985 por docentes do ISCTE, e *Sociologia*, criada em 1991 por António Teixeira Fernandes, do Instituto de Sociologia da Universidade do Porto. A Associação Portuguesa de Sociologia foi fundada em 1985 e organizou o seu primeiro congresso em 1988.

A evolução posterior em Portugal da sociologia – assim como das outras ciências sociais – pode ser interpretada como sendo, em larga medida, condicionada pelo desenvolvimento do que se poderia qualificar de novo mercado da investigação. Esta evolução relaciona-se com a adesão de Portugal às Comunidades Europeias em 1986, no seguimento da qual se verificou um forte aumento da procura de dados sobre a situação social do país. A partir dessa altura, numerosos projectos de investigação foram distribuídos entre as unidades de investigação existentes na base de concursos competitivos abertos por entidades governamentais tanto europeias como portuguesas.

No domínio sócio-jurídico, um desafio de particular importância foi, no início dos anos 1990, um concurso para uma ampla investigação sobre a litigiosidade e os tribunais em Portugal, aberto pelo Centro de Estudos Judiciários, entidade que tem como missão principal a formação dos magistrados. A proposta do CES de Coimbra ganhou este concurso. A investigação levada a cabo nessa base conduziu à publicação do livro *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português* (Santos *et al.*, 1996), e, em relação à publicação deste volume, à fundação, sob a égide do Ministério da Justiça, do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, cuja direcção foi confiada a Boaventura de Sousa Santos. Este observatório produziu um notável conjunto de relatórios – a maior parte destes de acesso público<sup>6</sup> – sobre temas de política judiciária.

A transformação da investigação sociológica

<sup>4</sup> Sítio web oficial: <http://analisesocial.ics.ul.pt/>.

<sup>5</sup> Sítio web oficial: <http://www.ces.uc.pt/>.

<sup>6</sup> Sítio web oficial: <http://opj.ces.uc.pt/portugues/apresentacao/>.

portuguesa num mercado competitivo teve um forte impacto sobre a sua prática quotidiana. A sociologia do direito fornece a este respeito uma ilustração elucidativa. Em 1985, tinha-se criado, por iniciativa de Boaventura de Sousa Santos, uma *Associação Portuguesa de Estudos sobre Direito em Sociedade*, que organizou vários encontros informais de investigadores ligados a diferentes instituições, e que publicou um boletim de 1986 a 1989. A cessação destas actividades poderia ser relacionada com o acréscimo de trabalho que significou para muitos investigadores a necessidade de dar resposta à procura no mercado da investigação. A partir dos primeiros anos 1990, e por um período de aproximadamente vinte anos, não se organizou nenhum encontro que tivesse reunido os sociólogos do direito dos diferentes centros portugueses a realizar investigação sócio-jurídica.

Um inventário dos artigos publicados em Portugal nesta matéria<sup>7</sup> mostra que o mais produtivo destes centros é o CES de Coimbra, onde a temática “Direito em Sociedade” corresponde a um dos principais domínios de investigação. A prioridade dada a esta temática é confirmada pelas ligações entre o centro e o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. É um resultado directo das escolhas de especialização científica do fundador do centro: Boaventura de Sousa Santos tinha defendido nos Estados Unidos da América uma dissertação de doutoramento em sociologia do direito, baseada num trabalho de campo realizado no Brasil sobre práticas alternativas de resolução de litígios observadas numa favela próxima do Rio de Janeiro<sup>8</sup>. Quando regressou a Portugal em 1974, foi com o objectivo de desenvolver a sociologia do direito neste país<sup>9</sup>.

Realizam-se investigações sócio-jurídicas também no ISCTE-IUL em Lisboa (sobre as relações entre direito e comunicação social, entre direito e governação, entre direito e ciência,

sobre as prisões, as tecnologias de vigilância, a advocacia: Caetano, 2003; Dores, 2003; Dores; Preto 2013; Freire 2015; Frois, 2011; Gonçalves; Guibentif, 2008; Guibentif *et al.*, 2002), no CICS da Universidade do Minho – ultimamente ligado também à Universidade Nova de Lisboa – (as novas tecnologias e o seu impacto no domínio do direito, as prisões: Duarte, 2012; Gomes, 2013; Machado, 2007), na Universidade Nova de Lisboa (na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas – retórica jurídica, comportamentos desviantes, profissões jurídicas: Borges, 2005; Carvalho, 2010; Chaves, 2010 – e na Faculdade de Direito – legislação, cidadania, resolução alternativa de litígios: Hespanha, 2007; Almeida *et al.*, 2014). Também foram levadas a cabo investigações sobre temas estreitamente ligados ao domínio sócio-jurídico no ICS (instituições políticas, corrupção, confiança na justiça: Cabral, 2000; Magalhães, 1995; Sousa, 2011; Vala *et al.*, 2012), assim como na Universidade de Évora (teoria da sociedade com referência ao direito: Rocha-Cunha, 2005).

Um desenvolvimento recente importante foi o estabelecimento de uma nova fundação, dedicada a promoção da investigação sobre a sociedade portuguesa, a *Fundação Francisco Manuel dos Santos*, criada por vontade do fundador do grupo Pingo Doce, que detém uma das importantes cadeias de supermercados a operar em Portugal. Dirigida nos seus primeiros anos de existência por António Barreto, esta fundação, entre muitas outras temáticas, tem publicado numerosos trabalhos sobre temas jurídicos: a justiça económica, a Constituição, a legislação (entre outras referências, Gouveia *et al.*, 2013; Sousa, 2011; Tavares *et al.*, 2011).

Ainda que seja escassa, na actualidade, a comunicação e a cooperação entre estes centros, existe no entanto um lugar de encontro que alcançou uma importância crescente nes-

<sup>7</sup> Um acompanhamento permanente da literatura em sociologia do direito produzida em Portugal realiza-se no âmbito da unidade curricular “Sociologia do Direito” da licenciatura em sociologia do ISCTE-IUL, através de trabalhos levados a cabo pelos estudantes no âmbito do esquema de avaliação periódica da UC (Guibentif, no prelo a). Notas breves sobre artigos desta especialidade publicados nas revistas académicas portuguesas podem ser consultadas em [http://cadeiras.iscte-iul.pt/SDir/SDir\\_art.htm](http://cadeiras.iscte-iul.pt/SDir/SDir_art.htm).

<sup>8</sup> Santos (1974); versões em português de textos dando conta desta investigação foram agora reunidas em Santos (2014a).

<sup>9</sup> Convém recordar que a Revolução de Abril de 1974 teve lugar poucos anos depois de se ter manifestado, noutros países da Europa, um movimento reformista em matéria de justiça, que deu um novo fôlego à investigação sócio-jurídica. Para pormenores sobre este período no caso alemão, ver Machura (2012, p. 512 s.).

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

tes últimos anos: os congressos da Associação Portuguesa de Sociologia. Desde 2004, estes congressos são estruturados por áreas temáticas, e uma das áreas criadas neste processo, conduzido pela direcção da Associação, foi “Direito, Crime, Dependências”. Nos dois últimos congressos (Porto 2012 e Évora 2014), esta área atraiu um número considerável de participantes<sup>10</sup>. Como referido na abertura do presente artigo, acaba de ser transformada em secção temática, agora intitulada “Sociologia do Direito e da Justiça”<sup>11</sup>.

Para concluir este panorama, convém referir mais uma particularidade da investigação sócio-jurídica em Portugal: as fortes ligações entre a investigação portuguesa e a investigação levada a cabo nos outros países de língua oficial portuguesa. Depois dos seus primeiros trabalhos de terreno no Brasil, Boaventura de Sousa Santos coordenou também pesquisas sobre Cabo Verde (Santos, 1984), Macau (Santos; Gomes, 1998), e Moçambique (Santos, 2003a). Outros investigadores trabalharam sobre Macau (Hespanha, 2003) e Angola (Guedes, 2003). Nestes últimos anos, muitos investigadores brasileiros especializados em sociologia do direito participaram dos congressos da Associação Portuguesa de Sociologia e publicaram em revistas científicas portuguesas.

### III UM POSSÍVEL TEMA INTEGRADOR: A TEORIA DA SEMI-PERIFERIA

Na procura de um tema que possa fornecer um fio condutor a uma discussão geral da investigação sócio-jurídica realizada em Portugal, faz sentido tomar como ponto de partida os debates nos quais interveio Boaventura de Sousa Santos, tendo em conta a posição central deste autor. Dois destes debates parecem particularmente importantes.

O primeiro é o debate português sobre a pós-modernidade, que teve lugar nos últimos anos

1980. Começou com um seminário organizado na Universidade Nova de Lisboa. Boaventura de Sousa Santos, que já tinha apresentado uma comunicação sobre a pós-modernidade nos Estados Unidos da América, em Madison, no Amherst College (Santos, 1988), era um dos intervenientes. Defendeu neste seminário uma tese que inspirou muitos dos trabalhos levados a cabo mais tarde no CES de Coimbra. Portugal, enquanto país semi-periférico, não teria cumprido integralmente o projecto da modernidade. No entanto, isto poderia constituir um trunfo para o país; este poderia, a vários níveis, passar directamente de uma etapa pré-moderna para uma etapa pós-moderna de desenvolvimento, não caindo, desta maneira, nos erros da modernidade (Santos, 1988/1994)<sup>12</sup>. Um destes erros teria sido estabelecer uma distinção demasiado nítida entre o senso comum e os saberes especializados, assim como entre os diferentes saberes especializados, conferindo assim um poder excessivo a uma elite de peritos sobre os não especialistas. O que estaria em causa, partindo deste diagnóstico, seria desenvolver um “novo senso comum” (ver o título do livro publicado em inglês alguns anos mais tarde: Santos, 1995), no âmbito do qual se trataria de conjugar a política, o direito, a ciência, assim como o saber quotidiano dos não especialistas. Esta tese suscitou reacções, em particular por parte de outros sociólogos portugueses. Diversas comunicações apresentadas no segundo congresso da Associação Portuguesa de Sociologia, em fevereiro de 1992, podem ser lidas como respostas a este posicionamento (Fernandes, 1993; Pinto, 1993). Nestas comunicações, defende-se nomeadamente a manutenção de uma distância apropriada entre a ciência e o senso comum, embora se reconheça que a ciência, e em particular a sociologia, necessita de se tornar mais reflexiva, e de prestar mais atenção às mudanças culturais que marcam o senso co-

<sup>10</sup> 37 comunicações e 4 posters apresentados em 2012 ; 34 comunicações e 4 posters em 2014: para referências completas ver [http://cadeiras.istcte-iul.pt/SDir/SDir\\_doc\\_APS.htm](http://cadeiras.istcte-iul.pt/SDir/SDir_doc_APS.htm); ver também o site oficial da APS: <http://www.aps.pt>.

<sup>11</sup> Ver *supra* nota 2.

<sup>12</sup> Em possíveis futuros desenvolvimentos de sociologia jurídica comparada – depois do estimulante exercício “Law in other contexts”, do qual resulta o presente artigo (ver *supra* nota 1) – valeria a pena estudar as diferenças entre as atitudes face à modernidade dos países ocidentais centrais de Sousa Santos, em Portugal, e Kawashima, no Japão (Murayama, 2013). Curiosamente, abordagens diferentes, marcadas por épocas históricas diferentes, conduziram a esquemas conceptuais comparáveis na maneira como procuram melhor identificar a intrigante mistura de elementos jurídicos e não jurídicos que fez a força do direito ocidental.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

mum do nosso tempo.

O segundo debate teve lugar num contexto político. Em 1996, foi constituída pelo governo português uma *Comissão do Livro Branco da Segurança Social*, cujos trabalhos deviam fornecer bases analíticas para uma reforma global do sistema português de segurança social. Boaventura de Sousa Santos foi nomeado como membro deste grupo, tendo publicado, com outros investigadores do CES, artigos sobre as políticas sociais em Portugal (Santos; Hespanha, 1987). Alguns membros desta comissão defendiam posições inspiradas pela doutrina promovida nessa época pelo Banco Mundial. Em oposição a esta doutrina, outros membros, incluindo Boaventura de Sousa Santos, apresentaram a sua concepção da segurança social num livro (Santos *et al.*, 1998), o que deu visibilidade pública ao debate entre os que defendiam o desenvolvimento de um mercado de esquemas complementares de pensões oferecidos por fundos privados, e os que defendiam o reforço do sistema público de segurança social. Isto deu a Boaventura de Sousa Santos a oportunidade de formular um argumento que retomou em várias ocasiões nos anos que se seguiram: a necessidade de as respostas aos desafios da globalização serem organizadas numa base local e nacional. Pode estabelecer-se uma ligação directa entre esses debates dos anos 1990 sobre a segurança social e os debates actuais sobre a crise financeira, e sobre as políticas de austeridade recentemente impostas a Portugal pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional<sup>13</sup>. Boaventura de Sousa Santos participou destes debates, em particular apoiando a organização, em 2012, de um *Congresso Democrático das Alternativas*, e lançando, nessa mesma altura, um *Observatório sobre Crises e Alternativas*<sup>14</sup>.

Estes dois debates tiveram lugar a alguma distância do domínio jurissociológico. Têm, no entanto, na obra de Boaventura de Sousa Santos,

uma origem comum: o seu artigo sobre Portugal na semi-periferia do sistema mundial (Santos, 1985/1990)<sup>15</sup>, um artigo que aborda várias questões de sociologia do direito. Recordemos o argumento principal. Portugal seria caracterizado por uma descoincidência entre a produção e a reprodução (estes conceitos serão aprofundados mais adiante), assim como, nestes dois planos, por uma desarticulação entre o enquadramento institucional e as práticas quotidianas, o que acarretaria, em particular, uma elevada taxa de inefectividade da legislação portuguesa. O argumento da pós-modernidade, acima sintetizado, consiste em desistir do esforço de conciliar estes dois níveis, e de apostar em formas locais de conhecimento e de legalidade. Este argumento conduz Boaventura de Sousa Santos a dar uma importância primordial a um conceito amplo de pluralismo jurídico: o direito estadual é apenas uma entre muitas outras formas de legalidade; os sociólogos deveriam estar muito atentos às outras formas de legalidade, e estas deveriam desempenhar um papel societal mais relevante. O argumento da estratégia nacional nos processos de globalização, por sua vez, apoia-se na assunção segundo a qual ainda seria possível, e necessário, reestabelecer pontes, à escala nacional, entre o senso comum e a actividade do Estado, por exemplo, pelo meio de políticas promovendo o acesso ao direito.

Considerando, por um lado, o lugar ocupado por Boaventura de Sousa Santos no campo dos estudos sócio-jurídicos em Portugal, e, por outro lado, a relevância do motivo da semi-periferia nos debates dos quais participou, na formulação do seu programa de investigação em sociologia do direito, assim como nos relatos que ele próprio dá, actualmente, das suas experiências de investigador em Portugal (Jerónimo; Neves, 2012, p. 692, 696), este motivo parece indicado para orientar uma apreciação geral da recente produção científica portuguesa em sociologia do

<sup>13</sup> Sobre este recente período de crise, ver nomeadamente, numa perspectiva principalmente económica, Mamede (2015), e, numa perspectiva mais política, Pureza (2015). Para uma síntese dos acontecimentos e uma proposta de interpretação sociológica à luz da teoria dos sistemas, Guibentif (no prelo b).

<sup>14</sup> Ver o sítio *web* deste observatório: <http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/>

<sup>15</sup> Este artigo foi publicado primeiro na revista do ICS, *Análise Social*, e reeditado, com alguns complementos, numa colectânea de artigos publicada em 1990, sob o título *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)* (Santos, 1990a). Desenvolve argumentos apresentados quase ao mesmo tempo num artigo publicado em inglês (Santos, 1986), artigo esse que mereceu um comentário crítico de Manuel Villaverde Cabral (1987).

direito.

Isto conduz a um método de análise desta produção que poderia ser justificado nos termos seguintes. Tomaremos as ideias sobre o direito que Boaventura de Sousa Santos organizou à volta do motivo da semi-periferia como o que Merton teria chamado uma teoria de alcance intermédio (Merton, 1968/1970), e examinaremos se esta teoria é conciliável com os resultados das investigações de outros autores, ou se permite interpretações sugestivas destes resultados. No entanto, se levarmos a sério os ensinamentos de Merton, este exercício exige que, num primeiro passo, se procure “codificar” a teoria que pretendemos aplicar nesta discussão de resultados empíricos. Este passo preliminar afigura-se aconselhável também por uma razão histórica. Diferentemente dos argumentos sobre a pós-modernidade e sobre Portugal no processo da globalização, o argumento da semi-periferia não deu lugar a uma discussão desenvolvida<sup>16</sup>.

Um esforço de codificação do argumento de Boaventura de Sousa Santos sobre a semi-periferia implica que se identifique precisamente o lugar que nele ocupa o direito. De facto, os dois principais conceitos em Santos (1985/1990), como o indica o título do artigo, são o Estado e a Sociedade, ficando o direito no segundo plano. Aliás, o direito aparece apenas na segunda parte do artigo, na discussão da “desarticulação” interna das duas esferas sociais, por um lado a produção – o universo das empresas que produzem bens e serviços – e, por outro lado, a reprodução – universo de unidades domésticas nas quais a força de trabalho é reproduzida (Santos, 1985/1990, p. 126 s.). Aí, o direito aparece como um instrumento pelo meio do qual o Estado procura actuar simultaneamente sobre a esfera da produção e sobre a esfera da reprodução. Neste ponto, Sousa Santos apresenta um amplo leque

de exemplos de legislação que permanecem inefectivas (p. 137 s.), sugerindo pela construção do artigo uma ligação entre estes casos de inefectividade e três outros factos: (i) um enquadramento institucional e jurídico que seguiria o “modelo corrente nos países capitalistas centrais” (p. 130); (ii) um enquadramento – aqui residiria, segundo Sousa Santos, uma diferença essencial entre a semi-periferia e os países centrais – que não resultaria “de um processo social lento, um processo de desenvolvimento orgânico, de maturação cognitiva e de organização autónoma” (p. 132); (iii) uma discrepância entre o nível “jurídico-institucional” da actividade do Estado (feitura das leis, criação de entidades encarregues da sua implementação) e a “prática estatal concreta e efectiva” (p. 135). O artigo em análise não aprofunda o relacionamento entre estes três factos. Explicitá-lo é um dos objectivos da proposta de codificação que se vai apresentar agora.

Um primeiro passo neste esforço de codificação consiste em identificar os elementos da realidade social contemplados – explícita ou implicitamente – nos fragmentos referidos. Boaventura de Sousa Santos aborda aqui o que ele chama noutra parte, o “sistema inter-estadual” (Santos, 1986, p. 193). Quais são os elementos desta realidade? Em primeiro lugar, temos uma pluralidade de Estados e, entre estes muitos Estados, relações de desigualdade, que são comparadas com as que existem entre classes sociais (Santos, 1986, p. 191). Em segundo lugar, como o sugere a principal oposição conceptual que dá o seu título ao artigo, temos sociedades, as quais se relacionam com cada um dos Estados, um relacionamento questionado logo no início do artigo: “Quais são os limites da acção estatal e, portanto, quais são as interfaces da acção estatal com a acção societal?” (Santos, 1985/1990, p. 113). Em terceiro lugar, realça-se a estrutura complexa dos

<sup>16</sup> O texto sobre Portugal na semi-periferia do sistema mundial foi apresentado por Boaventura de Sousa Santos num colóquio organizado em 1985 pelo ICS e foi publicado em primeiro lugar na revista do ICS – como recordado na nota anterior. Um caso notável de cooperação interinstitucional. O convite tinha sido dirigido a Sousa Santos por Manuel Villaverde Cabral, investigador no ICS, que faz uma apreciação muito crítica da análise da realidade social portuguesa proposta por Boaventura de Sousa Santos. Villaverde Cabral, porém, nas suas publicações da época, não aprofundou o tema da semi-periferia (Cabral, 1987). Manifestava a sua distância face a Sousa Santos, dando grande ênfase, entre as suas principais referências teóricas, à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que considera uma alternativa valiosa às teorias críticas nas ciências sociais. Neste sentido, ver Cabral (1999), onde é defendido um raciocínio oposto à teoria crítica explicitamente apoiado na obra de Luhmann. Manuel Villaverde Cabral confirma esta posição – de crítica à sociologia crítica de Sousa Santos, e qualificando as propostas teóricas de Luhmann como uma maneira acertada de abordar a sociedade moderna – numa entrevista publicada recentemente em Portugal: “Manuel Villaverde Cabral: O encanto da sociologia” *Público* 2, 19 de Janeiro de 2014: 16-20.

Estados, que se deve, por um lado, à variedade das suas actividades (Santos, 1985/1990, p. 141); e, por outro lado, à distância – crucial para a presente discussão – entre a “matriz jurídico-institucional” e a “prática estatal concreta e efectiva” (p. 135). Neste artigo, esta distância relaciona-se com a distinção entre “Estado formal” e “Estado informal” (Santos, 1985/1990, p. 136; Santos, 1986, p. 188). Considerando que, de acordo com o modelo que estamos aqui a reconstruir, existe uma sociedade fora do Estado, e que nos encontramos num contexto marcado pelas noções de centro e de periferia, estas distinções sugerem a imagem de Estados que teriam uma certa extensão; com partes, nas suas periferias, em contacto directo com a sociedade, e outras partes, centrais, a uma certa distância da sociedade.

Os três elementos assim identificados podem ser agora combinados no que poderemos chamar a teoria da semi-periferia. Mais precisamente, parece possível formular duas versões de uma tal teoria, de acordo com as relações de causalidade introduzidas no modelo. Podem encontrar-se as duas versões no artigo em discussão. Poderiam ser combinadas num único modelo, mais complexo, mas faz algum sentido, para o presente exercício de codificação, enunciá-las separadamente. Uma versão diz que as características de uma sociedade nacional – a descoincidência entre a esfera da produção e a da reprodução – permitem ao Estado lidar com situações económicas críticas sem desenvolver completamente mecanismos que existem noutros Estados para enfrentar problemas económicos análogos; o que dá ao Estado características que merecem ser qualificadas de semi-periféricas (características da sociedade → características semi-periféricas do Estado; neste sentido, Santos, 1986, p. 192). Segundo a outra versão, existiriam Estados que, devido à sua posição no sistema inter-estadual, desenvolveriam características que são prejudiciais à sua relação com a sociedade (posição semi-periférica do Estado → características do Estado → relação Estado-sociedade; neste senti-

do: Santos, 1985/1990).

Estamos agora em condição de situar mais precisamente o direito neste modelo da realidade social. O direito é mencionado explicitamente como relacionado com o centro do Estado; ver a expressão “matriz jurídico-institucional”. Aqui, o adjectivo “jurídico” designa apenas um dos múltiplos fenómenos que Sousa Santos quer abranger pelo meio do conceito amplo de direito que defende. De acordo com a sua terminologia, o que está aqui em causa é, mais precisamente, o “direito territorial”, que é o tipo de direito que corresponde aos Estados como contexto estrutural da prática social<sup>17</sup>. Desta maneira, a teoria da semi-periferia diz respeito, em primeira linha, ao direito estadual. Mas também são referidos outros tipos de direito. De facto, a noção de “quotidiano da regulação social” (Santos 1986/1990, p. 135), associada à noção, acima referida, de “prática estatal concreta e efectiva”, introduz um outro aspecto da realidade jurídica: a aplicação de normas jurídicas por entidades administrativas operando na periferia do Estado, em contacto directo com a sociedade. A teoria da semi-periferia realça a distância entre estes dois tipos de direito.

Mais especificamente, o que diz a teoria da semi-periferia, baseada no modelo da realidade social que se acaba de reconstituir, sobre o direito? Num primeiro plano, reitera a tese clássica da sociologia do direito: existe um hiato entre o direito escrito e o direito em acção (“law-in-books” / “law-in-action”; Santos, 1986, p. 180)<sup>18</sup>. Mas acrescenta a esta tese hipóteses explicativas mais específicas. Diz que num país como Portugal vale a pena, na procura de explicações para a inefectividade de certos textos legais, ter em conta as características semi-periféricas do Estado e da sociedade.

Estas características podem corresponder ao que poderemos chamar mecanismos estruturais de neutralização do direito. Se o direito não é aplicado, isto deve-se a características do aparelho de Estado. Isto pode ser derivado dos exem-

<sup>17</sup> Para uma apresentação esquemática dos diferentes tipos de direito que distingue Sousa Santos, ver as tabelas que se encontram em Santos (1990b, p. 33) e (1995, p. 417). A comparação entre estas duas tabelas permite, aliás, reconstruir as diferentes evoluções no pensamento de Sousa Santos ao longo dos anos 1990.

<sup>18</sup> Para uma síntese da discussão deste motivo na sociologia do direito, ver Hertogh (2012, p. 146 s.).

plos introduzidos por Sousa Santos nos pontos “Não aplicação da lei” e “Aplicação selectiva da lei” do artigo em análise (Santos, 1985/1990, p. 137 s.). Entidades necessárias para a implementação de certos diplomas legais não foram criadas; foram tomadas decisões governamentais no sentido de não aplicar determinada legislação. A característica estrutural destas situações exprime-se na noção de “Estado paralelo”, que visa à discrepância entre o “Estado formal” e o “Estado informal” (Santos, 1986, p. 188). A realidade sobre a qual Sousa Santos quer chamar a nossa atenção não é um conjunto de casos ocasionais de inobservância; trata-se de inobservância organizada: “Em Portugal, o Estado que produz a legalidade formal e oficial, também é, de alguma maneira (através de políticas negativas), o produtor de legalidade informal, não oficial” (Santos, 1986, p. 180).

A teoria da semi-periferia procura estabelecer ligações significativas entre estes casos de não observância organizada e as características dos países semi-periféricos. De acordo com o artigo, a dualidade do Estado deve-se ao facto de a discrepância interna que se verifica tanto na produção como na reprodução “atravessa” o aparelho de Estado (Santos, 1985/1990, p. 135). Esta discrepância, por sua vez, é analisada como relacionada com o facto de – retomando um fragmento já citado – “modelo(s) corrente(s) nos países capitalistas centrais” (p. 130), diferentemente do que acontece nesses países, não são, em Portugal, o resultado “de um processo social lento, um processo de desenvolvimento orgânico, de maturação cognitiva e de organização autónoma”; “são o resultado de rupturas políticas profundas e rápidas” (p. 132).

A presente tentativa de codificação da teoria da semi-periferia conduz a um conjunto de hipóteses sobre o direito em países semi-periféricos, das quais se podem aqui propor as seguintes formulações: (1) influências internacionais – emanando de outros Estados, mediadas por organizações internacionais, circulando pelo

“sistema inter-estadual” – desempenham um papel importante na produção do direito; (2) mais especificamente, esta influência pode ser o resultado de pressões por parte de determinados países centrais; (3) as forças sociais dentro do país são fracamente organizadas e desempenham um papel menor na produção do direito; (4) são escassas as mediações entre a esfera da feitura das leis e as situações nas quais as leis são aplicadas; em particular, existem hiatos (4a) no seio do próprio aparelho de Estado (“Estado paralelo”), assim como (4b) no seio do sistema jurídico – Sousa Santos admite, no entanto, pelo menos em escritos posteriores, que o direito poderia ser um meio de comunicação entre Estado e Sociedade<sup>19</sup> –, e (4c) a informação dos não especialistas sobre assuntos jurídicos, em particular pela comunicação social, é insuficiente<sup>20</sup>; (5) o sistema jurídico nacional é moldado mais directamente por influências emanando (5a) do Estado ou (5b) de entidades actuando internacionalmente, do que por exigências da sociedade, ou por interacções entre profissões jurídicas; (6) uma taxa globalmente elevada de inefectividade pode ser relacionada com os factos referidos nas hipóteses anteriores (1) a (5).

#### IV SERÁ QUE A RECENTE INVESTIGAÇÃO SÓCIO-JURÍDICA CONFIRMA AS CARACTERÍSTICAS “SEMI-PERIFÉRICAS” DO DIREITO EM PORTUGAL?

Nesta secção, trata-se de examinar em que medida os resultados apresentados na literatura jurissociológica portuguesa confirmam estas hipóteses. Se não as confirmam, ou apenas numa medida muito limitada, teremos que reconhecer que o *topos* da semi-periferia não serve para caracterizar a realidade jurídica portuguesa, ou já não serve. E teríamos então que procurar outro motivo integrador, se possível. Se estas hipóteses se confirmarem nalguma medida, a nossa conclusão não poderá ser simplesmente: sim, Portugal é um país semi-periférico; mas antes: sim, o *topos* da semi-periferia remete-nos para temas

19 Ver a seguinte afirmação: “[...] o direito oficial tem uma importância central: ele é o grande articulador, a grande linguagem através da qual o Estado fala para a sociedade civil” (Santos in Miranda *et al.*, 1996, p. 137).

20 “Era igualmente importante reforçar (em Portugal) a sociedade civil habermasiana” (Jerónimo; Neves, 2012, p. 701).

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

que vale ainda a pena aprofundar em sociologia do direito. O caso português poderá fornecer material para uma discussão mais precisa e aprofundada destes temas, mesmo que esta discussão, como é óbvio, não se possa limitar apenas a este caso.

Resultados que não se deixariam qualificar adequadamente por este conjunto de hipóteses não podem ser excluídos do presente ensaio. Podem revelar as limitações da teoria da semi-periferia. Aliás, a formulação desta teoria data dos anos 1980 e verificaram-se, desde então, profundas transformações sociais. Seria natural que os resultados de investigações recentes nos obrigassem a actualizá-la.

Este exercício vai obrigar-nos a fragmentar os resultados de investigação de acordo com a sua relevância para a discussão dos diferentes aspectos da teoria aqui reconstruída. Nesta circunstância, afigura-se aconselhável introduzir sumariamente, em termos mais gerais, o conteúdo de algumas das mais importantes investigações jurissociológicas realizadas em Portugal. Isto poderá ajudar o leitor a apreciar no seu conjunto a pertinência do balanço global aqui ensaiado.

Considerando os trabalhos que tiveram impacto público, deve referir-se em primeiro lugar a investigação sobre os tribunais em Portugal, levada a cabo pela equipa de Boaventura de Sousa Santos nos anos 1990 (Santos *et al.*, 1996). Foi prolongada por vários relatórios e livros publicados pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (por exemplo Gomes, 2003, Pedroso *et al.*, 2003). Duas outras investigações devem aqui ser mencionadas. Uma é o trabalho sobre o papel dos tribunais durante o regime salazarista (Rosas *et al.*, 2009). Apoia-se numa análise extensiva dos arquivos públicos; dá conta do funcionamento dos tribunais criados pelo regime autoritário depositado pela Revolução de Abril de 1974. A outra é uma investigação sobre a justiça económica, conduzida por conta da Fundação Francisco Manuel dos Santos (Gouveia *et al.*, 2013), baseada num inquérito por questionário, em visitas a tribunais de outros países e em entrevistas aprofundadas de representantes das principais categorias profissionais envolvidas na prática da justiça civil ou interessadas no seu

funcionamento. Reúne dados sobre o funcionamento efectivo dos tribunais cíveis em Portugal e revela uma apreciação globalmente negativa do sistema judicial por parte dos empresários portugueses. É concluída por um amplo leque de propostas para a reforma do código de processo civil.

Um retrato mais detalhado da investigação jurissociológica é-nos fornecido pelo inventário das teses de doutoramento defendidas ao longo das últimas décadas. Trabalhos pioneiros foram as dissertações de António Manuel Hespanha (1986a) sobre a estrutura do Estado Português no século XVII – um trabalho de história do direito fortemente inspirado pela sociologia – e de Teresa Beleza (1990b) sobre a imagem da mulher no Código Penal Português. Referências mais recentes interessando o domínio sócio-jurídico são as dissertações de Cristina Leston-Bandeira (2002) sobre as transformações do papel da Assembleia da República, abordando, entre outros temas, as condições da feitura das leis em Portugal; de Manuela Ivone Cunha (2002) sobre uma prisão de mulheres, revelando como as redes de relações que se tecem entre as reclusas e os seus familiares acabam por causar a exclusão social não apenas das reclusas, mas também das comunidades às quais pertencem; de António Casimiro Ferreira (2005) sobre o tratamento dos conflitos individuais e colectivos de trabalho em Portugal, evidenciando a falta de mecanismos não judiciais de resolução destes conflitos e a descoincidência entre o conjunto dos conflitos submetidos aos tribunais e o conjunto dos conflitos que se geram efectivamente nos locais de trabalho; de Helena Machado (2007) sobre o tratamento, pelo sistema judicial português, dos processos de investigação judicial da paternidade, e sobre o reforço, por estes processos, das normas sociais dizendo respeito ao comportamento sexual das mulheres; de João Pedroso (2011) sobre a efectividade do direito ao acesso ao direito em matéria de família e de menores; de Madalena Duarte (2011) sobre os movimentos sociais activos em temas de direito ambiental; de Susana Santos (2012) sobre a produção da legislação que passou a regular as emissoras radiofónicas privadas no período de normalização entre a Revolução e a adesão

de Portugal à Comunidade Europeia; de Vera Duarte (2012) sobre a delinquência feminina; de Patrícia Branco (2013) sobre a arquitectura dos tribunais, revelando mudanças no estatuto dos tribunais como parte do aparelho de Estado, assim como nas relações entre tribunais e sociedade; de Sílvia Gomes (2013) comparando os comportamentos desviantes em diferentes comunidades imigradas; de João Paulo Dias (2014) sobre o papel do Ministério Público, nomeadamente em matéria de acesso dos cidadãos ao sistema de justiça.

O inventário que se segue – estruturado de acordo com as diferentes hipóteses que formam o que chamámos aqui a teoria de semi-periferia – baseia-se numa análise destas publicações, assim como noutros artigos do domínio jurissociológico publicados recentemente nas principais revistas portuguesas de ciências sociais.

#### *A influência internacional sobre a produção do direito*

A influência internacional sobre a produção do direito dá lugar a três tipos de referências. Em primeiro lugar, vários artigos mencionam o impacto de modelos estrangeiros sobre políticas e processos de elaboração de leis em Portugal. Surgem menções desta natureza em relação à legislação sobre as prisões (Cunha, 2002, p. 307); no domínio da mediação familiar (Araújo *et al.*, 2011, p. 304); em matéria de legislação sobre as escolas, que teria sido inspirada por uma recomendação da OCDE (Gomes, 2002, p. 65); em matéria de parcerias público-privadas, onde se refere o exemplo do Reino Unido (Firmino, 2011, p. 403). Em termos mais gerais, Helena Machado (2007, p. 31, 224, 233) insiste na tendência que os autores de projectos de lei em Portugal têm de imitar modelos estrangeiros. Uma discussão mais detalhada pode encontrar-se nos seguintes artigos. Uma análise do processo constitucional de 1975-6 mostra a importância, na discussão do projecto de nova Constituição, das referências a instrumentos de direito internacional e a Constituições de outros países (Vieira; Silva, 2010, p. 90 s.). A legislação sobre o Conselho Superior da Magistratura, em Portugal, teria sido inspirada em particular pelo exemplo italiano (Magalhães,

1995, p. 70, 78). Num artigo sobre uma recente reforma do código penal em matéria de aborto, realça-se que a reforma teria sido favorecida pelo facto de os meios de comunicação social de outros países terem dado cobertura a processos judiciais conduzidos em Portugal, com base na legislação anterior, contra mulheres que teriam abortado (Monteiro, 2012, p. 591, 601). Num artigo sobre a introdução em Portugal de novas tecnologias de identificação pelo ADN em processos de investigação judicial, os problemas no uso destas tecnologias são relacionados com o facto de estas terem sido transplantadas de países com tradições judiciais diferentes das portuguesas (Machado; Costa, 2012, p. 68).

Em segundo lugar, alguns artigos mencionam o envolvimento de entidades estrangeiras em processos de reforma jurídica. Ferreira (2005, p. 144 s.) descreve o papel da OIT na reforma do mercado laboral no fim dos anos 1970; Duarte (2011, p. 105f.) dá conta do papel da UE no desenvolvimento da legislação no campo da protecção do meio ambiente. Um estudo sobre a organização dos tribunais em Portugal é introduzido recordando que foi avaliado positivamente pelo Conselho da Europa (Bilhim, 2008). No mesmo artigo, no entanto, acrescenta-se que este relatório teria sido ignorado em esforços posteriores de reforma empreendidos pelo Governo português. Este é um caso no qual se verificaram limites à influência exterior sobre as reformas em curso em Portugal.

Em terceiro lugar, encontram-se trabalhos que, para fundamentar recomendações políticas, dão um lugar de destaque ao estudo de outros países, apresentados como exemplos de boas práticas a ter em conta nos processos de reforma actualmente em curso em Portugal: os tribunais da Irlanda e da Alemanha num estudo sobre as práticas dos tribunais portugueses em matéria económica (Gouveia *et al.*, 2013, p. 171 s.); os Países Baixos, o Reino Unido, a Suécia e a Suíça, num estudo sobre a qualidade da legislação (Almeida *et al.*, 2014).

Uma outra maneira de referir o contexto internacional são menções da posição de Portugal neste contexto. Em vários lugares, citações de pessoas entrevistadas revelam uma apreciação

negativa desta posição: “Temos de funcionar à dimensão do país que somos” (a propósito dos meios financeiros disponíveis; Machado, 2007, p. 187). “Não estamos na ([menção de outros países, considerados como mais evoluídos])!” (Silva; Machado, 2010, p. 85). “[...] e nesses países já existe (um determinado dispositivo de controlo judicial)!” (Gouveia *et al.*, 2013, p. 76). “Há países civilizados em que me parece que há (determinado dispositivo)” (Gouveia *et al.*, 2013, p. 120). Também se encontra, no entanto, a atitude oposta. O amplo leque de atribuições dos magistrados do Ministério Público em Portugal teria chamado a atenção de especialistas estrangeiros, que preconizariam a introdução de um sistema análogo no seu país (Dias, 2012, p. 196).

#### *Pressões por parte de países do centro da Europa*

Neste ponto é mais difícil encontrar correspondências entre a investigação jurissociológica recente e a teoria da semi-periferia tal como formulada por Boaventura de Sousa Santos nos anos 1980. Dificilmente se encontram referências a pressões da parte de outros países, em particular sobre processos de produção do direito em Portugal. Um caso, que data dos anos 1960, é a convenção de segurança social celebrada entre Portugal e Alemanha, que difere muito das convenções celebradas com outros países europeus. Enquanto as outras convenções se limitam, no essencial, a reproduzir a regulamentação europeia então em vigor (Regulamento N.º 3), adaptando-a às relações bilaterais em causa, a convenção com a Alemanha adopta um texto completamente diferente, o que se deve provavelmente a exigências específicas da parte desse país (Guibentif, 1997, p. 122). Na literatura mais recente, a discussão das condições às quais foi sujeita a assistência financeira concedida em 2011 a Portugal para enfrentar as consequências da recente crise financeira e da subida dos juros da sua dívida externa, conduziu a pôr em relevo o papel de instituições europeias e internacio-

nais (Ferreira, 2011, p. 125 s.). Um resultado das negociações com estas entidades foi a inclusão da reforma da justiça no conjunto de medidas a tomar como contrapartida do apoio financeiro concedido<sup>21</sup>.

#### *Forças sociais em Portugal pouco organizadas e desempenhando um papel menor nos processos de produção do direito*

A ausência de actores de peso maior na sociedade civil portuguesa é mencionada em vários locais nas publicações do CES de Coimbra (Santos *et al.*, 1996, p. 699; Ferreira, 2005, p. 203-4). A ausência de pressões sobre os tribunais da parte da sociedade civil é relacionada com o facto de se tratar de uma “sociedade auto-compositiva” (Santos *et al.*, 1996, p. 683): as pessoas entrevistadas dizem preferir recorrer a mecanismos não oficiais de resolução de litígios. Até actores sociais organizados, tais como sindicatos ou ONGs activas em matéria ambiental, não parecem fazer um uso intensivo de mecanismos legais que são supostos a facilitar a sua actuação (Ferreira, 2005, p. 411 s.; Duarte, 2011, p. 185).

Iniciativas importantes no campo do direito da família são consideradas como sendo o resultado da acção do governo e não de pressões directas por parte da sociedade civil (Pedroso *et al.*, 2011, p. 235). Chega-se a conclusões análogas no caso da recente descriminalização do aborto em Portugal, que é analisada como sendo principalmente o resultado de uma iniciativa do partido socialista, que estava então no governo (Monteiro, 2012, p. 598), enquanto os movimentos feministas são qualificados de “frágeis” (p. 593).

Inversamente, o facto de certas reformas, que foram implementadas noutros países, não terem sido empreendidas em Portugal é relacionado com a ausência, aqui, de pressões por parte de actores sociais organizados interessados em tais reformas (Almeida *et al.*, 2014, a propósito de reformas no domínio da qualidade da legislação).

Uma linha complementar de análise é sugerida por Palacios Cerezales (2003, p. 1.152 s.). Ac-

<sup>21</sup> No momento da redacção da presente versão portuguesa deste artigo, a questão do papel de determinados Estados, em primeira linha da Alemanha, na determinação das condições do resgate financeiro dos países do Sul da Europa, ganhou relevância de primeiro plano em 2015, no decorrer das negociações entre a Grécia e os outros países da zona do Euro; muito mais relevância, provavelmente, do que poderá ter tido em momentos anteriores do pós-Segunda Guerra Mundial. Sobre estes desenvolvimentos recentes, ver Pureza (2015, p. 158 s.).

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

ções violentas da parte da população, que se verificaram localmente em 1975, são interpretadas como devidas a uma inconsistência temporária na acção do Estado. Naquele momento, o governo central estava temporariamente sob uma forte influência do partido comunista, enquanto entidades administrativas e governos locais não estavam dispostos a seguir esta orientação. À luz deste episódio, a ausência de movimentos sociais noutras épocas poderia ser interpretada como indício de uma tendência, na população, para a conformidade com as injunções de origem governamental (uma conformidade também assinalada por Cabral, 2000, p. 109).

*Mediações insuficientes entre a legislação e a prática do direito*

Várias investigações sublinham o facto de as pessoas envolvidas em processos de produção do direito ou de reforma legislativa não terem um conhecimento suficiente do que se passa no terreno da aplicação quotidiana do direito. Deveria fazer-se um uso mais intensivo de dados estatísticos (Garcia *et al.*, 2008, p. 104). Ainda que tenha sido melhorada ao longo dos anos (Leston-Bandeira, 2002, p. 145), a informação de que dispõe a Assembleia da República ainda é escassa; não se realizam sistematicamente avaliações ex ante do impacte da legislação a debater (Almeida *et al.*, 2014). Inversamente, observam-se práticas governamentais que se mantêm durante muitos anos sem existir qualquer enquadramento legal (Firmino, 2011, p. 403, sobre as parcerias público-privadas).

As duas causas principais desta distância entre a legislação e a prática do direito são a compartimentação do aparelho de Estado e os desfasamentos no seio do próprio sistema jurídico, os quais serão discutidos nos dois pontos seguintes. Um problema que não entra nenhuma destas duas categorias é relatado numa investigação sobre a descriminalização do aborto. Uma comissão consultiva criada para dar apoio a mulheres e juntar informação sobre os problemas que enfrentam em casa e no local de trabalho – a *Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género* – desempenhou um papel apenas marginal neste processo legislativo, devido provavelmente às atitudes conservadoras de uma parte dos

seus membros. Neste caso, a influência da Igreja (também realçada por Machado, 2007, p. 24) parece ter impedido a Comissão de desempenhar plenamente o seu papel de mediadora entre os problemas experienciados no terreno e os debates sobre a legislação em preparação (Monteiro, 2012, p. 599f.).

*Compartimentação do aparelho de Estado*

A investigação sócio-jurídica em Portugal menciona em vários lugares a distância que existe entre diferentes sectores da administração pública. A distância entre os serviços da segurança social e os da saúde dificultou a implementação em Portugal dos regulamentos europeus de coordenação em matéria de segurança social (Guibentif, 1997, p. 271 s.). Um obstáculo à avaliação do desempenho dos tribunais foi o facto de o mapa judicial não corresponder à divisão administrativa do território (Garcia *et al.*, 2008, p. 47). Os tribunais não utilizariam as listas de direcções dos cidadãos produzidas pelos serviços que emitem os documentos de identificação (Gouveia *et al.*, 2013, p. 51). Entrevistas a magistrados revelam uma opinião negativa quanto aos serviços da segurança social (Pedroso *et al.*, 2011, p. 559). Autoridades locais têm dificuldades em lidar com a segmentação sectorial da administração central (Ruivo, 2000, p. 215 s.).

*Desfasamentos no seio do sistema legal*

Dois tipos de desfasamentos devem ser discutidos aqui. Por um lado, os desfasamentos no seio do discurso jurídico. Por outro lado, os problemas no relacionamento entre as profissões jurídicas.

Machado (2007, p. 29, 194, 215) sublinha o desfasamento entre a legislação – que pode ser aparentemente progressista – e as sentenças dos tribunais – que podem ser muito conservadoras. Este desfasamento deve ser relacionado com a história recente do país. As condições políticas nas quais a nova Constituição foi debatida entre 1975 e 1976 – com a necessidade simultânea de, por um lado, diferenciar claramente o novo regime político democrático do anterior regime autoritário, e, por outro lado, manter um nível mínimo de consenso entre partidos políticos

moderados, para resistir face a forças políticas mais radicais – poderia explicar porque a Constituição de 1976 inclui um catálogo muito generoso de direitos fundamentais (Vieira; Silva, 2010). Demasiado generoso, na perspectiva de certos juristas, para oferecer fundamentos apropriados ao sistema legal português no seu conjunto (Tavares *et al.*, 2011).

No que diz respeito às relações entre as profissões jurídicas, a investigação sobre os tribunais económicos revela algum “desconforto”, ilustrado por várias das respostas recolhidas em entrevistas e *focus group* (Gouveia *et al.*, 2013, p. 41, 62, 64, 70). Um magistrado especializado em matéria laboral lamenta que não se organizem encontros entre magistrados e advogados trabalhando nesta área, e acrescenta que “eu sei que em [menção de um outro país europeu] há” (Ferreira, 2005, p. 242). A equipe de investigação de Boaventura de Sousa Santos refere a ausência de comunicação entre os dois conselhos que supervisionam a actividade, num caso dos juízes, no outro, dos magistrados do Ministério Público (Santos *et al.*, 1996, p. 698). Quanto ao relacionamento entre advogados e magistrados do Ministério Público, o facto de estes últimos terem amplas funções de informação dos cidadãos sobre os seus direitos, assim como em matéria de direito da família, dos menores e do trabalho, gera tensões entre estes dois grupos profissionais (Ferreira, 2005, p. 459; Pedroso, 2011, p. 563 s.).

As tensões entre magistrados e advogados merecem ser apreciadas à luz da história recente de Portugal. Enquanto os magistrados eram considerados como tendo contribuído ao controlo social apertado instalado pelo regime autoritário de Salazar, os advogados enfatizam o seu contributo para a resistência contra este regime (Chaves, 2010, p. 163; Magalhães, 1995, p. 68)<sup>22</sup>. O relacionamento entre juízes e magistrados do Ministério Público também merece ser analisado tomando em consideração as várias consequências que a Revolução teve sobre estas duas profissões. Contrariamente aos juízes, os magistrados do Ministério Público participaram activamente

no debate público das instituições a criar para a democratização do país. E a Constituição de 1976 inclui disposições que renovam em profundidade a missão e a carreira dos magistrados do Ministério Público (Magalhães, 1995, p. 79), trazendo mais mudanças para a esta profissão do que para os juízes. As tensões entre juízes e magistrados do Ministério Público também são referidas em relação à divisão das tarefas entre as duas profissões no domínio penal (Dias, 2014, p. 58).

A recente criação dos Julgados de Paz veio introduzir uma nova profissão jurídica em Portugal, fonte de desenvolvimento de mais uma cultura profissional em matéria de direito, com as suas especificidades (Guibentif, 2007; Chumbinho, 2007).

Estas distâncias e tensões têm também um impacto cognitivo. Nota-se o carácter fragmentário de todas as análises do sistema judicial português, que se atribui à falta de comunicação entre os vários actores envolvidos (Garcia *et al.*, 2008, p. 102). De certa maneira, Chaves (2010) confirma esta falta de comunicação. Publica um livro sobre os jovens advogados onde não aparece nenhuma menção de uma qualquer das outras profissões jurídicas<sup>23</sup>. Convém recordar aqui a fragmentação, à qual se aludiu no início do presente texto, que caracteriza também a própria literatura sócio-jurídica em Portugal (Garcia *et al.*, 2008, p. 101).

#### *Informação insuficiente dos não especialistas; cobertura mediática*

No que diz respeito à informação de não especialistas sobre questões jurídicas, encontramos a seguinte afirmação de um juiz: “O corpo profissional dos juízes não se organizou no sentido de dar uma resposta a certos aspectos que a comunidade gostaria de ver esclarecidos” (Gouveia *et al.*, 2013, p. 28). A linguagem utilizada pelos tribunais é considerada como demasiadamente técnica (Gouveia *et al.*, 2013, p. 89).

A cobertura mediática é discutida num artigo sobre o Tribunal Constitucional: a comunicação

<sup>22</sup> Sobre as atitudes dos magistrados durante o Salazarismo, ver também Rosas *et al.* (2009, p. 132, 143, 170); sobre o papel dos advogados e sobre a posição da Ordem dos Advogados, *ibidem* (p. 62, 148, 170, 196, 269).

<sup>23</sup> Uma excepção, Chaves (2010, p. 160), onde se encontra uma breve menção das “outras profissões jurídicas”.

social estabeleceria uma ligação demasiado estreita entre os magistrados e os partidos políticos (Magalhães; Araújo, 1998, p. 8). Um outro artigo aborda a informação fornecida pela comunicação social sobre o uso das novas tecnologias pelas autoridades portuguesas. A construção das percepções do público seria condicionada pelo facto de a comunicação social portuguesa dar uma forte visibilidade a sistemas judiciais estrangeiros (Machado; Costa, 2012, p. 80). Um outro problema, que não será uma particularidade portuguesa, é o facto de a comunicação social dar destaque a casos excepcionais (Machado; Santos, 2011, p. 158f.).

Em relação a estas observações, vale a pena lembrar a apreciação geral de Villaverde Cabral (2000, p. 110) sobre o “défice comunicacional entre governantes e governados”.

*Forte influência do governo sobre o sistema jurídico*

Uma investigação sobre a justiça laboral faz várias referências à “centralidade do Estado” (Ferreira, 2005, p. 47, 134, 171). Esta noção pode corresponder a dois tipos diferentes de intervenção do governo. Por um lado, são de referir as iniciativas legislativas. As investigações publicadas fornecem exemplos nos domínios do direito da família (Pedroso *et al.*, 2011, p. 235) ou dos meios de resolução alternativa de litígios (Garcia *et al.*, 2008, p. 104). Uma investigação sobre a produção de legislação sobre as emissoras privadas de rádio mostra como o governo pôde controlar este processo de acordo com a sua própria agenda, à distância das reivindicações dos actores interessados e dos trabalhos da Assembleia da República (Santos, 2012).

Mais importante do que iniciativas do governo em domínios específicos é o papel de maneira geral dominante do Governo em matéria legislativa (Leston-Bandeira, 2002, p. 121; Almeida *et al.*, 2014). Este papel dominante pode ser considerado como uma herança do regime anterior à Revolução de 1974. De facto, este é um dos pontos nos quais existem similaridades en-

tre a Constituição pós-revolucionária de 1976 e a Constituição de 1933, elaborada de acordo com as orientações de Salazar (Vieira; Silva, 2010, p. 92).

Para além disso, existem mecanismos de controlo do governo sobre a actividade dos tribunais. O código de processo civil, considerado por certos observadores como excessivamente detalhado, é interpretado como revelando falta de confiança do governo nos tribunais (Gouveia *et al.*, 2013, p. 28, 41, 80). Também se realça o papel importante dos secretários judiciais na gestão dos processos (Garcia *et al.*, 2008, p. 32). Mesmo que não exista uma ligação entre estes dois mecanismos institucionais, faz sentido recordar aqui que, durante o regime salazarista, os tribunais competentes para os assuntos políticos funcionavam sob o controlo directo da polícia política (Rosas *et al.*, 2009, p. 132 s., 140 s., 151 s., 183, 188, 195).

De maneira mais geral, o regime político anterior à Revolução de 1974 fez um uso intensivo da legislação como instrumento de governo, o que tem sido considerado como uma especificidade da “ditadura de direito” do Salazarismo (Rosas *et al.*, 2009, p. 28; Magalhães, 1995, p. 55).

Neste ponto, não podemos ignorar a defesa enérgica, por parte da magistratura portuguesa, da sua autonomia institucional (Magalhães, 1995). Santos *et al.* (1996, p. 699), no entanto, sugerem que, na ausência de fortes reivindicações, por parte da sociedade civil, no sentido desta autonomia do judiciário, esta estratégia de defesa possa conduzir a um posicionamento corporativista. Face a esta atitude de defesa, a evolução recente revela esforços por parte do governo no sentido de uma maior responsabilização dos magistrados (Dias, 2004, p. 115, 140)<sup>24</sup>.

*Cultura jurídica nacional fortemente influenciada pela cultura jurídica internacional*

O que está aqui em causa são as influências sobre a cultura jurídica portuguesa que se devem não a processos políticos ou administrativos ligados à participação do Estado português,

<sup>24</sup> As instituições com as quais se negociou o Memorando de Maio de 2011, que determinou as condições da ajuda concedida em Portugal face à crise financeira, foram ao encontro destes esforços, exigindo designadamente a reforma da justiça (Santos, 2014b).

a iniciativas internacionais ou associado a vários Estados, mas à cooperação entre profissionais do direito em Portugal e os seus colegas de outros países.

No caso dos advogados, devem recordar-se os contactos estabelecidos, nos anos 1960, entre advogados portugueses e ONGs promovendo internacionalmente os direitos humanos (Rosas *et al.*, 2009, p. 147). Num contexto radicalmente diferente, mudanças recentes na prática da advocacia em Portugal relacionam-se com a instalação em Portugal de filiais de grandes escritórios de advogados dos Estados Unidos da América e do Reino Unido (Chaves, 2010, p. 133, 143).

João Paulo Dias, nas suas investigações sobre o Ministério Público português, sublinha a importância das ligações estabelecidas entre os magistrados do Ministério Público e os seus colegas de outros países, e da sua participação em organizações internacionais (Dias, 2012, p. 189 s.). Estas investigações, no entanto, mostram – já se aludiu aqui a este facto – influências nos dois sentidos. Uma particularidade do Ministério Público português – o leque particularmente amplo das suas atribuições – tem chamado a atenção de observadores de outros países.

No seio da administração pública portuguesa, juristas especializados em temas sociais colaboraram durante muito tempo com colegas de outros países. Esta participação numa “comunidade epistémica” internacional inspirou os seus esforços, no início dos anos 1960, no sentido de promover o desenvolvimento de um sistema moderno de segurança social, já durante o tempo do Salazarismo (Guibentif, 1997, p. 28 s.; Vieira; Silva, 2010, p. 104).

Em termos mais gerais, António Manuel Hespanha (1986b, p. 316) comenta o uso de referências estrangeiras, em particular alemães, por juristas portugueses, que procurariam reforçar desta maneira o seu prestígio profissional.

*Um nível globalmente elevado de inefectividade*

O hiato entre o direito escrito e o direito em acção (*law-in-books / law-in-action*) é um motivo jurissociológico bem conhecido e certamente não uma particularidade portuguesa. No entan-

to, poderia valer a pena comparar mais precisamente – um exercício que requereria um esforço comparativo bem mais exigente do que o trabalho necessário para o presente inventário da literatura portuguesa – níveis gerais de inefectividade em vários países, e a importância dada, nestes diferentes países, ao tema da inefectividade do direito. O facto é que a inefectividade do direito é um tema de primeiro plano na literatura jurissociológica em Portugal.

A inefectividade em geral é considerada como um facto aceite pela população: as pessoas considerariam a existência de um “Estado paralelo” (discrepância entre o enquadramento legal e as práticas da administração) como fazendo parte da normalidade (Santos *et al.*, 1996, p. 695). Esta atitude poderia ser relacionada com os níveis de confiança comparativamente baixos nas instituições e no sistema jurídico que foram registrados na população portuguesa por um recente *European Social Survey* (Vala *et al.*, 2012).

António Casimiro Ferreira insiste na inefectividade geral do direito do trabalho em várias ocasiões no seu livro sobre a justiça laboral (Ferreira, 2005, p. 135 s., 166 s., 204, 309, 405, 467). Sobre o desfasamento entre a legislação e as práticas em matéria de aborto, ver Monteiro (2012, p. 591). Sobre a inefectividade das disposições constitucionais proibindo as discriminações baseadas nas preferências sexuais, ver Santos *et al.* (2009b).

João Bilhim (2008, p. 534) avança uma medida quantitativa da inefectividade das sentenças dos tribunais (entrada chamada “Impacte [das sentenças] a sociedade”): 1,57 sobre uma escala de cinco pontos.

Pondo à parte estes balanços gerais, a inefectividade é explicada, em várias investigações, por causas mais específicas. A inefectividade no uso das tecnologias ADN de identificação pelas autoridades portuguesas é relacionada com a criação tardia da necessária base de dados ADN, comparado com outros países, onde estas tecnologias tiveram mais tempo para se desenvolver (Machado; Costa, 2012, p. 68). As dificuldades dos tribunais em corresponder às necessidades da economia são relacionadas com um mapa judiciário territorialmente inadequado (Garcia *et al.*,

2008, p. 42; Gouveia *et al.*, 2013, p. 22); ou com as regras processuais que limitam a tomada em conta de factos novos no decorrer do processo (Gouveia *et al.*, 2013, p. 40). Depoimentos recolhidos por Gouveia *et al.* (2013, p. 128) revelam uma apreciação negativa dos processos de arbitragem a decorrer em centros portugueses de arbitragem, constatando-se a falta de autonomia dos árbitros.

*Resultados de investigação que não correspondem à teoria da semi-periferia*

Devem aqui ser discutidos resultados de dois tipos. Por um lado, os que inauguram debates sem conexão directa com o tema da semi-periferia; por outro lado, os que podem ser relacionados com este tema, mas que tornam necessária a formulação de complementos ao modelo que se derivou aqui dos escritos de Boaventura de Sousa Santos dos anos 1980.

Alguns artigos tratam das discriminações sofridas por mulheres (Ferreira, 2005, p. 420 s.), ou da dominação masculina sobre as mulheres em Portugal (Beleza, 1990; Machado, 2007). Com alguma ligação com este tema, temos vários artigos sobre a violência doméstica (Silva, 1991; Almeida *et al.*, 1999; Lourenço; Carvalho, 2001)<sup>25</sup> e um sobre o tráfico de mulheres (Santos *et al.*, 2009a).

Um motivo com uma ligação que se poderia qualificar de formal com o motivo da semi-periferia é o da diferença entre centros e periferias dentro do território português. A morosidade dos tribunais seria particularmente acentuada em Lisboa e no Porto, comparado com outras regiões do país (Garcia *et al.*, 2008, p. 50, 94, 103). Diferenças territoriais também são mencionadas em Santos *et al.* (1996, p. 691). Certas novas tecnologias (fertilização *in vitro*) são menos acessíveis em lugares afastados dos centros urbanos (Silva; Machado, 2010, p. 88).

Entre os temas de relevância jurissociológica tratados por vários artigos, encontram-se os mecanismos alternativos de resolução de conflitos (Frade, 2003; Agra; Castro, 2005; Chumbinho,

2007), o pluralismo jurídico (Nolasco, 2001; Araújo, 2008), e a violência (Palacios Cerezales, 2003; Dores, 2009, p. 83 s, 183 s.).

Um capítulo adicional dos estudos sócio-jurídicos em Portugal poderia ser intitulado “A periferia da semi-periferia”. Vários artigos são dedicados a populações marginais, às normas observadas nestas populações, assim como às políticas de controlo social que lhes dizem respeito (Chaves, 2000; Silva, 2007; Tinoco, 2007; Carvalho, 2010; Duarte, 2012; Gomes, 2013). Ligadas a esta categoria de textos, diversas investigações abordam as prisões (Cunha, 2002; Dores; Preto, 2013)<sup>26</sup>.

Significativamente, Manuela Ivone Cunha (2002, p. 312) utiliza a teoria da semi-periferia, assim como a noção de “sociedade providência” relacionada com esta, para explicar particularidades das redes de tráfico de drogas em Portugal, nas quais os participantes são, em certa medida, socialmente integrados.

Os temas inventariados até agora afastam-se do tema da “semi-periferia” pelo seu objecto empírico. Alguns artigos merecem aqui uma menção especial porque fazem explicitamente intervir um esquema interpretativo diferente da teoria da semi-periferia: a hipótese segundo a qual o direito contribuiria para o reforço das normas dos grupos sociais dominantes, nomeadamente em matéria de sexualidade (Almeida, 2006; Machado, 2007, p. 122; Silva, 2007); também se admite, noutro artigo, que estas normas são susceptíveis de evoluir (Pedroso *et al.*, 2011, p. 220).

Por sua vez, um outro conjunto de temas pode ser relacionado com a teoria da semi-periferia, na condição de esta ser revista nalguns pontos. O caso mais óbvio é o tema dos actores não governamentais nos actuais processos de globalização. A teoria da semi-periferia, tal como formulada nos anos 1980, ainda se centra, como vimos, no que Sousa Santos chama de “sistema inter-estadual”. Este conceito poderia limitar a nossa atenção aos Estados como actores no mundo global. Investigações recentes mostram que os

<sup>25</sup> Várias comunicações sobre este tema foram apresentadas nos recentes congressos da Associação Portuguesa de Sociologia.

<sup>26</sup> Nos dois últimos congressos da Associação Portuguesa de Sociologia, foram organizadas sessões sobre as prisões, sobre ilegalismos e sobre controlo social, para acolher as numerosas propostas de comunicação recebidas que abordavam estes temas.

processos globais que atingem Portugal também envolvem actores não governamentais: empresas de consultoria (Firmino, 2011), escritórios multinacionais (Chaves, 2010, p. 149), a *European Foundation for Quality Management* (Garcia *et al.*, 2008, p. 28; Bilhim, 2008, p. 534). Relatórios do *Hay Consulting Group* e da *Anderson Consulting* sobre aspectos do sistema judicial são referidos numa discussão sobre as tentativas recentes de reformar este sistema (Garcia *et al.*, 2008, p. 21, 27). Tribunais internacionais desempenham agora também um papel cada vez mais importante (Santos *et al.*, 2009b). As novas tecnologias alteram as condições das relações internacionais, dão uma nova importância a certos actores e geram novas dinâmicas. Isto é o caso, em particular, no domínio da bio-medicina e das tecnologias médicas (Cascais, 2006, p. 1011f.; Silva; Machado, 2010, p. 90). Entre os novos actores, temos as grandes empresas, mencionadas nomeadamente em Santos *et al.* (1996) como usando estrategicamente o sistema judicial português, ou em Chaves (2010, p. 158, 253, 289), como procurando um certo tipo de advogado e um certo tipo de escritório de advogado<sup>27vv</sup>. Santos (2012) mostra o peso dos grupos de imprensa multinacionais na reforma da legislação sobre as emissoras privadas de rádio em Portugal. Tendências no sentido da managerialização dos tribunais (Dias, 2012, p. 439) poderiam ser interpretadas como procurando responder às exigências desta categoria de utentes do sistema judicial.

## V CONCLUSÃO

Mesmo que a investigação sócio-jurídica recentemente realizada em Portugal também lide com temas bastante afastados desta temática, muitos dos seus resultados correspondem a elementos do que se poderia chamar a teoria da semi-periferia, tal como proposta nos anos 1980 por Boaventura de Sousa Santos. Seria ousado sustentar que estas investigações confirmam esta teoria, mas mostram que esta ainda merece uma discussão aprofundada.

Um primeiro momento nesta discussão deveria consistir em repensar a teoria em si, aproveitando os resultados das investigações mais recentes, que foram aqui brevemente evocados. Como vimos, o âmbito da teoria deveria ser ampliado. O tema, na actualidade, já não é tanto a posição de Portugal num “sistema inter-estadual”, mas a sua posição no processo da globalização<sup>28</sup>. A interrogação jurissociológica à qual conduz esta ampliação é a do impacto, não apenas da posição semi-periférica de Portugal, mas da globalização, sobre a relação, em Portugal, entre a acção societal e o direito. Uma tarefa mais exigente é a de consolidar a teoria, propondo uma discussão mais pormenorizada dos seus diferentes elementos e das relações entre estes elementos. E esta discussão deveria ser conduzida com a perspectiva de construir indicadores mais precisos, susceptíveis de orientar futuras investigações, aliás não apenas em Portugal, mas também numa base comparativa. Um problema aqui é que, em vários lugares do esquema conceptual, temos que lidar com a noção de forças sociais, uma realidade difícil de se observar, e ainda mais de se medir (Dores, 2009).

A principal interrogação que deveria orientar estes futuros esforços teóricos e empíricos é, utilizando mais uma vez as palavras de Boaventura de Sousa Santos (2003b): como poderá o direito, hoje, ser emancipatório? Em certos lugares e em certos momentos, um certo tipo de ligação entre Estado e direito foi experienciado colectivamente como possibilitando uma acção humana autónoma, isto é, uma acção que se dê as suas próprias regras. Na modernidade avançada desencantada, foi-nos ensinado que esta experiência não durou, se alguma vez correspondeu a uma realidade. E procuramos, designadamente pelo meio das ciências sociais, entender por que não durou, talvez com a esperança de encontrar vias que possam aproximar as nossas instituições imperfeitas deste ideal histórico. A discussão da teoria da semi-periferia desperta a nossa atenção para interferências exteriores aos processos

<sup>27</sup> Estas evoluções são comparáveis às que foram observadas na Dinamarca por Hammerslev e Rask Madsen (2014; secção “The legal profession – Globalization and transformation”).

<sup>28</sup> Boaventura de Sousa Santos reconheceu este facto, redefinindo a agenda do CES, que se centra desde os primeiros anos 2000 na globalização e na posição de Portugal neste processo (Santos, 2001).

circulares pelos quais as colectividades humanas procuram integrar e organizar, mas também libertar as suas acções. Os Estados, em certas épocas, e em certas regiões do mundo, foram experienciados como ferramentas apropriadas para a institucionalização de colectividades humanas. Agora são em crescente medida condicionados pela sua posição numa rede de actores globais. O direito e as profissões jurídicas foram em certas épocas experienciados, pelo menos por certas categorias sociais, como permitindo um uso produtivo das normas de uma colectividade. Agora, encontram-se crescentemente condicionados por conceitos e regras que se desenvolveram numa arena transnacional. E os Estados – ou pelo menos a maior parte deles – assim como o direito, deixaram de formar o coração do mundo global.

Os Estados e o direito evoluem, numa escala global, num sentido que condiciona em crescente medida o seu potencial como ferramentas de auto-governo. Existem comunidades ou povos que podem imaginar que o impacte destas evoluções globais sobre as suas vidas, e especialmente sobre o seu relacionamento com o direito, permanecerá marginal. Em Portugal, estas evoluções têm hoje efeitos que não podemos ignorar – nem enquanto investigadores, nem enquanto cidadãos. Daí o nosso empenho em promover a sua análise e discussão, além das fronteiras nacionais.

#### REFERÊNCIAS

AGRA, Cândido; CASTRO, Josefina. Mediação e justiça restaurativa. Esquema para uma lógica de conhecimento e de experimentação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto, p. 95-112, 2005.

ALMEIDA, Ana Nunes de; ANDRÉ, Isabel Margarida; ALMEIDA, Helena Nunes de. Sombras e marcas: os maus tratos às crianças na família. *Análise Social*, n. 34, p. 91-121, 1999.

ALMEIDA, Marta Tavares de; CAUPERS, João; GUIBENTIF, Pierre. *Feitura das leis. Portugal e Europa*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

ALMEIDA, Miguel Vale de. O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sobre “Gentes remotas e estranhas” numa sociedade decente. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 76, p. 17-31, 2006.

ARAÚJO, Emília *et al.* Porque o tempo conta: elementos para uma abordagem sociológica da mediação familiar. *Análise Social*, n. 46, p. 283-308, 2011.

ARAÚJO, Sara. Pluralismo jurídico em África: ficção ou realidade? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 83, p. 121-140, 2008.

BELEZA, Teresa Pizarro. Sociology of law in Portugal. In: FERRARI, V. (Dir.). *Developing sociology of law. A world-wide documentary enquiry*. Milano: Giuffrè, 1990a, p. 661-685. [Publicação em português: *Sociologia do direito em Portugal*. Vértice, série II, n. 11, p. 49-60, fevereiro 1989].

\_\_\_\_\_. *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*. Lisboa (Tese de doutoramento), 1990b.

BILHIM, João. A construção da função qualidade nos tribunais portugueses: uma abordagem à luz da teoria institucional. *Scientia Jurídica*, n. 315, p. 517-540, 2008.

BORGES, Hermenegildo F. Vida, Razão e justiça – Racionalidade argumentativa na motivação judiciária. Coimbra: Minerva, 2005.

BRANCO, Patrícia. *Os tribunais como espaços de reconhecimento, de funcionalidade e de acesso à justiça – O estudo de caso dos Tribunais de Família e Menores em Portugal*. Coimbra (Tese de doutoramento), 2013.

CABRAL, Manuel Villaverde. Portugal since the Revolution – Review article. *Luso-Brazilian Review*, n. 24, p. 79-86, 1987.

\_\_\_\_\_. Teoria crítica & information critique. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 54, p. 31-37, 1999.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

\_\_\_\_\_. O exercício da cidadania em Portugal. *Análise Social*, n. 35, p. 85-114, 2000.

CAETANO, António (Dir.). Inquérito aos advogados portugueses – Uma profissão em mudança. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, número especial, dezembro de 2003.

CANTANTE, Frederico. *O direito no campo da investigação sociológica em Portugal: tendências, tematizações e protagonistas*. Lisboa: CIES e-working paper n. 129, 2012.

CARVALHO, Maria João Leote. *Do outro lado da cidade*. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento. Lisboa (Tese de doutoramento), 2010.

CASCAIS, António Fernando. A experimentação humana e a crise da auto-regulação da bio-medicina. *Análise Social*, n. 41, p. 1.011-1.032, 2006.

CHAVES, Miguel. Dar à fuga: sujeito e comunidade num contexto de narco-tráfico. *Análise Social*, n. 34, p. 893-932, 2000.

\_\_\_\_\_. *Confrontos com o trabalho entre jovens avogados*. As novas configurações da inserção profissional. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2010.

CHUMBINHO, João. *Julgados de paz na prática processual*. Lisboa: Quid Juris, 2007.

CUNHA, Manuela Ivone. *Entre o bairro e a prisão: tráficos e trajectos*. Lisboa: Fim de Século, 2002.

DIAS, João Paulo. *O mundo dos magistrados*. A evolução da organização e do auto-governo judiciário. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público e o acesso ao direito e à justiça: entre as competências legais e as práticas informais*. Coimbra (Tese de doutoramento), 2012.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público no acesso ao direito e à justiça*. Porta de entrada para a cidadania. Porto: Afrontamento, 2014.

DORES, António Pedro. *Prisões na Europa – Um debate que apenas começa [European Prisons – Starting a Debate]*. Oeiras: Celta, 2003.

\_\_\_\_\_. *Espírito de submissão*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian/Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2009.

\_\_\_\_\_; PRETO, José. *Segredos das prisões*. Lisboa: Rui Costa Pinto, 2013.

DUARTE, Madalena. *Movimentos na justiça – O direito e o movimento ambientalista em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2011.

DUARTE, Vera. Contextos, discursos e percursos na delinquência juvenil feminina. *Revista Configurações*, n. 9, p. 121-133, 2012.

FERNANDES, António Teixeira. A sociologia e a modernidade. Estruturas sociais e desenvolvimento (*Actas do II Congresso Português de Sociologia*), Lisboa, Fragmentos, v. 1, p. 33-53, 1993.

FERREIRA, António Casimiro. *Trabalho procura justiça*. Os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 95, p. 119-136, 2011.

\_\_\_\_\_; PEDROSO, João. Entre o passado e o futuro: contributos para um debate sobre a sociologia do direito em Portugal. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 52/53, p. 333-362, 2000.

FIRMINO, Sandra. Os novos arranjos institucionais na governança pública: o caso das parcerias público-privadas. Estudo comparativo entre o Sul e o Norte da Europa. *Sociologia on line*, n. 2, p. 389-422, 2011. Disponível em: <[http://revista.aps.pt/cms/files/artigos\\_pdf/ART4dc40f3e-e8b26.pdf](http://revista.aps.pt/cms/files/artigos_pdf/ART4dc40f3e-e8b26.pdf)>. Acesso em: julho 2015.

FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobreendividamento. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 107-128, 2003.

FREIRE, André (Org.). *O futuro da representação democrática*. Lisboa: Vega, 2015.

FROIS, Catarina. *Vigilância e poder*. Lisboa: Mundos Sociais, 2011.

GARCIA, Sofia Amaral; GAROUPA, Nuno ; VILAÇA, Guilherme Vasconcelos. *A justiça cível em Portugal: uma perspectiva quantitativa*. Lisboa: Fundação Luso-Americana, 2008.

GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GOMES, Rui Machado. A crise de legitimidade da organização escolar. Os dispositivos de legalização e a actualização dos mitos institucionais. *Organização e Trabalho*, n. 28, p. 49-68, 2002.

GOMES, Sílvia. Criminalidade, etnicidade e desigualdades: análise comparativa entre os grupos nacionais dos PALOP e Leste Europeu e o grupo étnico cigano. Braga: Universidade do Minho (Tese de doutoramento), 2013.

GONÇALVES, Maria Eduarda; GUIBENTIF, Pierre (Dir.). *Novos territórios do direito*. Europeanização, globalização e transformação da regulação jurídica. Estoril: Princípio, 2008.

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro Coutinho. *Justiça económica em Portugal II – Factos e números*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013. [Parte de um conjunto de vários volumes].

GUEDES, Armando Marques. *Pluralismo e legitimização*. A edificação jurídica pós-Colonial de Angola. Coimbra: Almedina, 2003.

GUIBENTIF, Pierre. *La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale –*

*Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal*. Basileia/Frankfurt-am-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1997.

\_\_\_\_\_. Les julgados de paz, une nouvelle justice de proximité au Portugal. *Droit et Société*, n. 66, p. 331-359, 2007.

\_\_\_\_\_. *Observatório Permanente da produção em estudos sócio-jurídicos em Portugal*. Contribuição para um e-book realizado a partir da 2ª Jornada da Escola de Ciências Sociais e Humanas do ISCTE-IUL (Projecto Integra 1.0). (No prelo a).

\_\_\_\_\_. Societal conditions of self-constitution: the experience of the european periphery. In: PŘIBÁŇ J. (Dir.) *Self-constitution of european society*. Beyond EU politics, law and governance. Aldershot: Ashgate. (No prelo b).

\_\_\_\_\_; GORJÃO, Vanda; CHETA, Rita. *Comunicação social e representações do crime*. Lisboa: CEJ, 2002.

HAMMERSLEV, Ole; RASK MADSEN, Mikael. The return of sociology in danish sócio-legal studies: a survey of recent trends. *International Journal of Law in Context*, n. 10, p. 397-415, 2014.

HERTOGH, Marc. Mind the (new) gap: a selective survey of current law and society research in the Netherland. *International Journal of Law in Context*, n. 8, p. 137-153, 2012.

HESPENHA, António Manuel. *As vésperas do Leviathan*. Instituições e poder político. Portugal – Séc. XVII. Lisboa, 1986a. [Original publication by the author; published 1994 by Almedina in Coimbra].

\_\_\_\_\_. As transformações revolucionárias e o discurso dos juristas. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 18/19/20, p. 311-341, 1986b.

\_\_\_\_\_. (Dir.). *Feelings of justice in the chinese community of Macao*. Lisboa: ICS, 2003.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

\_\_\_\_\_. *O caleidoscópio do direito*. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

ISRAËL, Liora. Legalise it! The rising place of law in French sociolog. *International Journal of Law in Context*, n. 9, p. 262-278, 2013.

JERÓNIMO, Helena Mateus; NEVES, José. O intelectual de retaguarda – Entrevista com Boaventura de Sousa Santos. *Análise Social*, n. 47, p. 685-711, 2012.

LESTON-BANDEIRA, Cristina. *Da legislação à legitimação: o papel do parlamento português*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2002.

LOURENÇO, Nelson; CARVALHO, Maria João Leote. Violência doméstica: Conceito e âmbito. Tipos e espaços de violência. *Themis II*, n.3, p. 95-122, 2001.

MACHADO, Helena. *Moralizar para identificar*. Cenários da investigação judicial da paternidade. Porto: Afrontamento, 2007.

\_\_\_\_\_; COSTA, Susana. Biolegalidade, imaginário forense e investigação criminal. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 97, p. 61-84, 2012.

\_\_\_\_\_; SANTOS, Filipe. *Direito, justiça e média*. Tópicos de sociologia. Porto: Afrontamento, 2011.

MACHURA, Stefan. German sociology of law: a case of path dependency. *International Journal of Law in Context*, n. 8, p. 506-523, 2012.

MAGALHÃES, Pedro Coutinho. Democratização e independência judicial em Portugal. *Análise Social*, n. 30, p. 51-90, 1995.

\_\_\_\_\_; ARAÚJO, António de. A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento do judicial do Tribunal Constitucional português. *Análise Social*, n. 145, p. 7-53, 1998.

MAMEDE, Ricardo Paes. *O que fazer com este*

*país*. Do pessimismo da razão ao optimismo da vontade. Barcarena: Marcador, 2015.

MERTON, Robert K. Sobre as teorias sociológicas de médio alcance. In: \_\_\_\_\_. *Sociologia – Teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 51-83. [Trad. de On Sociological Theories of the Middle Range. In: \_\_\_\_\_. *Social Theory and Social Structure*. Glencoe: Free Press, 1968, p. 39-72].

MIRANDA, Dilmar Santos de *et al.* As ruínas emergentes da modernidade e a pós-modernidade – Entrevista com Boaventura de Sousa Santos. *Plural*. São Paulo, Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo, n. 3, p. 135-152, p. 1996.

MONTEIRO, Rosa. A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos. *Análise Social*, n. 47, p. 586-605, 2012.

MURAYAMA, Masayuki. Kawashima and the changing focus on Japanese legal consciousness: a selective history of the sociology of law in Japan. *International Journal of Law in Context*, n. 9, p. 565-589, 2013.

NOLASCO, Carlos. As jogadas jurídicas do desporto ou o carácter pluralista do direito do Desporto. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 60, p. 141-169, 2001.

PALACIOS-CEREZALES, Diego. Um caso de violência política: o verão quente de 1975. *Análise Social*, n. 165, p. 1.127-1.157, 2003.

PEDROSO, João. *Acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em (des)construção*. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Coimbra (Tese de doutoramento), 2011.

\_\_\_\_\_; CASALEIRO, Paula; BRANCO, Patrícia. A odisseia da transformação do direito da família (1974-2010). *Sociologia - Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, n. 21,

p. 219-238, 2011.

\_\_\_\_\_; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Por caminhos da(s) reforma(s) da justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PINTO, José Madureira. A sociologia e as dinâmicas da modernidade. *Estruturas sociais e desenvolvimento (Actas do II Congresso Português de Sociologia)*. Lisboa: Fragmentos, v. 1, p. 54-61, 1993.

PUREZA, José Manuel. *Linhas vermelhas*. Crítica da crise-como-política. Lisboa: Bertrand, 2015.

ROCHA-CUNHA, Silvério da. O trabalho de Síforo do direito e da política no actual labirinto da sociedade mundial. *Economia e Sociologia*, n. 80, p. 171-253, 2005.

ROSAS, Fernando *et al.* *Tribunais políticos – Tribunais militares especiais e tribunais plenários durante a ditadura e o Estado Novo*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2009.

RUIVO, Fernando. *O Estado Labiríntico: o poder relacional entre poderes local e central em Portugal*. Porto: Afrontamento, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Law against law: Legal reasoning in Pasargada Law*. Cuernavaca (México): CIDOC (Centro Intercultural de Documentação), 1974.

\_\_\_\_\_. *A justiça popular em Cabo Verde* (Estudo sociológico). Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1984. (Relatório de investigação).

\_\_\_\_\_. Estado e sociedade na semi-periferia do sistema mundial: o caso português. *Análise Social*, n. 87/88/89, p. 869-901, 1985. [Republicado: *O Estado e a Sociedade em Portugal* (1974-1988). Porto: Afrontamento, 1990, p. 105-150].

\_\_\_\_\_. Social crisis and the State. In: MAXWELL, Kenneth (Dir.). *Portugal in the 80's*. Dilemmas of democratic consolidation. New York/

Westport, Connecticut/London: Greenwood Press, 1986, p. 167-195.

\_\_\_\_\_. The post-modern transition: law and politics. *Working Papers*. Amherst College, Department of Political Sciences, 1988.

\_\_\_\_\_. O social e o político na transição pós-moderna. *Revista de Comunicação e Linguagens*, n. 6/7, p. 25-48, 1988. [Reedição: Pela mão de Alice. O social e o político na pós-Modernidade. Porto: Afrontamento, 1994, p. 69-101].

\_\_\_\_\_. *O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988)*. Porto: Afrontamento, 1990a.

\_\_\_\_\_. O Estado e o direito na transição pós-Moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 30, p. 13-43, 1990b.

\_\_\_\_\_. *Toward a new common sense*. Law, science and politics in the paradigmatic transition. New York/London: Routledge, 1995.

\_\_\_\_\_. *et al.* *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto/Coimbra/Lisboa: Afrontamento/CES/CEJ, 1996.

\_\_\_\_\_. *et al.* *Uma visão solidária da reforma da segurança social*. Lisboa/Coimbra: União das Mutualidades Portuguesas/Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1998.

\_\_\_\_\_. (Dir.). *Globalização – Fatalidade ou utopia?* Porto: Afrontamento, 2001. v. 1 (A sociedade portuguesa perante os desafios da globalização, 8 vls).

\_\_\_\_\_. (Dir.). *Conflito e transformação social*. Uma paisagem das justiças em Moçambique. Porto: Afrontamento, 2003a. (2 vls).

\_\_\_\_\_. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 3-76, 2003b.

\_\_\_\_\_. *O direito dos oprimidos*. Porto: Afrontamento, 2014a.

\_\_\_\_\_ ; GOMES, Conceição. *Macau – O pequeníssimo dragão*. Porto: Afrontamento, 1998.

\_\_\_\_\_ ; \_\_\_\_\_ ; DUARTE, Madalena. Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 87, p. 69-94, 2009a.

\_\_\_\_\_ ; HESPANHA, Pedro. O Estado, a sociedade e as políticas sociais. O caso das políticas de saúde. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 23, p. 13-72, 1987. [Republicação: *O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988)*. Porto: Afrontamento, 1990, p. 193-257].

SANTOS, Cecília MacDowell *et al.* Homoparentalidade e desafios ao direito: o caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista crítica de ciências sociais*, n. 86, p. 43-68, 2009b.

SANTOS, Susana. *O movimento das rádios livres em Portugal: Formação de um novo espaço social*. Lisboa: ISCTE-IUL (Tese de doutoramento), 2012.

\_\_\_\_\_. Novas reformas, velhos debates. Análise das políticas de justiça e dos seus impactos no sistema judicial. *Configurações*, n. 13, p. 11-25, 2014b.

SILVA, Luisa Ferreira da. O direito de bater na mulher – A violência interconjugal em Portugal. *Análise Social*, n. 26, p. 385-397, 1991.

SILVA, Susana. Classificar e silenciar: vigilância e controle institucional sobre a prostituição feminina em Portugal. *Análise Social*, n. 42, p. 789-810, 2007.

\_\_\_\_\_ ; MACHADO, Helena. A governação dos pacientes adequados no acesso à procriação medicalmente assistida em Portugal. *Sociologia – Problemas e Práticas*, n. 62, p. 81-96, 2010.

SOUSA, Luís de. *Corrupção*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

TAVARES, José A. *et al.* *A Constituição revista*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011 (e-book). Disponível em: <<http://ffms.pt/ebook/5/a-constituicao-revista>>. Acesso em: julho 2015.

TINOCO, Rui. Notícias de uma investigação autobiográfica: o consumo de drogas como dilema moral. *Sociologia – Problemas e Práticas*, n. 53, p. 159-178, 2007.

VALA, Jorge; RAMOS, Alice; SILVA, Pedro. *Confiança na justiça*. Conferência apresentada no Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, novembro de 2012. [Publicação em preparação].

VIEIRA, Mónica Brito; SILVA, Filipe Carreira da. *O momento constituinte*. Os direitos sociais na Constituição. Coimbra: Almedina, 2010.

## A SOCIEDADE DA SOCIEDADE MUNDIAL

Willis Santiago Guerra Filho<sup>i</sup>

### Resumo

O artigo tem como objetivo identificar se a teoria dos sistemas luhmanniana é ou não pertinente para descrever a sociedade atual. A pesquisa se deu por meio de fontes bibliográficas ecléticas inseridas na teoria sociológica. Conclui-se pela pertinência metodológica da teoria dos sistemas para descrever a sociedade atual e o seu Direito.

**Palavras-chave:** Sociedade atual. Niklas Luhmann. Teoria dos sistemas.

### Abstract

The paper has the goal of verify if Luhmann's systems theory is appropriate to describe the current society. The research used eclectic bibliographic sources of sociological theory. The results confirmed the methodological adequacy of Luhmann's systems theory to describe the current society and its law.

**Keywords:** Current society. Niklas Luhmann. System theory.

<sup>i</sup> Professor titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFCe). Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Doutor do Departamento de Teoria Geral do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Teoria Social, Metodologia, Lógica e Semiótica do Direito no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC/SP.

A forma como o modo capitalista de produção econômica da sociedade reagiu às crises energéticas da década de 1970 (mais precisamente, em 1973 e 1979) acentuou exponencialmente aquela sua característica, expressa no clichê benjamin-frankliano de que “time is money”, revelando em sua plenitude o valor político e econômico do tempo, ou, mais precisamente, da velocidade, como superior ao espaço e aos bens materiais nele localizados.

Em consonância com os conhecimentos adquiridos com a física relativista e quântica do século, o mundo deixa de ser concebido apenas como formado por coisas, substâncias, sujeitos, adquirindo maior relevo as relações estabelecidas entre essas entidades, todas conversíveis em energia pela multiplicação da massa acelerada ao quadrado da velocidade da luz, de acordo com a célebre fórmula einsteiniana, confirmação do que já pronunciaram Huyghens e Leibniz, ao afirmarem a identidade entre massa e energia quando em movimento, o que veio a ser consagrado por Isaac Newton na “Questão 30” de sua obra “Opticks”, onde consta: “Não são o corpo rígido e a luz conversíveis um em outro, e não podem os corpos receberem muito de sua atividade de partículas de luz que entram em sua composição?”, ideias retomadas mais proximamente a Einstein por Tolver Preston.<sup>1</sup>

É significativo que no final daquela década, que iniciava o último terço do século XX, Paul Virilio publique obra, intitulada “Velocidade e Política”, cuja tese da “dromocratização (do grego *dromos*, “corrida”) da sociedade” ganha maior atualidade e consistência a cada dia. Para ele:

[...] não há mais ‘revolução industrial’ e sim ‘revolução dromocrática’, não há mais democracia e sim ‘dromocracia’, não há mais estratégia, e sim dromologia. [...] É

a velocidade como natureza do progresso dromológico que arruína o progresso, é a permanência da guerra do Tempo que cria a paz total, a paz da inanição. [...] O homem ocidental pareceu superior e dominante apesar de uma demografia pouco numerosa porque pareceu **mais rápido**. [...] Com a realização de um progresso dromocrático, a humanidade vai deixar de ser plural. Para cair na situação de fato ela tenderá a se cindir exclusivamente em **povos esperançosos** (a quem é permitido esperar pelo amanhã, pelo futuro: a velocidade que eles capitalizam dando-lhes acesso ao possível, isto é, ao projeto, à decisão, ao infinito [...]) E **povos desesperançosos**, imobilizados pela inferioridade de seus veículos técnicos, vivendo e subsistindo num mundo finito [Grifos do autor].<sup>2</sup>

Ao tematizar o conceito de “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*), em seu “capolavoro” de 1997, “A Sociedade da Sociedade”<sup>3</sup>, Luhmann indica a origem hegeliana da expressão e a derivação lockeana da ideia<sup>4</sup>, relacionando-a à concepção moderna (e ocidental, claro) de liberdade, e definindo-a como “o acontecer de mundo na comunicação”<sup>5</sup>, ao que não favorece em nada o aumento populacional, antes pelo contrário, pois dessa perspectiva o mundo, do ponto de vista humano, é constituído pelos que podem integrar seus circuitos comunicacionais, assim incluindo, mesmo quando e enquanto os exclui, os que calam, que aí se tornam não apenas imobilizados, como também silenciados “pela inferioridade de seus veículos técnicos”.

A “desnaturalização”, a “desterritorialização” e a “desmaterialização” do sistema econômico<sup>6</sup> culminam, na década de 1980, com o fim do lastreamento do dólar no ouro e consequente escalada da importância do mercado financeiro, que passa a ser o melhor negócio: dinheiro fazendo dinheiro, sem nenhum compromisso com a capacidade de sustentação dos fatores reais de produção desse dispêndio de riqueza. O sistema econômico, juntamente com o sistema científico – e beneficiando-se de seus produtos, resultantes principalmente da militarização da

<sup>1</sup> BJERKNES, Christopher Jon. S. *Tolver Preston's Explosive Idea. E = mc<sup>2</sup> and the Huyghens-Leibnitz Mass/Energy Identity as a Heuristic Principle in the Nineteenth Century*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.atlascom.gr/EMC2.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

<sup>2</sup> VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 56, 57.

<sup>3</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a. M., 1997. 2 v. Cap. I, n. X, p. 145 ss.

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 157, nota 213.

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 150. No original: “das Sich-ereigen von Welt in der Kommunikation”.

<sup>6</sup> CHESNEAUX, Jean. *Modernidade: mundo*. Brave modern world. Trad. João da Cruz, Petrópolis: Vozes, 1995, p. 31, 65 ss, 193.

ciência, iniciada na Segunda Grande Guerra, a primeira verdadeiramente mundial e o primeiro passo no sentido da mundialização, militarização essa que prosseguiu para manter o “equilíbrio baseado no terror” (pela capacidade de reação rápida a uma agressão) da Guerra Fria, a guerra no estado de “não guerra”<sup>7</sup> –, mundializam-se a passos largos, aperfeiçoando-se como sistemas autorreferentes, “autopoiéticos” (do grego *to autón poiéin*, “autoproduzir-se”). Mais lentos e, portanto, menos eficazes ou funcionais são os sistemas jurídico e político, que por isso não se encontram tão bem acoplados um ao outro e aos demais, como estão entre si sistemas como os da economia, da ciência, da educação e da mídia. Daí que sobressai ainda uma visão regionalizada do mundo e de sua sociedade quando o ponto de vista adotado é aquele dos observadores comunicando-se jurídica e/ou politicamente, o que em nada favorece a superação de uma tal condição, na medida em que um sistema depende de sua unidade de auto-observação para expandir-se – como bem demonstra, aliás, a expansão dos limites do mundo a partir da expansão do conhecimento que dele se tem, donde a importância, destacada por Luhmann<sup>8</sup> da “descoberta” (aspas no orig.) do mundo pela Europa, e consequente colonização, no século XVI, com Portugal à frente, como sabemos. Agora, podemos dizer, quatro séculos após terem os mais ousados se aventurado a enfrentar os riscos das viagens ultramarinas, estamos todos embarcados, necessitados de precisão na navegação pela sociedade de risco que é a sociedade mundial.

Assim como ruíram Estados ditos socialistas, também se autodesmontam Estados sociais e outros em vias de se tornarem Estados “modernos”, democráticos. Os Estados, que seriam os verdadeiros sujeitos da sociedade mundial, “ficaram para trás” e se desligaram da economia que gira em torno de si e ao redor do

mundo<sup>9</sup>, sem o devido controle de seus sujeitos e destinatários – as pessoas, organizadas política e juridicamente, para gerir a destinação dos frutos de seu trabalho.

Com Jean Baudrillard<sup>10</sup>, pode-se referir a sociedade mundial também como “sociedade pós-industrial”, mas não na formulação original de Daniel Bell<sup>11</sup>, como sociedade de predomínio do setor terciário, responsável pelo fornecimento de serviços, e sim como sociedade onde se desenvolve um verdadeiro quarto setor, que a revoluciona como em poucos momentos de sua evolução, desde a pré-história, ao ponto de se falar em seu ingresso na “pós-história”. Aliás, Alain Touraine<sup>12</sup> recusa a qualificação “pós-industrial”, por entender que ela leva a uma conceituação que toma como referencial a forma anterior, baseada na indústria, quando as sociedades contemporâneas mais “avançadas”, por ele qualificadas como “programadas”, são inteiramente diversas, quando a produção e a difusão de bens culturais ocupam o lugar central que era aquele dos bens materiais, na sociedade industrial. Da mesma forma, o controle social passa a depender fundamentalmente do domínio dos meios de produzir novos valores, que modelam a personalidade dos indivíduos, e não mais da apropriação dos meios de produção de utilitários. Trata-se de uma sociedade baseada na circulação de **informações**, de forma cada vez mais intensa e sofisticada, em que a circulação de informação computadorizada é imprescindível a todas as áreas, da produção e do conhecimento.

O que se pretende é destacar o novum que vai além da mera novidade acidental do período histórico em que vivemos, que o caracteriza como uma “era da informação” (*Informationszeitalter*<sup>13</sup>). A sociedade pós-industrial seria, então, denominada com maior propriedade, “sociedade informacional”. Sua definição, como propõe Manuel Castells, em

<sup>7</sup> CHESNEAUX, Jean. *Modernidade: mundo*. Brave modern world, p: 207 ss.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 148.

<sup>9</sup> CHESNEAUX, Jean. *Modernidade: mundo*. Brave modern world, p. 76 ss e cap. 6.

<sup>10</sup> BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas*. O fim do social e o surgimento das massas. São Paulo: Brasiliense, 1985.

<sup>11</sup> BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial*. Uma tentativa de previsão social. São Paulo: Abril Cultural, 1977 (ed. orig. 1973).

<sup>12</sup> TOURAINE, Alain. *Critique de la modernité*, Paris, 1992, p. 283 ss, passim.

<sup>13</sup> ACHAM, Karl. *Vernunftanspruch und erwartungsdruck*. Studien zu einer philosophische soziologie. Stuttgart: Bad Cannstatt, 1989, p. 218.

“The Informational City”, é de um “sistema social, no qual a fonte da produtividade e da competitividade econômica, bem como do poder político, cultural e militar, reside, essencialmente, no controle e no processamento da informação”<sup>14</sup>. Deve-se, no entanto, acrescentar, com apoio em Paul Virilio<sup>15</sup>, como vimos, que o aspecto decisivo reside na **velocidade** com que se consegue elaborar e processar as informações, para assim ter a exclusividade do controle sobre elas<sup>16</sup>). Daí que seriam traços característicos dessa época em que vivemos o que melhor se diz em alemão com as expressões *Informationszwang* (compulsão a se informar) e *Kommunikationsangst* (angústia de se comunicar), para caracterizar dois aspectos de um mesmo fenômeno: o desespero por se atualizar e imediatamente contactar quem se deseja.

Graças aos avanços da informática, aliada aos meios de comunicação e de transporte, temos hoje uma “telemática”<sup>17</sup>, que nos fornece a instantaneidade de uma transmissão a distância, não importa qual, no globo terrestre, de informações e imagens, bem como a possibilidade de, até, estarmos lá de onde elas são provenientes, em pouco tempo. Com essa redução das distâncias, do espaço, pela redução do tempo necessário para percorrê-lo, cada vez mais, o que se passa conosco se passa agora, mas não aqui. O presente se eterniza, impondo-se ao passado, destruindo-o, e ao futuro, incorporando-o, já que ambos só são enquanto são agora.

Como viver verdadeiramente se o aqui não o é mais e se tudo é agora? Como sobreviver amanhã à fusão/confusão instantânea de uma realidade que se tornou ubiqüitária se decompondo em dois tempos igualmente reais: o tempo da presença aqui e agora e aquele de uma ‘telepresença’ a distância, para além do horizonte das aparências sensíveis?<sup>18</sup>.

Então, do que se trata é de reconquistar o

tempo, do qual a modernidade nos banuiu, ao situar-se para além da história, condenando-nos a viver entre o medo de perder tempo, do “tempo perdido”, e a ânsia de ganhar tempo, do “tempo livre”, recuperando o passado e o futuro como alternativas, “alteridades”, mais que anterioridade e posterioridade determinadas pelo presente.<sup>19</sup>

Ocorre, atualmente, que a explicação dos conflitos sociais como conflitos entre classes sociais com diferentes ideologias não mais se aplica às sociedades pós-industriais de hoje, reunidas em sociedade mundial, não sendo através desses referenciais – classe social e ideologia – que se explicam engajamentos assumidos pelos indivíduos enquanto feministas, homossexuais, ecologistas, naturalistas, *new ages*, *skin-heads*, *cyber-punks*, *tecno-pops*, *yuppies* etc., pois as classes sociais dos adeptos de cada uma dessas “posturas” são as mais variadas e, a rigor, não se pode dizer que tenham uma ideologia em comum.

O acúmulo e o cruzamento do volume de informações a que as pessoas se acham expostas dificultam, se não mesmo impossibilitam, uma coordenação em larga escala de suas ações em uma determinada direção, num “rumo histórico”, além do que, informação não é algo que se preste muito bem à retenção na memória, nem na individual e muito menos na coletiva, pois é um signo amorfo, informe e ágil (inform-e-ação), que se processa e desaparece rapidamente, dando lugar a outra informação e assim sucessivamente. Não há tempo, portanto, de perquirirmos a fundo as informações que recebemos e nos influenciam, fazendo de nós o que somos. Vivemos, então, na superficialidade, em um mundo que perdeu seu fundamento – com, digamos, a “morte de Deus”, denunciada de modo lapidar por Nietzsche, à que se teria seguido a “morte do homem” (Foucault) –, e essa superfície é escorregadia, não permitindo que a humanidade caminhe nela

<sup>14</sup> Apud FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr 1995, p. 54, nota 1.

<sup>15</sup> VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*.

<sup>16</sup> Para uma reflexão sobre os impactos em relação ao Direito, ver MAZOR, Lester J. Law and the velocity of information. *Rechtstheorie*, Berlin, Beiheft, n. 11, 1991.

<sup>17</sup> VIRILIO, Paul. *O espaço crítico*. Trad. Paulo Roberto Pires, Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993, p. 86.

<sup>18</sup> VIRILIO, Paul. *O espaço crítico*, p. 103.

<sup>19</sup> CHESNEAUX, Jean. *Modernidade: mundo*. Brave modern world, p. 34, 192, 206, 212.

em um determinado rumo, mas sim “deslize” nas mais variadas direções. Para dizer, com Lacan, “um deslizamento no curso dos tempos se fez, deslizamento que não é progresso, mas contorno [...]”.<sup>20</sup>

Trata-se, como já se torna evidente, de explorarmos a hipótese de que saímos da época histórica denominada por Hegel de “moderna”, onde se daria o acabamento da história, entendida como processo evolutivo da razão. Com isso, não retrocederíamos a concepções arcaicas, “pré-modernas”, pois não se postula uma “antimodernidade”, mas sim uma “pós-modernidade”, em que explicações do mundo baseadas na razão em sua forma mais aperfeiçoada, aquela técnico-científica, há de abdicar de sua pretensão de verdade única, universal e absoluta, que as tornaria superiores a quaisquer outras.

Estou plenamente consciente da circunstância de que a expressão “pós-modernidade”, já por sua multiplicidade de sentidos<sup>21</sup>, mobiliza emoções as mais diversas e contraditórias, bem como extremadas, tanto no sentido de uma adesão como no de uma rejeição do pós-moderno, como se se tratasse de uma nova crença. Aqueles que são contra a ideia de pós-modernidade costumam afirmar a permanência (ou “inacabamento”) da modernidade, associando alguma ideologia conservadora à postulação da pós-modernidade – geralmente, a ideologia do “fim das ideologias”. Na verdade, há diversas versões de pós-modernidade e, conseqüentemente, também de “antipós-modernidade”. Minha intenção é a de evitar tanto a adesão como a rejeição, adotando um uso o mais neutro possível da expressão, para reintroduzir uma periodicização histórica, algo obstaculizado pela ideia de modernidade – o atual é o moderno. Em sendo inevitável uma configuração ideológica da postura teórica que me interessa adotar, eu a caracterizaria, na esteira de Boaventura de Sousa Santos<sup>22</sup>, como uma “teoria crítica pós-moderna”.

Notem, especialmente os que referem o

pós-moderno como uma tese conservadora, que com assumi-lo se abre a possibilidade de evitar que sociedades ainda não completamente modernizadas – ou de uma “modernidade periférica” –, como a nossa – ou a que vivemos também, além de vivermos na sociedade mundial, enquanto nela “conectados”, os que residimos na periferia, mesmo se for um “centro da periferia”, como se pode caracterizar uma cidade-mundial (*Weltstadt*) como São Paulo –, caiam no engodo histórico, que conduziu os países do chamado primeiro mundo a um estágio de desenvolvimento altamente nocivo a toda a humanidade. Não devemos querer nos modernizar e mundializar, se isso significa adotar uma organização social que isola as pessoas, oferecendo bens de consumo em substituição ao contato humano, à festa de estar juntos. Temos que manter um bom lastro de afetividade para vivermos na sociedade sem classes, a sociedade de massas, pós-moderna, de que nos fala Baudrillard e outros pensadores sociais “malditos” (por recusarem idealizações alienadas e alienantes), em que as relações pessoais são mediatizadas por aparelhos como o videocassete, o DVD, o disco-laser, o fax, o PC conectado à *internet*, o celular telemóvel, apenas para mencionar alguns mais recentes e, apesar disso ou por isso mesmo, em alguns casos, já obsoletos, nessa época da obsolescência em que nos toca viver.

Acontece, então, que no mundo pós-moderno, tão complexo e diferente daquele em que se viveu até há pouco, não há mais lugar para “grandes fórmulas” legitimadoras (ou “grandes narrativas”, *grands récits*, como diz Lyotard<sup>23</sup>, em seu clássico diagnóstico de *La condition post-moderne*), elaboradas no passado, com apoio em “verdades” fornecidas pela ciência, quando dela ainda se esperava algo assim, para dar soluções aos problemas que hoje se nos apresentam com um projeto de realização de utopias, de cunho religioso, ainda quando seculares. No mundo atual, portanto, não haveria mais lugar para

<sup>20</sup> LACAN, Jacques. Mais, Ainda. O *Seminário*. Rio de Janeiro, n. 20, 1985, p. 11.

<sup>21</sup> Cf. ROSENAU, Pauline Marie. *Postmodernism and the social sciences*. Insights, Inroads and Intrusions. Princeton, 1992.

<sup>22</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura de. *The postmodern transition: law and politics. The Fate of Law*. SARAT/Th. A.; KEARNS, R. (Eds.). Ann Arbor, 1991.

<sup>23</sup> LYOTARD, Jean-François. *La condition post-moderne*. Paris, 1979 (ed. bras., 1986).

## 1.2 TEORIA SOCIOJURÍDICA NACIONAL

revoluções em seu sentido clássico, ou melhor, “moderno”. É como diz John Lennon na canção “*Revolution*”, para os estudantes maoístas: “Vocês dizem que querem uma revolução/Bem, todos queremos mudar o mundo/ Vocês dizem que têm a verdadeira solução,/ mas é melhor mudarem sua cabeça/ e se vocês falam em destruição/ não contem mais comigo/ não sabemos se vai dar certo [...]” – e não tem dado mesmo. Hoje em dia vale mais apostar no que Felix Guattari chama de “revoluções moleculares”, aquelas que ocorrem na interação entre pessoas, quotidianamente, influenciando-se umas às outras para, por seus próprios meios, encontrarem orientação no mundo, reagindo a ele, o que termina formando um encadeamento que ocasiona, de repente, grandes transformações, revoluções, sem que mesmo se perceba direito, como a queda da ditadura no Brasil, ou do “muro de Berlim”, na Alemanha, seguido pelo desmoronamento do bloco soviético.

É nesse contexto que cabe recuperar as reflexões já clássicas de Georg Simmel sobre a atitude *blasé* dos indivíduos que vivem nas metrópoles modernas, o que tenderia a se acentuar nas cidades virtuais da pós-modernidade. Já Baudelaire<sup>24</sup>, um literato e crítico de arte que se ocupou pioneiramente – ou seja, ainda no século XIX – com o tema da modernidade, enquanto época do efêmero, contingente e transitório, foi também o poeta do *spleen*, palavra inglesa que se usava correntemente na França de então para designar um estado de apatia absoluta, de onde o poeta extraía inspiração para sua obra. Ao mesmo tempo, cultivava a figura do *dândi*, definido como “o homem rico, ocioso e que, mesmo entediado de tudo, não tem outra ocupação senão correr ao encalço da felicidade”. É justamente pela interiorização da economia baseada no dinheiro, com a perspectiva de tudo se obter por essa forma generalizada de troca de mercadoria, que Simmel vai caracterizar este estado de ânimo que se apossa dos indivíduos citadinos, expostos a tantas e tão variadas fontes de excitação que não mais se excitam com nada, ao mesmo tempo

em que continuam buscando novas formas de excitação, novidades inúteis, como se oferece no mercado de bens de consumo, perecíveis, as *commodities* que hoje dominam a economia capitalista.

Simmel se refere ainda à “superfície da vida” e à “superfície da existência” que se leva com esse predomínio da “economia do dinheiro”, constringendo-nos a calcular e cronometrar todos os seus aspectos, com a maior exatidão possível, fazendo com que fiquemos presos às exterioridades mais banais, sem contato com a singularidade que apresentamos nas profundezas de nossa personalidade. Esta abstração do dinheiro e das relações capitalistas foi preparada pela abstração do direito racional moderno, como bem mostra o antropólogo francês da comunicação André Akoun.

Uma passagem da “Filosofia do Dinheiro”, de Simmel, referida por Leopoldo Waizbort<sup>25</sup>, ilustra bem o impacto na sensibilidade cosmopolita dessa correlação entre o que na Escola de Frankfurt veio a se denominar a “razão instrumental” de nosso mundo administrado pela ciência, a economia capitalista que financia essa ciência para dela se beneficiar, e o direito elaborado modernamente de modo racional-instrumental para convalidar os interesses subjacentes ao predomínio de uma forma de vida que se considera superior às demais, por ser a forma moderna, avançada:

Todos os três, o direito, a intelectualidade e o dinheiro são caracterizados pela indiferença frente à singularidade individual; todos os três extraem da totalidade concreta dos movimentos da vida um fator abstrato e universal, que se desenvolve de acordo com normas próprias e autônomas, e a partir desse fator intervêm na totalidade dos interesses da existência e a determinam a partir de si.

Na sociedade em que vivemos, com a onipresença das mídias, ocorre a virtualização sobre a qual tanto escreveram Paul Virilio, Pierre Lévy e outros, como Jesús Martín-Brabero, que destaca a televisão, que nos isola e mantém

<sup>24</sup> BAUDELAIRE, Charles. *Sobre a modernidade*. São Paulo: Paz e Terra 1996. (Coleção Leitura).

<sup>25</sup> WAIZBORT, L. *As aventuras de Georg Simmel*. São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 173.

voluntariamente presos em casa, nos momentos de lazer, sentindo-nos com a possibilidade de estar, virtualmente, em qualquer lugar do mundo para onde nos leve o *zapping* com o controle remoto, um mundo que termina sendo um mundo próprio de cada um – ou seja, não mais o mundo, o que está lá fora. E enquanto telespectadores, tornamo-nos números de estatísticas de pesquisas de opinião, com o que direcionamos o mercado para atender nossos desejos cada vez menos nossos.

É assim que nos encontramos cada vez mais distantes uns dos outros e de nós mesmos, protegidos por nossa indiferença da tentação de buscar na aventura uma alternativa na vida entediada que levamos, apesar de nos amontoarmos em número cada vez maior nas grandes cidades, cada vez mais perigosas, e nos buscamos cada vez mais por meio de terapias, horóscopos, filmes em cinemascopo e, crescentemente, em *home-theaters*, ou, de último, através da *internet*. Esse é o paradoxo trágico identificado tão bem por Simmel, em análises que tomam como ponto de partida aspectos superficiais da vida social, como a coqueteria, a moda, o passeio para olhar vitrines de lojas – hoje substituído por canais de tv exclusivamente dedicados a fazer ofertas pelo reembolso postal, assim como os provedores de *internet* –, para chegar aos motivos mais profundos, estruturais, que desde sempre nos habitaram, mas que só vêm à tona, à superfície, na modernidade, revelando-nos cindidos e, com o avançar desta modernidade, mais do que cindidos, fragmentados – e por ter sido pioneiro na percepção disto, Simmel vem sendo reivindicado como um dos avatares da pós-modernidade (por autores como David Frisby ou o casal Deena e Michel Weinstein, referidos ao final do trabalho de Jessé Souza, na “Introdução” à obra organizada por ele Berthold Oelze ou Michel Maffesoli, na França).

A recusa de fórmulas preestabelecidas em ideologias para dar soluções a problemas de um ineditismo e complexidade tais, como

são os que hoje se nos apresentam, requer que adotemos postura democrática, pela qual se propõe buscar essas soluções provocando um debate amplo, incluindo o maior número possível de posicionamentos, sem excluir nenhum por alguma prevenção de ordem ideológica, procurando extrair de cada um deles alguma contribuição, contemplando-as quando demonstrarem consistência, de forma a possibilitar uma opção vinculante a todos os envolvidos no debate, com “a recuperação de uma capacidade de auto-significar-se através do Outro”<sup>26</sup>.

Eis que parece ter chegado ao fim, há uma década e meia, não apenas mais um século e outro milênio, mas o próprio mundo, tal como vinha sendo percebido pelo ser humano de um modo geral, enquanto horizonte único e infinito de sua existência, orientada por tradições aceitas com a mesma naturalidade como se aceitava a intangibilidade das forças naturais. Esse “desaparecimento do mundo” está diretamente relacionado com a forma de conhecimento e de organização econômica da vida social desenvolvida pela civilização ocidental, as quais a tornaram uma civilização planetária (e interplanetária, na medida em que já estabelece contato físico com outros planetas e desenvolve projetos de colonização – conforme matéria já antiga, de duas décadas, no “Der Spiegel”, n. 41, 1996: 220 ss.), que, cada vez mais, “moderniza-se para sobreviver e destrói-se para ser moderna”<sup>27</sup>. O mundo, que antes se caracterizava como habitat de um sem-número de sociedades, torna-se a sede – ao que parece provisória, pelo modo parasitário como é habitada – de uma única sociedade, denominada por Luhmann<sup>28</sup>, muito apropriadamente, **sociedade mundial** (*Weltgesellschaft*).

Os “sócios” da sociedade mundial não são mais, como se tornaram na modernidade, os indivíduos, em um plano nacional, nem as nações, consideradas como indivíduos, no plano internacional. Os sócios são sócios de sociedades

<sup>26</sup> WARAT, Luis Alberto. Ética, derechos humanos y pós-modernidad: una a partir del principio de realidad en Freud. *Anais...* IV Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito, João Pessoa, 1990, p. 383.

<sup>27</sup> LATOUCHE, Serge. *La Occidentalisation du monde*. Paris: La Decouverte, 1988.

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Weltgesellschaft*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, n. 57, 1971.

anônimas gigantescas, ou melhor, são essas sociedades mesmas que se associam em escala mundial, formando imensos conglomerados, capazes de reunir o cabedal de recursos necessários para a produção do bem econômico maior, na atualidade: o saber tecnológico, o “saber-fazer” (*know-how*).

Aqui, vale fazer referência a Louis Dumont<sup>29</sup>, que distingue o modo como se concebe o homem nas sociedades tradicionais e modernas, concluindo que nas primeiras ele se define por sua pertinência à sociedade e a um lugar determinado em sua estrutura rigidamente hierárquica, sendo a sociedade como um todo o indivisível ser (humano) coletivo, enquanto é apenas nas sociedades modernas que:

[...] o ser humano é o homem ‘elementar’, indivisível, sob sua forma de ser biológico e ao mesmo tempo de sujeito pensante. Cada homem particular encarna, num certo sentido, a humanidade inteira. [...]. Ontologicamente, a sociedade não existe mais, ela é apenas um dado irredutível ao qual se pode em nada contrariar as exigências de liberdade e igualdade.<sup>30</sup>

Eis a ideologia moderna com sua principal criação: o indivíduo. E acrescenta Dumont:

Numa perspectiva comparativa, que enfatiza a ideologia, a nação - a da Europa Ocidental no século XIX - é o grupo sócio-político moderno correspondente à ideologia do indivíduo. Assim, ela é duas coisas em uma; por uma parte, uma coleção de indivíduos, por outra, o indivíduo no plano coletivo, em face de outros indivíduos nações.<sup>31</sup>

Em Luhmann<sup>32</sup>, o desenvolvimento da teoria sistêmica da sociedade leva em conta tal concepção, evidenciando que o mundo atual, resultante da modernidade, é o mundo do indivíduo, que se tornou um sistema diferenciado – e não mero subsistema de algum

outro –, “autotélico”, para utilizar a expressão de M. Csikszentmihalyi<sup>33</sup>. Como essa teoria divide o mundo em o que é sistema e o que é meio circundante (ou ambiente – *Umwelt*, em alemão, *environment* em francês e inglês, que também podemos traduzir por “(mundo) entorno”) para o sistema, o ser humano como indivíduo (moderno) é (e/ou está no) ambiente para o sistema social, e vice-versa<sup>34</sup>. É por isso que este último, “enquanto sistema estruturado de condutas relacionadas entre si através de seus sentidos, não inclui, mas antes exclui o homem concreto”<sup>35</sup>.

A teoria sistêmica substitui a oposição epistemológica “sujeito X objeto” (abordagem objetivo-teorética) pela diferenciação funcional “sistema X meio” (abordagem diferencial-teorética), e considera como seu objeto não o ser humano, mas o intercâmbio de **comunicação**<sup>36</sup>, conseqüentemente gerando a arquitetônica conceitual mais adequada para a sociedade informacional da era pós-moderna. Isso acontece tão logo a teoria de sistemas sociais os considere autopoiéticos, pretendendo “aprimorar os instrumentos da auto-observação, i. e., da comunicação com a sociedade acerca da sociedade”<sup>37</sup>.

Para a autopoiese dos sistemas sociais, portanto, é fundamental a presença de um mecanismo de **auto-observação**, próprio de sistemas cognitivos, que trás para dentro do sistema a diferença sistema/ambiente e, assim, garante que os elementos reproduzidos são os elementos de um determinado sistema, dentro do sistema global “sociedade”, e não de um outro. A observação em sistemas sociais, portanto, é interna, e necessária para sua autopoiese<sup>38</sup>. Eis onde poderemos encontrar um lugar para a filosofia, a psicanálise e outros saberes de natureza crítica.

<sup>29</sup> DUMONT, L. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993; DUMONT, L. *Homo hierarchicus: o sistema de castas e suas implicações*. São Paulo: EDUSP, 1997.

<sup>30</sup> DUMONT, L. *Homo hierarchicus: o sistema de castas e suas implicações*, p. 57.

<sup>31</sup> DUMONT, L. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, p. 138.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. 1994, p. 15 ss.

<sup>33</sup> Apud GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita* Trad. Alvaro Hattner. São Paulo: Unesp, 1995, p. 219

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Reinbeck bei Hamburg, 1972, p. 133 (Trad. bras., p. 134).

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Reinbeck bei Hamburg, p. 133 (Trad. bras., p. 169).

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziale systeme*. Grundriß einer allgemeinen theorie. 3. ed. Frankfurt a. M., 1987, p. 192 ss.

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziale systeme*. Grundriß einer allgemeinen theorie, p. 137.

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziale systeme*. Grundriß einer allgemeinen theorie, p. 60-64.

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino etc. – sistemas autopoieticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria “lógica” –, postular isso não implica negar que haja influência (“irritações”, nos termos empregados pela própria teoria aqui enfocada, ou “perturbações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles, dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina “acoplamento estrutural”<sup>39</sup>, em que se pode identificar a “religação” ou “religião do que religa” de que nos fala Morin, noção que “engloba tudo aquilo que faz comunicar, associar, solidarizar, fraternizar”<sup>40</sup>. Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e com a ciência, através de publicações, diplomas e certificados. Como, então, os sistemas da ética e da religião poderão acoplar-se para religar-se ao direito, à ciência e aos demais sistemas sociais, evitando, assim, a catástrofe para a qual, parece, estamos dirigindo, ao não nos indagarmos mais, seriamente, sobre o sentido de nossa trajetória no mundo? Do ângulo da teoria do direito, e mesmo da filosofia em geral, se pensarmos em autores hoje tão em evidência, como Jürgen Habermas, todas as atenções e “apostas” voltam-se para a Constituição de um país ou de uma comunidade de países, como no caso da União Europeia.

Essa circunstância, por si só, entretanto, já justifica que se veja a **Constituição como um processo**, tal como propusemos em outra oportunidade<sup>41</sup>. Sim, porque a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja,

não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação.

Essa concepção “procedimental” da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de “pós-moderna”, em que caem em descrédito as “grandes narrativas” (*Grand-récits*<sup>42</sup>), legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular “saber, para prever”. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o direito, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque encontra argumentos num **passado**, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou outra coisa do tipo), para justificá-lo. Ao contrário, como aponta Luhmann<sup>43</sup>, a partir da instituição das constituições, culminando o processo de positivação do Direito, dá-se uma “abertura para o futuro” (*Zukunftsoffenheit*) na forma dele legitimar-se, pois passa a “prever as condições de sua própria modificabilidade e isso, juridicamente, acima de tudo, através de regras procedimentais”.

Nesse ponto, e para concluir, vale observar que nesse processo, que é um processo de absorção de contingência e de redução da complexidade do ambiente, em que se verifica a ruptura com o passado, já fixo, e a abertura para o futuro, a ser fixado, o Direito torna-se cada vez mais improvável, aumentando a sua própria complexidade e contingência – agora sob a

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 776 ss.

<sup>40</sup> MORIN, Edgar. *O método. A vida da vida*. Rio Grande do Sul: Sulina, 1998, v. 3, p. 72.

<sup>41</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Constituição com processo. Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza, 1989, p. 7 ss.

<sup>42</sup> LYOTARD, Jean-François. *La condition post-moderne*.

<sup>43</sup> LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main, n. 9, 1990, p. 192.

forma de “dupla contingência”. O Direito, então, na palavra autorizada de Raffaele De Giorgi<sup>44</sup>, “é o sistema de produção e de controle seletivo dessa contingência, dessa contínua possibilidade de outras possibilidades”. Isso significa, porém, que o Direito – assim como os sistemas sociais em geral na sociedade contemporânea – passa a operar em condições de alto risco: risco de que as opções feitas no presente não se mostrem as mais adequadas no futuro.

### REFERÊNCIAS

- ACHAM, Karl. *Vernunftanspruch und erwartungsdruck*. Studien zu einer philosophische soziologie. Stuttgart: Bad Cannstatt, 1989.
- BAUDELAIRE, Charles. *Sobre a modernidade*. São Paulo: Paz e Terra 1996. (Coleção Leitura).
- BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas*. O fim do social e o surgimento das massas. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- BELL, Daniel. O advento da sociedade pós-industrial. Uma tentativa de previsão social. São Paulo: Abril Cultural, 1977 (ed. orig. 1973).
- BJERKNES, Christopher Jon. *S. Tolver Preston's Explosive Idea. E = mc<sup>2</sup> and the Huyghens-Leibnitz Mass/Energy Identity as a Heuristic Principle in the Nineteenth Century*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.atlascom.gr/EMC2.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2015.
- CHESNEAUX, Jean. *Modernidade: mundo. Brave modern world*. Trad. João da Cruz, Petrópolis: Vozes, 1995.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs. Capitalismo e esquizofrenia*. Trad. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995. v. 2.
- DUMONT, L. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Homo hierarchicus: o sistema de castas e suas implicações*. São Paulo: EDUSP, 1997.
- FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr 1995.
- GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. Trad. Alvaro Hattner. São Paulo: Unesp, 1995.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Constituição com processo*. *Ensaio de Teoria Constitucional*, Fortaleza, 1989.
- LACAN, Jacques. Mais, Ainda. *O Seminário*. Rio de Janeiro, n. 20, 1985.
- LATOUCHE, Serge. *La Occidentalisation du monde*. Paris: La Decouverte, 1988.
- LUHMANN, Niklas. *Die Weltgesellschaft*. *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, Stuttgart, n. 57, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Rechtssoziologie*. Reinbeck bei Hamburg, 1972. v. I. Ed. bras. Sociologia do Direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. II.
- \_\_\_\_\_. *Soziale systeme*. Grundriß einer allgemeinen theorie. 3. ed. Frankfurt a. M., 1987.
- \_\_\_\_\_. *Verfassung als evolutionäre errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main, n. 9, 1990.
- \_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7. ed. Milano, 1995.
- \_\_\_\_\_; *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a. M., 1997. 2 v.
- LYOTARD, Jean-François. *La condition post-moderne*. Paris, 1979 (ed. bras., 1986).

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7. ed. Milano, 1995, p. 47.

MAZOR, Lester J. Law and the velocity of information. *Rechtstheorie*, Berlin, Beiheft, n. 11, 1991.

MORIN, Edgar. *O método. A vida da vida*. Rio Grande do Sul: Sulina, 1998. v. 3.

ROSENAU, Pauline Marie. *Postmodernism and the social sciences*. Insights, Inroads and Intrusions. Princeton, 1992.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. The postmodern transition: law and politics. *The Fate of Law*. SARAT/Th. A.; KEARNS, R. (Eds.). Ann Arbor, 1991.

TOURAINÉ, Alain. *Critique de la modernité*, Paris, 1992 (ed. bras. Petrópolis: Vozes, 1994).

VIRILIO, Paul. *O espaço crítico*. Trad. Paulo Roberto Pires, Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

\_\_\_\_\_. *Velocidade e política*. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

WAIZBORT, L. *As aventuras de Georg Simmel*. São Paulo: Ed. 34, 2000.

WARAT, Luis Alberto. Ética, derechos humanos y pós-modernidad: una a partir del principio de realidad en Freud. *Anais... IV Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito*, João Pessoa, 1990.

**2 SEÇÃO ESPECIAL:  
ATUAÇÃO ESTATAL CONTRA AS DROGAS**

## UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DAS DROGAS:

### USUÁRIOS E DEPENDENTES NA COMUNIDADE DA RESTINGA E O SISTEMA DEFASADO DO ESTADO

Franciele de Matos Pinto<sup>1</sup>

*Sumário:* 1 Introdução. 2 Breve retrato da ofensa do Estado aos cidadãos, de acordo com as garantias fundamentais. 3 O que leva um jovem da periferia virar “refém” do sistema? 4 A (in)aplicabilidade das políticas públicas sobre drogas trazidas pela Lei 11.343/2006. 5 A escolha (ou a falta de) do usuário de drogas na Comunidade da Restinga. 6 Considerações finais. Referências.

#### **Resumo**

A deflagrada “guerra contra as drogas” vivenciada pela população brasileira que tem levado a óbito milhares de cidadãos em virtude do mau uso das drogas, fomentada pela situação calamitosa em que muitas famílias da zona periférica vivem, onde em plena luz do dia é possível encontrar crianças consumindo crack e outras que, ao invés de terem em suas mãos brinquedos, carregam armas, é o objeto do estudo empírico feito durante um ano no seio da periferia de Porto Alegre. Escolheu-se como cenário a Comunidade da Restinga, na capital gaúcha, para retratar o descaso do Estado diante da situação nefasta enfrentada pela maioria

<sup>1</sup> Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. E-mail: [franciele\\_pinto@hotmail.com](mailto:franciele_pinto@hotmail.com)

das comunidades carentes em nosso país. A Restinga é uma comunidade hipossuficiente, que encontrou no narcotráfico o amparo negligenciado pelo poder público. A deficiência da política antidrogas flameja na disparidade existente entre os julgados do tribunal e os relatos dos operadores do Direito lotados na comunidade que destoam da legislação pátria vigente. A pesquisa realizada comprova que foi a adoção de políticas antidrogas proibicionistas, eivada de vício, a própria engrenagem que impulsiona e alavanca a indústria da morte, em que o poder do tráfico é notadamente mais eficaz e organizado do que o poder público estatal.

**Palavras-chave:** Estado. Política antidrogas. Poder. Vulnerabilidade. Comunidade da Restinga.

#### Abstract

Inflamed “the war against drugs” lived by the Brazilian population, that has taken the death of thousand citizens in virtue of the bad use of the drugs, fomented by the heart breaking situation where many families of the peripheral zone live, where in daylight it is possible to find kids using crack and others, instead of having on their hands toys, they carry weapons, is the object of the empirical study made during one year in the middle of Porto Alegre periphery. Restinga is a sufficient careless community that found support in the drug dealing neglected by the state. The deficiency of antidrugs politics flares up in front of the existing disparity between the judgeships of the court and the reports of the law operators filled on the community who clashed the effective native legislation. The performed research proves that the adoption forbidden antidrugs polices, contaminated from addiction, the own

gear that impulse an liver the death industry, where the traffic power is noticed more effective and organized then the national public power.

**Keywords:** Unbalanced state system. Antidrugs politics. Power. Vulnerability. Restinga community.

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa empírica norteadora desse artigo científico foi motivada pela ânsia de retratar, visando amenizar, a realidade cruel que muitos cidadãos estão submetidos. Como falar em Estado democrático quando temos uma desigualdade ensurdecadora? Como pensar em democracia quando uns vivem em seus arranha-céus enquanto milhares de crianças são jogadas ao léu?

Com o devido distanciamento de concepções moralistas, eclesíásticas pré-concebidas advindas de imposições que foram permeadas durante séculos, e com foco na formação um olhar sócio-jurídico da política de drogas na Restinga<sup>1</sup>, a fim de compreender o que faz um indivíduo tornar-se usuário de “droga”<sup>2</sup> e o que impulsiona muitos a tornarem-se traficantes, este estudo pretende delinear tal discrepância, possibilitando, assim, ampliar uma visão capaz de minimizar os danos existentes nesta comunidade, diante do sistema ultrapassado e atualmente ineficaz do Estado.

Há uma percepção que deve ser efetivamente superada, a fim de estancar os danos sofridos pela concepção deformada proveniente do período histórico dos regimes totalitários e que fora concretada na legislação pátria. Esse prejuízo se reflete, inegavelmente, no pensamento individual e deixou resquícios que provocaram

<sup>1</sup> A Restinga atualmente é classificada pelo ente estatal como “Território da Paz”, em virtude do índice de criminalidade, alarmante apresentado, aproximadamente 80% dos crimes que ocorrem no bairro provêm desse círculo vicioso que é potencializado pela problemática das drogas. O RS na paz é um programa do governo do Estado do Rio Grande do Sul que visa direcionar recursos para regiões que possuam altos índices de violência (homicídio e tráfico) e elencou a Restinga (bairro com aproximadamente 50 mil habitantes) como um território a ser protegido, em razão de sua densidade demográfica cumulada e elevado índice de violência.

<sup>2</sup> Utilizar-se-á, neste artigo, uma definição fornecida por farmacologistas, em que droga é “qualquer substância capaz de alterar o funcionamento normal de um organismo”. Tal interpretação é a mais próxima dos gregos antigos, que deriva da palavra *phármakon*, tanto para remédio como para veneno. Na concepção grega antiga, nenhuma substância, em si, é boa ou má. O uso que se faz dela é que ditará as suas consequências. Cf. ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012, p. 14.

o ponto cego enfrentado pelo ordenamento jurídico atual, haja vista a toxicod dependência, na maioria das vezes, ser percebida exclusivamente pela ótica criminal.

As leis são feitas para garantir o bem-estar de todos, e sempre que pendem para o autoritarismo elas acabam por lesionar os princípios que visam proteger.

Dissemos ser Estado o órgão do pensamento social. Não é que todo pensamento social emane do Estado. Mas há pensamento social de duas espécies. Um vem da massa coletiva, e nela está difuso; é feito desses sentimentos, dessas aspirações, dessas crenças coletivamente elaboradas pela sociedade, e esparsas em todas as consciências. O outro é elaborado nesse órgão especial chamado de Estado, ou governo.<sup>3</sup>

Essa dicotomia existente é a engrenagem de movimento do Estado. As leis, em sua maioria, são elaboradas para adequar os fatos concebidos na sociedade como naturais, mas necessitam do aparato jurídico para regulamentá-los, ou seja, o Estado é influenciado pelos indivíduos, fruto da evolução de cada um, da disseminação do conhecimento coletivo e do senso crítico individual, que fomentam os movimentos sociais que se propagam.

Em contrapartida, temos a ferramenta criada pelo Estado, em que o ente jurídico impõe medidas reguladoras que vão contra o habitual vivenciado pela sociedade. De qualquer forma, a metamorfose ocorre todos os dias e o ordenamento pretérito autoritário, que em tese foi superado, reflete-se no pensamento do indivíduo que cria as leis e também naquele que escolhe o seu representante.

## 2 BREVE RETRATO DA OFENSA DO ESTADO AOS CIDADÃOS, DE ACORDO COM AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Um exame da realidade da política de drogas em contraste com a Comunidade da Restinga permite pontuar que em virtude da hipossuficiência que abarca a comunidade o crack e a maconha são as substâncias entorpecentes

fortemente consumidas no bairro, em especial porque o custo econômico para adquirir tais substâncias é consideravelmente mais baixo do que para obter substâncias sintéticas (ecstasy, LSD, cocaína, entre outras), predominantemente consumidas pela alta sociedade.

É imprescindível fazer uma singela diferenciação entre o traficante que atua em uma comunidade periférica e aquele que abastece a zona nobre. Inobstante ambos estarem sujeitos ao mesmo ordenamento jurídico, as fragilidades surgidas por trás da conduta desses agentes são distintas.

Essa diferença é palpável, não somente pelo estereótipo pejorativo que circunda os “marginais” da periferia, mas também pela realidade social que esses indivíduos estão inseridos. Até mesmo porque, em casos de calamidade, os pertencentes a classes mais abastadas possuem, em tese, maior estrutura para lidar com os casos de dependência, seja para realizar tratamentos alternativos de recuperação, seja pela possibilidade de afastar o seu usuário do núcleo marginalizado – que nada mais é do que o reflexo da ausência de participação do Estado.

Uma das causas do aumento espantoso da criminalidade nos grandes centros urbanos é a corrupção da infância que, pela falta de educação e de cuidados por parte da família e da sociedade, é recrutada para as fileiras do exército do mal.<sup>4</sup>

É sabido que as garantias individuais não são guarnecidas pelo poder público estatal. Basta olhar para os lados e perceber que não há como falar em igualdade. Avançamos em tantos aspectos, mas ainda existe grande parte da população que sofre, a duras penas, o descaso do Estado. Fato é que muitos destes desamparados pelo “poder público” encontram a “proteção” do “poder do narcotráfico”.

A droga cria os zumbis da noite, que furtam ou roubam, inclusive dentro de sua casa, para sustentar o vício. A droga impõe a necessidade do armamento, das mortes, do terror, pois é assim que esse mercado sobre-

<sup>3</sup> DURKHEIM, Emile. *Lições de sociologia*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1983, p. 73.

<sup>4</sup> BONUMÁ, João. *Menores abandonados e criminosos*. Apud LYRA, Diogo, *A república dos meninos: juventude, tráfico e virtude*. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2013, p. 20.

vive e impõe suas regras. Isso impulsiona a questão da reincidência e a questão da criminalidade (Informação verbal)<sup>5</sup>.

A falta de estrutura e a ausência do Estado na comunidade são evidentes. Inobstante tenhamos essas garantias sedimentadas na Constituição da República, a realidade enfrentada pela nação, em especial, pelas zonas periféricas é frustrante. Sabe-se que atualmente o Estado investe mais em educação, conquanto atue ainda de maneira insuficiente, mas não é possível que entre tantas garantias fundamentais as crianças tenham que ficar à mercê dos traficantes, enquanto suas famílias procuram uma forma de modificar a realidade que as circunda.

A negligência do Estado no que diz respeito à saúde é outro dilema enfrentado diariamente em nosso país; seus danos são mais gravosos nas comunidades carentes. A pobreza é o retrato da desigualdade que vivenciamos. Como pode o Estado simplesmente punir aqueles que já sofrem severas inferências do poder público?

Conforme pontua Hinkelammert<sup>6</sup>: “Os direitos humanos devem ser direitos que o ser humano tem independentemente das instituições dentro das quais vive. Não há instituições, mas demandas que enfrentam as instituições preexistentes [Tradução nossa]”.

Caucionar os direitos humanos dos cidadãos é o primeiro passo para termos uma sociedade mais igual, a fim de rumar ao desenvolvimento social comum. Deve-se propiciar, tal como delineado por Carvalho<sup>7</sup>: “[...] o reconhecimento de todos os seres humanos como humanos, para além dos ideais de pureza e das falsas dicotomias (bem vs. mal; belo vs. feio; verdadeiro vs. falso; justo vs. injusto)”.

Embora tais garantias estejam clarificadas na Carta Magna, ainda que não sejam garantidas pelo Estado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas

corroborar o entabulado na nossa Constituição Federal, quando declara que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

### 3 O QUE LEVA UM JOVEM DA PERIFERIA VIRAR “REFÉM” DO SISTEMA?

Colabora para a construção de um raciocínio homogêneo acerca da situação calamitosa enfrentada pela Comunidade da Restinga a percepção do cientista social Diego Lyra, que sabidamente pontua:

[...] o jovem se converte em um inimigo da ordem, um algoz consciente do mundo coletivo. Se em um primeiro momento o peso do seu contexto mais amplo é considerado de modo a definir as razões de sua adesão ao crime, em um momento posterior essa adesão se converte em ‘cultura’, isto é, incorpora um conjunto de práticas que se reproduzem autonomamente, criando por si só um contexto novo, alheio a qualquer projeto coletivo, indiferente a qualquer valor comum.<sup>8</sup>

É essencial compreendermos o jovem. Com a percepção da sua visão de mundo será mais fácil avistar um entendimento capaz de traçar uma linha de diferenciação do usuário e do traficante. Sendo assim, faz-se necessário estabelecer: primeiro, o que leva o jovem da periferia a fazer mau uso das drogas; segundo, o que faz com que um indivíduo passe a traficar. Ademais, vale lembrar que, assim como há os traficantes que buscam a mercancia para adquirir sua riqueza material, há aqueles que se utilizam da traficância somente para suprir a própria dependência.

[...] vai do convívio com o traficante. Ele tá vindo na frente da casa dele aquilo acontecendo com naturalidade, transita no meio da droga [...], a família normalmente consome, ou vende. Ele sabe quem é o grandão ali na rua, ele quer ser igual. Ele é o modelo, se o sujeito tem o pai policial, ele quer ser policial, o modelo pra ele é o policial [...]. Se o pai dele, e o traficante é pai de

<sup>5</sup> MAJOR E. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [jan. 2014]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2014.

<sup>6</sup> “Los derechos humanos tienen que ser derechos que el ser humano tiene independientemente de las instituciones dentro de las cuales vive. No formulan instituciones, sino exigencias frente a las instituciones.” HINKELAMMERT, Franz. *La Rebelion en La Tierra y La Rebelión en el Cielo* Apud CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222.

<sup>7</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*, p. 220.

<sup>8</sup> LYRA, Diogo. *A república dos meninos: juventude, tráfico e virtude*, p. 29.

muita gente aqui, dos órfãos. Se o pai dele é o traficante, ele vai querer ser um traficante, o líder, é como se fosse um governador, um prefeito. Muita gente almeja esses cargos e muita gente almeja o cargo do líder (Informação verbal).<sup>9</sup>

A relação estreita com as drogas cria uma visão embaraçada da maioria das crianças pertencentes à Restinga, aí incluídos jovens de outras comunidades. É atroz um jovem buscar inspiração naquele que movimenta uma ferramenta sangrenta, no caso o traficante. Esses padrões tidos como naturais são uma afronta ao bem-estar, à saúde física e mental, ao desenvolvimento humano. A ausência demasiada do poder do Estado alimenta a engrenagem de força conduzida pelo “poder” dos traficantes que oportunamente esperam o ente público faltar para preencher as lacunas deixadas.

A base adoecida sedimentada na Restinga demonstra a ausência de valores morais nobres dos indivíduos que a cada dia estão mais familiarizados com esses padrões desordenados. A perpetuação desses tipos sociais é marcada por um processo social, bem definido pelo sociólogo Michel Misse:

[...] incide sobre a identidade pública e muitas vezes íntima de um indivíduo. Para que haja sujeição criminal, é preciso que certos tipos de curso de ação, representados não apenas como desviantes, divergentes, problemáticos ou ilegais, mas interpretados principalmente como criminais, inclusive pelo agente, se reiterem na expectativa social a propósito desse agente: que esses tipos de curso de ação condensem significações de rupturas com representações de normas sociais de validade abrangente e, principalmente, rompam ou ameacem romper um ‘núcleo forte’ emocional dos agentes sociais, sobre o qual se concentram as representações sociais da normalidade, do crime e da violência.<sup>10</sup>

Nesse sentido, corroborando o entendimento que leva os jovens a terem essa percepção esquizofrênica, temos o seguinte relato:

[...] eu fui numa casa [...] cumprir um mandado de

busca e apreensão noturno e lá eu encontrei uma avó, uma neta e duas filhas dessa neta. [...] A avó e a neta estavam embalando crack, [...] era um barraco pequeno, na frente das crianças no caso. Essas crianças que veem a mãe delas e a avó desde pequena embalando a droga, separando a droga, vendendo, [...] pra ela aquilo é uma coisa normal, natural, aquilo é o trabalho da mãe delas, é o trabalho da avó. Elas têm uma sociedade, informal, mas uma sociedade. Quando elas crescerem elas vão achar que aquilo é errado? Quem é o modelo de dizer o que é certo e errado para uma criança? São os pais, então para elas, para as crianças aquilo é normal, ela não vai ter, naquele caso, daquelas crianças, elas não vão ter um senso crítico pra dizer, minha mãe estava fazendo errado, é uma traficante, ela merece ser condenada, merece ser presa. Não, a minha mãe é uma vítima, então elas vão entrar naquele sistema, naturalmente (Informação verbal).<sup>11</sup>

As famílias, em sua maioria, são incapazes de vislumbrar outra realidade, haja vista observarem o meio em que vivem por um prisma ofuscado pelo poder público. Primeiro, porque muitos foram criados nessa geração, perpetuando os comportamentos desacertados que alimentam esse ciclo vicioso contaminado. Segundo, porque aqueles que buscam uma vida diferente enaltecida com nobres valores a fim de oportunizar uma vida mais digna para seus filhos, laborando em uma atividade legítima, acabam ausentando-se da rotina dos jovens. Possibilitar que essas condutas imprudentes sejam consideradas “coerentes” é manter-nos cego diante de todos os preceitos fundamentais.

#### 4 A (IN)APLICABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS TRAZIDAS PELA LEI 11.343/2006

A política de drogas adotada atualmente no sistema jurídico brasileiro preceitua mecanismos eficazes de prevenção ao uso, ressaltando a ligação direta entre prevenção e instrução/escolaridade. Para prevenir os jovens do mau uso das substâncias entorpecentes, faz-se necessário investir em políticas públicas de redução de

<sup>9</sup> Promotor de Justiça E. V. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [jan. 2014]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2014.

<sup>10</sup> MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos e sociologia do crime e da violência urbana*. Apud LYRA, Diogo. *A república dos meninos: juventude, tráfico e virtude*, p. 35.

<sup>11</sup> Promotor de Justiça E. V. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [jan. 2014]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2014.

danos. Entretanto, isso só será possível com a adoção de mecanismos eficazes no campo da educação, permeados pelos objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas: propagar uma rede de proteção aos usuários e dependentes e alinhar atividades de combate às drogas originárias de produção irregular e do tráfico ilícito de drogas<sup>12</sup>.

Essas aspirações para evoluir em um ambiente sadio consubstanciadas em valores distintos são elementares para que o jovem possa trilhar seu caminho de maneira íntegra, sem se deixar contaminar pelos valores sociais distorcidos coexistentes em sua comunidade, conforme sublinha Sanchez<sup>13</sup>:

O consumo de drogas apresenta diferentes motivações, o que irá determinar os distintos padrões de consumo. Mesmo no consumo experimental, decorrente da influência de amigos ou como imitação de padrões culturais, o usuário está exposto a riscos biológicos, comportamentais e de violência.

Na Comunidade da Restinga, as políticas públicas de drogas somente se tornarão efetivas no momento em que a comunidade for bem instruída acerca dos malefícios que o uso nocivo das drogas impulsiona, não somente no organismo do indivíduo, mas principalmente no microsistema em que ele está inserido. Por este motivo, deve-se explicitar aos cidadãos que o contexto social em que estão submetidos não é próspero. Se o Estado se mantém inerte em guarnecer seus cidadãos, aqueles que possuem uma perspectiva ampliada devem organizar-se com o intuito de inculcar na comunidade os danos que sua população está submetida. Agindo assim, estarão não só atuando em prol da coletividade, mas exercitando a cidadania, além de cobrar uma atuação assídua do poder público.

Nesse sentido, atitudes genuínas foram tomadas por civis, bem como por funcionários públicos da comunidade. Como exemplo, tem-

se a Paróquia da Igreja Católica na Restinga. Não obstante os seus poucos recursos, a igreja possibilita uma oportunidade de integração positiva entre os infantes da comunidade, como atividades recreativas nos fins de semana e eventos beneficentes. Em consonância com essa maturidade social, o Comandante da Brigada Militar cita o Projeto Aluno Cidadão, que abrilhanta a Comunidade da Restinga.

O mencionado projeto, no âmbito da Restinga, conta com a atuação forte do Comando da Brigada Militar do 21º BPM, em parceria com os professores das escolas de educação infantil e ensino fundamental. O propósito é instruir os professores da comunidade para esclarecer os jovens a respeito dos prejuízos trazidos pelo contato com as drogas.

Os alunos participam de atividades regulares cujo foco principal são os prejuízos advindos com o uso de drogas e a violência. A temática enfocada propicia uma maior consciência sobre vida saudável, ampliando o interesse pela preservação do meio ambiente e outros valores nobres. Instruir os jovens é a forma mais acertada de mantê-los conscientes e aptos a lidarem com os desafios da vida adulta.

No mesmo sentido, é oportuno ressaltar a atuação da Divisão de Prevenção e Educação (DIPE) e da Delegacia de Narcóticos (DENARC) – em que uma delegada e três inspetoras de polícia fazem um brilhante trabalho acerca da prevenção do uso das drogas. Nos últimos anos, a DIPE cumpre com afinco o objetivo de oportunizar um conhecimento mais amplo acerca do uso de drogas, principalmente entre os jovens do nosso Estado. “A DIPE fechou 2012, com 23.800 ouvintes da nossa palestra e uma coisa é certa, esses jovens [...] ouviram sobre isso, conheceram sobre isso, e eles vão pensar duas vezes antes de entrar nessa furada.” (Informação verbal)<sup>14</sup>.

O Projeto Aluno Cidadão objetiva orientar

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2013.

<sup>13</sup> SANCHEZ, Z.M. *Razões para o não-uso de drogas ilícitas entre jovens em situação de risco*. Apud, BENFICA, Francisco Silveira. *Lei de drogas, aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 178.

melhor os jovens, não tolhendo suas percepções, mas sim ampliando sua sapiência. Ou seja, não repreende o pensamento do jovem, pelo contrário, oportuniza um alargamento do seu conhecimento, tanto na esfera social como na científica. Partindo do princípio de que as nossas escolhas serão realizadas de acordo com o nosso saber e levando-se em conta a bagagem positiva trazida por essas políticas públicas, um número cada vez maior de jovens poderá fazer escolhas mais saudáveis ao longo da sua vida.

De tudo que foi dito, é oportuno mencionar que as desigualdades existentes não se vislumbram somente entre os cidadãos, elas também eclodem do ente público, haja vista, seguidamente, privilegiarem uma classe social em detrimento de outra. Exemplo disso é a estrutura dos órgãos repressivos, em contraste com os órgãos do Judiciário. Contudo, é possível constatar que embora os poucos recursos dos órgãos repressivos – Polícia Civil e Brigada Militar – e sua infraestrutura precária, o interesse pelo bem comum prevalece. A falta de recursos destoa dos brilhantes projetos de políticas públicas. Tal motivação pode ter sido impulsionada pela esperança de mudar o cotidiano doentio resultado da vivência próxima com essa realidade caótica.

A prevenção, portanto, é a solução para estancar essa reprodução desenfreada de violência e deve ser propiciada por meio da educação. É necessário, pois, estancar essa engrenagem cíclica que mantém comunidades inteiras reféns desse sistema cíclico defasado, ocasionado pelo abuso das drogas. Se o Estado caucionar instrução, educação e lazer, obedecendo aos preceitos fundamentais, o suposto custo dos projetos sociais será pífio diante do benefício que produzirá no longo prazo. Como falar em integração e mudança de valores se o Estado, não raro, continua deixando gerações a esmo,

sem nem mesmo lhes assegurar a sua dignidade?

O que eu percebi nos jovens da Restinga [...] ele tem o problema de foco numa figura positiva. [...] antes até da adolescência vê no meio circulante dos jovens? Ele vê que quem está envolvido na área das drogas tem bens, tem uma situação melhor, as meninas da Restinga se interessam pelo rapaz que tem um tênis de marca, se interessam pelo rapaz que tem uma aparência de riqueza. [...] tem ausência da figura do pai. Porque o pai da zona periférica, da periferia, das camadas sociais menos favorecidas, ele é muito ausente, ele abandona a família com facilidade por alguma razão social [...], em geral ele fica ausente durante alguns anos ou quase nada também e desaparece. (Informação verbal)<sup>15</sup>

O relato supra demonstra que os membros da comunidade, inobstante as diretrizes pontuadas na Lei n. 11.343/2006<sup>16</sup>, permanecem reproduzindo valores equivocados. A busca desenfreada pelo consumo, fomentada pela indústria capitalista, só produz princípios medíocres para essa geração juvenil. Há uma inversão de valores a influenciar diretamente os jovens. Essa contaminação esdrúxula de valores impera tanto entre as classes nobres como nas zonas periféricas: “ter”, inúmeras vezes, prepondera sobre “ser”. Esse pensamento equivocado é semelhante ao narrado por Aries quando explicita o modelo pretérito da sociedade francesa:

O êxito material, as convenções sociais e os divertimentos sempre coletivos não se distinguiam como hoje em atividades separadas, assim como não existia separação entre a vida profissional, a vida privada e a vida mundana ou social. O essencial era manter as relações sociais com o conjunto do grupo onde se havia nascido e elevar a própria posição através de um uso hábil dessa rede de relações. Ter êxito na vida não significava fazer fortuna ou obter uma situação – ou ao menos isso era secundário; significava antes de tudo obter uma posição mais honrosa numa sociedade em que todos os membros se viam, se ouviam e se encontravam quase todos os dias.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Delegada S.D. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

<sup>15</sup> Delegada S.D. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2013.

Apesar da omissão cristalina do Estado, sabe-se que a educação é uma das ferramentas mais potentes. Por meio da educação, e de acordo com o nosso conhecimento, é que começamos a questionar; só o saber nos ajuda a descobrir e a criar um imaginário efetivo capaz de vislumbrar a sociedade a que pertencemos.

Sobre a importância da educação, disserta Durkheim:

Uma vez que a educação é uma função essencialmente social, o Estado não pode desinteressar-se dela. Pelo contrário, tudo o que seja educação deve ser, de alguma forma, submetido à sua acção. Não quer dizer com isto que deva necessariamente monopolizar o ensino. [...] Pode entender-se que os progressos escolares são mais fáceis e mais rápidos, onde seja deixada alguma margem às iniciativas individuais porque o indivíduo é mais facilmente inovador do que o Estado.<sup>18</sup>

Os “aviõezinhos” que ficam ao redor da escola não terão voz se o conhecimento dos infantes falar mais alto. A falta de estrutura na educação oportuniza que um considerável percentual de menores permaneça longe das escolas. Diante disso, muitas crianças passam o dia pelas ruas à mercê da própria sorte (?). A infância é tolhida muito cedo, seja pela intervenção dos traficantes, seja pelos valores distorcidos da família.

## 5 A ESCOLHA (OU A FALTA DE) DO USUÁRIO DE DROGAS NA COMUNIDADE DA RESTINGA

A falta de perspectiva diante do ambiente hostil que permeia a Comunidade da Restinga possibilita (ou implica) o surgimento do usuário de drogas, especificamente usuários de crack. O relato transcrito a seguir, sobre o perfil do usuário de drogas, é elucidativo dessa triste realidade:

[...] Foi um furto feito numa granja e nós tínhamos um suspeito que era o caseiro da granja. [...] a gente conseguiu um tanto de informação de pessoas, que es-

sas pessoas estariam dentro do mato, aí, já que a gente tinha que ir no mato pra achar essas pessoas, a gente foi rodando, rodando e a gente foi encontrando tantas pessoas que o serviço foi encarado sob um duplo aspecto. Ao mesmo tempo a gente procurou elementos sobre esse crime específico que estava sendo praticado e a gente aproveitou pra ver que era uma coisa que era meio desconhecida. Esse aspecto do pessoal morando no mato, usando drogas o tempo inteiro, mesmo sendo policial, às vezes a gente se surpreende com muita coisa. E isso foi uma das coisas que eu achei. E eles fazem casas dentro do mato, fazem umas tendas, umas coisas assim. Tinha um lugar que tinha uns cinco rapazes e uma moça. Todos dentro de um barracão usando drogas e mantendo relação sexual. E aí foi saindo gente, saindo, pegando nome de todo mundo, onde você mora? Eles respondiam: - A gente mora no mato. É a casa deles. Esse era até um dos suspeitos desse furto e a gente conseguiu chegar na casa dele, a mulher tava bem, cuidava bem do filho, tinha uma casa boa e o cara tava morando no mato, que era em uma quadra quase que ao lado de casa; por conta da droga abandonou isso tudo. É isso, esse é o perfil do usuário (Informação verbal).<sup>19</sup>

Por essa ótica, é possível constatar que a realidade, quando vista de perto, é mais assustadora. Primeiro, ainda que exista a estrutura familiar e bons motivos para trilhar um caminho próspero, o crack assola os indivíduos, faz o ser humano perder a noção da realidade e a inspiração para desfrutar a vida. Segundo, o ciclo vicioso formado pela dependência da droga cria uma realidade paralela, um tipo obscuro de sociedade. Terceiro, quando a droga entra na vida do indivíduo, abre portas para a prática de outros crimes.

Inobstante a Lei n. 11.343/2006<sup>20</sup>, em relação ao usuário de drogas, que prevê advertência; prestação de serviço à comunidade ou medida educativa, na prática, repetidas vezes, não há interesse do poder público em registrar esses delitos penais. A realidade demonstra que tais medidas, não raro, são desarrazoadas e não

<sup>17</sup> ARIES, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. Apud LYRA, Diogo. *A república dos meninos: juventude, tráfico e virtude*, p. 105.

<sup>18</sup> DURKHEIM, Emile. *Lições de sociologia*, p. 73.

<sup>19</sup> Delegado N.M. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

<sup>20</sup> BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2013.

alcançam o objetivo necessário para a instrução de uma persecução penal.

Na linha de raciocínio esboçada pelo Promotor de Justiça E.V.:

O usuário, pelo que eu percebo da atuação policial, ele já nem é mais autuado, eles são autuados mais quando eles são traficantes que são pegos com ínfimas quantidades de drogas e pra não deixar passar a polícia acaba fazendo um termo circunstanciado por uso ou quando, no ponto, o usuário é encontrado. Então, nesse caso, são abordadas duas pessoas, o traficante e o usuário. O usuário é pego lá com duas, três pedrinhas de crack, por exemplo, ou de maconha ou uma, duas, três bucinhas de cocaína. E aí, ele diz que foi ali comprar a droga. Então ele é autuado por posse e o traficante que é pego com mais drogas, com dinheiro etc., por tráfico (Informação verbal).<sup>21</sup>

Consequentemente, diante do contexto fático da Restinga, constata-se que a maioria dos usuários é, na verdade, dependente químico, o que enseja, no mais das vezes, a incapacidade de discernimento de sua conduta. A autoridade repressiva opta por não autuá-lo, diante da falta de estrutura propiciada pelo Estado para recuperação do usuário de drogas, contrariando, vale dizer, o regramento normativo existente. Daí resulta a ineficácia de aplicabilidade da lei diante desse cenário específico conhecido pela autoridade policial.

Na prática, os usuários são autuados quando existe uma possibilidade de recuperação do indivíduo, e quem faz esse filtro são os atores da Administração Pública, possibilitando a adoção de uma série de critérios subjetivos, discricionários, contrariamente ao que apregoa o arcabouço normativo.

[...], por exemplo, a última palestra que a gente teve [...] nós marcamos pra quarenta termos circunstanciados, [...] tinha doze eu acho, de quarenta, é 20% do que a gente chama, a gente consegue efetivamente trazer. [...] é baixo! Eu não acho o endereço, a pessoa se mudou e tal, então é bem complicado. E outra coisa assim que eu sou um pouco rigorosa. É no sentido de quem chamar para essa audiência, porque se o cara (que é bem comum aqui na Restinga) tem outros processos,

responde outros processos, tem condenação criminal por tráfico ou por outro delito mesmo, aí eu nem chamo porque eu acho que não vai adiantar nada. Não vai ter utilidade prática alguma, porque isso aí, embora seja uma medida prevista na lei, acho que isso tá muito mais na área da prevenção do que na repressão (Informação verbal).<sup>22</sup>

Estamos diante de uma visão heterogênea do poder público. Tal posicionamento deflagra a discrepância do ordenamento jurídico, haja vista a conduta delitiva que enquadra o indivíduo em um tipo penal. Quer dizer: a conduta delitiva do indivíduo passa primeiramente pelo critério subjetivo de autuação do poder repressivo; se houver suporte para o Estado autuá-lo, então se inicia a persecução penal. Contudo, para dar continuidade, há que passar pelo crivo do Judiciário, que, dependendo do contexto fático, decide não perquiri-lo. Diante disso, pode-se dizer que, embora exista autoria, materialidade e culpabilidade, nem sempre haverá uma persecução penal. É a visão do legislador que permanece distante, retratando o abismo existente entre a realidade e o ordenamento jurídico.

De outra banda, fala-se em democracia, mas o desequilíbrio existente entre nossos tribunais e o juízo discricionário dos legisladores e dos tribunais superiores que hoje legislam, faz com que tenhamos a certeza de que o poder é unilateral. O Estado detém o poder de ditar as regras e o poder de punir, perdendo apenas para o poder do tráfico que, de certa forma, impera.

Considerando que o crack é predominante em comunidades periféricas, nesse cerne – usuário e dependente –, pouco tempo é necessário para eclodir a figura do traficante. O dependente químico de crack, não raro, é impulsionado a entrar na “carreira do crime”, especialmente quando se somam os seguintes elementos: a necessidade de manter o vício, os poucos recursos e o ambiente caótico que está inserido.

[...] a gente trabalha com o traficante magrinho, que

<sup>21</sup>Promotor E. V. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

<sup>22</sup>Juiza C.J.S. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

tá no ponto aqui, vende 5 pedras, pra fumar uma. [...] Brigada passa ali, flagra, numa hora vai ter outro guri ali, vão prender aquele outro e eles vão ficando no Presídio Central quinze dias, uma semana, um mês e quando saírem saem mais comprometidos. Porque em nome da segurança deles lá dentro eles têm que assumir alguns compromissos aqui fora, eles têm uma justiça que funciona, se não cumprir o avençado, o bixo pega (Informação verbal).<sup>23</sup>

O narcotráfico é, no sentido literal, um crime organizado. Cada um que integra a dita organização do tráfico possui uma função específica. Entretanto, diferente de uma empresa privada, a ascensão ao cargo de gerente não é medida pela competência ou pela distinção, mas sim pela violência do agente. Além disso, tais “funcionários” dificilmente chegarão à aposentadoria. Para que o crime organizado mantenha suas atividades (ir) regularmente, cada agente é responsável por um mecanismo dessa engrenagem. E todas as peças são imprescindíveis para o bom (?) funcionamento.

O tráfico normalmente é feito por meio desses operários que são pegos na posse de pequenas quantidades de droga. Então, eles ficam próximos dum local onde é armazenada a droga, vão até esse local, retornam pra rua e vendem. E são pegos com pequenas quantidades de droga. Dificilmente a polícia vai encontrar o comprador e vai flagrar a venda, por quê? Porque existem os olheiros, normalmente esse tráfico é feito em pequenas ruas e becos, não é numa avenida principal. E pra ter acesso a essas ruas e becos, a polícia tem que passar de carro, antes por outras vias maiores quando os olheiros já estão avisando (Informação verbal).<sup>24</sup>

Esse movimento ininterrupto pode ser observado, por exemplo, em trecho do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Habeas Corpus n. 70033378795<sup>25</sup>. A Corte de Justiça gaúcha, com a denegação da ordem, manteve a prisão da paciente, que fora presa

em flagrante pela prática do crime de tráfico de drogas, conforme se extrai do seguinte excerto do referido julgado:

[...] demonstra que no dia 29 de setembro de 2009, recentemente, portanto, ela foi condenada pela prática do crime de tráfico de entorpecentes. Dois dias depois, é flagrada na posse de entorpecentes e dinheiro, em conhecido ponto de tráfico na Restinga Velha. Com isso, tem-se que sua prisão se mostra necessária a fim de que se estanque a prática delituosa flagrada que, ao que tudo indica, continua a praticar o comércio ilícito de entorpecentes. O tráfico de drogas, delito que significa a desgraça de muitos jovens, a destruição de inúmeras famílias e a razão da prática de diversos outros crimes (tais como furtos, roubos, homicídios, latrocínios) tem de ser evitado e isso só pode ser feito através da prisão de traficantes que, na busca incessante pelo lucro fácil, não deixam de realizar a atividade ilícita nem mesmo depois de presos e condenados em virtude de suas práticas.<sup>26</sup>

Na ocasião, a agente fora flagrada traficando, dois dias após ter sido condenada pela prática do crime de tráfico de entorpecentes. Isso deflagra o ciclo vicioso do mundo do crime. O uso impulsiona o tráfico e esta engrenagem é difícil de frear. Além disso, conforme explicitado, o tráfico é um prenúncio de outros crimes que passam a ocorrer desenfreadamente, valendo lembrar que cerca de 80% dos crimes que ocorrem no bairro têm origem no narcotráfico. Esse sistema se movimenta rápido: o agente fica vulnerável, seja pela droga seja pelo narcotráfico.

Nesse cenário, pode-se afirmar que o sistema prisional é caótico. O indivíduo pertencente ao sistema organizado pelo narcotráfico dita as regras do jogo, já que o Estado não possui ferramentas para frear os seus movimentos. Ainda que segregado pelo poder público, o traficante, quando chega ao presídio, depara-se com uma infraestrutura prisional deficitária, frágil e incapaz de estancar a sua atuação

<sup>23</sup> Defensor Público J. P. S. T. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

<sup>24</sup> Promotor E.V. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

<sup>25</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 70033378795. Apelante: Daiane Macedo dos Santos. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator Des. José Antonio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2009, p. 02. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?ano=2009&codigo=2136701](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=2136701)>. Acesso em: 06 nov. 2013.

<sup>27</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 70033378795. Apelante: Daiane Macedo dos Santos. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator Des. José Antonio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2009, p. 02. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?ano=2009&codigo=2136701](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=2136701)>. Acesso em: 06 nov. 2013.

criminosa. Os líderes do tráfico continuam a movimentar as engrenagens de seu sistema mesmo trancafiados pelo Estado.

[...] nós temos uma peculiaridade que os líderes, pelo menos, foram presos durante um período. Ou estão presos. Nesse período em que eles estiveram presos, as bocas deles continuaram funcionando normalmente, e eu tenho elementos de prova suficientes pra dizer que eles comandam o tráfico de dentro do presídio por telefone. Inclusive, de dentro do presídio central. Ou as mulheres, ou parentes, ou gerentes deles continuam trabalhando a mando deles. Então eles vão e voltam com o mesmo estado de tráfico (Informação verbal).<sup>27</sup>

Nesse caso, os “chefes” do tráfico e seus “funcionários” continuam organizados sob a tutela do Estado. Confinados, eles comandam os crimes do interior dos presídios, contando com a colaboração dos agentes penitenciários corruptos, somada a ausência de infraestrutura carcerária. Para muitos criminosos/traficantes, estar confinado é sinônimo de imperturbabilidade e de proteção contra as facções rivais.

O Delegado da área repressiva do DENARC corrobora a assertiva:

[...] o nosso resultado é a segregação. Quando a gente consegue prender e apreender dinheiro, armas, drogas e patrimônio, então a gente acha que aquela quadrilha foi desmantelada [...]. Se a gente conseguir fazer tudo isso, prender os integrantes da quadrilha, apreender as drogas, as armas e o patrimônio. [...] o sujeito tá dentro do presídio, o sistema prisional tá caótico, falido e ele continua de lá de dentro comandando uma organização que já existe há muito tempo (às vezes) e que se transformou num sistema também. Então, se tirar uma peça só daquele sistema, ele vai continuar funcionando.<sup>28</sup>

Contrariando os princípios de reinserção social da Lei n. 11.343/2006<sup>29</sup> e, mais grave, as garantias fundamentais garantidas pela Carta Magna, certo é que – em todos os aspectos – a organização do tráfico está mais bem estruturada

do que o sistema jurídico-organizacional do Estado. A ineficácia do ordenamento jurídico mostra o abismo existente entre a política antidrogas e o sistema defasado do Estado.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer dessa pesquisa, durante um ano, vivenciou-se a realidade da Comunidade da Restinga. Além da correspondente coleta de dados primários, buscou-se examinar a política de drogas existente em nosso país em contraponto ao sistema defasado do Estado. Com efeito, é chegado o momento de deixarmos de lado os valores retrógrados que foram perpetuados durante séculos pelo nosso Estado, advindos, principalmente, de concepções moralistas e ideais eclesiais, que apenas agravaram a situação que visavam combater. Assim, é imprescindível nos recolocarmos nos trilhos da razão, deixando de lado a ignorância que esculpiu a política proibicionista.

Como apresentado acima, o resultado que salta aos olhos é a ineficácia da política de drogas atualmente adotada no Brasil, que pune duplamente a sua população ao, primeiro, não propiciar uma estrutura adequada aos cidadãos e, segundo, não combater de maneira acertada a subestrutura criada.

O Brasil é unilateral, neste ponto não há como falar em democracia. Pertencemos a um regramento ineficaz, incapaz de fazer com que o Estado cumpra os preceitos mais fundamentais de um Estado de Direito. De acordo com a Carta Magna, o Brasil é uma República Federativa, “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Sendo assim, deve ser responsabilidade direta da tripartição dos poderes qualquer mecanismo capaz de assegurar condições mínimas de vida.

Na falta do Estado, cria-se uma lacuna para ser preenchida por quem tiver interesse

<sup>27</sup> Delegado N.M. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

<sup>28</sup> Delegado H.F. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

<sup>29</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2013.

ou disponibilidade. Na ausência reiterada do Estado, os traficantes guarnecem as famílias que integram o seu território. Eles criam regras, diminuem a fome, possibilitam maior acesso à saúde e se propõem a diminuir as dificuldades das suas comunidades.

O dependente químico que está inserido no sistema caótico, logo, preenche a sua vida (vida?), ou melhor, o seu tempo livre (livre?), angariando mecanismos para adquirir suas próximas “pedras”. A perspectiva de vislumbrar uma redução de danos efetiva, especificamente nessas comunidades carentes, dá-se em virtude de o caos estabelecido não possibilitar que o jovem escape desse sistema doente trazido pelo vício das drogas. As mãos estão atadas enquanto a criminalidade aumenta, a violência é atroz, o narcotráfico se propaga. Além de o Estado deficitário funcionar com os mecanismos que possui, ainda se tem de assistir a corrupção do sistema. Não há como continuar acatando as verdades que nos são apresentadas. É desarrazoado um policial militar perceber, mensalmente, cerca de dois salários mínimos para zelar pela segurança e pelo bem comum e um douto magistrado receber quase vinte vezes mais. Contudo, torna-se praticamente impossível iniciar um diálogo entre as profissões, visto que ambos os servidores públicos são de extrema importância para que esse sistema funcione de maneira equilibrada e límpida.

Assim, é justamente a ilegalidade das substâncias entorpecentes que facilita a criação do crime organizado e do tráfico, tornando tal atividade clandestina, distante dos olhos do poder público. Se porventura essas substâncias entorpecentes fossem devidamente controladas, respeitando normas de saúde e de segurança dos indivíduos, quiçá, poder-se-ia dar cabo da “indústria da morte” do mundo das drogas (como ocorre em alguns países mais desenvolvidos) e alguns resultados poderiam ser observados: os traficantes seriam apeados do poder, uma vez que se ceifaria a sua principal fonte de renda; os valores decorrentes da tributação dessas substâncias seriam repassados ao ente público para subsidiar programas voltados para o desenvolvimento e o bem-estar social.

Nesse passo, respeitados os ditames do Estado democrático, tornar-se-ia possível a efetivação das políticas públicas antidrogas. É possível vencermos essa empreitada e para a solução do tão sério problema, o primeiro passo a ser dado é acolher e satisfazer as garantias de todo cidadão. O desafio é realizável.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tarso. *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012. BENFICA, Francisco Silveira. *Lei de drogas, aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BENFICA, Francisco Silveira. *Lei de drogas, aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 27 out. 2013.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEFENSOR PÚBLICO, J.P.S.T. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

DELEGADA S.D. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

DELEGADO H.F. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema

defasado do Estado. [abril. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013. [documento.php?ano=2009&codigo=2136701>](#). Acesso em: 06 nov. 2013.

DELEGADO, N.M. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

DURKHEIM, Emile. *Educação e Sociologia*. [Título original *Éducation et Sociologie*]. Lisboa: Edições 70, 1983.

\_\_\_\_\_. *Lições de sociologia*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1983.

JUIZA, C.J.S. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

LYRA, Diogo. *A república dos meninos: juventude, tráfico e virtude*. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2013.

MAJOR E. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

MISSE, Michael. *Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n79/a03n79.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

PROMOTOR DE JUSTIÇA, E. V. Usuários e dependentes na Comunidade da Restinga diante do Sistema defasado do Estado. [maio. 2013]. Entrevistador: Franciele Matos Pinto. Porto Alegre, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 70033378795. Apelante: Daiane Macedo dos Santos. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator Des. José Antonio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2009, p. 02. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_)

## A POLÍTICA PROIBICIONISTA E O MERCADO ILÍCITO DE DROGAS

### THE PROHIBITIONIST POLICY AND THE ILLICIT DRUG MARKET

Jorge Henrique Tatim da Cruz<sup>i</sup>  
Guilherme de Azevedo<sup>ii</sup>

*Sumário:* 1 Introdução. 2 Processo histórico de proibição das drogas. 2.1 Papel histórico das drogas antes do processo de proibição. 2.2 Origens da política proibicionista. 3 Tráfico de drogas e crime organizado. 3.1 Crime organizado. 3.2 Narcotráfico organizado e atividade empresarial. 4 A crise do proibicionismo. 4.1 Mercado ilícito de entorpecentes. 5 Considerações finais. Referências.

#### **Resumo**

O presente artigo objetiva realizar uma análise jurídico-sociológica da política de drogas proibicionista, especificamente no que concerne aos seus reflexos econômicos no mercado ilícito de entorpecentes. Assim, será necessário resgatar os fundamentos ideológicos proibicionistas e o processo histórico de proibição das drogas, bem como contextualizar o tráfico de drogas enquanto modalidade de crime organizado, culminando no exame dos resultados contraproducentes observados em relação à origem e ao desenvolvimento do mercado ilícito de entorpecentes. Com efeito, há tempos, o proibicionismo vem sofren-

<sup>i</sup> Pós-graduando em Ciências Penais pela PUC/RS. Bacharel em Direito - Ciência Jurídicas e Sociais pela UNISINOS. Advogado. jorge.tatim@hotmail.com.

<sup>ii</sup> Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Coordenador da Graduação do Curso de Direito/UNISINOS. Professor de Sociologia Aplicada ao Direito na UNISINOS. guizevedo@unisinos.br.

do duras críticas quanto a sua eficiência como meio de alcançar a solução para o tráfico e o consumo abusivo de drogas, além de ser apontado como principal responsável pela criação e fortalecimento do mercado ilícito de entorpecentes, o qual é fonte de corrupção e violência vinculada à traficância, de modo a constituir uma grave ameaça à soberania nacional e ao regime democrático. Esse debate tem-se intensificado especialmente no contexto latino-americano, em decorrência dos graves problemas sociais gerados pelos conflitos entre o poder oficial do Estado e o poder paralelo do narcotráfico organizado. Este trabalho demonstra a paradoxal relação do modelo proibicionista com o poder econômico do tráfico de drogas.

**Palavras-chave:** Tráfico de drogas. Proibicionismo. Crime organizado. Economia. Mercado ilícito.

#### Abstract

This paper intends conduct a legal and sociological analysis of the prohibitionist drug policy, specifically with regard to its economic effects on the illicit market of narcotics. Thus, through a necessary rescue of prohibitionist ideological foundations and the historical process of drug prohibition as well as the contextualization of drug trafficking as organized crime modality and culminating in examining the counterproductive results observed in dealings with the origin and development of the illicit market of narcotics. Indeed, there are times the prohibition has suffered severe criticism about their efficiency as a way to achieve the solution to trafficking and drug abuse as well as being appointed as main responsible for the creation and strengthening of the illicit market of narcotics, which it is a source of corruption and violence related to trafficking, so as to constitute a serious threat to national sovereignty and the democratic regime. This debate has intensified especially in the Latin American context, due to the serious social problems caused by conflicts between the official state power and the parallel power of organized drug trafficking. This study demonstrates the paradoxical relationship of the prohibitionist model with the

economic power of drug trafficking.

**Keywords:** Drug trafficking. Prohibition. Organized crime. Economy. Illicit market.

#### 1 INTRODUÇÃO

O propósito do presente artigo, como adianta o título, é realizar uma análise jurídico-sociológica da política criminal de drogas que se convencionou chamar por proibicionismo, especificamente no que concerne aos seus reflexos econômicos no mercado ilícito de entorpecentes. Esse modelo de política de drogas consiste na repressão à produção, na interdição do tráfico e da distribuição, bem como na criminalização do consumo de determinadas substâncias psicoativas declaradas ilícitas. A política proibicionista, que apesar de ter sua estruturação iniciada no princípio do século XX, ganhou adesão quase universal após os anos 60, e principalmente depois da década de 70, com a declaração de guerra às drogas pelo governo norte-americano do Presidente Richard Nixon. Desde lá, a repressão e o combate bélico têm sido o paradigma para as políticas de Estado em matéria de drogas, em muitos países. Contudo, mais de um século após o seu advento, esse modelo já dá claros sinais de ineficiência no alcance dos objetivos declarados de eliminação do tráfico e do uso indevido de drogas, além de evidentes efeitos colaterais negativos, quiçá mais prejudiciais que o próprio mal que busca combater. Entre estes resultados incluem-se a elevação da taxa de criminalidade violenta, o fortalecimento do crime organizado, a corrupção estatal e até a ameaça à soberania nacional e ao regime democrático, tudo, conforme se pretende demonstrar, movido e financiado pelo gigantesco e poderoso mercado ilegal de drogas.

É nesse contexto que a presente pesquisa pretende analisar, a partir de uma perspectiva crítica, o resultado econômico contraproducente gerado pela política proibicionista, especificamente na dinâmica do fortalecimento desse segmento, que se constitui como o maior mercado ilícito do planeta. Assim, o presente estudo visa demonstrar a responsabilidade do proibicioni-

mo na estruturação e no fortalecimento do mercado ilícito de drogas.

## 2 PROCESSO HISTÓRICO DE PROIBIÇÃO DAS DROGAS

Vistas como causa deste caos social, as drogas ilícitas se converteram em um inimigo a ser vencido e na *guerra* às drogas<sup>1</sup>, a arma escolhida foi a repressão estatal ao comércio e ao consumo. Todavia, mais de três décadas depois, em face da visível ineficiência da estratégia aplicada, multiplicam-se os debates a respeito de novas abordagens para a questão das drogas.

Mas, para compreender a amplitude e a complexidade deste debate é necessário, antes, conhecer as razões e os processos que levaram à proibição de certas substâncias psicoativas.

### 2.1 Papel histórico das drogas antes do processo de proibição

O tabu que hoje envolve o assunto das drogas é resultado de uma realidade social construída, em grande medida, a partir do processo de midiaticização das drogas, pelo qual se veicularam à grande massa representações mais carregadas de concepções moralistas e comprometidas com ideologias dominantes do que com argumentos empíricos. Estas representações alcançaram de tal forma o *status* de verdade oficial que acabaram por praticamente suprimir no senso comum a possibilidade de um debate aberto sobre métodos alternativos de enfrentamento da problemática.<sup>2</sup>

Por isso, é mister lembrar, para esta discussão, que o fenômeno da proibição de determinadas substâncias psicoativas é relativamente recente se comparado com o amplo período histórico em que o emprego destas mesmas drogas foi tolerado e até promovido nas diversas facetas da vida humana, desde o uso ritualístico, passando pelo proveito médico, até o próprio consumo recreativo.

O uso de fármacos psicoativos tem vínculo estreito com três aspectos basilares da natureza humana: a religião, a medicina e a recreação<sup>3</sup>. O consumo destas substâncias se confunde com a própria história da humanidade e apenas, há menos de um século, passou-se a adotar políticas proibicionistas a seu respeito, por razões e fatores que se passa a analisar.

### 2.2 Origens da política proibicionista

A repressão ao consumo e ao comércio de determinadas substâncias psicoativas é bastante recente na história, na verdade, apresenta-se como resultado de um processo de formação de consciência a respeito da questão, em cuja equação se somaram mais elementos de moral religiosa, tensão social e étnica e interesse econômico de classes profissionais do que fatores científicos, sanitários e humanistas.

O debate sobre formas de regulamentação de certas substâncias psicoativas entrou nas pautas internacionais no fim do século XIX e início do século XX, tomando o viés de proibição apenas após os anos 1950. Todavia, as origens do ideário proibicionista, que alcançou o nível internacional, remonta dois séculos antes e, segundo Escotado: “Donde mejor se observa el fenómeno es en la historia de promotor del control público en materia de ebriedad.”

Entre os elementos formadores do ideal proibicionista nos Estados Unidos, o primeiro e provavelmente o mais relevante foi o moral-religioso. Neste sentido, a antiga restrição dos cultos cristãos mais ortodoxos com relação ao consumo de substâncias psicoativas se mostra sobremaneira potencializado no Puritanismo, culto cristão de origem protestante, caracterizado pela rigidez e severidade de seus dogmas, bem como porque “[...] considera las distintas formas de ebriedad como ‘paraísos artificiales’, que amenazan a la sociedad como plagas de impureza y requieren una extirpación inmediata”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> COMISSÃO LATINO-AMERICANA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA – CLDD. *Drogas e democracia: rumo a uma mudança de paradigma*. 2009, p. 7. Disponível em: <[http://www.drogase-democracia.org/Arquivos/livro\\_port\\_03.pdf](http://www.drogase-democracia.org/Arquivos/livro_port_03.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2012.

<sup>2</sup> CHAGAS, Arnaldo Toni Sousa das. *Estratégia de midiaticização das drogas: estudo de uma campanha de prevenção às drogas promovida na CTDIA*. 2009. 284 f. Tese (Doutorado em Ciências da Comunicação)–Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2009, p. 82-92.

<sup>3</sup> ESCOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*. 2. ed. Madrid: Espasa, 1999, p. 33-35, 46.

<sup>4</sup> ESCOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*, p. 493.

Outro fator crucial no surgimento do ideário proibicionista norte-americano tem forte ligação com as tensões sociais decorrentes do processo de industrialização combinado com o advento da classe proletária e das concentrações urbanas. As diferentes formas de ebriedade passaram a simbolizar medida de desvio desta nova classe, que surge já marginalizada e historicamente composta por minorias étnicas. As medidas adotadas a partir daí representam o esforço de controle sobre essa parcela da sociedade. Esta perspectiva propriamente sociológica vincula hábitos farmacológicos com características étnicas e sociais, fortalecendo comportamentos etnocêntricos e distinção entre drogas de raças *pobres* e raças *civilizadas*.<sup>5</sup>

A respeito do comportamento desviante, Becker ensina que os grupos sociais criam o desvio ao adotar a norma proibitiva. Portanto, o comportamento desviante é aquele que se diz como tal. Do mesmo modo, desviante é aquele a quem este rótulo foi aplicado com sucesso.<sup>6</sup>

À equação que resultará na formação da política proibicionista soma-se ainda a pressão exercida pelas classes médicas e farmacêuticas norte-americanas no início do século XX. A autoridade para determinar o medicamento adequado, atribuída ao profissional da medicina e a licença para comercializá-lo, privativa do farmacêutico, hoje parte do cotidiano, eram os objetivos almejados por estas duas classes, que, naquela época, disputavam duramente espaço com a medicina e farmacologia informal.<sup>7</sup>

A convergência de fatores inicialmente autônomos, acelerada e fortalecida pela ascensão dos Estados Unidos ao posto de superpotência, resultou no surgimento de políticas com viés proibicionista a respeito de determinadas drogas. Foi nesse momento que os EUA – influenciados em sua política interna, que culminara no emblemático e extremo caso da Lei Seca norte-americana

(*The Volstead Act*, 1920), e externa, por figuras conhecidas como *moral entrepreneurs*<sup>8</sup> – convocaram o mundo para empreender uma cruzada antidrogas, instrumentalizada, no âmbito jurídico-legal, pela assinatura de diversas convenções e tratados internacionais no decorrer do século XX. A partir daí, como pontua Carvalho, ganhou espaço o modelo médico-sanitário-jurídico, como discurso instrumentalizado à universalização do Movimento de Defesa Social que passou a dar o tom da política internacional de drogas<sup>9</sup>.

### 3 TRÁFICO DE DROGAS E CRIME ORGANIZADO

Da compreensão de que a política proibicionista funda-se mais em razões de ordem moral(ista) e em interesses sociais e econômicos do que em fundamento médico-científico, a presente crítica, daqui em diante, abordará as consequências contraproducentes do modelo repressivo-criminal no contexto do tráfico de drogas, em face do surgimento e do fortalecimento contínuo do mercado ilícito de entorpecentes.

Contudo, é necessário também compreender que a manifestação dessas consequências, denominadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) como *resultados imprevistos*, somente é possível a partir da inserção do tráfico de entorpecentes no âmbito da criminalidade organizada, da qual, tais *resultados* constituem as próprias características identificadoras do fenômeno.

#### 3.1 Crime organizado

Assim como o modelo repressivo em matéria de drogas, a criminalidade organizada é fenômeno recente na história jurídico-penal, estando inserido no contexto da criminalidade moderna ou criminalidade contemporânea, que abarca novas espécies de delito como econômicos, ambientais e o próprio tráfico de drogas<sup>10</sup>.

O crime organizado, em rigor, não se confun-

<sup>5</sup> ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*, p. 493.

<sup>6</sup> BECKER, Howard Gaul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 21.

<sup>7</sup> ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*, p. 605.

<sup>8</sup> Segundo explica Becker: "As regras são produto da iniciativa de alguém e podemos pensar nas pessoas que exibem essa iniciativa como empreendedores morais." (*Outsiders: estudos de sociologia do desvio*, p. 153).

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

<sup>10</sup> BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 58.

de com outras formas de associações delitivas, como o concurso de agentes e o tipo penal de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), as quais, há muito, estão inseridas na ordem jurídico-penal. Isso porque, conforme leciona Zaffaroni, essa criminalidade organizada se refere a uma forma moderna de atividade delitiva, contemporânea da economia capitalista e intrinsecamente correlacionada com os modelos de mercado e de empresas só hoje existentes.<sup>11</sup>

As doutrinas nacional e internacional por muito tempo enfrentaram intermináveis discussões acerca da conceituação deste novo fenômeno criminológico, especialmente em razão da ausência de uma disciplina normativa positivada e de uma consolidada aplicação jurisprudencial. Recentemente, em agosto de 2013, a Lei n. 12.850/2013 veio pôr fim (ao menos a isso se destina) às discussões e às incertezas quanto à definição de organização criminosa, quando finalmente tipificou a atividade delitiva, definindo-a em seu art. 1º, § 1º.

Atualmente, há um consenso normativo a respeito dos elementos caracterizadores da atividade criminosa organizada. Em suma, entende-se como crime organizado a organização constituída por pluralidade de agente, em número de quatro ou mais pessoas, estruturada, ainda que informalmente, pela divisão de tarefas, com o objetivo de obter vantagem através da prática de infrações penais cujas penas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Todavia, inobstante o conceito de organização criminosa retromencionado, a rigidez objetiva da norma penal, característica própria da estrita legalidade, não deixa espaço para uma percepção mais abrangente da realidade sócio-criminológica do fenômeno ora analisado. Esta tarefa segue mais bem executada pela doutrina.

Mingardi, a propósito, caracteriza o modelo *tradicional* de criminalidade organizada como um grupo de pessoas voltadas para práticas ilícitas, hierarquicamente organizadas, capazes de realizar um planejamento empresarial que inclui

o trabalho e a previsão dos lucros. A rentabilidade decorre da venda de mercadorias ou serviços ilegais e a atividade é assegurada pelo uso da violência e da intimidação. Clandestinamente protegida por setores do Estado, tem ainda como identificador o sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio e o controle forçado de territórios.<sup>12</sup>

Assim – em que pese a positivação em âmbito interno, atualmente a compreensão sobre crime organizado está muito mais próxima de uma observação da realidade local ou regional do que de representação de um panorama universal –, para o escopo deste artigo, será necessária (e possível a partir de uma análise seletiva) a formulação de um rol das características identificadoras do crime organizado que estejam intrinsecamente relacionadas à realidade vinculada ao tráfico de drogas no Brasil e na América Latina, a saber: pluralidade de agentes; divisão de tarefas; objetivo de lucro; exploração de atividade ilícita; utilização de violência; e corrupção do Estado.

A partir dessa análise estrutural do narcotráfico organizado, percebe-se que a atividade criminosa, na verdade, tem natureza empresarial.

### 3.2 Narcotráfico organizado e atividade empresarial

Ponto fundamental é a análise da estruturação empresarial do narcotráfico. Para isso, propõe-se primeiramente uma provocativa hipótese de interpretação: o tráfico de drogas, em sua natureza primeira, é uma atividade empresarial, eminentemente participante da dinâmica do mercado econômico.

Nesse contexto, a criminalização da atividade é simplesmente uma construção de política criminal, reflexo das escolhas da maioria representada no Poder Legislativo ou, no âmbito das disposições internacionais, de um consenso criminalizador entre uma maioria de Estados soberanos.

Com efeito, não fosse o objeto da Lei de Drogas versar sobre drogas ilícitas, da interpretação dos verbos do seu art. 33, extraem-se unicamen-

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Relume/Dumará, ano 1, v. 1, 1996, p. 46.

<sup>12</sup> MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

te condutas relacionadas a comércio e produção, transporte, depósito e comércio de uma mercadoria qualquer.

Em rigor, busca-se demonstrar que apesar do estereótipo construído em torno do crime de tráfico, essa espécie de delito não é, em si, violenta ou corruptora, como é frequentemente representada. O texto legal em momento algum menciona *importar, exportar, produzir, vender etc., drogas, utilizando-se de meios violentos*, ou de controle territorial, ou de *corrupção de agentes estatais* etc. O que se proíbe no tipo penal examinado é uma determinada atividade econômica.

A conduta típica do tráfico de drogas descrita trata de atividade mercantil, gerida por uma espécie de organização fortemente hierarquizada e estruturada sobre especialização funcional (*avião, fogueteiro, soldado, gerente etc.*) e que possui uma clientela oriunda especialmente das classes média e alta. Quanto aos chefes do tráfico, são comparáveis a *business men*, pois exploram as características específicas das favelas como lugar de operação de uma atividade altamente lucrativa.<sup>13</sup>

Nas palavras de Naím: “El comercio ilícito es, en primer lugar, comercio y, en segundo lugar, ilícito. Se desarrolla gracias a las mismas fuerzas y las mismas condiciones globales que impulsan el comercio convencional.”<sup>14</sup>

Vale lembrar que com essas assertivas não se tenciona advogar a moralidade do tráfico de entorpecentes como atividade econômica, mas apenas desvelar todo o contexto em que orbita a atividade de traficância, sua conduta objetiva, pura e simples, incriminada no art. 33 da Lei de Drogas.

Essa reflexão é fundamental na medida em que dela decorrerá a compreensão da relação causal entre a adoção da política proibicionista e a verificação dos *resultados imprevistos*, no caso, em especial, o surgimento e o fortalecimento do mercado ilícito de entorpecentes.

#### 4 A CRISE DO PROIBICIONISMO

Vencidos os tópicos de contextualização te-

órica, resta apenas estabelecer a interação entre esses aspectos e a crítica que se faz às consequências negativas da política repressiva de fiscalização de drogas em relação à origem e ao favorecimento do seu mercado ilegal.

Além do alegado prejuízo à saúde pública, argumento sobre o qual se funda toda a justificativa da política proibicionista, hoje é inquestionável que o tráfico de substâncias ilícitas é gerador de muitos males sociais contemporâneos, aos quais a ONU denomina *resultados imprevistos*. Entre esses males, considerados de maior gravidade, estão: a exasperação da violência; a corrupção de agentes estatais; a ameaça à soberania nacional e à ordem democrática; e a própria criação do mercado ilícito de entorpecentes.

A violência e a corrupção no contexto da traficância correspondem precisamente às características da estruturação do tráfico em atividade criminal organizada, como visto antes. Já a ameaça à soberania é uma consequência direta da ocorrência daqueles. Os resultados imprevistos apontados, contudo, não são inerentes ao tráfico de drogas. Como examinado linhas atrás, a atividade de traficância, em sua natureza, constitui mera atividade comercial, porém ilícita.

A presença da violência e da corrupção no contexto do narcotráfico está condicionada a sua estruturação como criminalidade organizada, uma vez que se trata de características dessa manifestação do fenômeno e não do simples comércio ilegal de substâncias psicoativas. A estruturação do tráfico em narcotráfico organizado está umbilicalmente ligada à adoção da política proibicionista.

Fernandes, nesse sentido, esclarece que a proibição pretendia liquidar o adversário, pela prisão ou pela morte, mas acabou por criar uma forma de criminalidade descentralizada. Acrescenta que a segmentação das atividades não só proporciona maiores chances de disputa e violência, mas também amplia as frentes, maximiza os ganhos e reduz o impacto da oposição repressiva do Estado. Paradoxalmente, a guerra às drogas provocou a adaptação do crime a uma forma que lhe

<sup>13</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, mar./abr. 2010, p. 215.

<sup>14</sup> NAÍM, Moisés. Ilícito: cómo contrabandistas, traficantes y piratas están cambiando el mundo. *Encuentros*, Washington, n. 55, 2005, p. 2.

garante maior eficácia<sup>15</sup>.

Dessarte, considerando a natureza comercial do tráfico de entorpecentes, fica evidente que a dinâmica que envolve a proibição, o crime organizado e os *resultados imprevistos* é motivada e financiada por um lucrativo mercado ilícito.

#### 4.1 Mercado ilícito de entorpecentes

Primeiro, é forçoso reconhecer que a grande origem dos problemas gerados pelas drogas que afetam a coletividade é o mercado ilícito de entorpecentes; este mercado só existe em razão da proibição. A proibição de certa classe de substâncias, de largo consumo mundial, seja por razões ritualísticas, medicinais ou meramente recreativas, criminaliza da noite para o dia uma parcela considerável do mercado econômico. Mas isso não significa acabar com a atividade, simplesmente facilita-se a sua transferência para a ilegalidade. Esta é, vale lembrar, a primeira condição para que o crime organizado se estabeleça, ao apoderar-se da fatia do mercado então deslocada para a ilicitude.

A despeito de todos os esforços nacionais e internacionais de execução da política repressiva de fiscalização propalada pela comunidade internacional, o que se observa, especialmente no Brasil e na América Latina, é a total ineficiência do modelo proibicionista em alcançar os objetivos de erradicar o consumo, a produção e o comércio ilícitos de drogas. Inobstante as ratificações das convenções internacionais, a edição de leis nacionais alinhadas com as políticas repressivas, no plano prático, o efetivo combate bélico às organizações de narcotraficância, “[...] o mercado das drogas ilícitas na América Latina segue incólume seu curso, como um negócio

sustentável”<sup>16</sup>.

Bem a propósito, dados da ONU apontam que, em 2009, 60% das apreensões mundiais de cocaína em situação criminal foram resultado de operações policiais da América do Sul (442.332kg)<sup>17</sup>. Sozinha, a Colômbia soma 35% da apreensão mundial de cocaína (253.447kg)<sup>18</sup>. O México, por sua vez, deteve a maior quantidade de maconha interceptada em 2009, alcançando 35% do total mundial de apreensões (2.104.954kg)<sup>19</sup>.

Em que pese o fato de esses números sofrerem interferências de uma diversidade de fatores, como a eficiência dos aparatos repressivos do Estado, o direcionamento das apreensões policiais para esta ou aquela substância, ou ainda o registro de que as maiores quantidades foram interceptadas nos países produtores (Colômbia e México), ao compará-los com dados referentes ao consumo, verifica-se que, de um modo geral, as grandes apreensões refletem a expansão dos mercados consumidores na América Latina.

Uma ligeira análise dos dados divulgados no “Relatório Mundial sobre Drogas”, de 2007 e de 2011, referentes aos anos de 2005 e 2009, demonstra que o número de usuários de cocaína e maconha, as principais drogas de consumo na América Latina, segue em crescimento. O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) estima que em 2005 a quantidade de usuários de cocaína na América do Sul alcançava 0,77 da população (2.247.000 de pessoas)<sup>20</sup>. Em 2009, essa cifra poderia chegar a 1.0% da população do Continente (2.480.000 de pessoas)<sup>21</sup>. Em relação ao consumo de *cannabis*, os estudos avaliam que aproximadamente 2,3% dos habitantes da América do Sul (6.700.000 de pessoas) consu-

<sup>15</sup> FERNANDES, Rubem César. *Drogas e democracia na América Latina*: uma introdução. Rio de Janeiro, 30 abr. 2008, p. 9. Disponível em: <[http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1\\_Port.pdf](http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1_Port.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>16</sup> FERNANDES, Rubem César. *Drogas e democracia na América Latina*: uma introdução. Rio de Janeiro, 30 abr. 2008, p. 5. Disponível em: <[http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1\\_Port.pdf](http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1_Port.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>17</sup> UNITED NATIONS. Office on drugs and crime. *World drug report 2011*. Vienna, 2011, p. 116. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World\\_Drug\\_Report\\_2011\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>18</sup> UNITED NATIONS. Office on drugs and crime. *World drug report 2011*. Vienna, 2011, p. 116. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World\\_Drug\\_Report\\_2011\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>19</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina contra la droga y el delito. *2007 informe mundial sobre las drogas*. Viena, 2007, p. 107. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2007/WDR%202007\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2007/WDR%202007_Spanish_web.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>20</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina contra la droga y el delito. *2007 informe mundial sobre las drogas*. Viena, 2007, p. 82. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2007/WDR%202007\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2007/WDR%202007_Spanish_web.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>21</sup> UNITED NATIONS. Office on drugs and crime. *World drug report 2011*. Vienna, 2011, p. 86. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World\\_Drug\\_Report\\_2011\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

miam a droga em 2005<sup>22</sup>. Em 2009, esse número poderia chegar a 3.0% dos habitantes (7.630.000 de pessoas) fazendo uso de maconha<sup>23</sup>.

No Brasil, o relatório que planifica o “II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas” registra que em 2012 o país despontou como segundo maior mercado mundial de cocaína, atrás apenas dos EUA. Em relação ao crack, o Brasil amarga o posto de maior mercado mundial da droga, que é considerada epidêmica e altamente prejudicial à saúde individual e coletiva<sup>24</sup>.

A toda evidência, há franca expansão da demanda por entorpecentes no Continente Sul-americano, a despeito de todo o esforço repressivo da política proibicionista. Esses países emergentes oneram-se com pesadas despesas em armamento, aparato policial e forças de repressão para lutar na guerra contra as drogas, sem, contudo, vislumbrar qualquer avanço no sentido de reduzir a taxa de consumo de psicotrópicos ilícitos, mesmo com a grande quantidade de apreensões, antes citada.

Acontece que o negócio ilegal das drogas é altamente lucrativo. A UNODC informa que no Brasil, em 2005, o preço médio da cocaína no comércio de varejo era de \$12,00/g (dólares americanos por grama) e no atacado de \$3.000,00/kg (dólares americanos por quilograma), ou seja, \$1,00/g (dólares americanos por grama)<sup>25</sup>; em relação à maconha, o preço no varejo era de \$0,30/g e no atacado de \$150,00/kg, ou seja, \$0,15/g<sup>26</sup>.

Percebe-se que a margem entre o preço da mercadoria na produção (atacado) e no comér-

cio (varejo) é tão larga que cobre, com reservas, os prejuízos das apreensões. Na produção, no interior rural latino, onde os grandes cartéis exercem verdadeiro poder sobre amplas áreas de terras, trabalhadores rurais são forçados a produzir as matérias-primas ilícitas e a comercializá-las a preços modestos. De outro lado, nos centros urbanos de países como o Brasil, onde organizações criminosas têm o controle sobre territórios em zonas marginalizadas, a proibição cobra o seu preço. No varejo, o risco da atividade e a dificuldade da oferta agregam valor ao produto, praticando-se preços superfaturados.<sup>27</sup>

Contudo, ainda que com preços exorbitantes, a tendência parece andar no sentido da queda dos preços no varejo. É o que mostram os dados do Observatório Europeu das Drogas e das Toxicomanias. Segundo a entidade, entre 2001 e 2006 houve redução de 19% no preço da resina de cannabis, de 12% na maconha, de 22% na cocaína, de 45% na heroína marrom, de 20% na anfetamina e de 47% no *ecstasy*<sup>28</sup>.

Considerando que os preços mais elevados são observados nos ditos países consumidores, como EUA e Europa, distantes das fontes produtoras, a tendência é ocorrer a mesma redução nos mercados consumidores mais próximos da produção, como no Brasil, que acumula as funções de país exportador e consumidor. Essa inclinação de baixa dos preços pode significar que a possibilidade de altos lucros tem atraído maior concorrência para o mercado, gerando oferta para além da demanda efetiva e consequente derrocada dos preços<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina contra la droga y el delito. *2007 informe mundial sobre las drogas*. Viena, 2007, p. 114. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2007/WDR%202007\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2007/WDR%202007_Spanish_web.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>23</sup> UNITED NATIONS. Office on drugs and crime. *World drug report 2011*. Vienna, 2011, p. 176. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World\\_Drug\\_Report\\_2011\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>24</sup> INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA PARA POLÍTICAS PÚBLICAS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS – INPAD. *Resultados preliminares: II levantamento nacional de álcool de drogas – II LENAD*. [S.l., 2013?]. Disponível em: <<http://inpad.org.br/lenad/cocaina-e-crack/resultados-preliminares/>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>25</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina contra la droga y el delito. *2009 informe mundial sobre las drogas*. Viena, 2009, p. 228. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2009/World\\_Drug\\_Report\\_2009\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>26</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina contra la droga y el delito. *2009 informe mundial sobre las drogas*. Viena, 2009, p. 230. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2009/World\\_Drug\\_Report\\_2009\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>27</sup> FERNANDES, Rubem César. *Drogas e democracia na América Latina: uma introdução*. Rio de Janeiro, 30 abr. 2008, p. 7. Disponível em: <[http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1\\_Port.pdf](http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1_Port.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>28</sup> OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS. *Informe anual 2006: el problema de la drogodependencia en Europa*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2006, p. 4. Disponível em: <[http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att\\_37244\\_ES\\_ar2006-es.pdf](http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_37244_ES_ar2006-es.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2013.

<sup>29</sup> FERNANDES, Rubem César. *Drogas e democracia na América Latina: uma introdução*. Rio de Janeiro, 30 abr. 2008, p. 8. Disponível em: <[http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1\\_Port.pdf](http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1_Port.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

De fato, um mercado onde circula uma quantidade de mercadoria tal que seja suficiente para absorver as apreensões e abastecer a expressiva demanda, a preços que possibilitam alta lucratividade e livre de quaisquer impostos ou encargos financeiros, é um negócio sustentável, estável e um atrativo à ganância das organizações criminosas dispostas a desafiar as leis.

O cerne de todo o mecanismo do narcotráfico organizado é o poder econômico que dele se origina. As altas somas de dinheiro que circulam no tráfico possibilitam o fortalecimento da capacidade bélica dos grupos, o que incrementa a violência nas guerrilhas urbanas de disputa por territórios, bem como representam o robustecimento do potencial desses grupos de corromper agentes estatais a fim de diminuir os riscos da atividade. A ONU já é, hoje, obrigada a reconhecer que a proibição tem fornecido as condições para a expansão do poder econômico do narcotráfico e, conseqüentemente, dos resultados imprevistos da política proibicionista.<sup>30</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho foram examinados dois dos principais aspectos que envolvem a discussão acerca da política de drogas proibicionista: origem histórica e resultados (contraproducentes) obtidos em relação ao tráfico de drogas. Com esteio nesses escritos é possível extrair algumas constatações a título de conclusão.

Uma primeira inferência necessária é a de que o proibicionismo, idealizado a partir de um ideal moral-religioso de temperança, fortalecido por preconceitos étnicos e interesses econômicos, alcançou tamanha expressão que foi capaz de lançar uma cortina de *fumaça* sobre todo um passado cultural, místico e medicinal de diversas substâncias até então proibidas.

Mais grave do que o engodo da origem do proibicionismo são os resultados de sua implementação: primeiro, não foi capaz de alcançar os seus objetivos declarados de erradicar o consumo e o tráfico de drogas; segundo, e objeto central da presente pesquisa, não só foi incapaz

de erradicar o mercado ilícito de drogas como contribuiu, na verdade, para a sua própria criação. Ora, o mercado só é ilegal porque se tornou proibido. E ainda: a produção, o tráfico e o consumo só se expandiram no período da proibição, especialmente nos países em desenvolvimento, que adotaram integralmente a cartilha proibicionista.

Com efeito, a proibição é a maior fomentadora do poder econômico do tráfico. Esse poder, vale dizer, possibilita e financia a violência gerada tanto pelas disputas entre organizações criminosas rivais como pela própria política belicista praticada pelo Estado em seu próprio território contra seus próprios cidadãos, sem falar na cooptação de agentes públicos de diferentes níveis do aparato estatal; resultando, ainda, tudo isso, em perigoso abalo na higidez da ordem democrática e da soberania nacional.

Como se vê, há elementos suficientes no presente estudo que permitem concluir que a política proibicionista, mais do que ineficiente, é contraproducente, ocasionando danos sociais mais graves do que os que busca combater.

Por tudo isso, e diante do atual status criminal da política proibicionista, estudos como este, antes de serem repetitivos, ganham cada vez maior importância, cabendo à comunidade acadêmica seguir acompanhando e contribuindo da forma substancial para o contínuo esclarecimento do assunto, sempre na busca de uma política de drogas mais humanitária, eficiente e que, principalmente, não cometa os mesmos graves erros aqui examinados.

## REFERÊNCIAS

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BECKER, Howard Gaul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

<sup>30</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina contra la droga y el delito. *2009 informe mundial sobre las drogas*. Viena, 2009, p. 172. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2009/World\\_Drug\\_Report\\_2009\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAGAS, Arnaldo Toni Sousa das. *Estratégia de mediatização das drogas: estudo de uma campanha de prevenção às drogas promovida na CTDIA*. 2009. 284 f. Tese (Doutorado em Ciências da Comunicação) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2009.

COMISSÃO LATINO-AMERICANA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA – CLDD. *Drogas e democracia: rumo a uma mudança de paradigma*. 2009. Disponível em: <[http://www.drogase-democracia.org/Arquivos/livro\\_port\\_03.pdf](http://www.drogase-democracia.org/Arquivos/livro_port_03.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2012.

ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*. 2. ed. Madrid: Espasa, 1999.

FERNANDES, Rubem César. *Drogas e democracia na América Latina: uma introdução*. Rio de Janeiro, 30 abr. 2008. Disponível em: <[http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1\\_Port.pdf](http://cbdd.org.br/pt/files/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1_Port.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 18, n. 83, mar./abr. 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA PARA POLÍTICAS PÚBLICAS DO ALCOOL E OUTRAS DROGAS – INPAD. Resultados preliminares: II levantamento nacional de álcool de drogas – II LENAD. [S.l., 2013?]. Disponível em: <<http://inpad.org.br/lenad/cocaina-e-crack/resultados-preliminares/>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

NACIONES UNIDAS. Oficina contra la droga y el delito. 2007. Informe mundial sobre las drogas. Viena, 2007. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2007/WDR%202007\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2007/WDR%202007_Spanish_web.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

NACIONES UNIDAS. Oficina contra la droga y el delito. 2009. *Informe mundial sobre las drogas*. Viena, 2009. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR\\_2009/World\\_Drug\\_Report\\_2009\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

NAÍM, Moisés. Ilícito: cómo contrabandistas, traficantes y piratas están cambiando el mundo. *Encuentros*, Washington, n. 55, 2005.

NIVEN, Rodrigo Mac. *Cortina de fumaça: você precisa ouvir o que eles têm a dizer*. [S.l., 2011?]. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=RAmFiyqcMb0>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS. *Informe anual 2006: el problema de la drogodependencia en Europa*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2006. Disponível em: <[http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att\\_37244\\_ES\\_ar2006-es.pdf](http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_37244_ES_ar2006-es.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2013.

UNITED NATIONS. Office on drugs and crime. *World drug report 2011*. Vienna, 2011. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World\\_Drug\\_Report\\_2011\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Relume/Dumará, ano 1, v. 1, 1996.

**FLUXOGRAMA DO PROCESSO EDITORIAL****Revista Brasileira de Sociologia do Direito (RBSD)****Volume 2 - Número 1****jan-jun 2015**

ANTONIO AZUELA

Public participation and legal standing: mexican high courts and the recognition of collective claims in urban and environmental conflicts

Recebido: 30.03.15

Aprovado: 28.05.15

JAVIER TORRES NAFARRATE

Luhmann e as “formas elementares” da vida social

Recebido: 17.03.15

Aprovado: 27.05.15

MARC GALANTER

Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão

Recebido: 01.05.15

Aprovado: 09.06.15

PIERRE GUIBENTIF

O direito na semi-periferia: uma teoria ambiciosa revisitada à luz da investigação jurissociológica recentemente realizada em Portugal

Recebido: 05.05.15

Aprovado: 17.06.15

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

A sociedade da sociedade mundial

Recebido: 10.04.15

Aprovado: 27.04.15

FRANCIELE DE MATOS PINTO

Uma análise sociojurídica das drogas: usuários e dependentes na Comunidade da Restinga e o sistema defasado do Estado

Recebido: 04.04.15

Aprovado: 10.06.15

JORGE HENRIQUE TATIM DA CRUZ e GUILHERME DE AZEVEDO

A política proibicionista e o mercado ilícito de drogas

Recebido: 10.05.15

Aprovado: 03.06.15