

CARLOS FREIRE LONGATO

**Uma abordagem dos campos jurídico e de ciência, tecnologia e inovação à
luz do pensamento de Pierre Bourdieu**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Orlando Villas Boas Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

CARLOS FREIRE LONGATO

**Uma abordagem dos campos jurídico e de ciência, tecnologia e inovação à
luz do pensamento de Pierre Bourdieu**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Orlando Villas Boas Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Longato, Carlos Freire

Uma abordagem dos campos jurídico e de ciência, tecnologia e inovação à luz do pensamento de Pierre Bourdieu

176 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Campo jurídico 2. Campo científico 3. Interdisciplinaridade. 4. Regulação. 5. *Habitus*. 6. Bourdieu. I. Villas Boas Filho, Orlando, orient. II. Título.

Nome: LONGATO, Carlos Freire

Título: Uma abordagem dos campos jurídico e de ciência, tecnologia e inovação à luz do pensamento de Pierre Bourdieu.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Ao meu pai,

Ettore Carlos Longato (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

O agradecimento inaugural é dirigido, sem pestanejar, ao Professor Doutor Orlando Villas Boas Filho, que tive a honra conhecer no ano de 2015 na Faculdade de Direito da USP, e a partir do ano de 2017, passou a ser meu orientador na pós-graduação. Foi na sua disciplina *Aportes da Antropologia para o estudo do Direito* que tive os primeiros contatos com autores que me proporcionaram uma visão mais ampla e científica do fenômeno de regulação qualificável como jurídica. Sinceramente, não tenho palavras para expressar meu agradecimento à altura.

Aos demais docentes da pós-graduação da FADUSP, os quais me oportunizaram conhecer perspectivas diversas para a abordagem científica do direito, entre os quais, os Professores Titulares Celso Fernandes Campilongo e Ronaldo Porto Macedo Júnior; Professor Doutor Balmes Vega Garcia; Professor Associado Edmir Netto de Araújo (aposentado) e o Professor convidado, Doutor Fernando Rister de Souza Lima.

Aos docentes, pesquisadores e diretores das Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs) da União instaladas em São José dos Campos-SP, por intermédio dos quais foi possível participar de atividades e coletar informações técnicas do setor aeroespacial brasileiro para auxiliar a pesquisa e final dissertação, entre os quais, os Professores Dr. Anderson R. Correia, Dr. Cláudio Jorge P. Alves, Dra. Maryangela G. Lima, Dr. Takachi Tomita, demais professores, e a Ten. Lívia B. Garcia, todos pela ICT Instituto Tecnológico de Aeronáutica-ITA; Ten. Brig. do Ar Alvani Adão da Silva, Ten Brig. do Ar Carlos A. Amaral Oliveira, Ten. Brig. do Ar Luiz. F. de Aguiar, Major-Brig do Ar Hudson Costa Potiguara, todos pela ICT Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial-DCTA; Brig. Eng. Augusto L.C. Otero, Brig. Eng. César Demétrio Santos, Eng. Elisa Yuki Itogawa, todos pela ICT Instituto de Aeronáutica e Espaço-IAE; Cel. Av. Lester de Abreu Faria, Cel. Eng. Josiel U. de Arruda, ambos pela ICT Instituto de Estudos Avançados-IEAv; Cel. Av. César A. O'Donnell e Cel Av. José R. de Araújo Costa, ambos da ICT Instituto de Fomento Industrial-IFI; Dr. Leonel Perondi e Dr. Carlos A. Wuensche de Souza, pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais-INPE; Dr. Osvaldo de Moraes, pelo Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais-CEMADEN.

Aos meus colegas da Advocacia-Geral da União, vinculados à Consultoria-Geral da União, com os quais pude coletar informações jurídicas que, de alguma forma, apoiaram a elaboração dessa dissertação, entre os quais, aqueles que foram membros da extinta Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Jurídicos (CNU/CGU/AGU), da Câmara Nacional de Convênios e Instrumentos Congêneres (CNCIC/CGU/AGU), da Câmara Nacional de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (CNPDI), e o meu quase irmão, Advogado da União, Dr. Jorge Baldassare, com quem tive a honra de cursar a disciplina ‘Propriedade Intelectual’ na FADUSP, no 2º semestre de 2014.

Aos integrantes da equipe da Consultoria Jurídica da União de São José dos Campos - CJU-SJC/CGU/AGU, da área de CT&I, Cláudio Elias, Beatriz e Lucas, pela ajuda e releitura do texto.

Aos colegas da pós-graduação que também são orientados pelo Doutor Orlando Villas Boas Filho, pelas ideias compartilhadas, Luiz Fernando, Júlia, Carlos Eduardo e Caio.

À minha família, que destaco os meus filhos, Leonardo, pelos conhecimentos de filosofia da UFSCAR que me transmitiu, e Matheus, por ter me felicitado com a sua presença, como aluno regular do mestrado, em três disciplinas do Programa de Pós-Graduação desta Faculdade que cursamos conjuntamente, pai e filho (“Bob Pai & Bob Filho”). Sem olvidar dos agradecimentos ao sobrinho-filho, Lucas, pelo incentivo nos momentos difíceis.

Por derradeiro, à paciência, apoio e compreensão das duas pessoas muito especiais da minha vida, a minha alma gêmea Maria – 頑張って - e a admirável mãe, Dona Ricardina, que ao longo deste aprendizado, certamente, representaram a perseverança para poder chegar até aqui.

reflective consciousness The property of an organism by which it is conscious of its own consciousness, that is, not only does it know but also it knows that it knows.

Homo sapiens The only species known the possess reflective consciousness. This faculty enables a human to think about itself and its relationship with the rest of the universe of which it knows it is a part. (Hands, 2015, p. 635 e 642)

Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma. (Kuhn, 1969, p. 219)

RESUMO

LONGATO, Carlos Freire. *Uma abordagem dos campos jurídico e de ciência, tecnologia e inovação à luz do pensamento de Pierre Bourdieu*. 176 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Esta dissertação é fruto de uma pesquisa científica interdisciplinar, levada a efeito a partir da análise da interação dos campos do direito e da ciência, tecnologia e inovação. O estudo faz a abordagem das formas de regulação que podem ser qualificáveis como jurídicas, pois o fenômeno da produção de CT&I não se limita a uma ou outra cultura estanque, e assim, a pretensão de regulação destas práticas exclusivamente pelo direito positivo, caracteriza uma visão etnocêntrica, típica da sociedade ocidental na modernidade. Por outro lado, a incerteza, o risco e a velocidade da evolução científica e econômica, que formam a estrutura lógica do campo de CT&I, por vezes, se contrapõem à lógica do campo do direito, sobretudo pela pretensão do direito positivo de manter expectativas normativas no tempo. A pesquisa utilizou como referência as linhas teóricas do modelo desenvolvido pelo sociólogo e antropólogo Pierre Bourdieu – o enfoque estrutural construtivista - com o objetivo de identificar como as forças do campo de CT&I atuam no campo do direito, principalmente na formação daquilo que Bourdieu denominou de *habitus*.

Palavras-chave: Campo jurídico. Campo científico. Interdisciplinaridade. Etnocentrismo. Regulação. *Habitus*. Bourdieu.

ABSTRACT

LONGATO, Carlos Freire Longato. *An approach to the law and science, technology and innovation fields according to Pierre Bourdieu's thought*. 176 pages. Master - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This dissertation is the result of an interdisciplinary scientific research, developed by an interactive analysis of the law and science, technology and innovation fields. The study approaches the regulation kinds that can be qualified as legal, because the phenomenon of STI production is not limited to one or another closed culture, and thus, the regulation of these practices exclusively by positive law, characterizes an ethnocentric point of view, coming from modern Western society. On the other hand, the uncertainty, the risk and the rapid flow of scientific and economic evolution, that form the logical structure, which makes up the STI field, sometimes contradicts the logic of the law field, mainly because of the function of positive law, in the sense of maintaining long-term normative expectations. The research used as reference the theoretical premises that scientific model developed by the reputed sociologist and anthropologist Pierre Bourdieu – the constructivist structural approach -, in order to identify how the forces inside the STI field reverberate in the law field agents, especially in the formation of what Bourdieu conceptualized as *habitus*..

Keywords: Law field. Science, Technology and Innovation field. Interdisciplinarity. Regulation. *Habitus*. Bourdieu.

NOTA SOBRE TRADUÇÕES

A menos que haja indicação expressa em sentido diverso, todas as traduções são de nossa autoria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
CAPÍTULO 1 - INOVAÇÃO E INVENÇÃO: UM DELINEAMENTO CONCEITUAL	39
1.1 Da Inovação	40
1.2. Da Invenção	57
1.3. Conclusão do Capítulo	62
CAPÍTULO 2 - A CIENTIFICIDADE DO DIREITO, CONTRA O <i>HABITUS</i> DAS “TEORIAS CONJECTURAS DO DIREITO” – UMA DIGRESSÃO ILUSTRATIVA PELA OBRA DE HENRY JAMES SUMNER MAINE.....	69
2.1. O mundo cognoscível.....	69
2.2. Direito: A abordagem científica, não conjectural de Maine	72
2.2.1. Dimensão epistemológica do saber antropológico	78
2.2.2. <i>Ancient Law</i> – A Evolução do <i>status</i> para o contrato.....	80
2.2.3. Ressonâncias da teoria de Maine.....	88
2.3. Conclusão do Capítulo	93
CAPÍTULO 3 - O CLÁSSICO DEBATE DWORKIN X HART: A DISPUTA DE POSIÇÃO NO CAMPO JURÍDICO, CENTRADA NO <i>HABITUS</i> JURÍDICO	97
3.1. Estrutura geral do pensamento de Ronald Dworkin sobre Discricionariedade e Interpretação.....	97
3.2. Críticas discutidas no curso, exemplo paradigmático e posição própria	99
3.3. Conclusão do Capítulo	106
CAPÍTULO 4 - ETNOCENTRISMO: UM <i>HABITUS</i> RESTRITIVO DO CAMPO JURÍDICO	111
4.1. Introito	112
4.2. O direito na perspectiva de Niklas Luhmann.....	114
4.3. A Teoria do Multijuridismo de Étienne Le Roy, como paradigma da análise concernente ao obstáculo epistemológico subvalorizado na teoria de Luhmann: o ponto cego do direito na teoria sistêmica de Niklas Luhmann	118
4.4. Conclusão do Capítulo	122
CAPÍTULO 5 - O MODELO TEÓRICO DE PIERRE BOURDIEU	125
5.1. O poder simbólico	125
5.2. Conceitos de <i>habitus</i> , campo e capital segundo Pierre Bourdieu	128

5.2.1. <i>Habitus</i>	128
5.2.2 Campo.....	130
5.2.3. Capital.....	131
5.3. Campo científico, campo jurídico e o campo de CT&I	133
5.3.1. A lógica do campo científico.....	133
5.3.2. O capital científico puro e o capital científico institucional	135
5.3.3. Evolução científica e as forças que direcionam a pesquisa básica e a aplicada.....	138
5.3.4. A lógica do campo do direito ou jurídico	140
5.3.5. O campo de ciência, tecnologia e inovação.....	144
CAPÍTULO 6 - A FORÇA DO <i>HABITUS</i>	147
6.1. Caso 1: arguição de carência de recursos humanos nas ICTs públicas.....	147
6.1.1. O <i>habitus</i> do campo CT&I e a ocorrência de relações jurídicas de terceirização de serviços inerentes ao exercício das atividades finalísticas das ICTs públicas	147
6.1.1. Análise do pronunciamento do Tribunal de Contas da União.....	153
6.1.2. Conclusões sobre a hipótese	157
6.2. Caso 2: arguição que a Lei nº 8.666/93 é incompatível com as práticas de CT&I	159
6.2.1. O <i>habitus</i> do campo de CT&I e as licitações e contratações públicas	159
6.2.2. Conclusões sobre a hipótese	162
CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS.....	171

INTRODUÇÃO

Preliminarmente, é importante destacar que essa dissertação pretende analisar concomitantemente a interação de campos sociais do conhecimento diversos, o que redundará num enfoque pautado na interdisciplinaridade. Destarte, podemos dizer que é um trabalho com pretensões científicas de abordagem sociojurídica, ou seja, uma pesquisa jurídica científica necessariamente interdisciplinar, o que impõe uma visão que ultrapasse os limites da dogmática jurídica, arraigada na cultura ocidental por um *habitus*¹ originado no campo jurídico (*habitus*² jurídico).

O desafio maior da pesquisa interdisciplinar, segundo Orlando Villas Boas Filho³, é a tendência do pesquisador constituir o objeto, acentuadamente, na área de conhecimento de sua formação acadêmica. Malgrado o fato desta dissertação perfazer a etapa final da pós-graduação em direito, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, o seu

¹ O conceito de *habitus* será apresentado mais adiante nessa dissertação, pois se trata do conceito importante no modelo teórico de Pierre Bourdieu, e foi adotado como fundamento principal de desenvolvimento do trabalho. Grosso modo, a palavra *habitus* denomina uma disposição durável que é gerada num dado campo social com resultado de uma luta de forças interna. É inculcada em todos os membros da sociedade, arbitrariamente, e age ou reverbera na conduta de cada um de forma inconsciente, diversamente da norma, que pressupõe uma prévia reflexão do agente. Segundo Bourdieu, “os condicionamentos associados a uma classe particular de condições de existência produzem *habitus*, sistemas de disposições duráveis e transponíveis, estruturas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, ou seja, como princípios geradores e organizadores de práticas e de representações que podem ser objetivamente adaptadas ao seu objetivo sem supor a intenção consciente de fins e o domínio exposto das operações necessárias para alcançá-los, objetivamente “reguladas” e “regulares” sem em nada ser o produto da obediência a algumas regras e, sendo tudo isso, coletivamente orquestradas sem ser o produto da ação organizadora de um maestro. In BOURDIEU, Pierre. O SENSO PRÁTICO. Editora Vozes, p. 87. A respeito, ver também: WACQUANT, Loïc. Esclarecer o *Habitus*. EDUCAÇÃO & LINGUAGEM, ano 10, nº 16, 63-71, jul-dez. 2..

² Na mesma linha de Karl Maton em sua exposição sobre o *habitus*, anoto que, *verbis*, “Para evitar elidir a discussão do conceito com a discussão do objeto que ele busca conceituar, eu utilizo itálico (*habitus*) para denotar o conceito e o texto normal (*habitus*) para denotar o seu referente.” In DEER, Cécile *et al.* PIERRE BOURDIEU. Conceitos Fundamentais. p. 73, nota de rodapé 1.

³ Cf. o argumento do autor, nesse sentido, e com analogia a observação de Celso Fernandes Campilongo, sobre a perspectiva de Arnauld: “As dificuldades da pesquisa interdisciplinar são particularmente realçadas por André-Jean Arnaud. Para ele, o problema fundamental nessa seara consiste no fato de os pesquisadores de disciplinas distintas tenderem a constituir o objeto segundo o cânon de suas respectivas áreas de proveniência. Nesse sentido, desde o início da década de 1990, diagnosticava, como mencionado, uma situação de cacofonia no âmbito dos “estudos sociojurídicos”. Analogamente, Celso Fernandes Campilongo, aludindo, aliás, à perspectiva de Arnaud, também assevera, e com razão, que “o trabalho de colaboração interdisciplinar nas pesquisas jurídicas constantemente revela um ‘sentimento de impotência de como controlar a complexidade de um fenômeno ou de uma realidade que cada um aborda com uma linguagem diferente’” (CAMPILONGO, 2000, p. 18). Em uma situação como essa, em vez de diálogo, o que geralmente se observa é o entrechoque de monólogos, ou seja, ruído”, no texto “DESAFIOS DA PESQUISA INTERDISCIPLINAR: AS CIÊNCIAS SOCIAIS COMO INSTRUMENTOS DE “VIGILÂNCIA EPISTEMOLÓGICA” NO CAMPO DOS ESTUDOS SOCIOJURÍDICOS”, Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 2, p. 530-558, maio/ago. 2019, p. 534

objeto envolve outras áreas do conhecimento. Destarte, o primeiro capítulo aborda disciplina cursada na área de concentração diversa, qual seja, de Direito Comercial. E num horizonte mais amplo, é possível afirmar que a interdisciplinaridade da pesquisa se projeta além do campo do direito, porquanto a abordagem jurídica da pesquisa envolve o campo da ciência, tecnologia e inovação, que dado o caráter universal da afetação deste campo e a hipercomplexidade do contexto social moderno⁴, a análise da regulação qualificável como jurídica das práticas de ciência, tecnologia e inovação (CT&I⁵) não pode ficar limitada exclusivamente aos contornos do direito.

O direito é um construto cultural que marca especialmente a sociedade do Ocidente, e representa apenas uma parcela de um fenômeno muito mais amplo, que forma um campo social inerente à organização e regulação da espécie humana, limitado pelo conceito de soberania estatal. Porém, existem campos sociais que desconhecem fronteiras, a exemplo daquele que tem por objeto a produção ou aplicação do conhecimento, como é o caso do campo científico, que possui acentuada característica de incerteza, risco e dinâmica temporal.

Imaginar que as práticas de CT&I, enquanto instrumentos que impulsionam o desenvolvimento econômico e social de uma determinada ordem estatal, podem, com êxito, ser reguladas exclusivamente pelo direito positivo, trata-se de uma visão tradicional, centrada na sociedade ocidental moderna. Ante a universalidade das reverberações daquilo que se produz no campo científico, então, as suas regulações que podem ser qualificadas como jurídicas, nas diversas sociedades humanas, devem pressupor um paradigma compartilhado, que lhes garanta a aceitação e validade numa amplitude global. Um ponto

⁴ Cf. o trabalho de Danilo Martuccelli sobre a complexidade da sociedade na modernidade. O autor propõe o estudo da sociologia a partir de três matrizes: matriz da Diferenciação Social, matriz da Racionalização, matriz da Condição Moderna. A sociologia de Bourdieu se enquadraria na matriz da Diferenciação Social. *In Sociologías de la modernidad*, Universidad de Chile.

⁵ CT&I, é o acrônimo para designar o campo social de “ciência, tecnologia e inovação”, que aqui, por vezes será designado abreviadamente de “campo científico” (científico em sentido amplo). O alcance normativo dessa expressão não se limita exclusivamente ao seu viés científico (ciência básica, aplicada ou inovação científica ou tecnológica), como pode sugerir sua leitura isolada. Com efeito, Constituição Federal de 1988 reservou um capítulo específico no bojo do “Título VIII – DA ORDEM SOCIAL”, que define como base da ordem social da República Federativa do Brasil, o primado do trabalho, objetivando o bem-estar e a justiça sociais. Outrossim, a Constituição Federal de 1988 determina que a ‘*pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação*’, o que nos leva ao entendimento que a *prioridade* do Estado (*i.e.*, que é o primeiro em tempo e ordem; que tem primazia; prevalência; etc) significa que o ordenamento constitucional, como um todo, estrutura o direito positivo interno, formando um conjunto de normas de conduta, de organização, de procedimento, e de programação, de modo a maximizar as liberdades individuais e, concomitantemente, potencializar os direitos sociais. A ‘alta tecnologia’ perfaz o principal instrumento de inovação, seja do conhecimento e da técnica em si, seja em qualquer outro campo social. Daí o entendimento segundo o qual “uma prática científica/tecnológica carrega em si um potencial inovador”.

comum ou referencial no fenômeno da regulação das relações de CT&I no Brasil, segundo a Constituição Federal de 1988 (CF/88), pode ser considerado a busca incessante da maximização do bem-estar e da justiça sociais, porém, sem nenhuma intenção de atrair uma visão utilitarista nesse sentido.

A presente dissertação, destarte, pretende desenvolver uma abordagem de formas de regulação da conduta humana as quais podem ser qualificadas como jurídicas e que, por vezes, coexistem no bojo das sociedades e operam como instrumentos de manutenção da sua coesão, sobretudo nas sociedades mais complexas, funcionalmente diferenciadas. Utiliza-se aqui “formas”, no plural, para fixar desde já uma premissa importante considerada no desenvolvimento deste trabalho: Que o entendimento segundo o qual o direito, como conhecemos, é um fenômeno inerente à espécie humana, enquanto forma geral e universal de regulação das sociedades, como se fosse um comando necessário do nosso código genético, não passa de uma ilusão compartilhada pelas sociedades ocidentais, o que no plano das ciências humanas é denominado de etnocentrismo.

Num horizonte mais demarcado na análise do fenômeno da regulação social, este trabalho advém da experimentação, com um recorte levado a efeito no campo de ciência, tecnologia e inovação, e a sua interação com a lógica do campo do direito, com o intuito de estudar o mecanismo, por assim dizer, que permite harmonizar as emanções proveniente do campo jurídico com as práticas concretas de CT&I, ainda que possa se vislumbrar em determinadas situações certa contrariedade com o direito positivo vigente, sobretudo, porque tais práticas têm na incerteza, na imprevisão, no risco e na dinâmica temporal, suas principais características, que se opõem à função do direito concernente à estabilização temporal de expectativas normativas.

Por se tratar de uma pesquisa que envolve a análise de inter-relações de poder ou de força de dois campos distintos da estrutura social (científico e jurídico), o modelo teórico desenvolvido por Pierre Bourdieu⁶ se mostrou o mais adequado para ser adotado como

⁶ Cf. Maria da Graça Jacintho Setton: “Considerado um dos maiores sociólogos de língua francesa das últimas décadas, Pierre Bourdieu é um dos mais importantes pensadores do século 20. Sua produção intelectual, desde a década de 1960, estende-se por uma extensa variedade de objetos e temas de estudo. Embora contemporâneo, é tão respeitado quanto um clássico. Crítico mordaz dos mecanismos de reprodução das desigualdades sociais, Bourdieu construiu um importante referencial no campo das ciências humanas.[...] Para ele, os condicionamentos materiais e simbólicos agem sobre nós (sociedade e indivíduos) numa complexa relação de interdependência. Ou seja, a posição social ou o poder que detemos na sociedade não dependem apenas do volume de dinheiro que acumulamos ou de uma situação de prestígio que desfrutamos por possuir escolaridade ou qualquer outra particularidade de destaque, mas está na articulação de sentidos que esses aspectos podem assumir em cada momento histórico. Para o autor, a sociologia deve aproveitar sua vasta herança acadêmica, apoiar-se nas teorias sociais desenvolvidas pelos grandes pensadores das ciências humanas, fazer uso de técnicas estatísticas e etnográficas e utilizar procedimentos metodológicos sérios e vigilantes para se fortalecer

quadro de referência para o desenvolvimento deste trabalho científico-jurídico, e daí o seu título: Uma abordagem dos campos jurídico e de ciência, tecnologia e inovação à luz do pensamento de Pierre Bourdieu.

O ponto central do modelo teórico de Bourdieu, grosso modo, se assenta no conceito de *habitus*, que significa uma disposição durável ou emanção de um determinado campo social, que seria introjetada nos membros de uma sociedade, e que pautaria a conduta humana de forma inconsciente, gerando um agir sem a prévia reflexão do indivíduo numa determinada regra, o que ele denominou de agir mecanicamente por força de um *habitus*, que é uma disposição estruturada num dado campo e também é uma disposição estruturante que é inculcada arbitrariamente nos membros da sociedade.

Com isso, segundo Villas Boas Filho, Bourdieu rechaçou aquilo que denominou de *juridismo de Lévi-Strauss*,⁷ que pregava que a conduta humana pressupõe, sempre, o agir da pessoa na sociedade a partir da sua pré-reflexão numa dada regra estruturada, o que, diga-se, é o fundamento da visão ocidental do direito como forma da regulação social, por excelência.⁸

O objetivo primevo da pesquisa, nesse contexto, é verificar a seguinte questão: *Como o habitus gerado no campo científico pode interferir na regulação das relações de CT&I e, até mesmo em certas hipóteses, é capaz de contrapor o direito vigente, sem causar uma reprovação social?*

O procedimento no qual se desenvolveu esta pesquisa foi balizado pela natureza do seu próprio objeto e pelo nível de investigação a ele direcionado que consiste numa *pesquisa científica na área das ciências humanas*, no formato de *dissertação* de Mestrado, e que nessa

como ciência. [...] É possível afirmar que Bourdieu tem uma concepção relacional e sistêmica do social. A estrutura social é vista como um sistema hierarquizado de poder e privilégio, determinado tanto pelas relações materiais e/ou econômicas (salário, renda) como pelas relações simbólicas (status) e/ou culturais (escolarização) entre os indivíduos. Segundo esse ponto de vista, a diferente localização dos grupos nessa estrutura social deriva da desigual distribuição de recursos e poderes de cada um de nós. Por recursos ou poderes, Bourdieu entende mais especificamente o capital econômico (renda, salários, imóveis), o capital cultural (saberes e conhecimentos reconhecidos por diplomas e títulos), o capital social (relações sociais que podem ser revertidas em capital, relações que podem ser capitalizadas) e por fim, mas não por ordem de importância, o capital simbólico (o que vulgarmente chamamos prestígio e/ou honra). Assim, a posição de privilégio ou não-privilégio ocupada por um grupo ou indivíduo é definida de acordo com o volume e a composição de um ou mais capitais adquiridos e ou incorporados ao longo de suas trajetórias sociais. O conjunto desses capitais seria compreendido a partir de um sistema de disposições de cultura (nas suas dimensões material, simbólica e cultural, entre outras), denominado por ele *habitus*". Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/uma-introducao-a-pierre-bourdieu/>> Acesso em 27 dez. 2019

⁷ Informação fornecida por Villas Boas Filho durante a aula da disciplina da pós-graduação da FADUSP, São Paulo, 2015.

⁸ Cf. BOURDIEU, Pierre. O SENSO PRÁTICO. Vozes, 2013, p. 66

qualidade, tem o objetivo de “demonstrar a habilidade do acadêmico em realizar estudos científicos e em seguir linhas mestras na área de conhecimento escolhida”⁹.

A esse respeito, cumpre inicialmente notar que para atingir o objetivo principal deste trabalho científico, é imprescindível considerar que o *etnocentrismo* perfaz um obstáculo epistemológico, porque limita a nossa capacidade cognitiva, impedindo sua expansão para além daquele formato estruturado do conhecimento, no qual estamos inseridos num dado campo social, e cria uma ilusão que nos pressiona a impor como ‘únicas e soberanas’ as categorias analíticas do conhecimento do homem ocidental, acima da própria realidade que toca nossos sentidos e nos causa impressões na alma.

Nas palavras de Pierre Bourdieu, o etnocentrismo é o “pressuposto da ausência de pressupostos”¹⁰. Com efeito, o nosso mecanismo de sentir e conhecer o mundo se assenta

⁹Cf. ANDRADE, MARIA MARGARIDA DE ANDRADE, sobre os pontos distintivos de estudos acadêmicos/científicos classificados na tríplice catalogação (monografia, dissertação e tese): **Monografia** :A monografia é um trabalho acadêmico *Lato sensu* que tem por objetivo a reflexão sobre um tema ou problema específico e que resulta de processo de investigação sistemática. As monografias tratam de temas circunscritos, com abordagem que implica análise, crítica, reflexão e aprofundamento por parte do autor. Entretanto, é preciso lembrar que, apesar dessa terminologia estar consagrada, essa denominação não é muito adequada, uma vez que todos os trabalhos acadêmicos têm como principal característica serem trabalhos monográficos. **Dissertação**: A dissertação é um trabalho acadêmico *Stricto sensu* que se destina à obtenção do grau acadêmico de mestre. Os projetos de dissertação não precisam abordar necessariamente temas e/ou métodos inéditos. O aluno de mestrado deve demonstrar a habilidade em realizar estudos científicos e em seguir linhas mestras na área de formação escolhida (Andrade, 2014). **Tese**: A tese é um trabalho acadêmico *Stricto sensu* que importa em contribuição inédita para o conhecimento e visa a obtenção do grau acadêmico de doutor (Barros e Leheld, 2007). O doutorando deve defender uma ideia, um método, **uma descoberta**, uma conclusão obtida a partir de uma exaustiva pesquisa e trabalho científicos. Disponível em: <<http://biblioteca.fmvz.usp.br/index.php/2016/02/22/141/>> Acesso em 2jan2020. Vale notar que a distinção da dissertação de Mestrado com a tese de Doutorado, se dá pelo fato que esta última tem o escopo de trazer uma contribuição inédita para o conhecimento, ao passo que a dissertação, como dito, tem a finalidade de demonstrar a habilidade do pesquisador acadêmico em realizar estudos científicos e em seguir as diretrizes fundamentais da área de conhecimento abordada. O Regimento de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, aprovado pela RESOLUÇÃO USP Nº 7.493, DE 27 DE MARÇO DE 2018, é o ato normativo positivado que define o significado (e a diferença) dos conceitos de dissertação de Mestrado e da tese de Doutorado, senão vejamos: “Artigo 5º – Os títulos de Mestre ou de Doutor são obtidos após cumprimento das exigências do curso, incluindo a defesa da dissertação ou da tese. § 1º – Considera-se dissertação de Mestrado o texto resultante de trabalho supervisionado, que demonstre capacidade de sistematização crítica do conhecimento acumulado sobre o tema tratado e de utilização de métodos e técnicas de investigação científica, tecnológica ou artística, visando desenvolvimento acadêmico ou profissional, de acordo com a natureza da área e os objetivos do curso. § 2º – Considera-se tese de Doutorado o texto resultante de trabalho supervisionado de investigação científica, tecnológica ou artística que represente contribuição original em pesquisa e inovação, visando desenvolvimento acadêmico ou profissional, de acordo com a natureza da área e os objetivos do curso”. Disponível em: <<http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-7493-de-27-de-marco-de-2018>>. Acesso em 3jan2020. Assim, do ponto de vista do direito positivo válido e vigente no âmbito da USP, portanto, este trabalho acadêmico se circunscreve numa moldura destinada a “demonstrar a sistematização crítica do conhecimento acumulado sobre a abordagem do campo de regulação das relações que envolvem as práticas de CT&I, valendo-se de métodos e técnicas de investigação científica e tecnológica com vistas ao desenvolvimento acadêmico e profissional, na área de concentração de filosofia e teoria geral do direito”, e assim, é classificado como dissertação de Mestrado.

¹⁰ Cf. BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude ; PASSERON, Jean-Claude. OFÍCIO DE SOCIOLOGO, p. 91.

num falso pressuposto internalizado, o qual gera uma convicção inconsciente numa direção na qual a linha de raciocínio que fundamenta a *episteme* ocidental na modernidade, é marcada por uma inevitável interação simbólica, que tem na linguagem pré-reflexiva o seu maior expoente comunicativo, o que obsta qualquer outra pretensão diversa de estruturação do conhecimento. Desta forma, só podemos *conhecer* aquilo que se insere e se amolda ao nosso aparato socializado de conhecimento, e ainda assim, dentro dos limites comunicativos desta estrutura cognitiva que foi formada e se reconstrói continuamente no bojo da sociedade.

O que se quer dizer com isso, é que a visão tradicional que temos das regulações de comportamento na sociedade, no sentido que, em suma, *onde há sociedade, há o Direito* (o direito positivo, garantido pelo Estado), constitui um pressuposto questionável, notadamente num horizonte da antropologia jurídica, por ser precoce tal afirmativa, que carrega uma falsa certeza inconsciente da inexistência de qualquer outro pressuposto apto para ensejar um entendimento diverso deste. Chegamos ao ponto central para compreensão da linha teórica adotada para desenvolvimento desse trabalho.

O modelo teórico forjado na sociologia de Pierre Bourdieu (teoria dos campos e os conceitos de capital, *habitus*, *illusio*, etc) tem seu fundamento num mecanismo - ou, como diz Bourdieu, em “estruturas estruturantes”-, que introjeta nos agentes sociais determinados comandos de comportamento não reflexivos (ou seja, modos de agir padronizados, que não decorrem de uma prévia reflexão num dado de valor que lhe é referencial) da conduta humana, o qual se reproduz repetidamente no bojo da sociedade. Essas ‘estruturas estruturantes’ exurgem como resultado de lutas de poder (ou *pelo* poder) que são incessantemente travadas nos espaços sociais, ou seja, primeiramente resultam em ‘estruturas estruturadas’ que formatam um determinado espaço social ao qual pertencem lhe atribuindo uma identidade, e irradiam ‘a visão de compreensão do mundo’ deste campo social particular, que passa a ser compartilhada por todos: é, grosso modo, uma ideia daquilo que Bourdieu quis dizer ao cunhar o conceito de *habitus*.

E entenda-se como ‘campo’ todo local ou espaço social que é demarcado por uma lógica própria, compartilhada pelos agentes que ali transitam em unidade de desígnios, e lutam entre si para ganhar posições de poder dentro do respectivo campo. Dessas lutas incessantes para se adquirir uma melhor posição de poder no campo, são edificadas as ‘estruturas estruturadas’ que moldam o campo, lhe atribuem uma identidade e envolvem seus agentes, os quais incorporam a certeza do acerto (pela *illusio*) das disposições estruturadas

do campo. Tais disposições que formam a identidade do campo são duradouras, e são irradiadas ou projetadas externamente ao campo social como um todo, reproduzindo-se conjuntamente e em graus diferentes com disposições duráveis dos outros campos que compõem o ‘todo social’, de modo inconsciente ou não reflexivo, e assim, se instalam (ou se incorporam) em cada membro da sociedade, na forma de *habitus*.

A presente dissertação de mestrado tem como foco o estudo das relações de força especificamente do campo científico e a correlata regulação qualificada como jurídica, enquanto emanção do campo jurídico. O objetivo é trazer à baila situações do campo científico que pressionam a lógica do campo jurídico, de modo a submeter agentes que transitam no campo jurídico às emanções (ou pressões) oriundas das relações de força do campo científico. Em outras palavras, far-se-á a análise de práticas do campo científico que, por vezes, podem se sobrepor ao direito, sem que isso possa prejudicar a coesão do campo social como um todo e se contrapor à função do direito, de preservar expectativas normativas no tempo.

Esse fenômeno reforça a tendência de teóricos da Antropologia Jurídica no sentido que o direito seria apenas uma parte de um fenômeno mais amplo, de regulação do comportamento humano nas sociedades (ou mesmo na sociedade global)¹¹. Por conseguinte, imaginar que o direito tem exclusividade para regular ou manter no tempo expectativas normativas num dado grupo social, não passa de uma visão impregnada de etnocentrismo, característica das sociedades ocidentais, e que por essa razão, devemos considerar o fenômeno da regulação qualificável como jurídica, muito além da nossa visão ocidental monista que, no muito, pode se ajustar dentro de uma determinada soberania estatal, porém, tornando-se incompatível - e por vezes contrária - a um ou mais ordenamentos distintos, em relação a um mesmo fenômeno com o qual interage, especialmente nas práticas de CT&I, que não se limitam e nem se restringem a uma única fronteira soberana e estanque, dada a universalidade do conhecimento ou saber humano.

Daí que o direito, enquanto produto cultural, por si só, não tem força para se contrapor incondicionalmente ou regular todos os demais fenômenos verificados no bojo de uma sociedade, mormente porque a natureza é que perfaz o domínio do universal, ao passo que a cultura pertence ao domínio da particularidade regrada. Se a produção da ciência é um

¹¹ Cf. VILLAS BOAS FILHO, Orlando: “A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy”. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 06, N.12, p.159-195. 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16050>> Acesso em 4 jan. 2020.

fenômeno da natureza humana – *i.e.*, universal na espécie humana -, por conseguinte, o direito positivo de qualquer Estado não tem aptidão para prever, regular e dirigir todas as práticas que ocorrem no campo científico ante as principais características compartilhadas do seu objeto (incerteza, risco, dinâmica temporal), que de modo mais simples pode ser denominado de ‘invenção’, enquanto produto final inédito de uma prática de CT&I, e que tem potencial inovador. Disto, a noção de *juridicidade* proposta por Étienne Le Roy¹², em consonância com o pensamento de Pierre Bourdieu, se mostra mais adequada para pensar na regulação qualificada como jurídica, muito além da nossa visão ocidental monista do direito, notadamente em assuntos que são compartilhados de forma global, como no caso das práticas de CT&I, enquanto fenômeno inerente à espécie humana.

Não é demais realçar a importância do modelo teórico de Pierre Bourdieu para este trabalho acadêmico, sobretudo ante o seu conceito de *habitus*: uma emanção do campo, que ali se estrutura na relação de forças por disputa de poder no campo, e que ao mesmo tempo, é estruturante do comportamento social. O agir conforme um determinado *habitus* adquirido, é um agir sem nenhuma reflexão preliminar sobre um dever ou comando preexistente, e é isso que o distingue do agir pautado numa norma, porque nesta hipótese, o sujeito age a partir de uma prévia reflexão cognitiva que faz, sobre uma determinada expectativa normativa que se pressupõe ser válida e vigente no bojo da sociedade.

Nesse sentido, uma pergunta relevante que este trabalho pretende analisar é justamente essa: até onde a força do *habitus* (ou mesmo o seu efeito ilusório) é capaz de contrapor a norma de direito no campo de CT&I, sem atrair uma sanção estatal?

O plano de atuação do *habitus* é o plano do senso prático, não reflexivo, da *doxa*, diversamente do plano de atuação da norma (jurídica ou moral), que exige a reflexão prévia do sujeito, e assim atua conjugada com a sua razão, o *logos*.

Nessa perspectiva, a ideia de “contrato social”, a “norma de reconhecimento” *hartiana*, a “norma hipotética fundamental” *kelseniana* não seriam apenas uma tentativa racional de tradução de certos *habitus*? E quando o indivíduo age de acordo com a norma, não seria também por força de certos *habitus* do campo jurídico? Na seara da propriedade intelectual,

¹² Étienne Le Roy (França) é professor emérito de Antropologia Jurídica da Universidade Panthéon-Sorbonne, Paris 1, onde dirigiu o ‘Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris’ de 1988 a 2007 [...]. Desde meados dos anos sessenta, dedicou seu trabalho de campo ao estudo dos sistemas e políticas de posse da terra que governam a apropriação de territórios na África. Entre muitas publicações, *Le jeu des lois* (Paris, LGDJ, 1999) oferece sua contribuição teórica para uma antropologia “dinâmica” legal e *La terre de l'autre*, uma antropologia dos regimes de apropriação fonográfica é a síntese de quarenta anos de pesquisa em questões fundiárias. (Tradução livre). Disponível em: < <https://www.boell.de/en/person/etienne-le-roy>>. Acesso em: 2 jan. 2020.

por exemplo, uma determinada “marca” famosa (Coca-cola, Adidas, Nike, etc) não seria uma representação física de um habitus, que lhe atribui um valor jurídico/econômico?

Como se percebe, o modelo teórico proposto por Pierre Bourdieu pode ser um caminho - ou alternativa - para se explicar cientificamente o mecanismo que forma a convicção da juridicidade de uma ou outra prática humana, e assim a legítima, ainda que esta prática não esteja alinhada com o direito positivo sob determinadas perspectivas de análise. Pode ser uma perspectiva científica, outrossim, para explicar a *discricionariedade* defendida por Hart ou o argumento de Dworkin que lhe contrapõe.

Esse modelo teórico de Bourdieu também pode explicar a tendência contemporânea da visão *funcional* do direito, que enfatiza o argumento jurídico a partir da abertura principiológica (de valor) que sustenta determinado campo jurídico, porquanto o direito visto sob um enfoque estritamente estrutural, dogmático, num arranjo analítico de regras que se aplicam ou não como um sistema binário rígido, é incapaz de acompanhar a dinâmica da sociedade moderna atual, onde a globalização exerce incessante pressão para romper as fronteiras estatais, e a comunicação se torna cada vez mais dinâmica e universal, num movimento de equalização das culturas distintas, ou de aculturação.

Considerando o contexto reportado até aqui, a presente investigação acadêmica foi se desenvolvendo com o passar do tempo, e assim, o seu arranjo mais adequado é aquele que se expressa nesta dissertação, cujo objeto da pesquisa, insista-se, em grande parte se confunde com o próprio procedimento ou método adotado para a pesquisa científica.

Mais precisamente sobre o método adotado, vale destacar que os aportes da antropologia jurídica auxiliaram significativamente a estruturação desta pesquisa, a partir do momento que trouxe à baila o problema do etnocentrismo, sobretudo pelas particularidades do campo social que se pretende estudar e experimentar.

Noutro giro, a pesquisa de campo prestigiada na antropologia jurídica, além de servir de filtro etnocêntrico, foi fundamental neste trabalho para identificar os pontos da convergência de entendimento daqueles agentes do campo de CT&I que interagiram na fase empírica da pesquisa (pesquisadores e diretores de Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs¹³) da União), permitindo-se definir qual a extensão do recorte da

¹³ Sobre o significado do acrônimo “ICT”: Cf. o conceito do inciso V do art. 2º da Lei de Inovação (Lei nº 10.973/04), que expressa que o termo *Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT)* é um órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos;

experimentação para este trabalho, a fim de atender a sua proposta do projeto de pesquisa, que está dividida sistematicamente em seis capítulos independentes, mas que foram dispostos numa ordem lógica, com a pretensão de conduzir a evolução do trabalho acadêmico. É importante frisar que as entrevistas foram realizadas de forma participativa, com registros de áudio e vídeo, ocasião que foi possível isolar alguns dos principais problemas compartilhados no campo de CT&I. Registre-se, igualmente, que foram aproveitadas informações colhidas em palestras que este signatário conduziu junto aos agentes que transitam no campo de CT&I.

No estágio inicial da pesquisa, que envolveu o aprendizado das disciplinas cursadas para acumular conhecimento, foram coletadas informações a partir do 2º semestre de 2014, em primeiro lugar, nas aulas de *Propriedade Intelectual – DCO5873-3/5* (pós-graduação-FADUSP), ministrada pelos professores Doutor Balmes Vega Garcia e Doutor Newton Silveira. Ao final do curso, apresentei um trabalho que teve por objeto distinguir os termos “invenção” e “inovação”. Naquela ocasião, um fato que despertou a atenção foi a constatação que as duas palavras eram (e continuam sendo) frequentemente empregadas equivocadamente como sinônimas.

Uma das consequências (negativa) desta confusão semântica, no campo da regulação jurídica do campo científico, é a tendência de limitar o termo *inovação*, para se fazer referência tão somente à espécie tecnológica que é o *novo objetivo*, desconsiderando-se que o termo *inovação* tem uma acepção jurídica muito mais ampla, e envolve todos os demais segmentos da organização social, a exemplo do campo econômico, do campo político, do campo cultural, etc, sem a redução do seu significado e de sua aplicação exclusivamente para ocorrências do campo científico, como pode sugerir - numa interpretação impulsionada por algum habitus -, a tríade *ciência, tecnologia e inovação*.

Com efeito, haverá inovação sempre que houver um incremento ou mudança de paradigma num dado campo social, ainda que inexista uma relação direta com o exercício da atividade científica criadora, a exemplo, (i) de uma prática empreendedora exitosa, decorrente do *tinio comercial* de algum empresário; (ii) do sucesso de venda de uma obra literária; (iii) da promulgação de uma lei que facilite o exercício das práticas científicas no país, etc. Aqui, temos o *novo subjetivo*, que surge independentemente de algum *novo objetivo* que lhe antecede ou *inédito científico*, sem olvidar que nem sempre o *novo objetivo* obrigatoriamente produza um *novo subjetivo*, ainda que este potencial lhe seja ínsito.

No estágio da coleta de informações, durante as entrevistas de agentes que transitam no campo de CT&I (pesquisadores e diretores de instituições científicas), os entrevistados concordaram de forma unânime com a validade da assertiva seguinte: Toda prática científica, básica ou aplicada, carrega em si um potencial de inovação, ainda que isso não ocorra de imediato. Isso porque a articulação técnica do conhecimento, realimenta a produção de novo conhecimento.

Com isso, buscamos desvelar um mito observado no âmbito do campo científico, que rotineiramente considera que o vocábulo *inovação* se encerra na moldura da *inovação tecnológica*, ou como resultado final da *alta tecnologia druckeriana*, o que induz a uma inevitável confusão dos termos *inovação* e *invenção*. Repita-se, todavia, que não é possível descartar a possibilidade desta confusão de significado resultar da ação de um habitus nesse sentido.

Por conseguinte, no primeiro capítulo da dissertação, segue a exposição das linhas mestras do texto apresentado ao final na disciplina *Propriedade Intelectual – DCO5873-3/5*, que, consoante aludido, representou para este trabalho científico o primeiro procedimento de coleta de informações (um movimento etnográfico, por assim dizer). Naquela oportunidade, fiz a abordagem com o intuito de demarcar a distinção entre os termos invenção e inovação, enquanto operadores conceituais do campo de CT&I.

A pertinência deste capítulo para o conjunto desta dissertação, advém da necessidade de se entender a lógica da relação e alcance normativo da tríade ciência, tecnologia e inovação, consoante já asseverado, para definir a extensão de alguns conceitos que levam à sistematização de um campo jurídico de CT&I (enquanto junção de partes dos campos científico e jurídico) e do termo regime jurídico de CT&I (tido como o conjunto de normas, o que nos induz à adoção de um ponto de vista sobre direito mais abrangente, enquanto forma de regulação das sociedades ocidentais, porém, sem enfraquecer o seu poder diretivo, e nem gerar contradições que possam sugerir a insegurança social).

As práticas de CT&I têm como características que lhes são inerentes, entre outras, a incerteza, o risco e a alteração incessante de paradigma. Isso não permite afirmar de antemão que uma norma estatal genérica e abstrata, dirigida aos agentes que transitam pelo campo de CT&I, terá efetividade social, enquanto expectativa normativa mantida no tempo. Ao contrário, o *engessamento* de particularidades normativas no campo científico pode acabar obstando a produção de CT&I, por privilegiar a formalidade da norma ao alçá-la a um grau de importância acima do escopo do objeto que pretende regular, qual seja, a ciência, a

tecnologia e a inovação. Por mais esse motivo é que, num primeiro momento, a clássica visão estrutural do direito cede espaço para a visão funcional do direito, que é mais aberta.

Com efeito, a lógica do campo jurídico deve se harmonizar com a lógica do campo de CT&I, e isso não será possível levar adiante, a partir de uma perspectiva estritamente dogmática do direito, sobretudo, porque a norma positivada na forma estatal é incapaz de garantir sua efetividade no plano da ciência, tecnologia e inovação, dadas as características peculiares deste espaço social.

Esse outro enfoque se deve pelo fato que as práticas de CT&I, enquanto atos com capacidade de criar, modificar, transformar ou extinguir direitos, conforme exposto anteriormente, têm como características que lhes são próprias no conjunto, a incerteza, o risco e a alternância dinâmica temporal, o que impede estagnar uma expectativa normativa definida pelo Estado, dirigida aos agentes que transitam no campo de CT&I, sob pena de engessar as práticas de CT&I, ao privilegiar a formalidade da norma e erigi-la a um grau de importância e independência acima do escopo de produção de CT&I. A lógica do campo jurídico, assim, deve se compatibilizar com a lógica do campo científico, repita-se novamente, o que será inviável a partir de um enfoque estritamente dogmático ou estrutural do direito.

A finalidade do primeiro capítulo, portanto, é de demarcar a distinção entre os termos invenção e inovação, sobretudo porque nem toda invenção gera uma inovação – embora tenha potencial ínsito para tanto -, e nem toda inovação decorre de uma invenção. Com isso é possível definir alguns dos operadores conceituais mais relevantes para o desenvolvimento da dissertação, relativamente ao campo de CT&I, mormente pelo duplo viés epistêmico desta pesquisa, de um lado, considerado pelas características singulares do seu *objeto* da abordagem (campo científico) e, de outro lado, visto pelo *procedimento* adotado para a sua experimentação (campo jurídico).

O segundo capítulo, em continuidade ao itinerário de desenvolvimento da pesquisa de campo, mobiliza aportes da Antropologia Jurídica para, a partir deles, procurar obter uma melhor compreensão da regulação jurídica. Assim, utiliza conceitos e autores enfocados na disciplina de pós-graduação, ministrada pelo Professor Orlando Villas Boas Filho, no 2º semestre do ano de 2015.

Naquela ocasião foram abordados autores diversos, entre os quais, tive o primeiro contato com o modelo teórico de Pierre Bourdieu, o qual foi adotado no desenvolvimento desse trabalho acadêmico, justamente porque a regulação qualificável como jurídica das

relações de ciência, tecnologia e inovação não pode advir de um enfoque preponderantemente dogmático do direito, dadas as características particulares do campo que se pretende regular.

O autor de referência que inaugurou os debates deste segundo curso foi Sir Henry James Sumner Maine, o qual, em sua obra *Ancient Law*, inovou o enfoque do direito ao adotar uma postura mais crítica das teorias filosóficas do direito, as quais denominava de teorias conjecturais, e propôs uma abordagem de caráter científico. Disto, defendeu que o direito era um fenômeno que ocorria no bojo das sociedades num processo evolutivo natural e necessário, passando de uma configuração originalmente fundada no *status* dos sujeitos para uma forma de natureza contratual – do *status* ao contrato –, valendo-se da dicotomia sociedade primitiva e sociedade evoluída. Dada a importância do trabalho de Maine, que enfoca o fenômeno do direito sob o prisma preponderante da ciência, optou-se por trazer seu pensamento à baila neste trabalho, justamente porque representa um marco na abordagem do direito, a partir de uma visão com pretensões eminentemente científicas.

Portanto, o segundo capítulo desta dissertação, direciona-se ao pensamento de Maine em virtude de sua ênfase no viés científico do estudo das regulações jurídicas, o que é expresso na tese segundo a qual o direito segue um fluxo evolutivo nas sociedades, semelhante ao modelo evolutivo *darwiniano*. Esse pensamento causou ressonância em diversos autores da época.

É sabido que, aos poucos, essa tese foi sendo combatida e finalmente abandonada, porém, ela teve sua incontestável importância por inaugurar uma nova perspectiva para o estudo do direito na modernidade, de essência científica. É possível cogitar, por conseguinte, da formação ou adequação de um *habitus* no plano ocidental a partir da segunda metade do século XIX, que induziu à abordagem científica do direito, mitigando o seu trato filosófico, prevalente até então, e o pensamento de Henry Sumner Maine ilustra muito bem isso.

O terceiro capítulo mobiliza aportes de outra disciplina do curso que serviu de referência para a abordagem de mérito deste trabalho acadêmico, a partir do ponto de vista de relevantes tradições jurídicas que disputam o monopólio de dizer *o que é o direito*.

Trata-se de teoria do direito e, em meio a ela será enfocada a clássica discussão entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin sobre o conceito de direito, em especial, no trato do tema discricionariedade, pode ter sua origem num determinado *habitus* do campo jurídico, onde (i) a decisão do Juiz sobre alguma lacuna da lei é possível pela discricionariedade daquele que decide, ou em contraposição, (ii) a justificativa desta mesma decisão se dá a

partir de um movimento interpretativo de princípios jurídicos que justificam a decisão, dentro do próprio direito, pois, considera-se aqui que ambas as alternativas podem advir de um mesmo paradigma gerado pela disputa de forças em um ou mais campos, ou seja, de uma *illusio* compartilhada.

Na sequência, o quarto capítulo, mobilizando contribuições da sociologia jurídica e da teoria do direito, contrasta os pensamentos de Eugen Ehrlich, Hans Kelsen e Niklas Luhmann porquanto é possível constatar que a diferença de fundamento dos autores sobre “o que é o direito?” pode ser concebida como uma consequência do etnocentrismo, que atua como “*estrutura estruturada e estrutura estruturante*”¹⁴ no campo jurídico.

Com efeito, as abordagens (i) sociológica (do “direito vivo” de Ehrlich), (ii) analítico-formal kelseniana ou (iii) sistêmica luhmaniana, são incapazes de erigir o direito como fenômeno universal, exclusivo e exauriente da regulação qualificável como jurídica. Nesse sentido, os estudos de Étienne Le Roy no plano da Antropologia Jurídica induzem a um entendimento segundo o qual o fenômeno da regulação do comportamento humano se projeta muito além da figura do direito, razão pela qual esse autor se vale do termo *juridicidade* para fazer referência a esse fenômeno mais amplo da regulação qualificável como jurídica.

A *juridicidade*, tal como concebida por Étienne Le Roy, se assentaria em três formatos analíticos distintos, que alternam o grau de importância segundo a prioridade do enfoque dado ao fundamento da regulação do grupo social: (i) normas gerais impessoais (NGI), (ii) modelos de conduta e comportamento (MCC) e (iii) sistema de disposições duráveis, que é o *habitus* proposto por Bourdieu (SDD)¹⁵.

Esse capítulo, portanto, realça que o etnocentrismo é um obstáculo epistemológico para compreensão do fenômeno jurídico em sua maior extensão, o que reforça a tese que o direito positivo, por si só, e num enfoque estritamente dogmático, é incapaz de regular a contento as práticas de CT&I.

O quinto capítulo está reservado à abordagem do modelo teórico sociológico desenvolvido por Pierre Bourdieu, que constitui o paradigma de referência adotado para o desenvolvimento deste trabalho.

¹⁴ Cf. BOURDIEU, Pierre: Sobre as estruturas estruturadas e estruturas estruturantes. In O PODER SIMBÓLICO, 2015, p. 3-13.

¹⁵ Cf. Villas Boas Filho, ORLANDO: JURIDICIDADE: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À MONOLATRIA JURÍDICA ENQUANTO OBSTÁCULO EPISTEMOLÓGICO. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89235>> Acesso em 3 jan. 2020

O modelo teórico de Bourdieu considera as relações entre os sistemas simbólicos e a ação social, como sendo a base da comunicação e da interação social, e que num movimento incessante, a estrutura social se reconfigura, segundo as relações de poder e força que predominam em cada campo social, num dado período de tempo. Tais estruturas refletem comandos inconscientes sobre o comportamento humano, inculcando-lhe certas disposições duráveis.

De um lado, os símbolos carregam significados que são compartilhados cognitivamente pelos membros do grupo social, e assim, promovem a formação de estruturas objetivas, que passam a ser independentes da consciência e da vontade dos agentes. É a partir dessa ideia que Bourdieu afirma o conceito de estruturalismo.

Por outro lado, nossos esquemas de percepção que organizam nosso pensamento e impulsionam nossas ações no dia a dia, têm origem eminentemente social, da mesma forma como ocorre com as próprias estruturas sociais objetivas, ou seja, os *habitus* e os campos são construtos sociais – daí a noção de “construtivismo” -, e por isso, não são estáticos: acompanham as reconfigurações do poder que atua nos diversos campos, a cada mudança verificada. Com esse incremento teórico, que imprime diacronia e se opõe ao dogmatismo estruturalista de Claude Lévi-Strauss e de Louis Althusser, surge o estruturalismo construtivista ou construtivismo estrutural de Bourdieu¹⁶

São as relações de poder disputadas entre os agentes que interagem num dado campo social, destarte, que definem a visão de mundo que será estruturada e imposta a toda sociedade, a partir da lógica específica que define o seu objeto ou âmbito de atuação e, por conseguinte, lhe atribui uma identidade. Por exemplo, no campo econômico, a lógica específica que o caracteriza é estruturada a partir das relações de poder travadas entre os agentes que detêm maior quantidade de capital econômico. No campo científico, a lógica que o identifica é formada a partir das relações de poder tidas por aqueles que detêm maior capital científico. No campo jurídico, como se verá adiante, observa-se a concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, na qual se confrontam agentes investidos do capital – prático ou teórico – reconhecido nesse microcosmo social. O conceito de capital (econômico, científico, cultural, político, etc) associado ao campo que se refere, destarte, é fundamental para compreender a teoria de Bourdieu.

¹⁶ Cf. COLON, Alain, sobre o estruturalismo construtivista: **ETNOMETODOLOGIA E EDUCAÇÃO**. Tradução de Ana Teixeira. São Paulo. Cortez Editora, 2017, p. 184. A respeito, ver também: BOURDIEU, Pierre. **O SENSO PRÁTICO**. Tradução de Maria Ferreira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 50 e ss.; e BOURDIEU, Pierre. **SOBRE O ESTADO**. Tradução de Rosa Freire d’ Aguiar. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2012, p.53-54.

E essas estruturas que configuram cada campo e lhe definem a identidade, se projetam externamente em todos os agentes sociais, e se reproduzem de forma inconsciente, para constituir e manter aquilo que denominamos de realidade, segundo a visão de mundo ditada pelas forças predominantes do campo. É a estrutura projetada do campo que nos diz o que deve ser aceito na sociedade como normal, e constrói nossos paradigmas de distinção, de reconhecimento. É daí que advém o conceito de *habitus* de Bourdieu.¹⁷

A violência simbólica se caracteriza justamente por essa introjeção arbitrária do *habitus* gerado no campo, e que imprime ou inculca no agente social certas disposições de agir. São justamente esses comandos não reflexivos da ação que, por semelhança ou identidade, alocam os agentes numa dada posição social. Segundo Bourdieu, a ortodoxia é o mecanismo de perpetuação e de reprodução do *habitus*, ao passo que a heterodoxia é que tem potencial para nos fazer refletir e compreender as várias projeções de violência simbólica que nos atinge no contexto social.

É no quinto capítulo que serão apresentadas as linhas basilares do modelo teórico desenvolvido por Pierre Bourdieu, que considera a violência simbólica a força que dirige a ação social. A base de articulação racional deste modelo tem como principais operadores conceituais os conceitos de *campo*, de *habitus* e de *capital*. A incorporação de certos *habitus* cria um comando interno na conduta do agente, que em determinadas situações, pode até mesmo se opor ao direito válido e vigente, sem que isso gere uma correlata sanção estatal, conforme se discorrerá no capítulo seguinte.

No sexto capítulo segue com a análise de ocorrências concretas no campo de CT&I, as quais acenam para o fenômeno da superação do direito pela força de *habitus* gerados no campo científico. Para isso, promoveu-se um recorte empírico a fim de limitar o plano de análise proposto para este trabalho: escolhidas por amostragem algumas instituições científicas, tecnológicas e de inovação públicas da União (ICTs públicas da União), instaladas no município de São José dos Campos, SP.

Destarte, as situações de fato utilizadas na presente pesquisa para aplicação do conhecimento acumulado, foram definidas a partir das informações colhidas (i) nas entrevistas realizadas junto aos agentes que transitam no campo científico integrado pelas ICTs públicas da União situadas em São José dos Campos-SP e (ii) em eventos coletivos de inter-relação entre este subscritor e agentes que transitam no campo científico, no trato de assuntos de CT&I.

¹⁷ Cf. *Ibidem*, p 181.

A primeira situação de fato¹⁸ foi definida em razão do problema arguido por todos os dirigentes das instituições científicas que foram entrevistados por força desta pesquisa. O argumento comum foi no sentido que a redução do quadro de agentes públicos concursados, que exercem atividades de apoio para os pesquisadores, e a ausência de reposição desse pessoal, notadamente daqueles que se aposentaram, obsta as práticas de CT&I. Esse quadro estaria impactando negativamente nas atividades das ICTs. A segunda situação de fato constatada, está relacionada com o atendimento de requisitos legais para permitir a instauração do processo de licitação, com posterior contratação de serviços de engenharia perante terceiros. Nessa outra situação, a ICT não atendia os requisitos legais para a formação do processo administrativo, mas mesmo assim, levava adiante sua pretensão, até a final contratação. Nos dois exemplos, vislumbramos a formação de habitus do campo de CT&I que pressiona o campo jurídico, podendo redundar em situações contrárias ao direito, mas aceitas por força de habitus do campo jurídico.

Por fim, na parte conclusiva da dissertação, foi destacada a relevância de cada um dos capítulos e a correlata relação de afinidade com o objetivo do trabalho, seja sob a perspectiva metodológica da pertinência do conteúdo do aprendizado adquirido no curso e da pesquisa de campo levada a efeito, seja no horizonte da questão jurídica que foi objeto da pesquisa, tanto na sua delimitação, como da análise à luz do modelo teórico adotado no trabalho. Pretende-se demonstrar que as práticas de CT&I são estruturadas e estruturantes, segundo a base conceitual de Bourdieu, e desse modo, o direito não pode ser considerado a forma exclusiva de regulação qualificável como jurídica nas relações que ocorrem no campo de CT&I, pois esse entendimento decorre de uma visão etnocêntrica das sociedades ocidentais modernas. Por conseguinte, devemos pensar num horizonte mais amplo da regulação qualificável como jurídica, e até mesmo considerar que certos comportamentos normativos que praticamos, não decorrem de prévia reflexão numa norma, ou seja, podem ser inculcados inconscientemente nos agentes sociais, segundo o modelo proposto por Bourdieu.

Dessa forma, na conclusão buscou-se compilar o procedimento científico do estudo levado a efeito, desde a escolha das disciplinas cursadas, até o desfecho final da pesquisa, com a análise e delimitação do seu objeto.

¹⁸ A situação da formação de relações jurídicas referentes à intermediação de mão de obra irregular, também conhecida como “terceirização indevida” mediante cessão de mão de obra, para execução de atividade finalística da ICT pública.

CAPÍTULO 1 - INOVAÇÃO E INVENÇÃO: UM DELINEAMENTO CONCEITUAL

Este capítulo, como mencionado na introdução, marca e retrata o início do processo de coleta de informações e de estruturação da pesquisa, e tem o objetivo de destacar que existe uma diferença conceitual - numa acepção jurídica - dos termos *invenção* e *inovação*, sobretudo, para subsidiar a interpretação e aplicação do direito nas hipóteses submetidas àquilo que é denominado de regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação.

A importância desta distinção decorre da notória escassez de material acadêmico e profissional sobre o assunto no campo do saber jurídico e, também, pela sinonímia inadequada que invariavelmente é compartilhada pelos dois termos, restringindo o campo de significação da palavra inovação apenas para produtos resultados da alta tecnologia. De antemão, repiso que o escopo deste texto é de servir como uma referência conceitual voltada à interpretação e aplicação do direito naquelas hipóteses que envolvem o regime jurídico especial da ciência, tecnologia e inovação, ante o que, afasta-se qualquer pretensão de esgotar o assunto ou mesmo afirmar a universalidade de conceitos. A relevância dessa abordagem, por outro lado, advém da constatação que a sinonímia adotada pode advir de uma relação de forças no campo de CT&I, que tende a reproduzir essa situação, para atender os interesses dos agentes que transitam nos níveis mais elevados nesse campo.

Em primeiro, foi realizada uma breve abordagem sobre a origem etimológica da palavra inovação e o alcance de seu significado, a fim de facilitar, mais adiante, a adoção de uma acepção estritamente jurídica, notadamente com relação à tipologia da Lei nº 10.973/04¹⁹. Seguiu-se uma análise de legislações estaduais - e algumas municipais - que tratam do assunto, para concluir que, preliminarmente, o termo inovação se refere à renovação levada a efeito com esboço primordial no desenvolvimento do campo econômico - o empreendedorismo -, a partir da utilização de criações tecnológicas, apropriáveis como ativos das empresas. Também se registrou que a *inovação*, em sua acepção jurídica constitucional, está atrelada ao desenvolvimento social, representando uma mudança de paradigma por meio da ação empreendedora, o que é reforçado pelo cotejo das diversas legislações estaduais e municipais que tratam do assunto inovação.

¹⁹ BRASIL. LEI Nº 10.973, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm> Acesso em: 28 nov. 2019.

Em segundo, se buscou uma definição da palavra invenção em seu sentido amplo (criação intelectual técnica ou estética) para, a seguir, delimitá-la como a ferramenta suprema da atividade empreendedora, por versar sobre *alta tecnologia*. Com base na doutrina, pretendeu-se identificar o que justifica a proteção estatal do direito do inventor (autor da invenção), em suma: são as atividades inventivas que têm maior potencial de produzir inovações na sociedade moderna.

Na conclusão deste primeiro capítulo do trabalho acadêmico, se pretendeu identificar algum critério de convergência destes dois termos - invenção e inovação - no plano jurídico, para afastar a tendência de sinonímia das palavras. Para isso, buscou-se identificar quais os elementos de uma invenção pode funcionar como alavanca da inovação empreendedora e, ainda, em qual contexto isso ocorreria, com destaque para a doutrina que diferencia o novo subjetivo (a inovação) do novo objetivo (a invenção).

Finalizou-se o capítulo de forma ilustrativa, adotando um exemplo esquemático do ciclo do desenvolvimento tecnológico na área espacial, com referência na escala Technology Readiness Level (TLR), utilizada pela NASA, pelo Departamento de Defesa dos EUA e pela Agência Espacial Europeia, com o escopo de identificar o momento propício para o surgimento da *invenção* e da *inovação*, e a atuação do habitus gerado no campo de CT&I, que reverbera no sentido de manter a sinonímia.

1.1 Da Inovação

A palavra *inovação* vem do latim *innovationem*, que é o substantivo do verbo *innovare*, o qual tem como matriz a palavra *innovatus*. O verbo *innovare* significa renovar ou mudar (*in* = em + *novus* = novo). Nessa linha, a palavra *inovação* significa um processo de renovação ou de transformação de algo que já existe, e não necessariamente a introdução de algo novo, inédito.

A inovação decorre do surgimento de um ato ou fato, ou sucessão de atos e/ou fatos, que transforma ou renova algo existente no seio da sociedade, e que terá reflexo no processo evolutivo da humanidade, razão pela qual, a perspectiva científica e tecnológica da inovação é considerada sua acepção de maior utilidade, referindo-se às novas aplicações do conhecimento ao trabalho humano, e que abarca todas as esferas do saber, no campo das ciências exatas, humanas e biológicas, não obstante, conforme assinalado, a inovação poder ocorrer por uma determinada situação que independe da atuação humana inventiva.

Pelo fato do campo econômico ser o sustentáculo das sociedades humanas, por conseguinte, a atividade inovadora foca-se especialmente no campo econômico, no empreendedorismo, perspectiva esta que foi objeto do pensamento neoclássico de Joseph A. Schumpeter a partir da sua teoria do ciclo econômico, segundo a qual, em suma, o surgimento de uma inovação é o que motiva a dinâmica econômica, quando a economia sai de um estado de equilíbrio e passa para uma mudança radical, de transições e rupturas: há uma destruição de estruturas existentes para dar lugar a outras novas²⁰.

O ato empreendedor é denominado por Schumpeter como a ação do empresário que introduz uma inovação no sistema econômico, e é motivado pelo escopo do lucro. Exemplificativamente, para Schumpeter a inovação pode consistir: (1) na introdução de um novo bem no mercado, (2) na introdução de um novo método de produção, (3) na abertura de um novo mercado; (4) na conquista de novas fontes de matérias-primas ou bens semimanufaturados, (5) na alteração da estrutura de mercado vigente, como a quebra de um monopólio (constituição ou fragmentação de posição de monopólio)²¹.

Contrariamente ao pensamento marxista, os economistas neoclássicos sustentam que o processo econômico independe do avanço político histórico da sociedade, porquanto é fruto da prática continuada de atos empreendedores que introduzem uma inovação no sistema econômico. Tal entendimento também se opõe ao fundamento dos economistas clássicos, para os quais as forças do mercado livre, por si só, seria o motivo do equilíbrio econômico.

Na linha neoclássica, assume incontestemente relevância o estudo do empreendedorismo desenvolvido por Peter F. Drucker, o qual define inovação como “o instrumento específico dos empreendedores, o processo pelo qual eles exploram a mudança como uma oportunidade para um negócio diferente ou um serviço diferente”²². Para Drucker, a inovação decorre de uma nova tecnologia que ele denominou de administração empreendedora.

Esse autor afirma que essa nova tecnologia da administração empreendedora não se confunde com aquela tecnologia produzida pelas empresas de *alta tecnologia*, e nem dela

²⁰ SCHUMPETER, Joseph Alois. **BUSINESS CYCLES, A Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Process**, New York Toronto London : McGraw-Hill Book Company, 1939, 461 pp. Abridged, with an introduction, by Rendigs Fels, P. 84-123.

²¹ MARTE, Ana Cristina Braga. Weber e Schumpeter. A ação econômica do empreendedor. **Revista de Economia Política**, vol. 30, nº 2 (118), pp. 254-270, abril-junho/2010.

²² Cf. DRUCKER, Peter. **Harvard Business Review**, August, 2002 – R0208F, p. 5 (<http://freerthinking.com.au/wp-content/uploads/2013/06/1-2-The-Discipline-of-Innovation1.pdf>. Acessado em 16.9.2014)

faz parte. Essa nova tecnologia é, na verdade, a própria atividade empreendedora (num ciclo racional), mencionada anteriormente por Schumpeter como alavanca dos ciclos econômicos. Não obstante essa distinção entre a *tecnologia empreendedora* e a *alta tecnologia*, Drucker destaca que existem, de fato, empresas de alta tecnologia que são administradas de forma inovadora, com empreendedorismo, embora, insista-se, não se deve confundir essa acepção da inovação – a administração empreendedora como nova tecnologia –, com a *alta tecnologia*:

Existe, naturalmente, uma fartura de exceções, empresas de alta tecnologia que sabem muito bem como gerir empreendimento e inovação. Mas também no século XIX havia exceções. Uma delas era o alemão Werner Siemens, que fundou e construiu a empresa que ainda leva o seu nome. Outra foi George Westinghouse, americano, um grande inventor, mas também um grande construtor de empresas, que deixou atrás de si companhias que conservam o seu nome; uma líder no campo de transportes e, outra, uma das potências na indústria de maquinaria elétrica. Porém, para o empreendedor da empresa de alta tecnologia, o arquétipo parece ser ainda Thomas Edison. Edison, o inventor mais bem sucedido do século XIX, converteu a invenção na disciplina que agora chamamos de pesquisa. Sua verdadeira ambição, contudo, era ser construtor de empresas e se tornar um magnata. No entanto, ele de tal maneira “mal administrou” as empresas que começou, que foi preciso retirá-lo de cada uma delas para poder salvá-las. Muitas, se não a maioria, das empresas de alta tecnologia ainda são administradas, ou mais precisamente, “mal administradas” à maneira de Edison.²³

É muito importante essa distinção feita por Drucker, sobretudo, para assentar que a *alta tecnologia*, por si só, não se convola automaticamente numa inovação empreendedora, enquanto requisito da evolução econômica, com reflexos no âmbito social:

Dos mais de 40 milhões de empregos criados desde 1965 na economia, a alta tecnologia não contribuiu com mais de 5 ou 6 milhões. Portanto, a alta tecnologia não criou mais do que as “chaminés” [indústrias de] perderam. Todos os empregos adicionais da economia foram gerados em algum outro lugar. E apenas um ou dois de cada cem negócios – totalizando dez mil por ano – são remotamente de “alta tecnologia” mesmo no seu sentido mais lato.

[...]

Não há dúvida de que a alta tecnologia, seja sob a forma de computadores ou telecomunicações, robôs nas fábricas ou automatização de escritórios, biogenética ou engenharia. É de incomensurável importância qualitativa. Ela fornece estímulos e as manchetes. Ela cria a visão para o espírito

23 DRUCKER, Peter Ferdinand. INOVAÇÃO E ESPÍRITO EMPREENDEDOR (entrepreneurship), prática e princípios, Tradução de Carlos J. Malferrari. GENGAGE Learning. São Paulo. 2014, p. 17-18 (ISBN 978-85-221-0859-6)

empreendedor e a novação na comunidade, e a receptividade para ambos. A disposição dos jovens, muito bem treinados, de trabalhar para pequenos e desconhecidos empregadores, em vez de em um enorme banco ou um fabricante internacional de equipamentos elétricos, está certamente enraizada na mística da “alta tecnologia”, embora a esmagadora maioria desses jovens trabalhe para empregadores cuja tecnologia é prosaica e rotineira. A alta tecnologia, provavelmente, também estimulou a estonteante transformação do mercado de capitais dos Estados Unidos, da situação de quase ausência de capitais de risco em meados dos anos 60 para o quase excesso em meados dos anos 80. A alta tecnologia é, portanto, o que os lógicos costumavam chamar de *ratio cognoscendi*, a razão pela qual nós percebemos e entendemos um fenômeno, em vez de explicar por que ele surge e a causa da sua existência.

Quantitativamente, como já foi dito, a alta tecnologia ainda é limitada, respondendo por não mais que um oitavo dos empregos. Nem tampouco irá ela tornar-se muito mais importante em termos de novos empregos no futuro próximo. De hoje até o ano 2000, não mais que um sexto dos empregos que esperamos criar na economia americana será de alta tecnologia, com toda a probabilidade. De fato, se a alta tecnologia fosse, como se pensa em geral, o setor empreendedor da economia dos Estados Unidos, então estaríamos enfrentando um período de “crescimento zero”, e de estagnação a longo prazo, num cavado entre as cristas de uma “onda Kondratieff”.²⁴

Num artigo publicado na Revista de Administração e Negócios de Harvard, intitulado *The discipline of innovation*²⁵, Drucker aduz que a *inovação* consiste no trabalho de *saber* e não no de *fazer*, e assim, afirma que a maioria das inovações resulta de uma busca consciente pelo que denomina ‘oportunidades de inovação’, sendo que quatro dessas áreas de oportunidades (fontes da inovação) estariam na atuação imediata ordinária da empresa ou indústria, a saber: (1) fatos inesperados, (2) incongruências, (3) necessidades de processo e (4) mudanças na indústria e no mercado. Outras fontes de oportunidades estariam fora de uma companhia em seu ambiente de desenvolvimento intelectual ou social: (5) mudanças demográficas, (6) mudanças na percepção e (7) *novos conhecimentos*.

Não obstante a posição de Drucker firmada logo nas primeiras páginas de sua obra *Innovation and Entrepreneurship* (New York: Harper & Row, 1985), fazendo a distinção entre a *tecnologia da inovação* (empreendedorismo) e a *alta tecnologia*, no decorrer de sua obra o autor explica que dentre as inovações mais importantes surgidas até então, estariam no topo da lista aquelas que se sustentam (têm como fonte) em *novos conhecimentos*, e

24 Op. Cit, p. 4 a 6.

25 In Harvard Business Review, August, 2002 – R0208F, p. 3-8 Disponível em: http://ogsp.typepad.com/focus_or_die_ogsp/files/drucker_1985_the_discipline_of_innovation.pdf. Acesso em: 16 set. 2014)

assim, figuram como estrelas do empreendedorismo, sobretudo porque resultam em publicidade e dinheiro.²⁶

E ainda segundo Drucker, uma das características das inovações baseadas em conhecimento é que, em regra, decorrem da convergência de conhecimentos diversos, mas nem todos necessariamente científicos ou tecnológicos. Como exemplo esclarecedor, entre outros, cita o caso de empreendedorismo no setor jornalístico americano:

O primeiro homem a intuir o jornal moderno foi o americano James Gordon Bennett, fundador do New York Herald. Bennett entendeu perfeitamente os problemas: um jornal precisa ter renda suficiente para ser editorialmente independente, e ainda ser barato o suficiente para ter uma circulação de massa. Os jornais anteriores tanto obtinham receita vendendo sua independência e se tornando lacaios e propagandistas pagos por uma facção política – como faziam a maioria dos jornais americanos e praticamente todos os europeus da época –, ou, como o grande aristocrata daqueles dias (The Times de Londres), eles eram “escritos por cavalheiros para cavalheiros”, mas tão caros que apenas uma pequena elite podia tê-los.

Bennett explorou brilhantemente bases gêmeas de conhecimento tecnológico sobre os quais um jornal moderno se apóia: o telégrafo e a impressão de alta velocidade. Isso permitiu a ele produzir papel a uma fração de custo usual.

Ele sabia que precisava de composição tipográfica de alta velocidade, embora ela não tivesse sido inventada senão após a sua morte. Também viu uma das bases não-científicas, a alfabetização em massa, que viabilizou a circulação de massa para um jornal de preço baixo. Mas ele não chegou a compreender a quinta base: propaganda de massa como fonte de renda que permitia a independência editorial. Bennett, pessoalmente, desfrutava de um sucesso espetacular; ele foi o primeiro dos lordes da imprensa. Mas seu jornal não alcançou nem a liderança e nem a segurança financeira. Essas metas somente foram atingidas duas décadas mais tarde, por volta de 1890, por três homens que entenderam e exploraram a publicidade: Joseph Pulitzer, primeiro em St. Louis e depois Nova York. Adolph Ochs que assumiu um moribundo New York Times e fez dele o principal jornal dos Estados Unidos, e William Randolph Hearst, que inventou a moderna cadeia de jornais.

[...] ²⁷

²⁶ Cf. Op. Cit, p. 149: [...] A inovação baseada no conhecimento é a “superestrela” do espírito empreendedor. Ela ganha publicidade. Ela ganha o dinheiro. Ela é o que as pessoas normalmente querem dizer quando falam sobre inovação. Naturalmente, nem toda inovação baseada em conhecimento é importante. Algumas são verdadeiramente triviais. Mas, dentre as inovações que fizeram história, as inovações baseadas em conhecimento podem ter igual, ou, até mesmo, maior impacto. As inovações baseadas no conhecimento diferem das demais inovações em suas características básicas: duração, taxa de perdas, predicabilidade, e nos desafios que apresentam para o empreendedor. E, como a maioria das “superestrelas”, inovação baseada em conhecimento é temperamental, caprichosa, e difícil de controlar.

²⁷ Op. Cit, p. 157 e 158.

Atualmente a inovação tem sido objeto de aprofundado estudo e monitoramento, notadamente por parte dos países economicamente mais desenvolvidos, com foco na maximização do desenvolvimento e crescimento econômico. Nesse contexto, a OCDE²⁸ elaborou o Manual de Oslo²⁹ a fim de fixar algumas premissas sobre a inovação, em seu horizonte de ferramenta de desenvolvimento. Segundo consta do Manual de Oslo, a inovação pode ocorrer em qualquer setor da economia, incluindo serviços governamentais como saúde e educação. Destaque-se, entretanto, que as diretrizes do Manual de Oslo são essencialmente voltadas para as inovações de empresas, o que abarca a indústria de transformação, indústrias primárias e o setor de serviços³⁰.

Infere-se do Manual de Oslo que as empresas se engajam em inovações em virtude de inúmeras razões. Seus objetivos podem envolver produtos, mercados, eficiência, qualidade ou capacidade de aprendizado e de implementação de mudanças. Identificar os motivos que levam as empresas a inovar e sua importância auxilia o exame das forças que conduzem as atividades de inovação, tais como a competição e as oportunidades de ingresso em novos mercados.

As atividades de inovação podem ser obstruídas por diversos fatores. Pode haver razões para que não sejam iniciadas atividades de inovação, e fatores que refreiam tais

28 A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi estabelecida em 1961 e é atualmente integrada por 36 países. O principal objetivo da OCDE é facilitar o diálogo e a promoção de padrões convergentes entre seus membros, com vistas a aperfeiçoar políticas públicas em áreas de grande importância para a vida dos cidadãos, como por exemplo: bem-estar social, desenvolvimento, trabalho, economia digital, assuntos tributários, combate à corrupção, educação, saúde, governança e meio-ambiente, entre outros[...] Há uma expressiva e crescente convergência entre as normas e práticas nacionais e os parâmetros da OCDE. Atualmente o Brasil é parte de 82 dos 254 instrumentos normativos da Organização e está solicitando adesão a outros 65 instrumentos. Trata-se do país não-membro com maior participação em instrumentos da OCDE: o Brasil participa dos trabalhos de aproximadamente 30 foros e instâncias da Organização, entre comitês e grupos de trabalho relacionados a temas como: comércio, investimentos, agricultura, governança, educação, proteção do consumidor e tributação. A presença brasileira na OCDE já tornou possível ganhos para o aperfeiçoamento de políticas públicas brasileiras, por exemplo em áreas como produção agrícola, subsídios, defesa da concorrência, política tributária, investimentos, combate à corrupção e gestão da internet. Os resultados do engajamento brasileiro na Organização serão cada vez mais significativos à medida que o país continue a participar dos trabalhos da Organização, aderir a novos instrumentos e aprofundar o trabalho preparatório para a futura acessão brasileira à condição de membro pleno da OCDE. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>> Acesso em 20 nov.2019

29 Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oslo-manual-2018_9789264304604-en#page1> Acesso em 15 dez. 2019

30 Cf o parágrafo 27 do Manual de Oslo, 3ª Edição, 2005: O objetivo do Manual é oferecer diretrizes para a coleta e a interpretação de dados sobre inovação, visando compreender melhor essas atividades e sua relação com o crescimento econômico. Também visa disponibilizar indicadores para cotejar o desempenho nacional com as melhores práticas existentes. Ambos informam os formuladores de políticas e permitem a comparação internacional. Isso se deve porque há uma necessidade de coletar novos indicadores, além do desejo de manter os indicadores existentes para comparações ao longo do tempo. Destarte, o Manual foi planejado para alcançar um equilíbrio entre essas diferentes necessidades, consoante se extrai do teor do seu parágrafo 20.

atividades ou as afetam negativamente. Incluem-se fatores econômicos, como custos elevados e deficiências de demanda, fatores específicos a uma empresa, como a carência de pessoal especializado ou de conhecimentos, e fatores legais, como regulações ou regras tributárias.

A capacidade que as empresas possuem para apropriar-se dos ganhos provenientes de suas atividades de inovação também afeta o processo de inovação. Se, por exemplo, as empresas não estão aptas a proteger suas inovações da imitação de seus competidores, elas terão menos incentivo para inovar. Por outro lado, se uma indústria funciona bem sem proteção formal, promover essa proteção pode diminuir o fluxo de conhecimentos e de tecnologia e conduzir a preços mais elevados para os bens e serviços.

Nesse cenário, vislumbra-se que as economias avançadas são baseadas no conhecimento, informação e altos níveis de especialização, com pronto acesso a esses fatores pelos setores privados e público, o que, por conseguinte, enseja um desenvolvimento econômico paralelo: o crescimento da inovação em serviços nas economias avançadas. Assim, a inovação deve ser vista em seu sentido amplo, considerando as teorias e pesquisas existentes sobre inovação e os reflexos destas em temas de políticas³¹.

As pesquisas sobre inovação envolvem disciplinas variadas, com abordagens econômicas a partir de perspectivas teóricas diversas, que ofertam alternativas, que ao final são complementares umas às outras. Sob o ponto de vista da Ciência Econômica, o Manual de Oslo tem como referência as teorias econômicas de Schumpeter, tido como marco inaugural dos estudos concernentes às teorias da inovação, a partir do seu argumento no sentido que o desenvolvimento econômico é conduzido pela inovação, por meio de um processo dinâmico em que as novas tecnologias substituem as antigas, um processo por ele denominado “destruição criadora”.

Segundo esse autor, portanto, inovações são vistas como experimentos de mercado, que ensejam mudanças amplas e extensivas que reestruturam indústrias e mercados, e podem ser de duas espécies: inovações radicais engendram rupturas mais intensas, enquanto inovações incrementais dão continuidade ao processo de mudança³².

Outras perspectivas neoclássicas foram consideradas na elaboração do Manual de Oslo, traduzindo a inovação em termos de criação de ativos e de experimentos de mercado, e assim, a apropriação é um importante fator em inovação, e a capacidade de proteger

31 Manual de Oslo, 3ª Edição, parágrafos 71 ao 73.

32 Op. Cit., parágrafos 74 ao 76.

inovações terá uma importante influência na atividade inovadora³³. No tocante às teorias econômicas, foram considerados, ainda, as abordagens teóricas sobre o posicionamento competitivo, o foco no consumidor, visões sociológicas da difusão de conhecimento e abordagens evolucionistas.³⁴ O Manual de Oslo traz alguns conceitos que, por relevantes para o desenvolvimento deste trabalho, seguem reproduzidos:

- a) inovação: Uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas. Essa definição é abrangente e compreende um amplo conjunto de inovações possíveis. Uma inovação pode ser mais estreitamente categorizada em virtude da implementação de um ou mais tipos de inovação, por exemplo inovações de produto e de processo. O requisito mínimo para se definir uma inovação é que o produto, o processo, o método de marketing ou organizacional sejam novos (ou significativamente melhorados) para a empresa. Isso inclui produtos, processos e métodos que as empresas são as pioneiras a desenvolver e aqueles que foram adotados de outras empresas ou organizações;³⁵
- b) atividade de inovação: As atividades de inovação são etapas científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras e comerciais que conduzem, ou visam conduzir, à implementação de inovações. Algumas atividades de inovação são em si inovadoras, outras não são atividades novas, mas são necessárias para a implementação de inovações. As atividades de inovação também inserem a P&D que não está diretamente relacionada ao desenvolvimento de uma inovação específica;
- c) inovação de produto: É a introdução de um bem ou serviço novo ou significativamente melhorado no que concerne a suas características ou usos previstos. Incluem-se melhoramentos significativos em especificações técnicas,

33 *Op. Cit.*, parágrafos 80 ao 81.

33 *Ibid*, parágrafos 88 ao 97.

35 *Ibid*, parágrafos 147 a 148.

componentes e materiais, softwares incorporados, facilidade de uso ou outras características funcionais;³⁶

- d) inovação de processo: É a implementação de um método de produção ou distribuição novo ou significativamente melhorado. Incluem-se mudanças significativas em técnicas, equipamentos e/ou softwares;³⁷

³⁶ As inovações de produto podem utilizar novos conhecimentos ou tecnologias, ou podem basear-se em novos usos ou combinações para conhecimentos ou tecnologias existentes. O termo “produto” abrange tanto bens como serviços. As inovações de produto incluem a introdução de novos bens e serviços, e melhoramentos significativos nas características funcionais ou de uso dos bens e serviços existentes. Novos produtos são bens ou serviços que diferem significativamente em suas características ou usos previstos dos produtos previamente produzidos pela empresa. Os primeiros microprocessadores e câmeras digitais foram exemplos de novos produtos usando novas tecnologias. O primeiro tocador de MP3 portátil, que combinou padrões de softwares existentes com a tecnologia de disco rígido miniaturizado, foi uma nova combinação de tecnologias existentes. O desenvolvimento de um novo uso para um produto com apenas algumas pequenas modificações para suas especificações técnicas é uma inovação de produto. Um exemplo é a introdução de um novo detergente com uma composição química que já tinha sido previamente utilizada como um insumo apenas para a produção de revestimentos. Melhoramentos significativos para produtos existentes podem ocorrer por meio de mudanças em materiais, componentes e outras características que aprimoram seu desempenho. A introdução dos freios ABS, dos sistemas de navegação GPS (*Global Positioning System*), ou outras melhorias em subsistemas de automóveis são exemplos de inovações de produto baseadas em mudanças parciais ou na adição de um subsistema em vários subsistemas técnicos integrados. O uso de tecidos respiráveis em vestuário é um exemplo de uma inovação de produto que utiliza novos materiais, capazes de melhorar o desempenho do produto. As inovações de produtos no setor de serviços podem incluir melhoramentos importantes no que diz respeito a como elas são oferecidas (por exemplo, em termos de eficiência ou de velocidade), a adição de novas funções ou características em serviços existentes, ou a introdução de serviços inteiramente novos. São exemplos as melhorias significativas em serviços bancários via internet, tais como um grande aumento na velocidade e na facilidade de uso, ou a introdução de serviços de retirada e devolução em casa que melhoram o acesso de clientes a carros de aluguel. A concepção é parte integrante do desenvolvimento e da implementação de inovações de produto. Entretanto, mudanças na concepção que não implicam em uma mudança significativa nas características funcionais do produto ou em seus usos previstos não são inovações de produto. Ainda assim, elas podem ser inovações de marketing, como será discutido abaixo. Atualizações de rotina ou mudanças sazonais também não configuram inovações de produto. Op. Cit., parágrafos 12 e ss.

³⁷ As inovações de processo podem visar reduzir custos de produção ou de distribuição, melhorar a qualidade, ou ainda produzir ou distribuir produtos novos ou significativamente melhorados. Os métodos de produção envolvem as técnicas, equipamentos e *softwares* utilizados para produzir bens e serviços. São exemplos de novos métodos de produção a introdução de novos equipamentos de automação em uma linha de produção e a implementação de design auxiliado por computador para o desenvolvimento de produto. Os métodos de distribuição dizem respeito à logística da empresa e seus equipamentos, softwares e técnicas para fornecer insumos, alocar suprimentos, ou entregar produtos finais. Um exemplo de um novo método de distribuição é a introdução de um sistema de rastreamento de bens por código de barras ou de identificação ativa por frequência de rádio. As inovações de processo incluem métodos novos ou significativamente melhorados para a criação e a provisão de serviços. Elas podem envolver mudanças substanciais nos equipamentos e nos softwares utilizados em empresas orientadas para serviços ou nos procedimentos e nas técnicas que são empregados para os serviços de distribuição. São exemplos a introdução de dispositivos de rastreamento para serviços de transporte, a implementação de um novo sistema de reservas em agências de viagens e o desenvolvimento de novas técnicas para gerenciar projetos em uma empresa de consultoria. As inovações de processo também abarcam técnicas, equipamentos e softwares novos ou substancialmente melhoradas em atividades auxiliares de suporte, como compras, contabilidade, computação e manutenção. A implementação de tecnologias da informação e da comunicação (TIC) novas ou significativamente melhoradas é considerada uma inovação de processo se ela visa melhorar a eficiência e/ou a qualidade de uma atividade auxiliar de suporte.

e) inovação de marketing: É a implementação de um novo método de marketing com mudanças significativas na concepção do produto ou em sua embalagem, no posicionamento do produto, em sua promoção ou na fixação de preços;³⁸

³⁸ Inovações de marketing são voltadas para melhor atender as necessidades dos consumidores, abrindo novos mercados, ou reposicionando o produto de uma empresa no mercado, com o objetivo de aumentar as vendas. A característica distintiva de uma inovação de marketing comparada com outras mudanças nos instrumentos de marketing de uma empresa é a implementação de um método de marketing que não tenha sido utilizado previamente pela empresa. Isso deve fazer parte de um novo conceito ou estratégia de marketing que representa um distanciamento substancial dos métodos de marketing existentes na empresa. O novo método de marketing pode ser desenvolvido pela empresa inovadora ou adotado de outras empresas ou organizações. Novos métodos de marketing podem ser implementados para produtos novos ou já existentes. Inovações de marketing compreendem mudanças substanciais no design do produto, constituindo um novo conceito de marketing. Mudanças de design do produto referem-se aqui a mudanças na forma e na aparência do produto que não alteram as características funcionais ou de uso do produto. Elas também incluem mudanças na forma de embalar produtos como alimentos, bebidas e detergentes, em que a embalagem é o principal determinante da aparência do produto. Um exemplo de inovação de marketing em design de produto é a implementação de uma mudança significativa no estilo de uma linha de móveis para dar-lhe uma nova aparência e ampliar seu apelo. Inovações em design de produtos podem também incluir a introdução de mudanças significativas na forma, na aparência ou no sabor de alimentos ou bebidas, como a introdução de novos aromatizantes em produtos de alimentação com o objetivo de atingir um novo segmento de consumidores. Um exemplo de inovação de marketing em embalagens é o uso de um recipiente com um formato totalmente novo para uma loção para o corpo, com vistas a dar ao produto um visual novo e um apelo diferente para um novo segmento de mercado. Novos métodos de marketing em posicionamento de produtos envolvem primordialmente a introdução de novos canais de vendas. Os canais de vendas referem-se aqui aos métodos usados para vender bens e serviços para os consumidores, e não aos métodos de logística (transporte, armazenamento e manuseio de produtos) que lidam sobretudo com a eficiência. Exemplos de inovações de marketing em posicionamento de produtos são a introdução pela primeira vez de um sistema de franquias, de vendas diretas ou varejo exclusivo, e do licenciamento de produto. Inovações em posicionamento de produto podem também envolver o uso de novos conceitos para a apresentação de produtos. Um exemplo é a introdução de salas de exposição de móveis, redesenhadas de acordo com temas, o que permite aos consumidores visualizar os produtos em salas plenamente decoradas. Os novos métodos de marketing em promoção de produtos envolvem o uso de novos conceitos para promover produtos ou serviços de uma empresa. Por exemplo, o primeiro uso de um meio de comunicação ou de uma técnica substancialmente diferente – como o posicionamento de produtos em filmes ou programas de televisão, ou o uso de endossos de celebridades – é uma inovação de marketing. Outro exemplo refere-se ao estabelecimento da marca, como o desenvolvimento e a introdução de um símbolo fundamentalmente novo para uma marca (diferente de atualizações regulares na aparência da marca) que visa posicionar o produto de uma empresa em um novo mercado ou dar-lhe uma nova imagem. Pode também ser considerada uma inovação de marketing a introdução de um sistema de informação personalizado, obtido por exemplo com cartões de fidelidade, para adaptar a apresentação dos produtos às necessidades específicas dos consumidores individuais. As inovações em fixação de preços compreendem o uso de novas estratégias de fixação de preços para comercializar os bens ou serviços de uma empresa. São exemplos o primeiro uso de um novo método de variação de preços de um bem ou serviço conforme a demanda (por exemplo, quando a demanda está baixa, o preço é baixo) ou a introdução de um novo método que permite aos consumidores escolher as especificações desejadas de um produto no web site de uma empresa e então ver o preço para o produto especificado. Novos métodos de fixação de preços cujo propósito único é diferenciar preços em função dos segmentos de consumo não são considerados inovações. Mudanças sazonais, regulares ou rotineiras nos instrumentos de marketing geralmente não são inovações de marketing. Para que tais mudanças configurem inovações de marketing, elas devem envolver métodos de marketing não utilizados previamente pela empresa. Por exemplo, uma mudança significativa no *design* ou na embalagem de um produto que se baseie em um conceito de marketing já usado pela empresa para outros produtos não é uma inovação de marketing, tampouco é o uso de métodos de marketing existentes para atingir um novo mercado geográfico ou um novo segmento de mercado (por exemplo, um grupo de clientes sociodemográficos).

- f) inovação organizacional: É a implementação de um novo método organizacional nas práticas de negócios da empresa, na organização do seu local de trabalho ou em suas relações externas.³⁹

Do ponto de vista da lógica do campo jurídico, e a partir de uma perspectiva fenomenológica, temos que as significações jurídicas são definidas pelo próprio direito, cabendo ao esforço legislativo decifrar a essência da norma – ou seja, o seu ‘valor universal’

³⁹ Inovações organizacionais podem visar a melhoria do desempenho de uma empresa por meio da redução de custos administrativos ou de custos de transação, estimulando a satisfação no local de trabalho (e assim a produtividade do trabalho), ganhando acesso a ativos não transacionáveis (como o conhecimento externo não codificado) ou reduzindo os custos de suprimentos. Os aspectos distintivos da inovação organizacional, comparada com outras mudanças organizacionais em uma empresa, é a implementação de um método organizacional (em práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas) que não tenha sido usado anteriormente na empresa e que seja o resultado de decisões estratégicas tomadas pela gerência. As inovações organizacionais em práticas de negócios compreendem a implementação de novos métodos para a organização de rotinas e procedimentos para a condução do trabalho. Isso inclui, por exemplo, a implementação de novas práticas para melhorar o compartilhamento do aprendizado e do conhecimento no interior da empresa. Um exemplo é a primeira implementação de práticas para a codificação do conhecimento, por exemplo pelo estabelecimento de bancos de dados com as melhores práticas, lições e outros conhecimentos, de modo que se tornem mais acessíveis a outros. Outro exemplo é a primeira implementação de práticas para o desenvolvimento dos empregados e melhorias na permanência do trabalhador, como os sistemas de educação e de treinamento. Outros exemplos são a primeira introdução de sistemas de gerenciamento para a produção geral ou para as operações de abastecimento, tais como sistemas de gerenciamento da cadeia de fornecedores, reengenharia de negócios, produção enxuta e sistemas de gerenciamento da qualidade. As inovações na organização do local de trabalho envolvem a implementação de métodos para distribuir responsabilidades e poder de decisão entre os empregados na divisão de trabalho existente no interior das atividades da empresa (e unidades organizacionais) e entre essas atividades. Participam também novos conceitos para a estruturação de atividades, tais como a integração de diferentes atividades de negócio. Um exemplo de inovação no local de trabalho é a primeira implementação de um modelo organizacional que confere aos empregados de uma empresa maior autonomia na tomada de decisões e os encoraja a contribuir com suas ideias. Isso pode ser alcançado por meio da descentralização das atividades de grupo e do controle gerencial ou pelo estabelecimento de times de trabalho formais ou informais nos quais trabalhadores individuais têm responsabilidades de trabalho mais flexíveis. Entretanto, inovações organizacionais podem também envolver a centralização de atividades e maior responsabilidade final para a tomada de decisões. Um exemplo de inovação organizacional nas atividades de estruturação de negócios é a introdução de sistemas de produção *build-to-order* (vendas integradas à produção) ou a integração da engenharia e do desenvolvimento com a produção. Novos métodos organizacionais nas relações externas de uma empresa compreendem a implementação de novos meios para organizar as relações com outras firmas ou instituições públicas, tais como o estabelecimento de novos tipos de colaborações com organizações de pesquisa ou consumidores, novos métodos de integração com fornecedores e o uso de outsourcing ou a introdução da subcontratação das atividades de negócios na produção, no provisionamento, na distribuição, no recrutamento e em serviços auxiliares. Mudanças nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas baseadas em métodos organizacionais já em uso na empresa não são inovações organizacionais. Tampouco é considerada uma inovação a formulação de estratégias de gerenciamento em si. Todavia, mudanças organizacionais que são implementadas em resposta a uma nova estratégia gerencial são consideradas uma inovação se elas representarem a primeira implementação de um novo método organizacional em práticas de negócios, organização do local de trabalho ou relações externas. Por exemplo, a introdução de um documento escrito sobre uma estratégia para melhorar o uso eficiente de conhecimentos da firma não é, em si, uma inovação. A inovação ocorre quando a estratégia é implementada por meio do uso de novos softwares e práticas para documentar informações voltadas a encorajar o compartilhamento do conhecimento entre diferentes divisões. Fusões ou aquisições de outras firmas não são consideradas inovações organizacionais, mesmo se uma firma se unir a outras ou adquiri-las pela primeira vez. Fusões e aquisições podem envolver inovações organizacionais, porém, se a firma desenvolver ou adotar novos métodos organizacionais no curso da fusão ou da aquisição.

- a qual será posta pelo Estado como um vetor mínimo ou expectativa da conduta humana, a ser observado por todos, independentemente da plenitude de sua adequação com o campo da normatividade moral, que, em sua essência, perfaz seu objetivo.

No âmbito da inovação, tida como fenômeno inerente à evolução da sociedade humana, Balmes Vega Garcia induz à gênese da regulamentação estatal, correlacionando a inovação - sob o prisma econômico - e o direito, ao lecionar com brilhante objetividade e concisão que “cabe ao Direito positivo, numa sociedade capitalista, onde o mercado é hegemônico, garantir, ordenar, regular, organizar e reger esta relação, assegurando a irrigação da economia pela criatividade acadêmica, através de normas[...]”⁴⁰. E com a mesma maestria, aponta a influência capitalista no direito posto pelo Estado, na função de regular as relações entre as demandas empresarias de inovações tecnológicas e a economia: “Tecnologia e Direito são expressões humanas que trazem no seu bojo diferentes componentes, traduzindo dialeticamente a luta pelo poder no tempo e no espaço, e a busca da hegemonia de um grupo social sobre os restantes[...]”⁴¹.

Num determinado momento as empresas, atravessando o capitalismo comercial, alcançam o capitalismo industrial, desembocando no capitalismo de serviços, demandando mais e mais inovações traduzidas em novos produtos, componentes e dispositivos, verdadeiros símbolos de consumo, ícones mercadológicos, alguns incorporando inclusive novos serviços, não prescindindo da pesquisa, nomeadamente, sustentada com recursos orçamentários públicos diretos ou indiretos. Reitere-se que atualmente os mercados de consumo de massa globalizados estão a exigir das empresas não mais apenas produtos, mas símbolos sociais de toda ordem.

Assim, o agente dominante, impondo a tecnologia de seu interesse, necessita de um escudo, uma blindagem, o Estado, que será por ela controlado e dominado, como são os meios de produção hegemônicos, legitimando seus atos, assegurando que o direito posto por meio dele regule as relações econômicas de acordo com seus interesses.⁴² No plano normativo jurídico internacional, o denominado Acordo TRIPs⁴³ dispõe que a promoção da

40 GARCIA, Balmes Vega. DIREITO E TECNOLOGIA. Regime Jurídico da Ciência, Tecnologia e Inovação, p. 73.

41 *Ibid.* p. 73.

42 Op. Cit, p. 12.

43 *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio): aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994 e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

inovação tecnológica, insere-se nos objetivos da proteção dos direitos de propriedade intelectual, consoante se infere do teor do seu Artigo 7⁴⁴.

Registre-se que o Acordo TRIPs reforça em si a perspectiva neoclássica da inovação em termos de criação de ativos e a apropriação destes, como um importante fator de estímulo à inovação, razão pela qual exsurge a necessidade da proteção da propriedade intelectual, justamente para fomentar a atividade empreendedora mediante a exploração da alta tecnologia.

O Professor Denis Barbosa enfatizava que, no âmbito nacional, a Lei de Inovação⁴⁵ define um regime jurídico próprio para a atividade inovativa, matizado nos artigos 218 e 219 da CF/88, que tem como característica fundamental a apropriação da tecnologia. E essa apropriação tecnológica, tida como princípio jurídico, deve ser vista em benefício do sistema produtivo nacional.⁴⁶

Aqui, vislumbra-se com clareza excessiva que o saudoso autor não limitava a significação normativa do termo inovação exclusivamente para predicar uma renovação decorrente da alta tecnologia. A premissa que se pretende firmar com essa observação, é que a regulação jurídica daquilo que se denomina *inovação*, vai além do seu viés tecnológico, ou melhor dizendo, o Direito considera que pode haver inovação sem qualquer relação com alguma invenção técnica ou estética, e de outro lado, uma inovação tecnológica não necessariamente pode ser considerada uma inovação no sentido normativo, em que pese seu incontestável potencial inovador, que perfaz característica inata de toda prática científica e tecnológica.

Nesse horizonte da inovação, considerada além do seu enfoque exclusivamente na técnica e na estética, é o que prescreve a norma do inciso IV do art. 2º da Lei nº 10.973/04, que na mesma linha do Manual de Oslo, informa uma vinculação do seu significado com o ato de renovar/transformar no ambiente produtivo, ou seja, aponta para o escopo econômico

44 Cf. o teor do referido artigo do TRIPs: “Artigo 7: A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

45 Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm> Acesso em 20set2014

46 BARBOSA, Denis Borges. DIREITO DA INOVAÇÃO. 2ª Edição. Revista e Aumentada. Editora Lumen Juris, 2011, p. 27-28.

da inovação. Todavia, incluiu também o escopo *social* ao se expressar que a introdução da novidade ou aperfeiçoamento deve ocorrer no ambiente produtivo e social.⁴⁷

Não obstante a observação retro quanto ao alcance normativo em nosso ordenamento jurídico do termo *inovação*, é inconteste que, para fins específicos daquela lei⁴⁸, há uma limitação finalística preponderantemente em seu escopo econômico, segundo a norma do seu art. 1º.⁴⁹ A finalidade normativa da *inovação* está voltada para a autonomia tecnológica e o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do país, ante o que, há de se concluir a acepção do termo *inovação*, conferida pela Lei nº 10.973/04, se alinha com o horizonte econômico ou de empreendedorismo na visão de Drucker, notadamente daquelas situações que decorrem de novos conhecimentos⁵⁰.

Noutro giro, observa-se que a norma em comento também se alinha com o escopo do Manual de Oslo, cujas diretrizes são essencialmente voltadas para as inovações de empresas comerciais - o que abarca a indústria de transformação, indústrias primárias e o setor de serviços. E esse alcance econômico do termo *inovação* também é encontrado na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, consoante se infere da norma do seu art. 64⁵¹.

No contexto apresentado, chegamos à conclusão que, embora o direito positivo legislado tenha focado a sistemática da Lei de Inovação primordialmente no ambiente produtivo e social, inexistente qualquer limitação do alcance jurídico do termo *inovação* nesse sentido, porquanto a CF/88 inseriu a normatização de CT&I no seu Título VII, que cuida “Da Ordem Social”, que se funda no trabalho, objetivando o bem-estar e a justiça sociais.

47 Lei nº 10973/04: Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho;(destacamos)

48 A CF/88 não faz nenhuma limitação do termo inovação, no capítulo reservado para CT&I. Ao contrário, informa normas-princípios que direcionam a atuação estatal no sentido de dar tratamento prioritário em vista do bem público e do progresso da ciência, tecnologia e inovação, com foco no incentivo do mercado interno afetado ao desenvolvimento cultural e socioeconômico .

49 Lei nº 10.973/04: Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal. (destacamos)

50 Cf. Harvard Business Review, August, 2002 – R0208F, p. 7 Disponível em: <http://ogsp.typepad.com/focus_or_die_ogsp/files/drucker_1985_the_discipline_of_innovation.pdf> Acesso em 16 set. 2014

51 Cf. o conceito legal de inovação segundo a LC n 123/2006: “Art. 64. Para os efeitos desta Lei Complementar considera-se: I - inovação: a concepção de um novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando em maior competitividade no mercado;

Por conseguinte, a regulação jurídica constitucional refere-se à *inovação* em seu sentido mais amplo, com a pretensão de guiar as expectativas normativas no tempo, as quais tenham a finalidade de renovar o ambiente econômico e social. Essa assertiva vai ao encontro das legislações estaduais e municipais brasileiras que tratam da inovação.

Nesse sentido, a Lei Complementar paulista (LC nº 1.049, de 19 de junho de 2008) – a exemplo da legislação correlata⁵² de outros Estados-membros -, prevê expressamente, e em mais de uma passagem, a afetação no ambiente produtivo e social como o objetivo da inovação. Anote-se, porém, que a legislação paulista que estabelece medidas de incentivo à CT&I está centrada na espécie inovação tecnológica (oriunda da alta tecnologia).⁵³ A Lei nº 17.314, de 24 de setembro de 2012 (Lei Estadual de Inovação paranaense), reproduz quase que integralmente o conceito de inovação contido no Manual de Oslo. Apenas acrescenta a determinação para que a implementação deva ocorrer “*com sucesso*” para ser considerada uma *inovação* na acepção da lei.⁵⁴ Outros Estados-membros, porém, decidiram produzir normas de inovação estritamente em sua vertente econômica, voltadas ao

⁵² Vide a legislação estadual de inovação ora em destaque: LEI Nº 5361, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2008. (RJ); LEI Nº 13.196, DE 13 DE JULHO DE 2009. (RS), LEI Nº 14.328, de 15 de janeiro de 2008 (SC); Lei 17314 - 24 de Setembro de 2012 (PR); LEI COMPLEMENTAR Nº 297, DE 07 DE JANEIRO DE 2008. (MT); LEI COMPLEMENTAR Nº 642 DE 15 DE OUTUBRO DE 2012. (ES); LEI Nº 11.174 DE 09 DE DEZEMBRO DE 2008 (BA); LEI Nº14.220, de 16 de outubro de 2008. (CE); LEI Nº 13.690, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2008 (PE); LEI Nº 6.794, DE 02 DE DEZEMBRO DE 2009 (SE); LEI COMPLEMENTAR Nº 478, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012. (RN); LEI Nº 2.458, DE 5 DE JULHO DE 2011. (TO); LEI Nº 7.117, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2009. (AL).

⁵³ Lei Complementar 1.049/08, do Estado de São Paulo: Artigo 1º - Esta lei complementar estabelece medidas de **incentivo à inovação tecnológica, à pesquisa científica e tecnológica**, ao desenvolvimento tecnológico, à engenharia não-rotineira, à informação tecnológica e à extensão tecnológica em ambiente produtivo ou social, visando alcançar a capacitação e o desenvolvimento industrial e tecnológico internacionalmente competitivo do Estado de São Paulo, nos termos dos artigos 268 a 272 da Constituição do Estado, dos artigos 218 e 219 da Constituição da República, e das disposições da Lei Federal n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

Artigo 2º - Para os efeitos desta lei complementar, considera-se: I - inovação tecnológica: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e/ou social que resulte em novos processos, produtos ou serviços, bem como em ganho de qualidade ou produtividade em processos, produtos ou serviços já existentes, visando ampliar a competitividade no mercado, bem como **a melhoria das condições de vida da maioria da população, e a sustentabilidade socioambiental;**”(destacamos)

⁵⁴ Cf. as disposições da Lei de Inovação paranaense: Art. 1º Esta Lei, doravante denominada Lei Estadual de Inovação, [...] no ambiente econômico e social em geral, e no ambiente produtivo em particular, do Estado do Paraná [...]Art. 2º Para os efeitos desta Lei considera-se: I - **Inovação**: é a **implementação, com sucesso**, de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um novo processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas;[...] (destacamos)

empreendedorismo⁵⁵, conforme foi o caso do Estado do Mato Grosso do Sul⁵⁶. Alguns municípios também elaboraram legislação específica para tratar da inovação, ora limitando a acepção do termo ao empreendedorismo, ora ampliando-o para abarcar o campo social⁵⁷. Nesse sentido, seguem alguns exemplos de Lei Municipais sobre inovação que destacam o escopo primordial do empreendedorismo (Lei Municipal de Itajubá/MG⁵⁸), ou abarcando, também, a função social (Lei Municipal de Florianópolis/SC⁵⁹).

⁵⁵ Cf. o art. 1º do DECRETO LEGISLATIVO Nº 489 DE 16 DE NOVEMBRO DE 2010, do Estado do Mato Grosso do Sul: Art. 1º O Estado de Mato Grosso do Sul fica autorizado a adotar medidas de incentivo à pesquisa científica e tecnológica nas atividades produtivas, com vistas à obtenção de autonomia tecnológica, capacitação e competitividade no processo de desenvolvimento industrial do Estado, nos termos deste Decreto Legislativo e em conformidade com o disposto nos arts. 211 e 212 da Constituição do Estado. Art. 2º Para os fins deste Decreto Legislativo, considera-se: I - inovação tecnológica a concepção de novo produto ou processo de fabricação e a agregação de utilidades ou características a bem ou processo tecnológico existente, que resultem em melhoria de qualidade, maior competitividade no mercado e maior produtividade [...]

⁵⁶ Vide também: (i) LEI Nº 17.348, DE 17 DE JANEIRO DE 2008, do Estado de Minas Gerais: “Art. 1º O Estado adotará medidas de incentivo à pesquisa científica e tecnológica nas atividades produtivas, com vistas à obtenção de autonomia tecnológica, capacitação e competitividade no processo de desenvolvimento industrial do Estado, nos termos desta Lei e em conformidade com o disposto nos arts. 211 a 213 da Constituição do Estado. Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I - inovação tecnológica a concepção de novo produto ou processo de fabricação e a agregação de utilidades ou características a bem ou processo tecnológico existente, que resultem em melhoria de qualidade, maior competitividade no mercado e maior produtividade;”; (ii) LEI Nº 16.922, DE 08 DE FEVEREIRO DE 2010, do Estado de Goiás: “Art. 1º O Poder Executivo adotará medidas de incentivo à pesquisa científica e tecnológica nas atividades produtivas, com vistas à obtenção de autonomia tecnológica, capacitação e competitividade no processo de desenvolvimento industrial do Estado de Goiás, nos termos desta Lei e em conformidade com o disposto no art. 158 da Constituição do Estado. Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I – inovação tecnológica: a concepção de novo produto ou processo de fabricação e a agregação de utilidades ou características a bem ou processo tecnológico existente, que resultem em melhoria de qualidade, maior competitividade no mercado e maior produtividade.”; (iii) LEI Nº 3.095, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2006, do Estado de Amazonas: “Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, visando o alcance da autonomia tecnológica, da capacitação, da competitividade e do desenvolvimento industrial do Estado do Amazonas, em conformidade com o artigo 216 da Constituição Estadual e a Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004.”

⁵⁷ No Município de São Paulo, foi promulgada a LEI Nº 15.247, DE 26 DE JULHO DE 2010, que instituiu o Conselho Municipal de Desenvolvimento Econômico, órgão consultivo, designado para tratar dos assuntos municipais concernentes à C, T e Inovação, com vistas ao desenvolvimento sustentável da cidade, consoante expressamente previsto no seu art. 1º: “Art. 1º Fica instituído o Conselho Municipal de Ciência, Tecnologia e Inovação – CMCT&I, vinculado à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho – SEMDET. Parágrafo único. O Conselho ora criado terá caráter consultivo, tendo por finalidade o incentivo ao desenvolvimento científico, tecnológico e à inovação, com vistas ao desenvolvimento sustentável da cidade, em apoio ao planejamento e à gestão da Administração Pública Municipal.

⁵⁸ Cf. o trecho da LEI MUNICIPAL Nº 2.677, DE 11 DE JUNHO DE 2.008 - Itajubá-MG: Art. 1º Fica criado o Sistema Municipal de Ciência, Tecnologia, Inovação e Empreendedorismo de Itajubá, doravante designado pela sigla SMCTIE, que será constituído: a) pelo Conselho Municipal de Ciência, Tecnologia, Inovação e Empreendedorismo de Itajubá – COMCITIE; b) pelo Fundo Municipal de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico, à Inovação e ao Empreendedorismo - FUMCITIE; c) pelo Ambiente de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico, à Inovação e ao Empreendedorismo.[...]Art. 2º O Município de Itajubá promoverá o desenvolvimento científico, tecnológico, da inovação e do empreendedorismo, [...].

⁵⁹ LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 432, DE 07 DE MAIO DE 2012 – Florianópolis: Art. 1º Para efeito desta Lei Complementar, ter-se-á o entendimento dos seguintes termos: I - inovação: é o resultado da introdução de novidades ou aperfeiçoamentos no ambiente produtivo ou social, na forma de novos processos, bens e serviços; II - tecnologia: é o conjunto ordenado de conhecimentos empregados na produção e comercialização de bens e serviços e integra não só os conhecimentos científicos - provenientes das ciências naturais, sociais e humanas - mas igualmente os conhecimentos empíricos que resultam de observações, experiência, atitudes específicas e tradição (oral ou escrita); III - Ciência: é o conjunto organizado dos

Até aqui, portanto, se buscou compreender o termo *inovação* como sinônimo de renovação, pressupondo-se a existência de uma condição de fato a qual será transformada (inovada) pela atuação humana. Em suma, do ponto de vista econômico, a inovação assume relevante importância a partir do pensamento de Schumpeter que considerou a ação de empreendedorismo como a fonte de estímulo da inovação, que operava como alavanca dos ciclos econômicos, por produzir mudanças radicais na economia.

Décadas mais tarde, Drucker definiu a inovação como o instrumento específico dos empreendedores, o processo pelo qual eles exploram a mudança como uma oportunidade para um negócio diferente ou um serviço diferente, como esquete na indústria, e defendeu que a maioria das inovações resulta de uma busca consciente, pelos empreendedores, daquilo que denominou oportunidades de inovação. Das sete oportunidades, Drucker considerava que a inovação baseada no conhecimento – *novos conhecimentos* - seria a *superestrela* do espírito empreendedorismo, mormente porque resultam em publicidade e dinheiro, todavia, asseverou a importância de distinção entre *tecnologia da inovação* (o próprio empreendedorismo) e a *alta tecnologia*, aduzindo que esta última vista isoladamente era responsável apenas por pequena parcela dos empregos gerados na economia.

E com raízes nas vertentes do pensamento econômico neoclássico, surgiu a organização internacional intergovernamental OCDE, com o objetivo de maximização do crescimento econômico e do desenvolvimento dos países membros. Para atingir tal objetivo, a OCDE elaborou o Manual de Oslo, para oferecer diretrizes sobre a inovação nas empresas comerciais, e a vinculação com o crescimento econômico. Dada a importância do Manual de Oslo, algumas denominações foram transcritas neste tópico do trabalho, entre as quais, as de *inovação*, *atividade de inovação*, etc.

À luz do direito posto pelo Estado, seguiu-se uma breve abordagem do fenômeno jurídico relacionado com a inovação, valendo-se do magistério de Balmes Vega Garcia, na correlação entre a tecnologia e o direito a partir da evolução capitalista, eclodindo numa regulamentação dos interesses econômicos da *classe dominante*.

Detectou-se a tendência de regulamentação estatal da inovação com fundamento na criação de ativos e de apropriação, consoante a exegese do *Artigo 7 do TRIPs*, o que, segundo o magistério de Denis B. Barbosa, fora mantido no âmbito da legislação nacional. Da análise

conhecimentos relativos ao universo, envolvendo seus fenômenos naturais, ambientais e comportamentais; IV - processo de inovação tecnológica: é o conjunto de atividades práticas para transformar uma ideia, invenção ou oportunidade em uma solução inovadora na forma de um processo, produto, serviço ou sistema com características diferenciadas.

perfunctória do sistema jurídico brasileiro, a Lei de Inovação (Lei nº 10.973/04) induz, num primeiro momento, a um objetivo alinhado com o Manual de Oslo, porquanto o seu art. 1º expressa que a regulamentação da inovação visa, à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País; num segundo momento, porém, destaca-se que, na letra da lei, o termo inovação deve ser interpretado com espeque no ambiente produtivo ou social, alternativa esta que traduz o viés desvinculado do empreendedorismo.

Finalizando este capítulo, agora sob o prisma do sistema jurídico nacional da inovação, buscou-se trazer à baila outros dispositivos normativos específicos, trazendo a título de exemplo a definição de inovação dada pela Lei Complementar nº 123/06, que foca o termo numa base exclusivamente do empreendedorismo. Outrossim, buscou-se cotejar as legislações dos Estados-membros para destacar a tendência de cada uma, em relação à preponderância finalística de cada uma sob os aspectos econômico e social.

E para concluir esta parte do primeiro capítulo, destaca-se a importância da compreensão do termo *inovação* em seu sentido amplo, a fim de propiciar ao intérprete do direito os subsídios necessários para a tarefa de extrair o valor universal que sustenta a norma dentro do regime jurídico ao qual se refere, no caso, a inovação no regime jurídico especial de ciência, tecnologia e inovação. Na sequência, será abordado o segundo termo *invenção*.

1.2. Da Invenção

Quanto à conceituação do segundo termo deste trabalho – *invenção* -, na mesma linha anterior, podemos dizer que há um sentido amplo de significação da palavra, que em sua forma mais costumeira e ampla, senão óbvia, informa um ato de criar algo novo. De plano é possível fixar um primeiro elemento distintivo entre a *inovação* e a *invenção*: Enquanto na *inovação* a ação humana atua numa renovação ou mudança de algo existente (*innovare*), na *invenção*⁶⁰ a ação humana é dirigida para a criação de algo novo no plano da técnica ou da estética, seja uma técnica, um processo ou um objeto.

Pois bem, segundo o magistério de Newton Silveira, a criatividade do homem se materializa por atos praticados no campo da técnica ou no campo da estética, razão pela qual

⁶⁰ Do latim *INVENTIO*, “achado, descoberta”, de *INVENIRE*, *descobrir, achar*, formado por *IN*, *em*, mais *VENIRE*, *vir*. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/invencao/>> Acesso em 15 out. 2014.

a tutela jurídica do fruto dessa atividade assim também é dividida: (1º) o direito do autor, que tem por objeto a criação estética, e (2º) o direito de propriedade industrial, que tem por objeto a criação técnica⁶¹.

Prossegue o renomado autor, explicando que das criações humanas no campo da técnica ou da estética surgem direitos sobre bens incorpóreos ou imateriais, que assumem a forma de direitos reais e são objeto do ramo do direito conhecido por propriedade intelectual, alocados em duas categorias distintas: as criações intelectuais, pertencentes originariamente aos seus criadores e os sinais distintivos, pertencentes às empresas. Assim, as criações intelectuais protegidas pelo direito brasileiro são objeto de quatro leis distintas: a Lei de Direitos Autorais, a Lei do Software, a Lei de Cultivares e a Lei de Propriedade Industrial⁶². Destarte, a invenção – tomada na acepção que interessa para este trabalho -, pertence à categoria das criações intelectuais.

Na doutrina de Denis Barbosa, há a distinção entre invento e invenção. Para este autor, a invenção é um termo específico que se refere à criação industrial objeto de patente de invenção, enquanto o invento não tem proteção mediante patente⁶³. Assim, tanto a invenção como o invento decorrem a atividade intelectual do ser humano, e perfazem uma solução para um problema técnico.

Gama Cerqueira define invenção como uma criação de ordem técnica voltada à satisfação de necessidades práticas do homem, e faz a distinção desta com a descoberta. Para este autor, a descoberta não visa fins práticos preestabelecidos, mas apenas aumenta o conhecimento do homem. Nota-se, portanto, que a descoberta estaria mais ligada à pesquisa básica, enquanto a invenção teria relação direta com a pesquisa aplicada. Segue o trecho da obra de Gama Cerqueira:

A invenção, pela sua origem, caracteriza-se como uma criação intelectual, como o resultado da atividade inventiva do espírito humano; pelo modo de sua realização, classifica-se como uma criação de ordem técnica; e, pelos seus fins, constitui um meio de satisfazer às exigências e necessidades práticas do homem [...]

A invenção, como dissemos, apresenta-se como a solução de um problema técnico, que visa à satisfação de fins determinados, de necessidades de ordem prática; a descoberta, ao contrário, não visa fins práticos preestabelecidos e apenas aumenta a soma dos conhecimentos do homem sobre o mundo físico.⁶⁴

⁶¹ SILVEIRA, Newton. PROPRIEDADE INTELECTUAL. 5ª Edição revisada e ampliada. São Paulo: Editore Manole, 2014, p. 5.

⁶² Op. Cit, p. 77.

⁶³ BARBOSA, Denis Borges. Tratado de Propriedade Intelectual. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 1106

⁶⁴ CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial, Vol. I, 2ª Edição, São Paulo: Editora RT, 1982, p.222.

Na legislação brasileira não encontramos positivada definição objetiva para o termo *invenção*, mas segundo o INPI⁶⁵, a *invenção* é definida como a criação de algo até então inexistente, que resulta da capacidade intelectual do seu autor e que representa uma solução nova para um problema existente, visando um efeito técnico em uma determinada área tecnológica”⁶⁶. Não obstante assertiva anterior, o art. 8º da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 define quais os requisitos que a invenção deve possuir para ser patenteável.⁶⁷

Na doutrina de Denis B. Barbosa, os requisitos para conceder e assegurar o direito de exclusividade relativo à patente tradicional de invenção, as leis nacionais exigem, sob várias formulações redacionais, os seguintes pressupostos técnicos:

- Novidade - que a tecnologia ainda não tenha sido tornada acessível ao público, de forma a que o técnico, dela tendo conhecimento, pudesse reproduzi-la;
- Atividade Inventiva - que a inovação não decorra obviamente do estado da arte, ou seja, que o técnico não pudesse produzi-la simplesmente com o uso dos conhecimentos já acessíveis;
- Utilidade Industrial - que a tecnologia seja capaz de emprego, modificando diretamente a natureza, numa atividade econômica qualquer.⁶⁸

Portanto, três são os pressupostos para a proteger a invenção pela via da patente. Destaque-se que em relação ao terceiro requisito apontado por Denis B. Barbosa, o art. 8º da LPI expressa o termo “aplicação industrial” e não “utilidade industrial”. Mas o renomado autor ressalva que se valeu da palavra “utilização” como um sinônimo de “aplicação”, senão vejamos o trecho abaixo reproduzido, com ênfase para a nota de rodapé nº 110:

A outra exigência de tecnicidade se configura no requisito da utilidade industrial – aplicabilidade industrial¹¹⁰ [...]”

¹¹⁰ Autores há que distinguem “utilidade industrial” e “aplicabilidade industrial”, não obstante a unicidade da noção em TRIPs. Vide especialmente o excelente estudo de R. Srinivas em Carlos Correa, org., A Guide To Pharmaceutical Patentes, Vol. South Center Julho de 2008, encontrado em

⁶⁵ Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), criado na forma de autarquia federal nos termos da lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970.

⁶⁶ In GUIA DE DEPÓSITOS DE PATENTES – INPI, 2008, p.8. Disponível em <http://www.inpi.gov.br/images/stories/downloads/patentes/pdf/Guia_de_Deposito_de_Patentes.pdf> Acesso em 15 set. 2014

⁶⁷ Cf o referido art. da Lei nº 9279/96: Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

⁶⁸ Op. Cit. , p.1152.

http://www.southcenter.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=931&Itemid=68, visitado em 4/2/2009.

A atividade inventiva, segundo Denis B. Barbosa, trata-se de elemento crucial a ser considerado do sistema legal das patentes, de tamanha importância que alguns indicam que tal requisito constrói o núcleo da constitucionalidade do sistema⁶⁹. Aduz o autor que a proteção jurídica das invenções se trata de medida imprescindível para a promoção da inovação – em sua acepção de desenvolvimento tecnológico, como ferramenta do empreendedorismo -, e que se justifica a outorga do direito temporário ao inventor, em razão do contributo efetivo que a sua atividade inventiva proporcionou à inovação:

Atividade inventiva como requisito constitucional.

A escolha de um sistema de direitos exclusivos como um dos meios possíveis para promover a inovação⁴ traz, necessariamente, a necessidade de construir um mecanismo legal equilibrado e eficiente⁵.

A opção, no caso, é de um instrumento de poder sobre o mercado, parte da liberdade geral de atuação econômica, que é apropriada e delegada pelo Estado, que o entrega à gestão privada, para se atingir fins públicos (a inovação) mediante incentivos privados (a apropriação dos respectivos resultados).

A novidade – o elemento contributivo da inovação - torna-se assim uma figura crucial para justificar constitucionalmente todos os sistemas de propriedade intelectual. Como tantas vezes se repetiu, a concessão de direitos exclusivos como mecanismo de incentivo econômico de mercado presume uma criação tecnológica ou expressiva que contribua para o acervo disponível – algo novo.

Surge, imediatamente, porém, um problema de razoabilidade. As leis de patentes preveem, até hoje, modelos fixos de proteção – em que o tempo, o alcance da exclusividade e os meios de implementação dos direitos são essencialmente padronizados em escala internacional, e de direito estrito, nos sistemas nacionais.

Para que se justificasse esse aparato de proteção, pareceu logo aos aplicadores das leis que um mínimo de densidade do novo – um mínimo de contribuição ao conhecimento comum - seria necessário. É o que se denominaria o contributo mínimo.

Assim definimos tal requisito:

O segundo critério é o da atividade inventiva. Este vai ainda mais fundo na questão do equilíbrio de interesses para que seja concedida uma patente. É preciso que não só haja novidade, mas também que a eficácia e a importância econômica dessa nova técnica seja discernível, de forma que se promova não apenas mínimos aumentos incrementais da tecnologia, e sim algo que seja tão grandioso que justifique a criação de um monopólio instrumental (...)

Para justificar esse monopólio instrumental é preciso que haja um salto inventivo que, como nota em particular a jurisprudência da Suprema Corte

⁶⁹ BARBOSA, Denis Borges. In “Atividade inventiva: objetividade do exame”, p. 3. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf>> Acesso em 1 nov. 2014.

dos Estados Unidos, é também um requisito constitucional, não só uma questão técnica.⁹”

⁴ A análise jurídica do feixe de interesses envolvidos nesta construção já foi extensamente feita. Por exemplo, no capítulo sobre o problema constitucional do nosso Uma Introdução à Propriedade Intelectual, 2ª. Edição, Lumen Juris, 2003, [...]

⁵ Numa metáfora extraída do direito privado, mas que reflete a questão básica do equilíbrio público-privado dos interesses envolvidos nesta modalidade de incentivo à inovação, [...]

⁶ Tomando-se aqui a expressão como compreendendo apenas os direitos de exclusiva destinados a promover a inovação tecnológica e expressiva, muito embora, à luz da CUP estejam compreendidos direitos puramente concorrenciais (art. 10bis) ou não exclusivos (como os certificados de autor).

⁷ Outra solução seria adequar a proteção à contribuição, graduando o tempo e o alcance da proteção: uma inovação menor [...]

⁸ Até agora, temos postulado que tal atributo seja característico do sistema de patentes. Mas os requisitos de distinguibilidade dos cultivares e de originalidade autoral (num sentido objetivo) parecem compreender-se no mesmo plano: o de uma margem mínima de contribuição social além do simples investimento, dificuldade ou esforço. [...]

⁹ BARBOSA, Denis Borges, O comércio internacional, o desenvolvimento econômico e social e seus reflexos na ordem internacional da propriedade intelectual. In: Patricia Luciane de Carvalho. (Org.). Propriedade Intelectual: estudos em honra à professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005, [...] ⁷⁰

Sobre a justificativa da apropriação da invenção, exemplificativamente, o autor expõe que a Constituição Americana estabelece uma cláusula finalística que vincula a proteção jurídica das invenções pelo Estado aos fins de promoção do progresso da ciência e da tecnologia, compromisso este que inclui, entre outros, o aumento do nível de emprego e melhores condições de vida. Aduz, outrossim, que no âmbito internacional essa ideia foi positivada nos Artigos 7 e 8 do TRIPs. E no plano nacional, o inciso XXIX do art. 5º da CF/88 erigiu a cláusula finalística, a fim de justificar o direito fundamental individual consignado no referido dispositivo constitucional⁷¹.

Portanto, neste segundo momento deste capítulo, se buscou trazer à baila alguns elementos para permitir a compreensão do termo *invenção* em seu sentido amplo (criação intelectual, técnica ou estética) e, outrossim, para delimitá-lo com escopo de cotejo junto ao termo *inovação*. Destarte, em que pese a inexistência de uma definição legal objetiva do termo *invenção* – o que não ocorre com a *inovação*, como já visto -, a doutrina traz subsídios aptos para clareá-la, a partir de um processo dedutivo, com espeque em seus requisitos legais, a exemplo da norma do art. 8º da LPI, que trata das invenções patenteáveis.

⁷⁰ BARBOSA, Denis Borges. In “Atividade inventiva: objetividade do exame”, p. 5-7. Disponível em: < <http://www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf>> Acesso em 10 nov. 2014.

⁷¹ BARBOSA, Denis Borges. In “Atividade inventiva: objetividade do exame”, p. 11-18. Disponível em: < <http://www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf>> Acesso em 10 nov. 2014.

A proteção estatal do direito do inventor justifica-se pela promoção da ciência e da tecnologia, ante o contributo que a atividade inventiva proporciona à inovação. Este, possivelmente é o elo que une definitivamente a invenção à inovação.

O estreito laço entre a *invenção* e a *inovação*, além da existência de normas jurídicas específicas para os dois institutos, informa um regime jurídico especial, cujo fundamento constitucional está nos artigos 218 e 219-B da CF/88, c.c. art. 5º, inc. XXIX também a CF/88, que justifica a apropriação da tecnologia, em favor do desenvolvimento do setor produtivo e social do Brasil.

1.3. Conclusão do Capítulo

Como visto nos tópicos deste capítulo, a palavra inovação significa renovação/modificação, enquanto invenção significa a criação de algo novo, fruto da atividade inventiva do ser humano. Na acepção jurídica um pouco mais restrita, e nos termos da Lei de Inovação, a inovação é tida como a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho.

Essa acepção legal identifica o caráter econômico e social da inovação, em que pese o artigo 1º da referida lei referir-se ao incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal. É importante ter em mente que o a inovação por si só é uma nova tecnologia (tecnologia empreendedora com escopo de criação de ativos e apropriação destes, quando considerada em relação à atividade econômica), que não se confunde com a tecnologia decorrente das invenções, a alta tecnologia.

A invenção, como visto, perfaz uma das oportunidades de inovação referidas por Drucker, sendo baseada no conhecimento - novos conhecimentos-. A proteção estatal do direito do inventor (direito da propriedade intelectual), trata-se de medida necessária para estimular a inovação em sua vertente econômica (empreendedorismo), o que explica a

previsão da normatização no âmbito internacional, sobretudo, a teor do Artigo 7 do Acordo TRIPs.

Tanto a inovação como a invenção trazem a ideia de novidade. Segundo Denis B. Barbosa, a novidade para o agente econômico (novo subjetivo), é a inovação, enquanto a novidade para o mundo (novidade absoluta ou novo objetivo), é a invenção. Expõe o autor que o escopo da Lei de Inovação é introduzir a novidade para o mundo (pela promoção da invenção) e também para o agente econômico (como produção de ativos e sua apropriação)⁷², acenando, sem dúvida, para a estruturação de um regime jurídico especial voltado à ciência, tecnologia e inovação, dotado de uma lógica própria.

Neste ponto, podemos concluir que toda e qualquer invenção (criação humana decorrente do conhecimento) pode ser considerada uma inovação científica/tecnológica (renova o mundo científico/tecnológico, cria um novo paradigma), mas só será considerada uma inovação empreendedora se for implementada na cadeia produtiva. O nosso ordenamento constitucional prevê que a ciência e a tecnologia são os caminhos que terão tratamento estatal prioritário para gerar inovação, aqui entendida em um sentido mais amplo, como instrumento de acréscimo do bem-estar e da justiça sociais.

Noutro giro, ainda que a invenção não preencha os requisitos necessários para obter a proteção estatal, poderá ser considerada uma ferramenta da inovação, perfazendo um ativo apropriável no caso da inovação empreendedora. Ao contrário, uma invenção mesmo que patenteada (inovação científica/tecnológica), não caracterizará a inovação no sentido dos artigos 218 ao 219-B da CF/88, enquanto não for manuseada na cadeia produtiva/social.

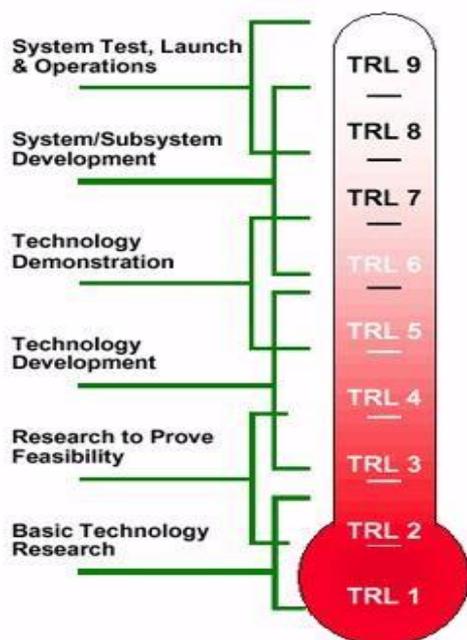
Nessa pesquisa, a questão abordada neste capítulo pode caracterizar um determinado habitus do campo econômico, compartilhado em parte pelo com o campo científico, que reverbera perante os agentes sociais, para que a ideia de inovação sempre esteja associada à invenção. Isso resulta num entendimento prático espontâneo – mas equivocado – no sentido que a inovação só ocorreria pela ação da alta tecnologia científica, associada à ideia necessária de invenção e de apropriação da propriedade intelectual. Nesse horizonte onde se compartilha um erro de paradigma, é possível identificar a ação do habitus, cuja consequência é afastar a ideia de concretude da inovação do plano da pesquisa básica.

Para finalizar ilustrativamente este trabalho, segue abaixo um exemplo esquemático do ciclo do desenvolvimento tecnológico - da pesquisa científica, passando pelo

⁷² BARBOSA, Denis Borges. DIREITO DA INOVAÇÃO. 2ª Edição. Revista e Aumentada. Editora Lumen Juris, 2011, p. 44 e ss.

desenvolvimento tecnológico, até surgir a invenção (novo objetivo), que cria uma expectativa de inovação (novo subjetivo) - , com referência na escala TRL - Technology Readiness Level, utilizada pela NASA, pelo Departamento de Defesa dos EUA e pela Agência Espacial Europeia⁷³.

Figura 1 – Representação da escala TRL



Fonte: https://www.nasa.gov/directorates/heo/scan/engineering/technology/txt_accordion1.html

Segundo a escala, cada nível representa um estágio do desenvolvimento científico-tecnológico:

- a) Nível TRL 1 - Os princípios básicos de tecnologia são observados e relatados: É a fase investigativa, sem aplicações e nem desenvolvimento;

⁷³ Níveis de Prontidão Tecnológica (TRLs) são medidas utilizadas para avaliar a maturidade da evolução das tecnologias (dispositivos, materiais, componentes, processos de software, trabalho, etc.) durante o seu desenvolvimento e, em alguns casos durante as operações iniciais. De um modo geral, quando uma nova tecnologia é inventada ou conceituada, não é adequada para aplicação imediata. Em vez disso, as novas tecnologias são normalmente submetidas à experimentação, refinamento e testes cada vez mais realista. Uma vez que a tecnologia é suficientemente comprovada, ele pode ser incorporado num sistema / subsistema. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Technology_readiness_level> e <https://www.nasa.gov/directorates/heo/scan/engineering/technology/txt_accordion1.html> Acesso em 2 jan. 2020.

- b) Nível TRL 2 - Conceito e/ou aplicação de tecnologia formulada: Nesta fase, a ciência ou tecnologia já possui algum grau de sustentação: foram observados alguns princípios básicos e iniciou-se a investigação e o desenvolvimento, mas as aplicações ainda são especulativas;
- c) Nível TRL 3 - Função crítica analítica e experimental e/ou prova de conceito característico: Os resultados dos testes laboratoriais realizados para medir parâmetros de interesse e comparação com as previsões analíticas para subsistemas críticos. Referências a quem, onde e quando estes testes e comparações foram realizadas. Esses estudos constituem uma prova de conceito preliminar da tecnologia, realizada em ambiente laboratorial. Em tecnologias biomédicas, realizam-se nesta fase os testes ‘in vitro’;
- d) Nível TRL 4 - Componente e/ou placa de ensaio de validação em ambiente de laboratório: Nesta fase, os componentes tecnológicos básicos são desenhados, desenvolvidos e integrados para verificar se trabalham em conjunto. No caso de produtos de software, inserem-se nesta etapa os ‘alpha tests’;
- e) Nível TRL 5 - Componente e/ou placa de ensaio de validação em ambiente relevante: Integração dos componentes tecnológicos e teste das aplicações destes num ambiente realístico. Corresponde aos ensaios pré-clínicos no sector farmacêutico e à validação dos componentes do sistema ou processo em produtos de software;
- f) Nível TRL 6 - Sistema modelo/subsistema ou demonstração protótipo em um ambiente relevante: Avaliação do protótipo ou modelo representativo num ambiente relevante. No sector farmacêutico, corresponde à primeira fase de ensaios clínicos, enquanto no sector dos dispositivos médicos corresponde à demonstração de segurança do dispositivo e no sector de software a uma versão ‘beta’;
- g) Nível TRL 7 - Demonstração do protótipo do sistema em um ambiente operacional: Avaliação do protótipo próximo do planeado (real) em ambiente operacional. A

segunda fase de ensaios clínicos insere-se neste TRL, bem como o desenho final do produto e os testes com o protótipo em dispositivos médicos;

- h) Nível TRL 8 - Sistema real concluído e qualificado através de teste e demonstração: Num sistema real, a tecnologia demonstrou estar de acordo com as condições especificadas. No caso de ser uma tecnologia do sector biomédico, enquadra-se neste TRL a terceira fase de ensaios clínicos, enquanto num produto de software uma demonstração pré-comercial encaixa nesta fase;
- i) Nível TRL 9 - Sistema real comprovada através de operações de missão bem sucedida: O sistema incorpora a nova tecnologia na sua forma final e foi aplicado nas suas condições reais de aplicação. Encontra-se pronto para comercialização.

Conforme a escala TRL, no seu nível inferior (TRL 1) estaria a pesquisa básica, cujo produto teria reduzido potencial de inovação empreendedora, mas não de inovação científica. Esse potencial de inovação empreendedora vai aumentando a cada estágio de maturidade da tecnologia científica, sendo que entre os níveis 3 e 6 podemos ter o surgimento de invenções acessórias individualizadas nos Subsistemas (partes do Sistema), com potencial de inovação, independente do Sistema que está sendo desenvolvido. Por exemplo, no desenvolvimento de um satélite podem ser inventados novos produtos ou processos voltados à (i) transformação da energia solar, (ii) transmissão de dados, (iii) sensoriamento e telemetria, (iv) novos materiais para suportar alterações bruscas de temperatura, vibrações, etc, os quais poderão inovar a cadeia produtiva, independentemente da relação finalística do processo de desenvolvimento tecnológico. A partir deste momento, poderá ocorrer a exploração dos ativos então apropriados, ou seja, ter-se-á a expectativa real da inovação empreendedora.

Do nível 6 até o nível 8 surge um potencial de inovação da alta tecnologia do Sistema e dos seus Subsistemas, decorrente da complexidade do próprio Sistema como um todo. No nível 9, o ciclo de inovação tecnológica está concluído, e segue-se definitivamente à inovação empreendedora, consolidando a exploração dos ativos apropriados até então, mediante a industrialização própria ou por meio do licenciamento e a transferência da tecnologia.

É importante destacar que os níveis da escala TRL se referem à graduação de maturidade da invenção num sentido crescente, considerando preponderantemente o setor espacial. Enfim, é possível afirmar que a inovação empreendedora poderá ocorrer em qualquer nível da escala, com maiores chances naqueles mais elevados, mas isso não significa que toda invenção resultará em inovação empreendedora, embora presuma-se ter potencial ínsito para isso.⁷⁴

Por fim, sob o enfoque do modelo teórico de Bourdieu, é possível cogitar que a sinonímia empregada para o termo invenção ou o atrelamento da palavra inovação exclusivamente com a sua dimensão tecnológica, pode ter origem nas relações de força que modelam a estrutura do campo de CT&I, do que poderia se cogitar da influência de um habitus.

⁷⁴ William J. Baumoll faz uma divisão do empreendedorismo em duas categorias, que demonstra o problema que a sinonímia dos termos pode causar: “Essa definição de empreendedorismo, mesmo quando restrita à criação de firmas, abrange um grande espectro de atividades diversas. Por isso, seria útil dividir essa atividade em duas novas categorias [...] Os empreendedores inovadores, por sua vez, criam firmas que oferecem novos produtos, empregam novos processos de produção, abrem novos mercados ou adotam novas formas de organização. O principal papel do empreendedor inovador não é a invenção. Ele viabiliza a utilização de invenções promissoras, conceitualizando seu melhor uso e levando-as ao mercado. Esses empreendedores podem ser subdivididos em empreendedores produtivos, que contribuem para o crescimento econômico, e produtores improdutivo, que contribuem pouco ou nada para o crescimento da economia e às vezes até a diminuem [...] O empreendedorismo inovador, por sua vez, pode ser produtivo ou improdutivo. Empreendedores inovadores improdutivo são aqueles que empregam novos métodos de rentismo, práticas ilegais e outras atividades improdutivo e até mesmo socialmente prejudiciais. [...]. *In* A ORIGEM DAS CORPORAÇÕES – UMA VISÃO HISTÓRIA DO EMPREENDEDORISMO DA MESOPOTÂMIA AOS DIAS ATUAIS. Editora Campus, p. 606-608

CAPÍTULO 2 - A CIENTIFICIDADE DO DIREITO, CONTRA O HABITUS DAS “TEORIAS CONJECTURAS DO DIREITO” – UMA DIGRESSÃO ILUSTRATIVA PELA OBRA DE HENRY JAMES SUMNER MAINE

2.1. O mundo cognoscível

Podemos enumerar características gerais ou comuns a todos os animais vivos: organismos eucariontes, multicelulares, heterotróficos e que obtêm seus alimentos por ingestão de nutrientes do meio⁷⁵. O que distingue o ser humano de outras espécies de seres vivos, é o número de cromossomos por célula: 46 ou 23 pares⁷⁶. Portanto, do ponto de vista genético, onde encontrarmos um ser com 23 pares de cromossomos, estaremos diante de um representante da espécie humana, ou um ser classificado como *Homo sapiens*.⁷⁷

Essas informações que trago à baila prefacialmente, advêm do conhecimento científico, um fenômeno cultural, que é desenvolvido no bojo do campo social humano a

⁷⁵ Disponível em: <<https://www.sobiologia.com.br/conteudos/Reinos2/bioanimal.php>> Acesso em 16dez2019.

⁷⁶ **Anagênese** = evolução progressiva dos organismos no nível genético (de maneira gradativa, lenta). Não gera biodiversidade. **Claogênese** = separa uma população de organismos (separação geográfica). Ocorre anagênese em cada grupo separado = aqui aumenta a biodiversidade (cria espécies novas) Sistemática filogenética ou Cladística (Willi Hennig). Conceito evolutivo de descendência com modificação a partir de um **ancestral comum**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Evnlk8-XBq0>> Acesso em 2 jan. 2020

⁷⁷ Cf. Fabrício R. Santos, in Rev. ufmg, belo horizonte, v. 21, n. 1 e 2, p. 88-113, jan./dez. 2014: “Nossa espécie é de origem recente, não mais do que 200 mil anos, fato corroborado por vários estudos de genética e paleoantropologia. No tocante ao homem moderno, levando-se em conta todas as populações atuais, considera-se que ele pertence à espécie *Homo sapiens*, também conhecida pelos paleoantropólogos como “homem anatomicamente moderno”. Alguns raros pesquisadores sustentavam a ideia de que os homens atuais deveriam ser considerados uma raça ou subespécie, o *Homo sapiens sapiens*, pois acreditavam que o homem de Neandertal seria outra raça extinta recentemente, o *Homo sapiens neanderthalensis*. No entanto, dados arqueológicos, paleoantropológicos e estudos genéticos atuais mostram para uma separação bem antiga entre essas duas linhagens, que, embora tenham convivido por 5.000 anos na Europa, não se hibridizaram de maneira significativa. Portanto, essas duas linhagens de hominídeos são atualmente consideradas, na nomenclatura científica, duas espécies distintas, *Homo sapiens* e *Homo neanderthalensis*. [...] As diferenças biológicas encontradas entre os vários povos da Terra são marcantes e foram utilizadas no passado para a atribuição de indivíduos a distintas “raças” humanas. [...] Em biologia evolutiva, sistemática e taxonomia, o termo “raça” é uma subdivisão da espécie, equivalente ao termo subespécie, embora nos processos de seleção artificial e domesticação de animais, raças veterinárias podem ter inúmeros outros significados. A “raça” na biologia evolutiva resulta de processos de divergência populacional, principalmente por seleção natural e deriva genética. Esse termo é mais apropriadamente aplicado a populações (ou grupos) geograficamente restritas que possuem um isolamento reprodutivo significativo em relação a outras populações. Portanto, “raças” biológicas surgem no caminho da especiação, sendo muitas vezes reconhecidas como espécies incipientes (ou quasi-espécies). [...] Disponível em: <https://www.ufmg.br/revistaufmg/downloads/21/05_pag88a113_fabriciosantos_agrandearvore.pdf> Acesso em 2 jan. 2020

partir de quatro enfoques dimensionais que formam nosso conhecimento, sendo três espaciais e um temporal.⁷⁸

Para nos situarmos cientificamente em nosso plano de conhecimento, como seres humanos dotados de racionalidade, é importante considerar o contexto natural e social em sua maior extensão, sob as dimensões espaço/tempo, que assim catalogamos com o objetivo de estruturar o sistema do conhecimento humano, e com o intuito de possibilitar o seu compartilhamento social por meio da comunicação.

Nesse plano científico, espacial/temporal, muitos estudos na área da Cosmologia sugerem que o Universo foi criado há cerca de 14 bilhões de anos, num estado de densidade, temperatura e pressão extremamente altos, um evento que “é conhecido como Big Bang (Grande Explosão) e considera-se que o Universo começou a expandir-se e resfriar-se a partir desse instante, considerado o ‘instante zero (t=0)’ ”⁷⁹. Esse entendimento sobre a origem do Universo decorre do modelo teórico proposto por Lemaitre, conhecido como o modelo do Big Bang sobre a origem do Universo, chamado por ele de “hipótese do átomo primordial” ou “Ovo Cósmico”.⁸⁰

Um fato relevante destacado pelo pesquisador Dr. Carlos A. Wuensche de Souza⁸¹, que merece reflexão, pela pertinência com o objeto deste trabalho, é que o Universo tem uma característica intrínseca de se equilibrar num jogo de forças (gravidade e outras), mantendo uma ordem coesa entre planetas, estrelas e galáxias. É como se o Universo fosse uma estrutura estruturada pelo jogo de forças, similar ao paradigma sociológico ora adotado.

Em termos da dimensão espacial, o plano geográfico da prática do conhecimento humano é muito amplo e, quiçá, inimaginável. Quando olhamos para o céu numa noite

⁷⁸ Conhecidamente, nosso universo tem três dimensões do espaço, que seriam a altura, largura e profundidade. Pela *Teoria das Cordas*, o mundo é composto não de partículas pontuais, mas de pequenas cordas vibrantes. As diferenças nas vibrações dessas cordas que constituem as diferentes matérias. A principal consequência da teoria das cordas está na sua demonstração matemática: ela não funciona em um universo com três dimensões espaciais, mas sim, em um universo com dez dimensões de espaço e uma de tempo. Existem duas explicações possíveis para a localização das dimensões extras: - As dimensões do espaço extra são compactadas a tamanhos incrivelmente pequenos, por isso não conseguimos as perceber; - Estamos presos em um plano tridimensional, e as dimensões extras são inacessíveis para nós. Disponível em: <<https://www.hipercultura.com/os-5-elementos-basicos-da-teoria-das-cordas/>> Acesso em 2.jan.2020.

⁷⁹ DE SOUZA, Carlos Alexandre W. *et al.* INTRODUÇÃO À ASTRONOMIA E À ASTROFÍSICA. INPE-7177-PUD/38, 2018, São José dos Campos-SP, p.9.19. Disponível em: <http://www.inpe.br/ciaa2018/arquivos/pdfs/apostila_ciaa_completa_2018.pdf> Acesso em 2.jan.2020.

⁸⁰ Op. Cit, p. 9.17

⁸¹ Op. Cit, p. 9.48: [...] toda a dinâmica da evolução do Universo obedece a um delicado equilíbrio de forças, uma espécie de “*cabo de guerra*” entre a força da gravidade e diversas outras forças que, em diferentes épocas da vida de um sistema planetário, de uma estrela ou de um aglomerado de galáxias, atuam contrabalançando a tendência da gravidade de atrair os corpos.[...]

estrelada, cerca de 5 mil estrelas apenas são visíveis. Desde 1925 os astrônomos descobriram que no Universo observável existem aproximadamente 100 bilhões de galáxias distintas, e em média, 100 bilhões de estrelas em cada uma⁸², o que redonda num quantitativo aproximado de 10^{22} de estrelas (100.000.000.000.000.000.000 = 100 sextilhões).

É no plano das categorias espaciais e temporais que o conhecimento humano vem evoluindo, tradicionalmente bipartido e alocado em dois grupos, conforme a afinidade: ciências naturais e ciências humanas. O campo científico num todo, pode ser considerado o lugar comum onde prevalece a interação comunicativa das pessoas que têm como objetivo e afinidade de desígnios, a inovação do conhecimento derivado da experimentação sensível. Faço esse destaque porque temos também um saber que independe da experimentação, qual seja, o filosófico. Aqui é importante fazer um parêntese, sobretudo porque este trabalho no qual é abordado o campo científico e o campo jurídico, em si, também se reveste de natureza preponderantemente científica, *i. e.*, não filosófica, embora no campo das ciências humanas a experimentação tenha, por vezes, acentuada pretensão ‘metafísica’.

No Iluminismo, duas tradições preponderantes do pensamento se digladiavam na prática daquilo que chamamos de *conhecimento*: os empiristas de um lado e os racionalistas de outro lado. Assim, para os empiristas o conhecimento humano advinha da sensibilidade: grosso modo, o homem só conhecia aquilo que podia captar ou apreender pelos seus sentidos. Os racionalistas divergiam, porquanto tinham a convicção que o conhecimento não podia ter outra origem, senão da própria razão humana. Immanuel Kant, no campo da epistemologia, propôs uma teoria que necessariamente coligia o empirismo e o racionalismo, em toda prática do conhecimento.

No horizonte da epistemologia⁸³ kantiana, uma prática de conhecimento consistia num procedimento, por assim dizer, que tinha início num ato de percepção do ser humano (apreensão, pelos sentidos, daquilo que se quer conhecer), que organiza a coisa apreendida nos “a priori” da sensibilidade (tempo ou sentido íntimo e espaço o sentido externo), e conduz esse objeto da sensibilidade num sistema taxionômico das nossas categorias de entendimento (no plano dos conceitos) e, finalmente é processada (essa matéria apreendida) num ato racional, pautado em nossos esquemas de cognição (ou estruturas de conhecimento ou cognitivas) que formam e estabilizam a nossa visão humana de *como é o mundo*.

⁸² BRODY, David E.; BRODY, Arnold R. AS SETE MAIORES DESCOBERTAS CIENTÍFICAS DA HISTÓRIA, Tradução: Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2001, p. 182-188.

⁸³ Utiliza-se a palavra ‘epistemologia’, não como sinônimo de ‘gnosiologia’, mas sim, porque na Crítica da Razão Pura, de Kant, pressupõe-se que só existe o conhecimento real se for científico, originado na experimentação. A epistemologia se refere à teoria do conhecimento científico.

Entenda-se aqui por *cognição*, os processos que envolvem nossa memória, experiência, consciência e o uso de qualquer sintaxe que possibilite uma interação comunicativa entre pessoas, e que no plano da nossa subjetividade interna possibilita gerar o conhecimento. Pelo modelo teórico kantiano da sua obra crítica da razão pura, portanto, só seria possível produzir o saber científico, experimentável.

Num horizonte subjetivo da espécie humana, portanto, o modelo kantiano da estruturação da episteme, não destoa da visão sociológica moderna que afirma que “*a tecnologia não determina a sociedade*”, e “*nem a sociedade escreve o curso da transformação tecnológica*”⁸⁴, sobretudo, porque a tecnologia é a sociedade, e esta não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas. Castells afirma que embora a sociedade não determine a tecnologia, essa mesma sociedade é que pode obstar o desenvolvimento tecnológico, sobretudo pelos comandos do Estado; inversamente, o Estado também pode estimular a sociedade a entrar num processo acelerado de modernização tecnológica, capaz de alterar o destino das economias, o poder militar e o bem estar social.⁸⁵

2.2. Direito: A abordagem científica, não conjectural de Maine

A importância de citar Maine⁸⁶ na parte inicial para o concatenamento lógico-expositivo deste trabalho científico, é justamente pelo fato que este autor é considerado aquele que efetivamente impulsionou o direito como objeto estritamente afeto às Ciências Humanas, ante seus caracteres antropológicos e sociológicos, com a proposta de uma teoria

⁸⁴ Cf. MANUEL CASTELLS A SOCIEDADE EM REDE, p. 64 e ss. É importante observar que o entendimento segundo o qual “*nem a sociedade escreve o curso da transformação tecnológica*”, vai ao encontro da ideia segundo a qual *é inviável a pretensão de utilizar o direito positivo num enfoque estritamente estrutural para coordenar a evolução tecnológica*, porquanto esta antecede o direito. Já a assertiva que “*a tecnologia não determina a sociedade*” vai ao encontro da visão estrutural construtivista da sociologia matizada na diferenciação social, de Bourdieu, segundo a qual são as lutas por posições nos campos que edificam as estruturas estruturadas e reverberam as estruturas estruturantes, que são inculcadas inconscientemente nos agentes sociais. Assim, a regulação qualificável como jurídica no campo de CT&I, não pode estar limitada ao direito positivo, mas também não pode se contrapor ao ordenamento jurídico. Essa visão perfaz um indicativo da necessidade de repensar a regulação das práticas de CT&I, de modo que o direito positivo não se transforme num obstáculo da evolução do campo de CT&I.

⁸⁵ Op. Cit, p. 66.

⁸⁶ Sir Henry James Sumner Maine, nasceu em Kelso, Roxburgh, na Escócia, em 15 de agosto de 1822, e morreu em 3 de fevereiro de 1888, em Cannes, França. Foi professor de Direito Civil na Universidade de Cambridge, de 1847 a 1854. Maine também proferiu palestras sobre Direito Romano no “Inns of Court”, em Londres. Estas palestras tornaram-se a base de seu livro *Ancient Law* (1861), que apresenta uma conexão da História Antiga da sociedade com as ideias da época. Como membro do conselho do governador-geral da Índia (1863-1869), Maine foi o grande responsável pela codificação do Direito Indiano. Em 1869 ele se tornou o primeiro professor de Direito Comparado na Universidade de Oxford e, em 1887, um professor de Direito Internacional na Universidade de Cambridge. Ele foi nomeado cavaleiro em 1871. Disponível em: <<http://www.britannica.com/biography/Henry-Maine>> Acesso em 17 nov. 2015

evolutiva do direito, em abandono àquela visão compartilhada até então do direito, de viés filosófico ou conjectural.

Henry Maine é abordado muito lateralmente por alguns autores no Brasil que o associam a uma vertente de análise historiográfica do direito, mas deve ser destacada a importância de sua obra no debate antropológico e também no sociológico (portanto, científico) acerca do direito. Seu livro *Ancient Law* dá um impulso na configuração desse novo discurso das Ciências Sociais que emergia no século XIX, o qual buscava se destacar da reprodução filosófica.

No âmbito da Sociologia, Niklas Luhmann, quando procura capitular os autores da concepção clássica do direito, faz alusão a Marx, Durkheim, Weber e Maine. No horizonte da Antropologia Jurídica, autores como Norbert Rouland, John M. Kelly, Bronislaw Malinowski, entre outros, procuram apontar Sir Henry Maine, especialmente em razão do texto de *Ancient Law*, como um dos pilares inaugurais que vai sustentar a discussão antropológica em relação ao direito⁸⁷.

A teoria evolucionista do direito proposta por Maine, porém, progressivamente vai se mostrar inaceitável, em que pese ter sido muito significativa na época em que se inscreveu, com ressonância em diversos trabalhos realizados no campo das Ciências Sociais, a exemplo da obra clássica *Da Divisão do Trabalho Social*, na qual o direito adquire uma centralidade na análise sociológica de E. Durkheim.

Este tópico centra-se numa breve análise da tese evolucionista de desenvolvimento das sociedades primitivas e do direito, proposta por Sir Henry James Sumner Maine, com esboço no conteúdo do Capítulo V do livro *Ancient Law*, para o que, preliminarmente, foi delineado o contexto da formação do saber antropológico na primeira metade do século XIX, além de se destacar a reconfiguração epistemológica verificada na época, com o intuito de clarear o horizonte no qual Maine desenvolveu sua tese, valendo-se de uma metodologia de gabinete. O conteúdo deste tópico foi elaborado a partir das informações colhidas em sala de aula, além do material específico indicado para leitura, e complementado com a bibliografia ao final referenciada.

A tese central de Maine é no sentido que, em suma, haveria uma unidade progressiva da evolução social, na qual a sociedade (progressiva ou dinâmica) sairia de sua configuração previamente estatutária, assentada na relação familiar (*status*) e atingiria, posteriormente,

⁸⁷ Cf. VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. In: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 105, p. 561-563, jan/dez 2010.

uma articulação fundada num livre acordo de vontades dos indivíduos, que ele vai considerar, inclusive, racionalmente motivadas, e receberá a denominação de contrato. Daí a passagem evolutiva da sociedade, do *status* para o contrato.

A relevância do trabalho de Maine reverbera na obra de outros autores, a exemplo de Émile Durkheim, que também elegeu o direito como indicador objetivo do processo de evolução da sociedade pré-moderna para moderna, consoante expõe em sua obra *Da Divisão do Trabalho Social*, a partir das definições de solidariedade mecânica e de solidariedade orgânica, como elementos distintivos do estágio de evolução da sociedade detectáveis segundo o tipo de sanção jurídica prevalente, respectivamente, repressiva ou retributiva. Divergia de Maine, no aspecto que considerava o contrato como um fato social.

Sem dúvida, *Ancient Law* exsurge como o marco inicial da Antropologia Jurídica de extrema relevância, consoante é destacado pelos autores desta área do saber humano, e nessa mesma linha, segue a ideia deste sucinto trabalho, com o escopo de reiterar sua importância, como aporte da antropologia jurídica para a discussão do direito.

A abordagem antropológica tem por escopo desenvolver um projeto crítico concernente ao pensamento ocidental, sobretudo, em relação àquela pretensão natural de universalização de nossos valores e instituições e, também, da nossa racionalidade. Uma característica marcante da antropologia é o seu potencial de transformação da ordem estabelecida das categorias que o pensamento ocidental se vale para, assim, organizar a nossa realidade percebida. Eduardo Viveiros de Castro destaca que muitos antropólogos concebem que a antropologia tem tal grau de pretensão crítica que, em última instância, procuraria fazer uma crítica de caráter tanto político como epistemológico da própria razão sociológica, ou seja, “é um exercício reflexivo da própria racionalidade ocidental”⁸⁸.

Nota-se, portanto, duas dimensões importantes da crítica antropológica: uma de conteúdo prescritivo, programático e normativo – qual seja, política -, e outra, relacionada com a descrição científica da realidade social – qual seja, epistemológica. Na dimensão epistemológica, Pierre Bourdieu assevera que o etnocentrismo combatido pela antropologia se trata de um obstáculo epistemológico.

O etnocentrismo perfaz uma das amarras que orientam nossa visão e assim, distorce a compreensão do real⁸⁹. O campo de análise e pesquisa da antropologia se constituiu no início

⁸⁸ Cf. CASTRO, Eduardo Viveiros de. *A INCONSTÂNCIA DA ALMA SELVAGEM*. 5ª Edição, 1ª Reimpressão, São Paulo: Editora COSAC&NAIFY, 2014, p. 309.

⁸⁹ Cf. BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *A PROFISSÃO DE SOCIÓLOGO*. Preliminares epistemológicas, Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Editora Vozes, Petrópolis, 3ª Edição, 2002, P.91

do século XIX, numa relação weberiana de afinidade eletiva com o Imperialismo que marcou a época, e podemos destacar três elementos fundamentais, estruturantes ou constitutivos deste campo, amalgamados entre si, quais sejam: (i) a antropológica tem por objeto o estudo dos denominados “povos primitivos”; (ii) seu enfoque era calcado no etnocentrismo; e (iii) tratava-se de um saber que tinha a finalidade da gestão de populações.

E ainda no mesmo século da sua constituição, a configuração inicial deste campo entrou numa crise geral, sobretudo, pelo questionamento do enfoque etnocêntrico que se tornou sua viga mestra, responsável pela definição do seu objeto e da sua finalidade. As dimensões desta crise do saber antropológico guardam estreita relação com seus três elementos fundamentais de constituição - objeto, enfoque e finalidade -, a saber, respectivamente: (i) Delimitação entre antropologia e sociologia; (ii) Estatuto e cientificidade pretendida pela antropologia jurídica; (iii) Delimitação ou de inscrição entre o campo do saber (Ciências) e o do poder (Política).

Surge, como primeira questão, a preocupação intensa em delimitar os contornos do objeto de abordagem antropológica - o denominado *povo primitivo* -, a fim de distingui-lo do objeto da abordagem de outro saber, o sociológico – as duas abordagens surgiram no mesmo contexto do século XIX. Um dos primeiros impulsos nesse sentido foi dado por Sir Henry James Sumner Maine, que, em sua tese evolucionista de juridicidade, trabalhou a distinção entre “sociedade primitiva” e “sociedade moderna”, para o que se valeu da distinção entre *status* e contrato. Consoante essa divisão, cabia à antropologia o estudo das sociedades primitivas, enquanto o estudo das sociedades modernas seria o objeto da sociologia.

A tese formulada por Maine focou a evolução das instituições jurídicas, e assim, propôs que o direito, num primeiro momento, assumiria uma configuração estatutária - o *status* seria determinante das relações jurídicas -, e progressivamente, ao longo da evolução social, a dimensão do contrato começaria a ganhar mais espaço, de forma a sobrepujar o *status*.

Essa preocupação de delimitação do objeto é denotada também na obra de Auguste Comte, que no seu curso de *Filosofia Positiva*, propõe delimitar o campo de sua abordagem sociológica do campo da antropologia, a partir de uma mesma clivagem entre o primitivismo e a modernidade. Essa clivagem será epistemologicamente constitutiva da identidade dos saberes de sociologia e antropologia no momento que eles se formam, num contexto de pensamento que se valia preponderantemente de conceitos dualistas, tidos como *antitéticos*-

assimétricos. Por exemplo, Ferdinand Tönnies⁹⁰, com fundamento no trabalho de Maine, também sugere esta clivagem de base para fazer uma distinção do que ele denomina comunidade e sociedade, sendo aquela primeira, concernente a uma configuração social mais simples, marcada por nexos de pessoalidade, enquanto esta última era relacionada com uma configuração social mais complexa.

Émile Durkheim⁹¹ se inspira em Tönnies para propor a diferença entre sociedade segmentária e sociedade moderna, cujas formas preponderantes de articulação social têm como característica aquilo que ele respectivamente denomina de solidariedade mecânica e solidariedade orgânica. Esta clivagem aponta uma carga semântica depreciativa do termo sociedade primitiva em relação ao seu oposto sociedade moderna, o que progressivamente vai se tornando insustentável para fazer a distinção entre o objeto da abordagem antropológica e o objeto da abordagem sociológica. Destaque-se que essa progressiva insustentabilidade de distinção também decorre de fatores históricos e epistêmicos.

Atualmente, com a dissolução desta bipartição, passou a ter uma interação muito significativa entre as abordagens dos campos do saber antropológico e sociológico. O que os distingue atualmente não é mais o objeto, mas sim, o modo pelo qual se dá o enfoque, o modo pelo qual se estruturam os métodos de abordagem. Portanto, é a dimensão do método de enfoque que delimita uma perspectiva em relação à outra, e não mais o objeto anteriormente definido no século XIX, a partir da clivagem primitivo e civilizado.

Em segundo lugar está o etnocentrismo como elemento fundamental constitutivo e caracterizador do saber antropológico no século XIX, que perfaz um sério obstáculo da base epistemológica de desenvolvimento da antropologia. O etnocentrismo da antropologia do século XIX decorreu principalmente de uma falha metodológica, e justamente por ser uma “antropologia de gabinete”⁹², que não filtrava eficientemente o etnocentrismo que marcava o senso comum do homem de época. Essa falha de método decorre do enraizamento da antropologia na historiografia do século XIX, que era a historiografia positivista, fundada no mito do documento oficial. Tais documentos continham relatos de missionários, viajantes,

⁹⁰ BOND, Niall. UNDERSTANDING FERDINAND TÖNNIES, “COMMUNITY AND SOCIETY”, P 217, Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=ouVJ0BcjEPAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em 18 nov. 2015

⁹¹ Cf. a primeira obra de impacto de Durkheim, Na Divisão do Trabalho Social.

⁹² Os antropólogos de gabinete (*armchair anthropologists*) caracterizar-se-iam pelo fato de trabalharem em bibliotecas, sem realizar pesquisa de campo. A respeito, ver nota de rodapé nº 58 do artigo *Ancient Law* –Um clássico revisitado 150 anos depois., com referência ao final.

militares e administradores coloniais, e eram encontrados nos Museus e nos Institutos históricos e geográficos.

Para o antropólogo do século XIX, os relatos assistemáticos e etnocêntricos não eram vistos criticamente, mas sim, como documento oficial que objetivamente eram válidos, e assim, dariam o lastro empírico às suas análises. Essa falha metodológica que tornava a antropologia vulnerável ao etnocentrismo do século XIX foi mantida, ainda, no trabalho de Emile Durkheim e de Marcel Mauss, o que demonstra que foi muito significativa no contexto da antropologia do século XIX. A cientificização do campo antropológico na primeira metade do século XX foi inaugurada, destacadamente, por Bronislaw Malinowski e Frans Boas, que eram críticos da antropologia de gabinete, e assim, levaram a efeito uma reconfiguração do método antropológico, para evitar a contaminação etnocêntrica do enfoque antropológico⁹³. De fato, se o saber antropológico tem por característica a crítica, por conseguinte, o etnocentrismo é incompatível com esse seu escopo.

O terceiro elemento nuclear de constituição do campo antropológico da segunda metade do século XIX decorre da sua finalidade, tida como um saber vocacionado à gestão de populações. A antropologia surge afinada com a expansão imperialista que, embora não tivesse o Imperialismo como sua fonte, fornecia as bases de sustentação científica para a gestão das populações classificadas como primitivas, pois, o discurso social que tinha fundamento na ciência se tornava muito conveniente para ser apropriado pela dominação política, social e econômica que se desenvolve naquele momento. Ocorre que esse discurso social de dominação que se pretende científico, mas que oscila entre a esfera da ciência e da dominação, torna-se insustentável no contexto da modernidade ocidental.

A teoria weberiana da modernização explica essa insustentabilidade a partir da racionalização social, segundo a qual, a modernidade seria consequente de um processo progressivo de racionalização. A racionalidade levaria a uma progressiva dissolução da cosmovisão de base metafísico-religiosa então vigente, o que, por conseguinte, liberaria o potencial de expansão da racionalidade interna de cada esfera cultural de valores. Dissolve-se, portanto, a cosmovisão de base metafísico-religiosa e em seu lugar surge uma sociedade marcada por um politeísmo de valores.

Nesse horizonte de emergência de uma sociedade fragmentada em diversas esferas de valores, que seguem cada uma sua lógica própria, surge o problema da antropologia

⁹³ Vide, por exemplo, o método empregado para elaboração do trabalho “CRIME E COSTUME NA SOCIEDADE SELVAGEM”, de B. Malinowski.

vocacionada a fins de gestão de populações, pois, a antropologia que se pretende inscrever efetivamente no campo das ciências, consoante a pretensão de autonomia da ciência moderna, não pode estar vocacionada a uma finalidade não científica. Ademais, essa pretensão de autonomia científica da antropologia, resgata a sua pretensão científica crítica epistemológica e política, prejudicada até então pela sua subordinação ou afinidade com objetivos de dominação política.

A reforma de método, portanto, é que torna a antropologia menos vulnerável ao etnocentrismo e menos vocacionada à gestão de populações, propiciando que desenvolva efetivamente o seu potencial de crítica.

2.2.1. Dimensão epistemológica do saber antropológico

O saber antropológico não surge por acaso. O ocidente, na segunda metade do século XIX, vai fornecer o solo, a configuração epistemológica indispensável para a formação deste novo saber. Em termos epistemológicos, o século XVIII marca a configuração de um projeto antropológico – não é ainda a realização da antropologia, mas sim, a fixação das condições de sua emergência -. Nesse sentido, François Laplantine aduz que no século XVIII só existia um projeto de fundar uma ciência do homem, e não a realização da Antropologia como entendemos, o que só ocorrerá a partir da segunda metade do século XIX:

Será preciso esperar até o século XVIII para que se constitua o projeto de fundar uma ciência do homem, isto é, de um saber não mais exclusivamente especulativo, e sim positivo sobre o homem. Enquanto encontramos no século XVI elementos que permitem compreender a pré-história da antropologia, e enquanto o século XVII (cujos discursos não nos são mais diretamente acessíveis hoje) interrompe nitidamente essa evolução, apenas o século XVIII é que encontramos verdadeiramente, como mostrou Michel Foucault (1966), na modernidade. Apenas nessa época, e não antes, é que se pode apreender as condições históricas, culturais e epistemológicas de possibilidade daquilo que vai se tornar a antropologia.

Antes do final do século XVIII, escreve Foucault, o homem não existia. Como também o poder da vida, a fecundidade do trabalho ou a densidade histórica da linguagem. É uma criatura muito recente que o demiurgo do saber fabricou com suas próprias mãos, há menos de duzentos anos (...) Uma coisa em todo caso é certa, o homem não é mais antigo problema, nem o mais constante que tenha sido colocado ao saber humano. O homem é uma invenção a arqueologia de nosso pensamento mostra o quanto é recente. E, acrescenta Foucault no final de *As palavras e as coisas*, quão próximo talvez seja o seu fim,

O projeto antropológico (e não a realização da antropologia como entendemos hoje) supõe:

1) a construção de um certo número de conceitos, começando pelo próprio homem, não apenas enquanto sujeito, mas enquanto objeto do saber; abordagem totalmente inédita, já que consiste em introduzir dualidade característica das ciências exatas (o sujeito observante e o sujeito observado) no coração do próprio homem;

2) a constituição de um saber que não seja apenas reflexão, e sim observação, isto é, de um novo modo de acesso ao homem, que passa a ser considerado em sua existência concreta, envolvida nas determinações de seu organismo, de suas relações de produção, de sua linguagem, de suas instituições, de seus comportamentos. Assim começa a constituição dessa positividade de um saber empírico (e não mais transcendental) sobre o homem enquanto vivo (biologia), que trabalha (economia), pensa (psicologia) e fala (linguística). Montesquieu, em *O espírito das leis* (1748), ao mostrar a relação de interdependência que é a dos fenômenos sociais, abriu o caminho para Saint-Simon que foi o primeiro (no século seguinte) a falar em uma “ciência da sociedade”. Da mesma forma, antes dessa época, a linguagem, quando tomada em consideração, era objeto de filosofia ou exegese. Tornou-se paulatinamente (com de Brosses e Rousseau) o objeto específico, de um saber científico (ou pelo menos, de vocação científica);

3) uma problemática essencial: a da diferença. Rompendo com a convicção de uma transparência imediata do cogito, coloca-se pela primeira vez no século XVIII a questão da relação ao impensado, bem como a dos possíveis processos de reapropriação dos nossos condicionamentos fisiológicos, das nossas relações de produção, dos nossos sistemas de organização social, assim, inicia-se uma ruptura como o pensamento do mesmo, e a constituição da ideia de que a linguagem nos precede, pois somos antes exteriores a ela. Ora, tais reflexões sobre os limites do saber, assim como sobre as relações do sentido e poder (que anunciam o fim da metafísica) eram inimagináveis antes. A sociedade do século XVIII vive uma crise de identidade do humanismo e da consciência europeia. Parte de suas elites busca suas referências em um confronto com o distante.

[...]

4) um método de observação e análise: o método indutivo. Os grupos sociais (que começam a ser comparados a organismos vivos) podem ser considerados como sistemas “naturais” que devem ser estudados empiricamente, a partir da observação de fatos, a fim de extrair princípios gerais, que hoje chamaríamos de leis.

Esse naturalismo, que consiste numa emancipação definitiva em relação ao pensamento teológico, impõe-se em especial na Inglaterra, com Adam Smith e, antes dele, David Hume, que escreve em 1739 seu *Tratado sobre a natureza humana*, cujo título completo é tratado sobre a natureza humana: tentativa de introdução de um método experimental de raciocínio para o estudo de assuntos de moral. Os filósofos ingleses colocam premissas de todas as pesquisas que procurarão fundar, no século XVIII, uma “moral natural”, um “direito natural”, ou ainda uma “religião natural”.

Esse projeto de um conhecimento positivo do homem – isto é, de um estudo de sua existência empírica considerada por sua vez como objeto do saber – constitui um evento considerável na história da humanidade. Um evento que se deu no Ocidente do século XVIII, que, evidentemente não ocorreu da noite para o dia, nas que terminou impondo-se, já que se tornou

definitivamente constitutivo da modernidade na qual, a partir dessa época, entramos.⁹⁴

A ideia de uma ruptura do saber, segundo Foucault, vai redundar, entre outras coisas, na emergência da antropologia. Essa ruptura advém de uma reconfiguração epistêmica, na qual Foucault destaca a disposição antropológica como algo próprio destes saberes. Na configuração epistemológica anterior ao século XIX, prevalece uma crença de que há uma certa permeabilidade do mundo pelo sujeito cognoscente, advinda da estrutura do cogito cartesiano ao passo que na nova configuração epistêmica surge a ideia da opacidade, do inimaginável, inerente ao cogito moderno⁹⁵.

2.2.2. *Ancient Law* – A Evolução do *status* para o contrato.

A análise da abordagem antropológica a partir de sua configuração inicial, tomando Maine como ilustração, sustenta-se ao menos em três razões, que traduzem a importância de dar início a qualquer análise antropológica a partir do seu pensamento evolucionista.

Em primeiro, Maine foi um dos autores que estabeleceu a clivagem constitutiva para fixar o horizonte desta análise ao propor uma tese que as sociedades se distinguiriam em sociedade primitiva - cuja articulação jurídica institucional seria fundada na ideia de *status* - e sociedade moderna - cujo desenho institucional seria fundado na concepção de contrato -. Ele teceu essa linha divisória entre o primitivo e moderno para distinguir o *objeto* da abordagem antropológica daquele que seria o da abordagem sociológica.

E quando identificou a sociedade primitiva ou arcaica, também fez um movimento importante a ser considerado: ele retirou dessas sociedades a sua dimensão política ao centrar tais sociedades numa configuração na qual o pátrio poder (poder privado, poder familiar) se alçava numa primeira posição. Isso foi muito significativo porque imprimiu à antropologia um contorno característico que a acompanhou durante um longo período.

Noutro giro, o objeto prioritário da análise da antropologia, por muito tempo, foi justamente o estudo de parentesco, ou seja, aquilo que daria conformação ao tipo de contexto social que seria visado pela antropologia: as denominadas sociedades primitivas, cuja

⁹⁴ LAPLANTINE, François. APRENDER ANTROPOLOGIA. Tradução: Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Editora Brasiliense, Primeira edição, 1988, 29ª impressão, 2014, p. 54 a 57.

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. AS PALAVRAS E AS COISAS. Tradução: Salma Tannus Muchail, 9ª Edição, 3ª reimpressão, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 444/473

articulação se dava pela parentela, pelo pátrio poder, enfim, nas articulações privadas, ao passo que as sociedades que teriam um poder centralizado - um poder que nós modernamente vamos chamar de Estado -, seriam objeto da abordagem sociológica. Dessa forma, Maine não apenas estabeleceu a clivagem constitutiva que separa o campo antropológico do sociológico no que se refere ao *objeto*, como também esvaziou em grande medida o objeto da abordagem antropológica da sua dimensão política.

Somente “a posteriori” é que se iniciou um movimento importante, especialmente na primeira metade do século XX, para imprimir à abordagem antropológica, também, a dimensão política, o que pode ser observado, por exemplo, em Pierre Clastres⁹⁶, que desenvolve um esforço para introjetar essa dimensão política no horizonte da discussão antropológica.

Em segundo, Maine foi um autor que ilustrou essa tentativa da antropologia se distanciar do discurso filosófico que a precedeu. É explícito nesse movimento epistemológico de configuração de uma abordagem do homem em sua concretude empírica, e não mais a partir da especulação, da figuração transcendental ou da dedução abstrata. Maine se preocupou intensamente em rejeitar o que ele chamava de *teorias conjecturais*, consoante expressa logo no início do Capítulo V do *Ancient Law*⁹⁷. Sua intenção foi de desenvolver uma análise que se afastasse do horizonte especulativo e conjectural que ainda estaria vigente naquela época. Ele mirou completamente o movimento epistemológico que foi fundante das ciências humanas, o qual tinha como característica primordial a crítica à especulação.

Em terceiro, Maine foi um autor que, no horizonte do debate mais propriamente jurídico, inaugurou certas discussões que posteriormente apareceram em outros autores como novidade, sendo que tais discussões, ao certo, já não traziam nenhum resquício de novidade. Uma dessas discussões, por exemplo, foi a crítica ao imperativismo de John Austin e de Jeremy Bentham, o que tendeu a ser analisado no Brasil basicamente a partir da crítica de Hart sobre o conceito de direito. Hart desenvolveu uma crítica intensa à teoria imperativista demonstrando todas as deficiências que tal tese apresentava. Ocorre que a

⁹⁶ Cf. o trabalho de Clastres, sobretudo, o clássico “A Sociedade contra o Estado”.

⁹⁷ Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/maine-ancient-law>> Acesso em 11 nov. 2015

crítica ao imperativismo já havia sido lançada no texto de Maine um século antes⁹⁸, todavia, este sequer foi citado por Hart⁹⁹.

Sobre o fundamento epistemológico da teoria proposta por Maine, Norbert Rouland aduz que o autor estava contaminado pela *doença infantil da Antropologia* da época, que seria o evolucionismo darwiniano. De fato, Maine foi um autor evolucionista que propôs uma visão do direito fundada numa concepção evolutiva da sociedade, que enxergava essa evolução por um prisma unilinear, como se houvesse um único itinerário a ser seguido pelo processo de evolução social, o que posteriormente foi francamente problematizado no próprio âmbito das teorias evolucionistas. Foi um autor que se enquadrava naquilo que se convencionou chamar de evolucionismo unilinear, que era um lugar comum no século XIX.

Portanto, explicitou na sua obra algumas das características mais importantes que estão expressas no quadro geral do evolucionismo de época. Outrossim, desenvolveu uma abordagem de forte acento diacrônico, ao certo porque era um autor egresso do âmbito da historiografia. A diacronia era muito característica da abordagem evolucionista. Tentar explicitar o fenômeno da evolução sociocultural era buscar captar justamente a textura temporal inerente a esse processo. Ele o fez segundo a metodologia prevalecente à época, que era uma metodologia de gabinete, o que está claramente explicitado na obra de Maine.

Quando ele menciona as fontes privilegiadas de conhecimento do direito nos tempos passados, ele aponta três fontes fundamentais para isso: (i) Observações de autores contemporâneos em relação às civilizações menos avançadas, a exemplo dos administradores coloniais, viajantes, militares, missionários, etc; (ii) Registros históricos que as próprias sociedades teriam anotado, e (iii) o *Direito Antigo*¹⁰⁰. O uso dessas fontes caracterizava uma metodologia denominada de antropologia de gabinete. O movimento metodológico que vai estabelecer a pesquisa de campo – etnografia – como premissa fundamental para estruturar a análise antropológica vai acontecer posteriormente, especialmente na primeira metade do século XX, inaugurado por Bronislaw Malinowski, que foi quem ressaltou que os achados dos especialistas modernos não estavam disponíveis na época que Maine e outros estudiosos do direito primitivo estavam escrevendo.¹⁰¹

⁹⁸ “Op. Cit., p. 70. Veja também, VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Ancient Law –Um clássico revisitado 150 anos*.

⁹⁹ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Ancient Law –Um clássico revisitado 150 anos depois*. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 106/107, p. 527-562, jan/dez 2011/2012.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 72.

¹⁰¹ Cf. KELLY, John Maurice. *UMA BREVE HISTÓRIA DA TEORIA DO DIREITO OCIDENTAL*. Tradução: Marylene Pinho Michael. 2010. Editora WMF Martins Fontes Ltda, São Paulo, p. 504.

De outro lado, Maine também foi um autor que corroborou algo que era típico do pensamento da época: que a ideia de desenvolvimento progressivo estaria associada a uma ideia de aprimoramento. Em outros autores esse aprimoramento se associava muito fortemente a um progresso tecnológico. Deduziu uma ideia de um avanço progressivo da sociedade nesse processo denominado de evolução. Já que o processo evolutivo se dava num certo desenvolvimento linear, era possível ao analista que se voltasse à captação desse processo de evolução, indicar quais seriam os estágios que se sucedem ao longo desse processo. Esses estágios eram, na visão de Maine, o *status* e o contrato.

Finalmente, atrelava-se à ideia de que haveria uma concepção linear do tempo regendo essa evolução e que, portanto, conduziria esse processo evolutivo para um fim último ao qual ele se dirige. O que coloca Maine no horizonte do evolucionismo de época, sobretudo, é a sua tentativa de explicitar uma lei que fosse expressiva desse processo de evolução. Essa lei está inserida na tese clássica que aparece no seu livro *Ancient Law*, e enunciaria ao final do seu Capítulo V que “as instituições jurídicas e as sociedades nelas estruturadas evoluiriam do status para o contrato”¹⁰².

Essa é, destarte, a tese fundamental do autor, que aparece ao final do Capítulo V do livro *Ancient Law*, e afirma que aquilo que podemos chamar genericamente de direitos e obrigações nas “sociedades primitivas” seria fixado de forma rígida pelo *status* que o indivíduo detinha na sociedade que ele integrava. Era a posição, o *status* do indivíduo que predeterminava o âmbito das relações que ele poderia ter naquela sociedade. Mais do que isso: aquilo que podemos identificar como uma regulação jurídica nesse contexto é algo que não pertence diretamente ao indivíduo, mas sim ao grupo. Portanto, o *grupo* que é que era concernido por tudo aquilo considerado juridicamente qualificável. O *indivíduo*, a seu turno, era focado apenas enquanto parte componente desse grupo. Esse grupo era, em grande medida, o âmbito privado do poder patriarcal.

Na maior parte do Capítulo V do livro *Ancient Law*, há uma digressão histórica do Maine sobre a construção do poder paternal, o pátrio poder, que é a ideia fundante da qualificação das sociedades nas quais se encontraria o que ele vai chamar de direito arcaico, em seus tempos primitivos, estritamente relacionado com o *status*.

Mais ao final, Maine assevera que nas sociedades modernas nós encontraríamos uma progressiva emergência da figura do indivíduo em substituição à figura do grupo, da família

¹⁰² Op. cit., p. 101.

e, portanto, a ideia que é a livre deliberação dos indivíduos que estabelecerá a estruturação jurídica das relações que eles constroem entre si, e é isso que ele vai chamar de *contrato*.

Infere-se, portanto, que *status* e contrato não são propriamente institutos jurídicos. São os princípios básicos da construção da ordem jurídica. A ideia é que nas sociedades em seus tempos primitivos vamos encontrar o princípio básico do *status* articulando a construção da ordem social e jurídica, ao passo que nas sociedades modernas o requisito básico à construção da ordem, seria a ideia de *contrato*, ou seja, a livre deliberação entre os indivíduos.

Maine utilizou o termo *Society in Primitive Times* para sustentar o argumento que a sociedade seria um conjunto coerente que caminhava em ritmos distintos, conforme uma configuração ou outra, em direção a um ponto ideal, teleologicamente fixado. Assim, as sociedades menos desenvolvidas seriam uma reminiscência daquilo que já teríamos superado, numa ideia que haveria uma progressão sempre igual num horizonte da evolução das sociedades.

A partir dessa premissa, Maine tentou caracterizar o que seria o direito nessas sociedades em seus tempos primitivos, em primeiro lugar, asseverando que numa configuração inicial, o indivíduo estaria imerso no grupo: não era possível falar na existência de indivíduos isolados nesse contexto, indivíduo como unidade básica da vida social, pois isso seria para ele um anacronismo, próprio da nossa visão moderna da regulação jurídica, de vê-la pela ótica do indivíduo como unidade fundamental da vida social.

Nas sociedades em seus tempos primitivos, o indivíduo não se alçaria a essa posição. O indivíduo não era visto como algo que se constituísse previamente ao grupo ao qual ele integrava. O grupo é que era visado como horizonte fundamental da análise. A ideia basilar era da dissolução do indivíduo ao grupo.

Destarte, para Maine, não haveria nessas sociedades primitivas o correlato daquilo que se entende modernamente por direitos e obrigações individuais, que é próprio do nosso horizonte temporal e evolutivo. Nas sociedades primitivas, tudo o que pudesse ser construído em termos de obrigações e direitos se colocava no plano coletivo, e não no âmbito individual. O indivíduo não era, portanto, a unidade básica da vida social e muito menos jurídica.

E seria por essa razão que o direito primitivo se estruturava com o escopo de ajustar-se a um sistema de pequenas corporações, o que Maine associou essencialmente à organização familiar. As interações qualificáveis como jurídicas seriam entabuladas a partir das relações entre tais corporações, e jamais entre indivíduos. Repita-se, portanto, que não

havia direitos e obrigações individuais, porque as relações se davam entre os grupos, e o indivíduo se subordinava a um poder paternal que em grande medida expressava uma dimensão que fugia à regulação propriamente jurídica.

Nesse sentido é que o Maine procurou demonstrar como ocorria a questão (i) da escravidão, (ii) da fixação jurídica do agregado, (iii) da tutela da mulher, etc, para reforçar que, aquilo que era essencialmente jurídico na sociedade antiga, seria algo pertinente ao grupo e não aos indivíduos que nele (*no grupo*) estavam concretamente inseridos. Tanto é assim, que o próprio crime seria um evento coletivo – *a corporate act* -, que atingiria o grupo como um todo.

Maine também assumiu uma postura crítica diante de uma concepção filosófica acerca do homem que foi formulada especialmente no âmbito do contratualismo moderno, que apontava o indivíduo como foco da análise, e assim evidenciava a figura do indivíduo, o que Maine rejeitou drasticamente. Ele criticou essa ideia, asseverando que o homem visto em sua posição primitiva, não poderia ser tido como um ser nem livre, nem racional e tampouco igual aos seus semelhantes. Pensar o homem enquanto indivíduo livre, racional e igual aos seus semelhantes seria assumir uma premissa totalmente especulativa para a análise, o que ele não aceitava fazer. Asseverou que o homem, nas sociedades primitivas, não era pautável por aquilo que os contratualistas costumavam projetar a ele, que era a ideia de um cálculo racional.

A ideia, portanto, da capacidade humana racional, figurava essencialmente como uma *aquisição evolutiva* do homem na sociedade, que decorreria primordialmente de três elementos que progressivamente levariam ao desenvolvimento da sociedade e da ordem jurídica: (i) a ficção jurídica, (ii) a equidade e a (iii) legislação.

É nesse sentido que ele tentou demonstrar que o movimento progressivo das sociedades antigas teria sido uniforme, numa direção: a passagem gradual da dependência familiar para a emergência do indivíduo, portanto, da obrigação do grupo para a obrigação individual, ou seja, da passagem do *status* para o contrato. Outrossim, preocupou-se em demonstrar como que ao longo da evolução das sociedades, o pátrio poder de ordem privada começou a se esvaziar progressivamente a partir da regulação pública dessas esferas.

O esvaziamento progressivo dessa alçada privada, indo em relação a uma construção progressiva de regulação pública; o esvaziamento da dimensão privada com o advento da dimensão pública. Num trecho do Capítulo V do livro, exsurge a primazia da regulação

pública, intransponível ao pátrio poder, como indicativo empírico da evolução social e jurídica em razão de questões de interesse público¹⁰³.

John Maurice Kelly aduz que Maine apresentou primeiramente a noção que todos os tipos de sociedade tenderiam a desenvolver sua forma de regulação jurídica, passando por determinadas fases que seriam as mesmas em toda parte do mundo. Numa primeira fase – manifestada nos poemas homéricos – era pré-jurídica, que tinha como característica o fato que os reis proferiam julgamentos sobre casos concretos, com fundamento num elemento de inspiração divina (*themistes* ou *dooms*). Na segunda fase, era propiciada pela repetição e padronização de julgamentos, consolidou-se um costume, do qual eram guardiãs as oligarquias que sucederam a realeza. Na terceira fase, a fase dos códigos adveio para quebrar o monopólio oligárquico da jurisdição, sendo que algumas sociedades pararam de se desenvolver nesse estágio, assentadas num código petrificado, a exemplo das Doze Tábuas de Roma. Maine denominava estas sociedades de *estáticas*. Porém, outras sociedades tinham habilidade para adaptar suas leis às novas circunstâncias surgidas, e assim eram denominadas de *dinâmicas* (ou *progressivas*).

Para dar efetividade à adaptação, tais sociedades valiam-se de três mecanismos: as ficções jurídicas, a equidade e a legislação. As sociedades progressivas (ou dinâmicas) é que progrediam num movimento do *status* para o contrato.¹⁰⁴

Portanto, a tese central de Maine é no sentido que haveria uma unidade progressiva da evolução social, na qual a sociedade (progressiva ou dinâmica) sairia de sua configuração previamente estatutária, assentada na relação familiar – *status* - e atingiria, posteriormente, uma articulação fundada num livre de acordo de vontades dos indivíduos, que ele vai considerar, inclusive, racionalmente motivadas, e receberá a denominação de contrato. Maine faz toda essa digressão para demonstrar a progressividade desse movimento que leva a essa mudança histórica.

¹⁰³ Cf. o texto original: It was a maxim of Roman jurisprudence that the Patria Potestas did not extend to the Jus Publicum. Father and son voted together in the city, and fought side by side in the field; indeed, the son, as general, might happen to command the father, or, as magistrate, decide on his contracts and punish his delinquencies. But in all the relations created by Private Law, the son lived under a domestic despotism which, considering the severity it retained to the last, and the number of centuries through which it endured, constitutes one of the strangest problems in legal history. (Era uma máxima do Direito Romano que as *Pátrio Poder* não se estendesse ao *Jus Publicum*. Pai e filho votaram juntos na cidade e lutaram lado a lado no campo; de fato, o filho, em geral, pode comandar o pai, ou, como magistrado, decide seus contratos e castiga suas inadimplências. Mas em todas as relações criadas pelo Direito Privado, o filho vivia sob um despotismo doméstico que, considerando a severidade que mantinha até o fim e o número de séculos pelos quais durou, considerando um dos problemas mais estranhos da história jurídica.) Op. cit, p. 81.

¹⁰⁴ KELLY, John Maurice. UMA BREVE HISTÓRIA DA TEORIA DO DIREITO OCIDENTAL. Tradução: Marylene Pinho Michael. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2010, p. 429/433.

E o direito, na verdade, nada mais é que o indicador concreto que expressa esse movimento histórico de maior alcance. A descrição da passagem do status para o contrato demonstra a complexificação do liame social que retira da órbita privada toda a regulação do indivíduo, e a conduz para a esfera pública.

Essa complexificação induz à quebra da sociedade estamental, o que, segundo autores do século XIX, perfaz uma das características fundamentais de expressão da passagem para a modernidade. E a modernidade se inaugura com o advento da particularidade por assim dizer, fato este que é captado por Maine em sua obra, e é nesse sentido que concluiu que se dá a passagem do status para o contrato, que decorre da modificação que a sociedade começa a experimentar no âmbito da sua própria dinamicidade.

A noção de *status* tem limitações muito significativas no tocante à articulação da vida social; ela não é capaz de uma articulação social mais geral; ela se prende a uma rigidez muito forte. Portanto, conforme (i) as relações se adensam; (ii) as interdependências econômicas se tornam mais evidentes, (iii) a mobilidade do indivíduo no grupo começa a se implementar, por conseguinte, é que a articulação estatutária das relações jurídicas começa também a ser questionada.

E é isso que leva progressivamente à dissolução de formas demasiadamente convencionais e compactas, como no caso o *status*, e no lugar delas, a emergência de uma nova forma de articulação jurídico-social que é justamente aquilo que ele vai chamar de contrato: o livre acordo dos indivíduos, substituindo a ideia do *status*. A substituição da dependência familiar pelo livre acordo de vontades – do *status* pelo contrato - é um processo fundamental, claramente expresso no movimento progressivo de evolução social. É isso que caracteriza o autor como um teórico do evolucionismo, uma tese considerada atualmente superada.

Uma importante abordagem de caráter epistemológico no bojo da análise de Maine consiste no fato que ele procurou se distanciar daquilo que se denomina Teoria política do individualismo possessivo – Thomas Hobbes e John Locke -, que se tratava de uma perspectiva com clara posição especulativa, pregando que o indivíduo seria proprietário de sua liberdade e de outros atributos morais.

Maine refutou essas teorias conjecturais, criticando a base especulativa existente em todas essas abordagens. Ele considerava inaceitável a análise dos âmbitos social e jurídico a partir de especulações que, ainda que pudessem ser plausíveis, não eram demonstráveis e, ao contrário, encontravam refutação na evidência histórica. Maine chegou a desconsiderar a

própria diferença que haveria entre as perspectivas *hobessiana* e *lockeana*, porque tal distinção entre os dois autores era de superfície, haja vista que eles partilhavam do mesmo pressuposto não-histórico e inverificável relativo à condição da raça humana, qual seja: que o homem era livre e igual, portador de atributos que lhe pertenciam, inclusive, no que concerne ao seu plano moral.

Assim, é notório o distanciamento das Ciências Sociais que estão se formando no século XIX em relação àquele pensamento filosófico e especulativo que existia até então, o qual Maine iria denominar de teoria conjectural e especulativa. Como desdobramento desta crítica, no plano jurídico, Maine opôs fortemente à teoria imperativista, tese que reduziria o direito a um comando baseado em ameaças emanado de uma autoridade a qual se presta obediência habitual.

Essa tese, segundo Maine, criaria um deslocamento argumentativo que na verdade escamoteia o que é fundamental explicar, ou seja: o que torna esse comando algo jurídico? O que lhe dá esse caráter jurídico? Sua crítica vai mostrar que o comando nas sociedades primitivas se baseava no que ele chamava de *themistes* ou *domus*, ou seja, a ideia de que esse comando era francamente arbitrário, que era visto como uma expressão de um comando de ordem sagrada, emanado daquele que detinha autoridade.

Quando, desde logo, classificamos o comando baseado em ameaças, não explicamos propriamente o processo que induz progressivamente à juridicização desses comandos.

2.2.3. Ressonâncias da teoria de Maine

O trabalho inicial de Émile Durkheim, materializado no seu livro *Da Divisão do Trabalho Social*, traz a tese central esboçada no pensamento de Maine, porquanto, o direito aparece como o indicador do tipo fundamental de articulação social em um dado momento. Quando Maine definiu o *status* e o contrato como formas fundamentais de articulação das relações jurídicas para distinguir a sociedade arcaica da sociedade moderna, ele já havia apontado o direito como fundamento expressivo das formas prevalecentes de articulação da vida social.

Durkheim inaugurou uma linha da discussão sociológica na modernidade, entendendo-a como expressão de certa estruturação que será denominada de diferenciação funcional, que traz a ideia caracterizante do mundo moderno, segundo o que, era a divisão

do trabalho social que levaria ao primado de uma certa forma de articulação do liame social que ele vai chamar de solidariedade. E é isso que Durkheim vai essencialmente trabalhar no seu primeiro livro com o objetivo de explicar aquilo que gera a coesão social num horizonte que não encontra mais a forma de tecer o liame social num substrato comum dado pela religião ou por uma articulação moral de outra ordem. Esse é o horizonte fundamental da abordagem de Durkheim consignado ao final do prefácio à primeira edição do livro¹⁰⁵, cuja problemática era partilhada por outros autores do período.

Quando Durkheim pensou na sociedade pré-moderna, considerou uma sociedade na qual o liame social se estruturaria a partir de uma relação entre indivíduos que são semelhantes entre si, que partilhavam entre si uma consciência coletiva, abrangente e impositiva. Nessas sociedades inexistiria propriamente uma especialização entre intenções, e os indivíduos se encontrariam amalgamados nos grupos por eles compostos.

Assim, essas sociedades que seriam cronologicamente as primeiras, e encontrariam na solidariedade mecânica o vínculo moral que as estruturavam, que fazia a coesão social. Progressivamente, em virtude do adensamento das relações, das massas de pessoas, ocorreu naturalmente uma autonomização crescente a partir da divisão do trabalho social, o que conduziu a uma sociedade cujo liame se formou a partir de uma nova forma de articulação, que seria a denominada solidariedade orgânica.

Entretanto, diz Durkheim que, metodologicamente, a solidariedade era um fato que, ante a sua complexidade, escaparia da descrição mais consequente do analista social, por ser inapreensível em si. Por conseguinte, era impossível explicitar as formas fundamentais de solidariedade que estruturam as sociedades, a não ser pela observação e análise indireta.

É justamente aqui que Durkheim se aproxima da tese de Maine, ao definir que o indicador da forma prevalecente na solidariedade num determinado contexto histórico-social seria o direito, na medida em que o direito codifica em regras imperativas a vida social, ou seja, o direito reproduziria em si as formas prevalecentes do grupo social na medida em que

¹⁰⁵ Cf. Durkheim: “Quanto à questão que originou esse trabalho é a das relações entre a personalidade individual e a solidariedade social. Como é que, ao mesmo passo ele se torna mais autônomo, o indivíduo depende mais intimamente da sociedade? Como pode ser ao mesmo tempo mais pessoal e mais solidário? Pois é incontestável que esses dois movimentos, por mais contraditórios que pareçam, seguem-se paralelamente. É este o problema que nós colocamos. Pareceu-nos que o que resolve essa aparente antinomia é a transformação da solidariedade social, devida ao desenvolvimento cada vez mais considerado da divisão do trabalho, eis como fomos levados a fazer desta última o objeto de nosso estudo”. *In* Prefácio, p. L, DA DIVISÃO DO TRABALHO. Tradução: Eduardo Brandão. 4ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

ele regulamentava a vida social, de forma a dar às regras fundamentais daquela sociedade o seu caráter imperativo.

A solidariedade mecânica era aquela que se expressava essencialmente no direito repressivo, que seria próprio das sociedades pré-modernas, nas quais nós encontramos a presença intensa de crenças e práticas comuns, aquilo que Durkheim chamava de consciência coletiva. O direito tenderia a ser repressivo porque a consciência coletiva era muito forte, tendente a se impor a todos os indivíduos, e estabelecer um caráter refratário a condutas que a contrariavam.

Por outro lado, a característica da solidariedade orgânica era o direito restitutivo, que segundo ele, seria característico das sociedades funcionalmente diferenciadas - sociedades modernas - nas quais despontava um progressivo enfraquecimento da consciência coletiva e a emergência de uma consciência individual. O direito expressaria uma nova forma de configuração do liame social que não era mais a solidariedade mecânica, mas sim, a solidariedade orgânica. E para explicitar o que caracterizava essas duas formas da expressão do direito que, por outro lado, correspondem as duas formas de solidariedade que formam o mundo social, Durkheim concebeu que era por intermédio da sanção que seria possível distinguir o direito repressivo do direito restitutivo. Isso se deu porque Durkheim definia o direito como regra de conduta sancionada.

Por tudo isso, na primeira grande obra de Durkheim, no livro *Da Divisão do Trabalho Social*, o direito assumiu uma posição de absoluta centralidade, e figurou como o grande fato social a ser analisado. O direito era aquilo que permitia compreender como é que uma sociedade se articulava em um determinado contexto histórico. Observa-se, destarte, que a tese de Durkheim estava esboçada no pensamento de Maine, mas com um grau de visibilidade obviamente diverso, a exemplo do entendimento firmado por Durkheim de ser o contrato um fato social em sua essência.

Não obstante as particularidades das duas teses, fica claro que a passagem do status para o contrato de Maine aproxima-se da ideia de Durkheim, da passagem do direito repressivo para o direito restitutivo. Era a ideia que, analisando as instituições jurídicas, poderíamos recompor aquilo que o Maine teria denominado de sociedade em seus tempos primitivos, porquanto, o direito antigo era uma forma de acesso à sociedade no seu estágio rudimentar.

Destarte, Maine e Durkheim são autores que elegeram o direito como elemento expressivo da articulação da vida social¹⁰⁶, além de compartilharem o mesmo pensamento no sentido de distanciar as Ciências Sociais do pensamento filosófico especulativo.

Encontramos reflexos da tese de Maine, outrossim, em outros autores, a exemplo de Marcel Mauss, na abordagem que faz sobre a forma e a razão da troca nas sociedades arcaicas, que sugere um movimento de certa forma evolucionista das sociedades, atrelado ao direito, por assim dizer, que regula o modo de prestação no âmbito social, coletivo ou individual:

4. PRIMEIRA CONCLUSÃO

Assim, em quatro grupos importantes de populações, encontramos: primeiro, em dois ou três grupos, o *potlach*; depois, a razão principal e a forma normal do próprio *potlach*; e, mais ainda, para além deste e em todos os grupos, a forma arcaica da troca: a das dádivas oferecidas e atribuídas. Ademais identificamos a circulação das coisas nessas sociedades com a circulação dos direitos e das pessoas. Poderíamos, a rigor, ficar aqui. O número, a extensão e a importância desses fatos nos autorizam plenamente a conceber um regime que deve ter sido o de uma grande parte da humanidade durante uma longa fase de transição, e que ainda subsiste noutros povos além dos que acabamos de descrever. Eles nos permitem conceber que *esse princípio de troca-dádiva deve ter sido o das sociedades que ultrapassaram a fase da “prestação total”* (de clã a clã e de família a família), *mas que ainda não chegaram ao contrato individual puro*, ao mercado onde circula o dinheiro, à venda propriamente dita e, sobretudo, *à noção de preço calculado em moeda pesada e reconhecida*.¹⁰⁷ (itálico do autor)

A ideia da sociedade considerada primitiva, fundada naquilo que Maine define como *status*, também aparece no trabalho de Max Gluckman, quando este sugere que a análise de qualquer sistema legal tribal seria influenciada pelo fato que tais sociedades são organizadas em torno de relações de *status*:

Apresentei esse resumo porque ele mostra como uma tribo geográfica e culturalmente distinta dos Barotse tem a mesma ideia de dívida presente nos Barotse. [...] Entre os Kachin, há nitidamente um alto grau de especificidades nas relações dentro de uma situação economicamente diferenciada, dominada por laços de status. Cada relação tem atributos específicos, marcados por modos de comportamento convencionais (que Leach chama de “rituais”) e cada relação implica numa série de dívidas interligadas que devem ser ajustadas por pagamento por objetos específicos [...] Portanto a ofensa, ou se insere numa série de dívidas em relação de status já existentes, ou cria uma relação semelhante à relação de

¹⁰⁶ Portanto, assumem o paradigma normativo da coesão social, a exemplo de Radcliff-Brown.

¹⁰⁷ MAUSS, Marcel. SOCIOLOGIA E ANTROPOLOGIA. Tradução: Paulo Neves. 2ª Edição, São Paulo : Editora COSAC NAIFY, 2015, p.262.

status; [...] Minha sugestão é de que, ao analisarmos o direito Barotse, ou talvez qualquer sistema tribal, verificamos que cada doutrina é influenciado pelo fato da sociedade ser predominantemente organizado em torno de relações de status fixas, permanentes e múltiplas. Esse aspecto pareceu como fundamental na abordagem de Sir Henry Maine.¹⁰⁸

Norbert Rouland, ao abordar o pluralismo do direito na sua obra *Nos Confins do Direito*, faz alusão à tese de Maine para, reiterando a crítica às teorias conjecturais contratualistas, a seguir, sustentar o ponto de vista dos antropólogos no sentido que os fenômenos jurídicos são essencialmente plurais, produto de diferentes grupos humanos e que não estão atrelados de modo invariável à pré-existência estatal:

A antropologia enriquece consideravelmente a teoria política clássica, à qual ela se opõe. Os teóricos do contrato social (Hobbes, Locke e Rousseau) supõem que no estado de natureza os homens acabaram sentindo dificuldades em coabitar. Por intermédio de um contrato social baseado no apelo à Razão, inventaram a sociedade política, alienando-lhe partes variáveis de suas liberdades originais. Mas no final do século XIX, H. Sumner Maine, o primeiro grande antropólogo do direito da época moderna, replica fundamentando-se nos dados historicamente constatáveis: o estado de natureza dos filósofos é sobretudo o produto de suas fantasias, a sociedade civil não foi em absoluto gerada por um contrato, ela existe no mais longe que nosso olhar possa dirigir-se sob a forma de organizações familiares patriarcais que se desenvolvem na ausência do Estado. Para os filósofos, o direito é natural e a política, um artefato; para o antropólogo, a política é um dado primeiro, enquanto que os fenômenos jurídicos, essencialmente *plurais*, não passam do produto de diferentes grupos humanos. Portanto, a unidade política e social pode ser assegurada por mecanismos não estatais: relações de trocas entre clãs, cultos comuns, cooperação econômica etc. [...] Entretanto, a verdade é que o Estado apareceu ainda assim, Por quê? A questão continua a obcecar politistas e antropólogos. Para Sumner-Maine, sujas teorias são largamente retomadas mais tarde, as comunidades originais tiveram de incorporar recém-chegados cuja integração não foi possível assegurar pela parentalização, mesmo fazendo-a repousar em ficções (convinha-se, mesmo que isso fosse biologicamente falso, que tal indivíduo era vinculado a tal clã). A partir de certo limiar, o princípio territorial impôs-se à organização familiar como traço de união entre grupos cuja heterogeneidade ficava cada vez mais manifesta: era o primeiro passo para o Estado territorial. Passo decisivo, mas que muitos outros tiveram que dar. Pois das sociedades acéfalas aos Estados modernos, a antropologia jurídica nos põe diante de múltiplas formas de Estados tradicionais, cujos dirigentes se esforçam com maior ou menor sucesso, para realizar o equilíbrio entre

¹⁰⁸ GLUCKMAN, Max. OBRIGAÇÃO E DÍVIDA. In ANTROPOLOGIA DO DIREITO. ESTUDO COMPARATIVO DE CATEGORIAS DE DÍVIDA E CONTRATO, organizado por SHELTON H. DAVIS. Rio de Janeiro: Editora ZAHAR, 1973, p. 34-35 e 55.

seus poderes e os que continuam nas mãos da autoridade clânicas, religiosas ou rituais.¹⁰⁹

Num derradeiro exemplo, observa-se que a clivagem feita por Maine entre *status* e contrato também encontra um paralelo no trabalho de Pierre Clastres, reverberando na oposição que este autor faz entre sociedades com Estado e sociedades sem Estado, consoante assinalado por Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman:

O fato é que a questão do poder encontra-se no cerne da própria constituição do pensamento antropológico, exprimindo-se antes de tudo por meio de um grande divisor que separa as sociedades propriamente políticas e mais evoluídas – baseadas na associação contratual entre indivíduos livres vivendo sobre um território e consentindo em transferir sua soberania, sob a forma de representação, para um poder central, o Estado – daquelas sociedades, arcaicas, selvagens ou primitivas, que se articulam a partir de *status* previamente atribuídos a grupos definidos por relações de sangue e que, na ausência de todo poder centralizado, exercem sua autoridade de forma direta. Situada na raiz da própria constituição da antropologia, a oposição proposta por Henry Maine desde 1861 entre o *status* e o contrato coincide em todos os pontos com aquela entre sociedades sem Estado e sociedades com Estado.¹¹⁰

2.3. Conclusão do Capítulo

O presente capítulo buscou reiterar a importância da tese evolucionista de Sir Henry James Sumner Maine para a época na qual foi elaborada, num contexto geopolítico marcado pela conquista colonial, e numa configuração epistêmica propícia para a fixação definitiva do campo das Ciências Sociais, e que permitiu o surgimento concomitante de outros trabalhos científicos relevantes, “com o objetivo de estabelecer um verdadeiro *corpus* etnográfico da humanidade”, conforme as palavras de François Laplantine¹¹¹. A obra de Maine é um marco para a antropologia, e também, para a sociologia, destacadamente nas suas vertentes jurídicas.

A relevância do trabalho de Maine no campo do saber antropológico, como visto, se dá especialmente por três motivos: (i) foi em *Ancient Law* que ele estabeleceu a clivagem

¹⁰⁹ ROULAND, Norbert. NOS CONFINS DO DIREITO. Tradução: Maria E. de A. Prado Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 218-219.

¹¹⁰ CLASTRES, Pierre. A SOCIEDADE CONTRA O ESTADO. Tradução: Theo Santiago. Prefácio de Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman Editora COSAC & Naify. 2003. São Paulo, p. 11.

¹¹¹ LAPLANTINE, p 65: “Em 1861, Maine publica *Ancient Law*; em 1861, Bachofen, *Das Mutterrecht*; em 1864, Fustel de Coulanges, *La cité antique*; Em 1865, MacLennan, *O casamento primitivo*; em 1871, Tylor, *A cultura primitiva*; em 1877, Morgan, *A sociedade antiga*; em 1809, Frazer, os primeiros volumes do *Ramo de Ouro*.”

inicial distintiva do campo da análise antropológica, focada nas denominadas “sociedades primitivas”, o que, diga-se, demonstra o elevado etnocentrismo que este fundamento carregava, destacadamente por uma falha de método científico; (ii) o distanciamento do discurso filosófico que até então dava arrimo às denominadas teorias conjecturais concernentes ao contrato social, a exemplo das teorias de Hobbes e Locke, e assim, inaugurar um novo modelo de estudo do homem em sociedade, a partir da sua concretude empírica e não mais especulativa, para o que ganhava espaço a denominada “antropologia de gabinete”, baseada no positivismo documental; (iii) a inauguração de certos debates de natureza jurídica, sobretudo, em relação à origem dos elementos de juridicização.

O ponto fundamental que procurou-se realçar neste trabalho diz respeito aos estágios de desenvolvimento do direito e da sociedade, que segundo a teoria de Maine, seguiria teleologicamente uma trajetória que iria do *status* para o contrato nas sociedades primitivas progressistas ou dinâmicas. Assim, nas sociedades primitivas, o direito teria uma relação imediata com o *status*, que tinha o grupo familiar como sujeito de obrigações na esfera privada, inexistindo para tais sociedades a espécie correlata aos direitos individuais, assim como conhecemos na atualidade.

Progressivamente, a dinamicidade e o adensamento das relações conduziriam à complexidade maior do liame social, o que remeteria cada vez mais a regulação do indivíduo para a esfera pública, sobretudo, como um resultado reflexivo da progressão da liberdade de acordo de vontades racionalmente motivadas.

Registre-se que este entendimento de natureza evolutiva tinha lastro na teoria darwiniana da evolução das espécies, o que, possivelmente, somado à reformulação epistemológica experimentada no período, dada notadamente pelo cogito moderno, chancelava a teoria evolucionista de Maine, atrelada à ideia de uma concepção linear do tempo que conduziria esse movimento de evolução das sociedades com fundamento em princípios básicos da construção da ordem jurídica, que seriam, sucessivamente, o *status* e o contrato.

E esse mesmo fundamento parece ter sido captado por Émile Durkheim posteriormente, na formulação da teoria da sua primeira grande obra *Da Divisão do Trabalho Social*, que as sociedades passariam da fase pré-moderna para a moderna, a partir do que denominou de “solidariedade”, tida como forma de articulação do liame social, e que somente poderia ser detectada por meio do direito, que era o seu indicador. Assim, a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica de Durkheim, distinguíveis pelo tipo de

sanção preponderante no bojo da sociedade – repressiva ou restitutiva -, perfazia, grosso modo, o paralelo entre o *status* e o contrato da teoria de Maine. Merece pontuar que para Durkheim, o contrato era considerado um fato social em sua essência. Em suma, tanto para Maine como para Durkheim, o direito era o elemento que expressava a forma de evolução das sociedades.

Ao final, procurou-se demonstrar que a teoria evolucionista de Sir Henry James Sumner Maine inserta no livro *Ancient Law*, desde então, tem causado reverberações no trabalho de outros autores, ainda que sua tese evolucionista tenha sido considerada superada.

Nessa pesquisa, a questão abordada neste capítulo pode caracterizar um habitus que perdurou até a modernidade na sociedade ocidental, compartilhado socialmente, que centrava a regulação qualificada como jurídica na forma do direito, que por sua vez, seria uma criação de base metafísica. Sir Henry J. Maine inaugurou a abordagem científica do direito, ao propor sua teoria evolucionista, gradualmente superada, porém, registrada sua importância, por induzir a uma mudança de paradigma.

CAPÍTULO 3 - O CLÁSSICO DEBATE DWORKIN X HART: A DISPUTA DE POSIÇÃO NO CAMPO JURÍDICO, CENTRADA NO *HABITUS JURÍDICO*

O texto apresentado ao final da disciplina *Temas e Leituras Contemporâneas em Teoria do Direito II (Análise Comparada) – DFD-1859-I*, centrou-se em aspectos da discricionariedade e da interpretação, segundo a concepção de direito de Ronald Dworkin. O ponto central do seu pensamento, que alimenta a clássica discussão Dworkin *versus* Hart, e que recrutou para o debate outros intelectuais do campo jurídico, seria, *prima facie*, uma questão afeta à dogmática jurídica, e assim, poder-se-ia se resumir numa disputa de essência tecnológica do direito, com o intuito de apresentar a forma de decidibilidade mais adequada do ponto de vista analítico do direito.

Na presente dissertação, repita-se que a abordagem jurídica é estritamente científica, o que acena sua abertura para um enfoque zetético¹¹², e nessa linha, é impossível defender qualquer das posições dos envolvidos no debate, porquanto, na visão e linguagem de Bourdieu, esse debate não seria nada mais do que uma disputa de forças entre agentes que transitam no *campo jurídico*, e o que importa nesse embate, é a quantidade de *capital* que cada um detém para disputar o jogo do poder, a fim de fazer prevalecer a sua *visão de mundo* relativamente a este campo. Ademais, o apego ao fundamento filosófico (filosofia da linguagem, filosofia do direito, etc), distancia os agentes da cientificidade, inserindo a controvérsia no plano da metafísica, da solução argumentativa, o que faz se assemelhar tais posições com as *teorias conjecturais do direito*, criticadas por Maine em sua obra *Ancient Law*, consoante exposto no capítulo anterior.

A centralidade do debate, pelos autores, em argumentos fundados preponderantemente na dogmática jurídica, sugere a atuação de um *habitus* (*habitus jurídico*), o que revela a importância deste capítulo para integrar o corpo da dissertação.

3.1. Estrutura geral do pensamento de Ronald Dworkin sobre Discricionariedade e Interpretação.

¹¹² Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr, sobre os enfoques teóricos dogmático e zetético do direito. In FERRAZ JUNIOR, Tércio S. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO. Editora ATLAS. 6ª Edição, revista e ampliada. São Paulo. 2012. p.16-28.

Ronald Dworkin, ao estruturar seu pensamento sobre a interpretação do direito, parte da premissa que os profissionais do direito divergem em muitas ocasiões, não só em relação à interpretação dos fatos (questões de fato históricos, de concretude empírica), mas também, quanto ao significado ou sentido das próprias normas jurídicas (questões teóricas, intelectivas ou racionais), o que, por conseguinte, evidencia uma substancial dimensão teórica das discussões jurídicas (*theoretical disagreement*).

Essa divergência teórica do direito decorreria, mormente, da ideia de obscuridade de uma norma que se origina de argumentos contrapostos sobre a justificativa da melhor adequação da norma, entendida num ou noutro sentido das práticas sociais. Tal questão, destaca o autor, tem natureza filosófica, que pode ser enfocada sob uma perspectiva epistemológica (*legal reasoning*) e sob uma perspectiva ontológica: qual fato do mundo que qualifica uma proposição jurídica como verdadeira ou falsa?

No campo da interpretação jurídica, Dworkin refuta aquilo que denomina de teorias semânticas do direito¹¹³, por serem teorias criadas por alguns filósofos do direito com o intuito de identificar os critérios linguísticos utilizados por advogados na análise das proposições jurídicas¹¹⁴. Este argumento, segundo o qual a possibilidade de existência de algum debate ou ideia significativa sobre *o que é o direito*, dependeria de um compartilhamento de critérios factuais sobre os fundamentos do direito entre advogados, promotores e juízes, recebeu de Dworkin o título de *aguilhão semântico*.

Ronald Dworkin se opõe às teorias semânticas sob o argumento de que o direito é um conceito interpretativo, e o ponto central deste seu pensamento ele denomina de *integridade*, que considera o direito uma *prática concreta*: as práticas jurídicas, se reformam por meio da reflexão crítica que revela um direito preexistente. Esse conceito interpretativo do direito proposto por Dworkin, outrossim, rejeita o convencionalismo e o pragmatismo¹¹⁵.

¹¹³ Entre as quais: o *positivismo jurídico* (baseia a análise linguística das proposições jurídicas em critérios factuais ou fatos sociais); o *jusnaturalismo* (análise das proposições jurídicas não só em critérios factuais, mas também, em critérios morais); o *realismo jurídico* (as regras linguísticas tornam as proposições jurídicas como prenunciativas ou auxiliares, e o mais importante para o conteúdo o direito são as decisões judiciais).

¹¹⁴ Cf. Dworkin, “O Império do Direito”, no tópico “Verdadeiro argumento em favor das teorias semânticas”: Dworkin afasta a ideia de que a discussão tenha por objeto, de fato, o conteúdo do direito, pois, a lógica de tais teorias é o argumento, em suma, “[que]a menos que advogados e juízes compartilhem critérios factuais sobre os fundamentos do direito, não poderá existir nenhuma ideia ou debate significativos sobre o que é o direito”. DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. tradução: Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Editora Martins Fontes, 3ª Edição, 2014, , p. 52 a 54.

¹¹⁵ Cf. Dworkin, “O Império do Direito”: “O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente com os outros.”. Op. Cit. p. 488 a 489.

A ação interpretativa do direito é, portanto, racionalmente orientada em busca de uma intencionalidade (point) no empreendimento a ser interpretado – a prática que combina valor e conteúdo finalístico -, e se desdobra em três etapas qualificadas como construtivas: (i) pré-interpretativa na qual se identificam as regras e os padrões ou paradigmas que fornecem o conteúdo experimental da prática; (ii) interpretativa, na qual o intérprete se baseia numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa anterior; e (iii) pós-interpretativa, ou reformadora, na qual o intérprete ajusta (*adjust*) o seu senso (*sense*) daquilo que a prática exige efetivamente para melhor servir à justificativa que é aceita na etapa anterior.¹¹⁶

No tocante à discricionariedade, Dworkin destaca que sua conceituação não é unívoca, e acentua a sua importância na seara dos princípios, não na forma do argumento positivista. A discricionariedade está associada a dois elementos: padrões e autoridade. Dworkin sugere a análise da discricionariedade em dois sentidos: fraco e forte.

Em sentido fraco, deve ser entendida como (i) a impossibilidade da autoridade aplicar padrões “mecanicamente”, ou (ii) a impossibilidade de revisão da decisão. No sentido forte, o ato de decidir não estaria limitado pelos padrões da autoridade, porém, isso não desobriga a observância de padrões de racionalidade, equidade e eficácia.

Nesse contexto, a discricionariedade em sentido fraco seria a linha adotada pelos nominalistas e, preponderantemente, pelos positivistas, os quais, ao menos em algumas circunstâncias, adotariam o seu sentido forte, quando se teria relevância para análise dos *princípios*, razão pela qual, Dworkin trata da discricionariedade em seu *sentido forte*.¹¹⁷

3.2. Críticas discutidas no curso, exemplo paradigmático e posição própria

Em *JUDICIAL DISCRETION*¹¹⁸ Dworkin aduz que os leigos entendem que as decisões judiciais se fundariam sempre em princípios existentes, predefinidos, e não por princípios novos, inventados pelo aplicador do direito. Assim, as incongruências verificadas na aplicação do direito seriam meras anomalias, erros. Dworkin critica este pensamento

¹¹⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 197 a 233.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.. p. 50 a 63.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion, The Journal of Philosophy, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting (Oct. 10, 1963), pp. 624-638.

asseverando que no meio profissional jurídico, no entanto, o entendimento é oposto ao do leigo, pois em determinadas controvérsias, o conjunto de regras existentes não é suficiente para aplicar o direito ao caso concreto, razão pela qual, seria imprescindível o exercício da discricionariedade judicial como uma emanção crítica reflexiva do empreendimento racional reformador do direito, que não pode ser confundida com a mera escolha infundada, motivada em preferências subjetivas daquele que decide discricionariamente, ainda que esteja legitimado para tanto sob o aspecto estritamente formal.

Dworkin afirma a existência de dois argumentos diferentes, que corroboram o erro deste ponto de vista do leigo: um primeiro, denominado *argumento radical*, e outro que faz menção aos *hard cases*. De acordo com o *argumento radical*, o leigo estaria errado mesmo que toda e qualquer controvérsia jurídica tivesse previsão nos estatutos legais promulgados, ou ainda, no direito comum. Aduz Dworkin que, mesmo que o juiz tivesse uma opinião em conformidade com determinada regra jurídica válida, ele não estaria inexoravelmente vinculado pela mesma, pois os princípios antecedentes nunca determinam o resultado da definição do direito num caso concreto.

O desfecho do famoso caso *Riggs vs Palmer* (caso Elmer)¹¹⁹, visto sob o prisma da ausência de vinculação à regra preexistente – e não no horizonte do desacordo teórico - serve de paradigma para sustentar o *argumento radical*, porquanto, em que pese inexistir regra válida expressamente impeditiva da adjudicação da herança em favor de Elmer, o Tribunal negou-lhe este direito. Destaque-se que, na verdade, a divergência verificada na hipótese em comento teve como pano de fundo a busca da verdadeira natureza do direito, quando o sistema jurídico é interpretado com suficiente profundidade teórica.

Em relação ao segundo argumento – *hard case* -, o leigo também estaria enganado, pois o tipo da controvérsia que se configuraria nesse sentido, consoante afirmado ao final do parágrafo anterior, se reporta aos fundamentos do direito: Aquilo que devemos reconhecer como sendo ou não relevante para a adjudicação. A título de exemplo, um positivista poderia dizer que a solução do caso Elmer era fácil: bastaria olhar para o direito e concluir que Elmer é herdeiro, pois o estatuto sucessório não previa qualquer impeditivo ao exercício deste direito. Noutra extremo, à luz da concepção de justiça, também era fácil decidir: seria injusto ele receber a herança, pois Elmer estaria se valendo da própria torpeza.

¹¹⁹ Cf. Dworkin, in “O Império do Direito”: Em breve síntese referencial do caso, Elmer assassinou seu avô por envenenamento, e pleiteava o direito de receber os bens que seu avô lhe deixou em testamento. O que motivou o assassinato foi o receio que seu avô, que recentemente havia se casado novamente, alterasse o testamento em seu desfavor. A controvérsia discutida no tribunal de Nova York consistia em decidir se Elmer teria ou não direito à herança. Op. Cit., p. 20 a 25.

Como se nota, um caso será fácil (*easy*) se tivermos uma certa concepção do direito que separa muito claramente essa dualidade de posições. No entanto, o caso poderá ser *hard*, se for entendido que a questão da justiça não é totalmente clara, e perfaz uma questão da definição do que é o direito. O juiz tem que aplicar o direito e não pode separar as duas coisas: o aspecto jurídico e o aspecto moral.

O caso configura-se *hard* justamente porque, ao enfrentar a questão, temos que responder se o fundamento do direito depende exclusivamente de fatos sociais dotados de autoridade ou se depende, também, de suas fundamentações morais, ou seja: o que tornaria um caso *hard*, portanto, não seria a sua disputabilidade em si, mas o tipo de disputa que eventualmente ele exigiu, e que alimenta um desacordo teórico (*i.e.*, o desacordo entre proposições jurídicas cujo valor de verdade depende do significado atribuído ao direito).

O fato do desacordo teórico se manifestar por meio da argumentação, com o escopo de desvelar o fundamento do direito (*grounds of law*) aplicável, informa a relevância de aspectos filosóficos da linguagem na definição do valor de verdade da proposição jurídica. Não se pode olvidar que, para o convencionalismo o valor de verdade de uma proposição jurídica é a fonte social, uma convenção, do que exsurge o caráter descritivo, que afasta qualquer valoração moral do direito. Na teoria interpretativa do direito de Dworkin, por outro lado, o valor de verdade inclui a análise do seu conteúdo valorativo, mediante um compartilhamento racional, de caráter prescritivo.

Faço tais anotações porque o desacordo teórico, segundo Dworkin, traz à baila, outrossim, é um problema filosófico que pode ser descrito de duas formas distintas: primeiro, de uma perspectiva *epistemológica*, como sendo um problema de raciocínio jurídico e, segundo, de uma perspectiva *ontológica*, que diz respeito sobre o que deve ser considerado no mundo para decidir se a proposição de verdade é verdadeira ou falsa.

Considerando-se o exemplo do caso *Riggs vs Palmer*, após resolvidas as controvérsias fáticas, caberia então questionar qual seria a forma mais adequada de raciocínio para se chegar ao entendimento (questão epistemológica) do que é o direito, assim como definir qual seria o fato do mundo (questão ontológica) que tornaria verdadeira a proposição jurídica que fundamentou tal raciocínio. O argumento para sustentar que o homicida não pode receber a herança deixada por sua vítima, traduz a questão do conhecimento, epistêmica, que advém do valor de verdade da proposição tida como verdadeira, ou seja, chancelada pelo fato do mundo ou questão ontológica.

Nesse contexto de viés filosófico, por conseguinte, a existência de uma regra em sentido amplo (i.e, algum princípio moral compartilhado), que enuncie que *ninguém pode se valer da própria torpeza*, se adequaria como fundamento ontológico da decisão final do caso Elmer, cuja razão, de natureza não convencional, perfaz o elemento epistêmico, a fim de afirmar ‘qual é o direito’ aplicável para a solução da controvérsia e, destrate, lançar mão da discricionariedade em seu sentido forte para adjudicar o seguinte: o homicida não pode não receber a herança deixada por sua vítima.

Nesse sentido, portanto, poder-se-ia argumentar que o desacordo do *hard case* foi solucionado por meio do poder discricionário do juiz, manuseado na forma da ação interpretativa de Dworkin, sob o prisma epistêmico e ontológico, ou seja, a partir de um tipo de *equilíbrio reflexivo* do procedimento construtivo, reformando-se práticas jurídicas, a exemplo do processo levado a cabo no hipotético *romance em cadeia*.

Por outro lado, na visão *hartiana* convencionalista, o argumento ontológico do procedimento de interpretação e aplicação do direito estaria associado à regra de reconhecimento, e assim, a solução do caso Elmer, num primeiro momento, deveria se adequar à lei válida então existente – a regra primária -, segundo a qual, inexistiria impeditivo para o recebimento da herança. Nessa linha de raciocínio, a *picada semântica* escamotearia o desacordo teórico, tornando incompatível a afirmação do *hard case*.

Mas como visto, existem compromissos pré-reflexivos que impedem uma visão estática da conceituação do direito, ante o que, a coisa no mundo que vai sustentar *o que é o direito*, para definir o valor de verdade da proposição, vai depender de se considerar plausível a configuração efetiva do *hard case*, adjudicável por intermédio de um empreendimento construtivo, conforme a proposta de Dworkin.

A respeito do procedimento construtivo, Dworkin faz menção à existência de três *críticas* da sua teoria interpretativa do direito¹²⁰: (i) que ele entendeu mal o que realmente significa a interpretação, pois, teria desconsiderado a sua natureza descritiva diacrônica, (ii) que a interpretação teria um efeito indesejável de tornar o direito mais atrativo do que realmente é; (iii) que pelo fato da interpretação ser um processo subjetivo, seria impossível crer que sempre haveria uma resposta correta, notadamente nos *hard cases*.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald: ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 80, H. 4 (1994), pp. 463-475 Published by: Franz Steiner Verlag Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/23679854>, Tradução in Dworkin DIREITO, FILOSOFIA E INTERPRETAÇÃO RONALD DWORKIN Kobe Lecture Cad. Esc. Legisl. Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

Em resposta às críticas, Dworkin aduziu que: (i) a interpretação tem um objetivo finalístico - que é um dos componentes da atitude interpretativa, junto com a valoração valor da prática que na qual se insere -, razão pela qual, a característica descritiva é superada pela finalidade de fazer – ou prescrever - o seu objeto o melhor que ele possa ser; (ii) considerando-se a estrita relação com a primeira crítica, apenas acrescentou que a história deve ser descrita como ocorreu de verdade, e que por vezes é importante mostrar o quão ruim foi; (iii) por fim, contra a última crítica ele argumentou que tem a convicção de que o direito não trata de desvelar eventos históricos, mas sim, de *interpretar* tais eventos, ante o que, o seu caráter subjetivo seria uma condição necessária, racionalmente focada na busca da melhor resposta possível.

No debate contemporâneo da teoria do direito, o contexto exposto até então envolvendo questões concernentes à interpretação do direito à luz do pensamento *dworkiano* - destacadamente em relação à discricionariedade judicial, *hard cases* e desacordos teóricos -, não poderia deixar de fora a discussão filosófica sobre a conexão entre a filosofia da linguagem e a filosofia do direito. Uma crítica de significativa relevância, advém da opinião compartilhada por muitos filósofos do direito sobre a existência de uma conexão necessária entre a filosofia da linguagem e a filosofia do direito.

Sobre essa questão, Michael Stephen Green, argumentou¹²¹ que, em suma, a suposta conexão necessária existente entre as filosofias da linguagem e do direito tem origem num erro filosófico o qual ele denominou de *falácia de Dworkin*, em homenagem a este último que, segundo Green, teria sucumbido ao erro por considerar a vinculação necessária entre as teorias do significado e as teorias do direito. A gênese deste erro estaria no debate filosófico no campo da linguagem, mais precisamente com relação ao significado e a referência das palavras, que estariam atrelados às questões fundamentais do método filosófico.

Para explicitar com maior clareza sua crítica, Green parte de uma discussão relevante no âmbito da filosofia da linguagem, sobre significado e referência das palavras, e assim, aborda o debate entre as teorias *tradicionais* e as *realistas*, a fim de analisar as ramificações da filosofia da linguagem para a filosofia do direito¹²².

¹²¹ GREEN, Michael S, Dworkin's Fallacy, Or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law. Virginia Law Review, Vol. 89, pp. 1897-1952, 2003. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=488163>

¹²² Em suma, (i) as *teorias filosóficas tradicionais* identificam o significado a partir de critérios (ou conjunto de critérios) compartilhados, os quais são utilizados para definir o enquadramento de algo, e também as suas condições de existência, o que é levado a cabo pela reflexão analítica. Geralmente, essa análise não abarca toda a extensão de significado da palavra, e a abstração é sua principal característica, razão pela qual, melhor se enquadra como uma análise de conceitos do que de significados linguísticos, e tem um viés nitidamente

Dworkin, em sua teoria interpretativa, assevera Green, utilizaria argumentos semelhantes aos manuseados pelos realistas justamente para reforçar seu ponto de vista que o direito não é definido por acordo ou convenção (o que perfaz o fundamento das teorias tradicionais do significado, ao afirmarem a existência de um compartilhamento de critérios, ou de conjunto de critérios).

Para a teoria tradicionalista, qualquer desacordo de uma proposição jurídica em relação aos fundamentos do direito seria um indicativo de que as pessoas estariam apenas atribuindo significados diferentes à palavra *direito*, o que seria um equívoco decorrente da *picada semântica*¹²³. Green considera que Dworkin evita o tradicionalismo e o realismo metafísico, e deduz que sua teoria do significado se aproximaria da teoria da reflexão crítica¹²⁴.

Por conseguinte, conclui que se utiliza de uma teoria interpretativa do significado para ajustar-se às intuições realistas sobre o significado da palavra *direito*. A estratégia de Dworkin configuraria um *erro* metodológico filosófico, consistente em confundir a prática de descrever uma prática com a própria prática descrita.

Noutro ponto, Dworkin estaria errado em assimilar as teorias do significado e do direito porque as inconsistências verificadas nas teorias tradicionais do significado que foram superadas pela teoria interpretativa, não justificaria a rejeição do convencionalismo ou a aceitação do interpretativismo na teoria do direito¹²⁵.

Em suma o caráter interpretativo das práticas linguísticas de usar a palavra “direito” não seria a razão das práticas jurídicas serem interpretativas. Para contrapor tal assertiva, poder-se-ia suscitar que o direito é interpretativo, não por causa de uma teoria do significado da palavra *direito*, mas porque evidências independentes mostram que as práticas jurídicas, de fato, se reformam por meio da reflexão crítica de uma maneira que revela um direito preexistente, na linha de Dworkin. Todavia, ainda assim, essa justificativa seria criticada no

convencionalista; (ii) as *teorias realistas*, que se opõem às *teorias tradicionais*, afirmam que a referência de uma palavra não decorre de critérios compartilhados – aceitos por indivíduos ou comunidades linguísticas -, mas sim de critérios reais do mundo alheios à consciência das pessoas, ou estruturas subjacentes de algumas coisas no mundo – portanto, não convencionais -, o que perfaz o ponto crucial de distinção com as teorias tradicionais.

¹²³ O tradicionalista trata erroneamente esse desacordo como sendo trivial, “resolúvel por simples desambiguação”, porém, o desacordo não é trivial, haja vista que não se discute o significado da palavra “direito”, mas sim, o conceito de direito.

¹²⁴ Semelhante ao processo de reforma das nossas práticas dedutivas (“círculo virtuoso”), proposto por Nelson Goodman, e o “equilíbrio reflexivo” de John Rawls. A reflexão crítica concede a capacidade de reforma crítica do significado, o que permite que o significado da palavra “direito” seja estável e determinado.

¹²⁵ Para explicar o erro apontado, Green cita o exemplo da aplicação da teoria interpretativa do significado à palavra “convenção”: as convenções são *práticas* – fatos no mundo -, e por serem claramente *convencionais*, dificulta confundi-las com outras práticas potencialmente *não convencionais* de uso da palavra “convenção”. Op. cit. p. 1919.

sentido de ir de encontro à picada semântica, haja vista que o objetivo desta última é justamente demonstrar a falha da teoria tradicional do significado quando aplicada à palavra direito.

Para Andrew Halpin, a crítica formulada por Green objeta diferenças existentes entre as práticas da linguagem e as práticas direito, as quais seriam improcedentes por dois motivos: (i) tais objeções ultrapassariam a preocupação de identificar uma conexão necessária entre a filosofia da linguagem e a filosofia do direito¹²⁶.

O fato do direito estar relacionado com a coerção estatal estaria muito além da discussão concernente à inexistência de conexão entre as filosofias da linguagem e do direito; (ii) outrossim, teria confundido a diversidade das práticas com a necessidade de variedade na análise filosófica, pois o fato da prática da linguagem ser acessível a uma comunidade inteira que fala um certo idioma ao passo que a prática do direito se restringe aos profissionais do direito, seria insuficiente para ensejar uma análise diferente das práticas linguísticas envolvidas em ambas situações.

Por outro lado, a objeção mais forte de Green¹²⁷ contra a afirmação que tanto a prática da linguagem como a prática do direito são práticas interpretativas, pode ser contraposta, ainda, por dois argumentos: (i) a possibilidade de existência de uma conexão indireta ou instrumental entre os avanços de uma prática e os avanços da competência linguística para discutir a prática, o que seria reconhecido pelo próprio Green; (ii) a existência de uma efetiva conexão direta entre o direito e a linguagem, haja vista que os requisitos do direito são expressos em linguagem, o que associa a melhoria no esclarecimento dos requisitos do direito com a melhoria da linguagem, ainda que não se pense num vínculo causal e peculiar. Green se opõe a tais argumentos¹²⁸, e aduz que não teria negado imperativamente a existência de uma conexão relevante entre as filosofias da linguagem e do direito, mas apenas seria céptico no sentido que a filosofia da linguagem pudesse proporcionar um interesse maior à filosofia do direito.

¹²⁶ HALPIN, A. "Or, Even, What the Law Can Teach the Philosophy of Language Halpin Response to Green's Dworkin's Fallacy, 91 Va. L. Rev. 175 (2005)

¹²⁷Cf. Halpins, op. cit.: o compromisso prerreflexivo do direito como prática moral, na teoria interpretativa dworkiana, seria para Green o motivo preponderante da *diferença* existente entre a prática reflexiva da linguagem e a prática reflexiva do direito, reforçando a tese da "falácia de Dworkin". Aduz Halpins que, para Green, este argumento comprovaria a inexistência de uma conexão necessária entre as práticas linguísticas e a prática do direito.

¹²⁸ Green, Michael S, Halpin on Dworkin's Fallacy: A Surreply. Virginia Law Review, Vol. 91, pp. 187- 201, 2005. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=716344>

Num indicativo da existência da conexão, destarte, é incontestado que as práticas jurídicas incorporam práticas linguísticas, e também inexistente razão para acreditar que a semântica aplicada às palavras fora do direito também não possa ser aplicada às palavras usadas dentro do direito, ou seja, nas práticas jurídicas. Desta forma, reafirma-se que a denominada *Dworkin's fallacy* caracteriza-se exclusivamente pela confusão da prática de descrever uma prática com a prática descrita, o que não incluiria a crença de que as práticas jurídicas possam incorporar práticas linguísticas, como reflexo da existência de uma forma de conexão entre as filosofias da linguagem e do direito.

É por esse motivo e nesse sentido apenas que o autor da *Falácia de Dworkin* consideraria insignificante essa conexão cogitada pelos filósofos do direito, o que, todavia, não torna irrelevante de forma alguma a filosofia da linguagem para pensar questões metodológicas da teoria do direito.

Num determinado sentido dado à expressão *Dworkin's fallacy*, há concordância do próprio Dworkin¹²⁹, porém, ele assevera que o nome deve ser alterado, haja vista não ser ele o autor da falácia. Dworkin afirma crer que o *conceito doutrinário*¹³⁰ do direito é interpretativo, e da mesma forma, as condições de verdade das proposições do direito também seriam interpretativas, mas isso não quer dizer que pense que esta última crença siga a primeira.

Nesse sentido, teria utilizado três capítulos do *Império do Direito* para abordar sobre outras teorias concernentes às condições de verdade das proposições do direito, que igualmente seriam compatíveis em tratar o conceito doutrinário como interpretativo.

Por conseguinte, Dworkin assevera que Green é quem comete a uma falácia ao dizer que ele faz argumentos sobre o significado semelhante aos realistas, a fim de atacar a posição jurisprudencial de que o direito é definido por acordo ou convenção.

3.3. Conclusão do Capítulo

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. The concepts of law. In: DWORKIN, Ronald. Justice in robes. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006h. p. 223-240. (reply to Green)

¹³⁰ Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, op. cit, p. 244: “Direito em sentido doutrinário refere-se “[ao] conceito de ‘direito’ de algum lugar ou entidade no sentido de obter determinado efeito: usamos esse conceito doutrinário quando dizemos, por exemplo, que perante o direito de Rhode Island um contrato assinado por alguém com menos de doze anos é nulo [...] ele se refere, portanto, ao nosso uso do conceito de direito quando formulamos proposições jurídicas com valor de verdade. Elas são típicas nos discursos dos juízes, promotores e advogados.”

Sobre a crítica concernente à conexão necessária e relevante entre as filosofias da linguagem e do direito, é possível enxergar um horizonte no qual Dworkin aproveita a estrutura do pensamento da filosofia da linguagem, sob o aspecto interpretativo do significado das palavras, para alicerçar o fundamento filosófico da teoria interpretativa do direito que propõe, o que foi objeto de intensa crítica, ao lhe imputar a incidência de erro metodológico consistente na indevida confusão entre as práticas linguísticas e as práticas jurídicas.

Todavia, da análise das teorias tradicionais e realistas concernentes ao significado e referência das palavras, é possível identificar elementos e caracteres que, no conjunto, induzem de forma lógica ao entendimento da existência, de fato, de uma conexão relevante entre as filosofias da linguagem e do direito, pois, a pergunta sobre o que é o direito, é constitutiva do que é o direito. Dworkin aduz que o direito é uma prática em si interpretativa, não é uma prática na qual existe interpretação, uma prática na qual os agentes interpretam: é uma prática ela mesma interpretativa. Não é possível descrever o que é o direito senão como prática interpretativa.

O texto *Dworkin's fallacy* informa uma aparente confusão entre a ideia de falar sobre o direito e entender que o direito é uma atividade que envolve a busca de um valor de verdade, e mais, que a busca por este valor de verdade segue uma certa gramática, que pra entender a natureza desta gramática é necessário entender qual é a natureza do tipo de desacordo, do tipo de argumentação. E se adotada a linha de pensamento convencionalista, segundo a qual o direito decorre da convenção ou acordo entre os profissionais da área jurídica, por conseguinte, as práticas jurídicas podem ser equiparadas na essência, às práticas linguísticas, que, segundo a teoria tradicional do significado, afirma que é a convenção ou acordo o ponto crucial da definição do significado das palavras, não obstante tal entendimento ser considerado falho por Dworkin, ante a ocorrência daquilo que denominou de *picada semântica*.

Nesse prisma, poder-se-ia cogitar, a título exemplificativo, que o valor de verdade da proposição jurídica que pudesse permitir que Elmer recebesse a herança (caso *Riggs vs Palmer*), *em tese*, teria suporte na prática linguística reformadora do significado da palavra *herança* no contexto do preceito jurídico garantidor do exercício deste direito pelo herdeiro, sem qualquer impeditivo decorrente de outro ato que Elmer tivesse praticado, a exemplo do homicídio cometido. Daí restaria justificada, do ponto de vista lógico-positivista, a assertiva da relevância da conexão entre as filosofias da linguagem e do direito

Noutro giro, se considerar uma visão não tradicionalista da prática linguística, e que dessa forma atraísse a teoria da reflexão crítica, igualmente restaria configurada a relevância da conexão entre as filosofias da linguagem e do direito. Com efeito, o cerne desta outra linha de pensamento é que a prática de uso de uma palavra evolui por meio do processo semelhante à reflexão crítica, a qual promove a reforma da prática à luz de compromissos pré-reflexivos, mantido o significado da palavra em razão das limitações vinculantes da própria reflexão.

Os compromissos pré-reflexivos, entendidos como compromissos valorativos na concepção *dworkiana*, fixariam a moldura da reforma da prática linguística, o que é acompanhado pela prática jurídica, o que, por conseguinte, define o valor de verdade da proposição jurídica. Transpondo-se esse entendimento ao exemplo do caso *Riggs vs Palmer*, ter-se-ia que o fundamento que negou o direito à herança pleiteado por Elmer possui identidade epistêmica nos dois campos: a racionalidade (i) do processo de reflexão crítica levado a cabo na prática linguística, cujo desfecho está atrelado aos compromissos pré-reflexivos valorativos do significado da palavra, v.g., *torpeza*, e (ii) o escopo da integridade da prática jurídica, com espeque em valores propriamente morais.

Novamente, a relevância da conexão entre as filosofias da linguagem e do direito pode ser afirmada, segundo o raciocínio ora lançado.

Na segunda crítica abordada neste trabalho, concernente à qualificação do desacordo para configurar um *hard case* e, por conseguinte, assim tornar imprescindível o manuseio da discricionariedade para sua solução, conclui-se que não é a mera disputabilidade em si da controvérsia que a torna um *hard case*, mas sim o tipo da disputa que eventualmente ela exigiu, e que alimenta um desacordo teórico.

Segundo a teoria interpretativa do direito de Dworkin, a definição do valor de verdade da proposição jurídica depende da análise do seu conteúdo valorativo, levado a efeito por um processo de reflexão das práticas compartilhadas racionalmente, de natureza prescritiva, ao passo que para os *convencionalistas*, o valor de verdade da proposição é a fonte social, que lhe atribui um caráter descritivo. Nesse contexto, para a teoria interpretativista de Dworkin, o fato do mundo – questão ontológica – determinante do valor de verdade da proposição que preencherá o atributo racional da discricionariedade judicial em seu sentido forte, será decorrente da reforma levada a efeito pela reflexão crítica das práticas jurídicas atreladas a compromissos morais.

No capítulo em tela, a questão abordada pode caracterizar um efetivamente uma clara e inequívoca disputa de forças, por posições mais relevantes no campo jurídico, onde cada um dos agentes tentam fazer prevalecer a sua visão particular de mundo. Não seria uma disputa sobre *o que é o direito*, pois todos partem da premissa que o direito seria a forma, por excelência, de regulação qualificável como jurídica. A exemplo das teorias conjecturais combatidas por Maine no capítulo anterior, observa-se forte apego dos agentes às filosofias da linguagem e do direito, o que traduz uma tendência etnocêntrica dos autores, o que reforça a tese da disputa por poder no campo.

CAPÍTULO 4 - ETNOCENTRISMO: UM *HABITUS* RESTRITIVO DO CAMPO JURÍDICO

Este texto a seguir, apresentado ao final da disciplina *Ehrlich, Kelsen e Luhmann: Três Conceitos de Direito – DFD-5915-1* (que abordou três visões totalmente diversas do direito)¹³¹, se centrou na ideia que até mesmo a visão sistêmica proposta por Niklas Luhmann, não foi capaz de se livrar das amarras do etnocentrismo, tido como obstáculo epistemológico.

Assim, considerar que o direito é a forma exclusiva de regulação social qualificável com jurídica, expressa inafastável etnocentrismo, repita-se, por projetar as categorias do conhecimento do pensamento ocidental como sendo universais, o que não é verdade.

Com a pretensão de clarear o argumento do etnocentrismo, o texto trouxe à baila o aporte da antropologia jurídica de Éthiene Le Roy, que alude uma dimensão mais ampla do fenômeno jurídico, para o qual atribui a denominação de *juridicidade*: o direito seria apenas uma parcela da expressão desse fenômeno mais amplo e que é característica inerente da interculturalidade. A *juridicidade*, segundo Le Roy, se constituiria da lei, do costume e do *habitus*, que o autor propôs substituir por termos indicativos de maior universalidade: “normas gerais impessoais” (NGI), “modelos de condutas e comportamentos” (MCC) e “sistemas de disposições duráveis” (SDD)¹³².

Nota-se a pertinência e relevância do texto para esse trabalho acadêmico, sobretudo porque do ponto de vista da teoria científica de Le Roy, o *habitus* integra o fenômeno da juridicidade, como forma de regulação também qualificável como jurídica, o que poderia explicar eventual sobreposição do direito por uma determinada disposição adquirida no plano social, que funciona como um comando inconsciente sobre o comportamento humano. A abordagem do fenômeno jurídico de forma mais ampla, permite ao agente que transita no campo jurídico buscar soluções válidas e legítimas a partir da integração da lei, do costume

¹³¹ As três abordagens do direito, se resumem em (i) uma visão, que considera que o direito está “vivo” na sociedade, e assim não se compatibiliza com o formalismo; (ii) outra visão, radicalmente oposta à anterior, considera que o direito é um arranjo formal analítico de normas que têm fundamento numa “norma hipotética fundamental”, inspirou “Teoria Pura do Direito”, de Kelsen; e finalmente, (iii) a visão sistêmica do direito, de Luhmann, que desloca o foco das estruturas para outro: as operações comunicativas do sistema, de caráter funcional)

¹³² Cf. o texto de Villas Boas Filho, sobre o enfoque da juridicidade do fenômeno de regulação, segundo Le Roy. In VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 06, N.12, 2015, p.159-195.

e do *habitus*, o que só é possível a partir de uma filtragem do *etnocentrismo*. E essa é a pertinência deste capítulo, sobretudo para afirmar que o etnocentrismo é um obstáculo epistemológico, e por essa característica, acaba afetando de modo negativo os agentes que transitam no campo jurídico, como um *habitus* das sociedades ocidentais.

4.1. Introito

A abordagem antropológica do fenômeno jurídico é capaz de fornecer um descentramento crítico concernente às categorias que orientam a nossa percepção e que, por vezes, obstam a apreensão adequada da multiplicidade de formas de expressão que este fenômeno experimenta.

Sob o enfoque ocidental, o fenômeno jurídico é centrado em representações hegemônicas que orientam a estruturação teórica que lhe assenta, o que acaba por erigir uma concepção do direito atrelada a uma visão do mundo marcada pela monolatria, o que perfaz um obstáculo epistemológico à compreensão e aceitação do pluralismo jurídico, que é inerente à modernidade, e se reafirma cada vez mais a partir da globalização.

A tese do *direito vivo* de Ehrlich, por conseguinte, toma força como uma alternativa na tentativa de satisfazer essa demanda que o formalismo jurídico já não é capaz, por si só, de encontrar solução dentro da sua moldura científica e teórica, um problema que se acentua mais ainda quando a pretensão de regulação recai em situações que se qualificam pelo risco, incerteza e alternância continuada, como no caso das relações que decorrem das práticas de ciência, tecnologia e inovação, outrossim, pela universalidade do seu objeto, que não se desenvolve num espaço limitado por uma única ordem.

Esta dificuldade decorre, notadamente, do etnocentrismo, que perfaz uma das amarras que orientam nossa visão ocidental, e assim, distorce a compreensão do real, justamente pela pretensão de impor de forma generalizante categorias que não podem ser afirmadas como universais, adequadas de forma idêntica à sociedade globalizada como um todo.

A pretensão deste texto que foi apresentado na disciplina Ehrlich, Kelsen e Luhmann, portanto - e em brevíssima síntese -, foi de verificar aspectos que reafirmam o etnocentrismo na formulação do modelo teórico do direito proposto por Niklas Luhmann, na forma de teoria dos sistemas. A escolha deste paradigma se deve, principalmente, pelo fato que as teorias do direito que se inscrevem a partir de uma perspectiva analítica do plano das estruturas jurídicas positivadas, a exemplo dos modelos de Kelsen e de Hart, têm maior

restrição teórica para finalidades epistemológicas, justamente por se limitarem aos contornos da estrutura jurídica de cada Estado, a partir do conceito da norma hipotética fundamental ou da norma de reconhecimento (respectivamente), ao passo que as teorias sistêmicas se fundam numa lógica no plano das operações, e por isso, pela abertura cognitiva de maior amplitude, tais teorias têm uma vocação analítica mais propícia para a presente análise.

Para Luhmann a sociologia estaria diante de uma crise de caráter teórico, oscilando entre a análise empírica e as abordagens de teorias clássicas, o que seria incompatível com a complexidade da sociedade moderna, razão pela qual, enfatizou que a sociologia deveria passar por uma mudança de paradigma em busca de um modelo que fosse capaz de apreender com efetividade o contexto social, cuja característica principal era a dinâmica do aumento de complexidade ao longo do tempo.

Disto, Luhmann destacou quatro obstáculos epistemológicos inter-relacionados que o novo modelo teórico deveria superar: a) o pressuposto de que a sociedade é composta por pessoas ou relações entre pessoas – denominado pelo autor de preconceito humanista; b) pressuposto da limitação territorial no âmbito da sociedade – ou seja, a ideia da existência de multiplicidade territorial de sociedades; c) pressuposto que o liame social decorre do consenso entre as pessoas; d) pressuposto de que a sociedade poderia ser descrita a partir de uma observação externa a ela própria.

Assim, a teoria dos sistemas estaria apta para superar tais obstáculos e, por conseguinte, permitiria a compreensão adequada da sociedade atual, e para tanto, primeiramente far-se-ia a separação entre a sociedade (sistema social, que a autopoiese ocorre a partir da comunicação) e as pessoas (sistemas psíquicos, nos quais a autopoiese se daria pela consciência humana); em segundo, se adotaria um conceito abrangente de sociedade, sem limites territoriais, denominado de ‘sociedade mundial’; em terceiro, se afirmaria que a integração social não decorre do consenso, dadas as características da complexidade e contingência; e finalmente, assumiria uma posição teórica que considera a sociedade como um sistema autorreferencial que descreve a si mesmo, do que a sociologia consistiria numa autodescrição da sociedade.

Segundo Orlando Villas Boas Filho, poder-se-ia acrescentar um outro obstáculo epistemológico relevante a ser considerado para uma descrição mais adequada da sociedade e do direito, consistente no etnocentrismo que há muito tempo é ressaltado pela antropologia, porém, que não foi considerado por Luhmann como um obstáculo epistemológico ao desenvolvimento de uma teoria da sociedade que inclui em seu bojo a análise do direito sob

o prisma sociológico, o que, conseqüentemente, informa a pertinência da “abordagem antropológica no que concerne à sua pretensão de desenvolver uma crítica político-epistemológica da ‘razão sociológica ocidental’ ”.¹³³

4.2. O direito na perspectiva de Niklas Luhmann

As propostas metodológicas dos três autores abordados durante o curso¹³⁴ são substancialmente diferentes. Kelsen, na sua época, buscou demarcar o terreno da ciência do direito, com a distinção entre a prática e a ciência neste campo do saber, a partir de uma matriz positivista, ao passo que Ehrlich, embora também compartilhasse da pretensão demarcatória do direito como Kelsen, optou pela matriz sociológica, na busca de uma leitura do direito sem uma rigidez normativa. Ele parte das relações sociais da observação da sociedade, e a partir daí ele cria a sociologia jurídica. Ele não ignora direito positivo, não vai de encontro ao direito positivo, mas quis propor uma ciência que discutisse o fenômeno jurídico ligado com o fenômeno social (as relações sociais).

Por sua vez, Luhmann não pretendeu criar uma ciência do direito e nem uma forma de estudo do direito, mas sim, descrever como o conhecimento se processa ou opera: uma proposta epistemológica de um sociólogo, de criar uma teoria geral da sociedade. Uma teoria que fosse capaz de descrever todos os fenômenos sociais, que inclui o fenômeno de regulação qualificada como jurídica. Nesse item, Luhmann descreve o direito como um subsistema social que, enquanto tal, é *operativamente fechado*. As operações são produzidas pelo próprio sistema a partir de uma cadeia recursiva, e não importado de instâncias exteriores a ele. A comunicação jurídica é produzida pelo próprio sistema, balizada pelo seu código lícito/ilícito.

O fato de o sistema jurídico ser operativamente fechado não quer dizer que o sistema seja desconectado da realidade social ou de uma interação com os demais subsistemas, porque o sistema tem abertura cognitiva. Portanto, o sistema é *fechado* operativamente e *aberto* cognitivamente. E nesse aspecto Luhmann incorpora aportes importantes da Teoria

¹³³ , Cf. nesse sentido, Orlando Villas Boas Filho no artigo “O DIREITO DE QUAL SOCIEDADE? OS LIMITES DA DESCRIÇÃO SOCIOLÓGICA DE NIKLAS LUHMANN ACERCA DO DIREITO A PARTIR DA CRÍTICA ANTROPOLÓGICA.”, in FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESE, Márcio (Coord.). Sociologia do Direito: Teoria e Práxis. 2ª Edição. Curitiba: JURUÁ, 2017, p. 337-366.

¹³⁴ Disciplina “DFD 5915 - Ehrlich, Kelsen e Luhmann: Três conceitos de Direito”, ministrada pelos professores. Dr. Celso Campilongo e Dr. Fernando Rister no curso de pós-graduação da FADUSP, 2º semestre de 2017.

da Complexidade: A ideia de que a abertura se baseia no fechamento. O sistema só é capaz de observar porque primeiro se fecha operativamente. É porque o sistema é uma cadeia de operações que ele é capaz de se abrir ao mundo e compreendê-lo segundo os critérios que balizam suas operações. A ideia de que a abertura pressupõe o fechamento: É porque o sistema é fechado que ele será capaz de se abrir cognitivamente ao seu ambiente.

Aqui, é importante destacar um ponto de extremada importância na distinção epistêmica do modelo teórico proposto por Luhmann, que é a transferência do seu foco analítico do plano das estruturas para o plano das operações. Luhmann vai afirmar que não estaria focando prioritariamente as estruturas, mas sim as operações comunicativas do sistema.

Com efeito, de um modo geral, as teorias clássicas do direito remetem para as estruturas jurídicas (regras, normas, textos, etc) que podem ser classificadas como direito. Isso é válido, por exemplo, para teorias do direito positivo, tais como a de H. Hart, na qual a pergunta acerca de o que é, e do que não é direito se coloca apenas em relação a certas regras específicas: um sistema complexo de regras, que agrega regras primárias e secundárias, e que vão encontrar num teste último de *pedigree* - como chamava a atenção Dworkin, a regra de reconhecimento, portanto – aquele critério que serve para identificar quais regras pertencem ao sistema estruturado e quais regras não pertencem ao sistema¹³⁵.

Assim, Luhmann aduz que esse tipo de teoria lida com a dimensão estrutural do que é o direito, ou seja, é o campo das regras, portanto, que é essa dimensão estrutural do sistema, o que ele assevera que não é o objetivo da sua teoria, pois, se se pretende utilizar a teoria dos sistemas, é necessário realizar uma inovação e pensar operações, ao invés de estruturas¹³⁶.

Luhmann afirma que o sistema jurídico, é um subsistema da sociedade, mas a sociedade não é, entretanto, apenas o ambiente do direito. A sociedade seria o direito em parte mais e em parte menos. Seria em parte mais, porque inclui as operações do sistema jurídico enquanto operações comunicativas; e seria em parte menos, porque o direito também tem a ver com o ambiente da sociedade, ou seja, com realidades físicas e mentais dos seres humanos, com fenômenos químicos, físicos, biológicos que o sistema jurídico declare relevante. Perfaz, portanto, aquilo que estava chamando, de ambiente intra-social e extra-social.¹³⁷

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. O DIREITO DA SOCIEDADE. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon.

¹³⁶ Op. Cit., p.34.

¹³⁷ Ibid., p. 29

O direito aparece para o Luhmann como uma máquina, uma máquina que não é trivial, ela é uma máquina histórica; ela tem memória, inclusive, suas operações são balizadas por memória, e têm um sentido histórico. Durante o desenvolvimento social, o direito vai progressivamente se autonomizando e adquire sua configuração propriamente autopoietica na modernidade. E para descrever o direito autopoietico moderno, caracterizado justamente pela sua expressão positiva, que é o fato que o direito passa a ser posto, validado e revogado por decisões. Então, o direito se torna na modernidade um artefato plenamente mutável, e é justamente isso que dá ao direito a sua radical autorreferencialidade.

O direito moderno engendra-se a si mesmo e Luhmann vai identificar certos aspectos que levam a esse fechamento operativo. Primeiro, que o direito vai progressivamente se destacando do seu ambiente social, vai se autonomizando, se diferenciando do seu ambiente, e ao se falar nisso, dessa tendência de autonomização da instância própria do âmbito jurídico, Luhmann vai pontuar especialmente dois aspectos que são importantes: progressivamente, (i) a diferenciação do direito em relação à moral e (ii) a diferenciação do direito em relação à facticidade social. Então moralidade e facticidade são horizontes que começam a se destacar progressivamente no direito.

O direito começa a se autonomizar em relação a esses âmbitos.¹³⁸ Isso aponta ao primeiro fato importante do fechamento operativo que é a autonomização da instância própria do campo jurídico.

Em segundo, o direito vai progressivamente fixando uma função que lhe será própria, e ele caracterizará sua operação num horizonte moderno como o nosso; vai dizer que o direito, diferentemente do que se costuma atribuir a ele, não tem como função própria aquilo que classicamente se supõe: o controle social ou a integração.

¹³⁸ Op. cit.: Cf. o Capítulo 2 – O FECHAMENTO OPERATIVO DO SISTEMA DO DIREITO, VI, p. 63-76. Luhmann aduz que é evidente ser possível uma crítica moral ao direito, mas não se pode esperar que a moral exija obediência jurídica, ademais, não se pode supor que a moral que se opõe ao direito encontre um consenso universal. O direito deve levar em conta o código da moral enquanto esquematismo binário, que é o mesmo de toda sociedade, entretanto, programas da moral, ou seja, os critérios de distinção entre bem e mal já não são na modernidade capazes de consenso. É por isso que numa sociedade moderna como a nossa, uma sociedade marcada por um pluralismo radical, inexistência de consensos fáticos, normativos e de qualquer outra natureza, de uma eticidade socialmente impositiva, de uma cosmovisão abrangente e assim por diante, na ausência disso tudo, evidentemente que não poderíamos mais pautar o direito por um âmbito axiológico superior. Luhmann conclui que o direito pode se voltar as questões morais, mas elas somente serão relevantes juridicamente se o direito as tematizarem enquanto tal. Elas não são por si próprias relevantes na esfera própria da juridicidade. E a mesma coisa acontece no plano da facticidade social. No que concerne à facticidade, Luhmann afirma que o sistema jurídico não pode tratar os fatos quando não são juridicamente relevantes, como se fossem fatos. Contudo, os fatos não podem modificar as normas, *i.e.*, o simples fato de que se descumpre o direito não pode dizer que o direito não seja o direito.

A função do direito é de estabilizar um certo tipo de expectativa, que ele vai chamar de expectativa normativa. E aqui é muito importante diferenciar os dois tipos de expectativas: expectativas cognitivas e expectativas normativas. Uma questão importante para Luhmann é que a expectativa não é um mero estado interno da consciência, mas sim, uma dimensão social, comunicacional.

É por esse ângulo que Luhmann vai prioritariamente focar a expectativa. A expectativa, portanto, é um modo como a comunicação social se estrutura temporalmente. É nessa dimensão que ele está fundamentalmente focado. É óbvio que a expectativa também tem uma função psíquica, mas ele está enfocando a dimensão comunicativa social da expectativa. Portanto, a expectativa que ele está focando aqui é um evento social. É um modo pelo qual a comunicação se estrutura temporalmente, prevendo um futuro que é sempre incerto.

Por isso que toda expectativa, na medida em que ela lida com o futuro – e o futuro é incerto -, pode ser frustrada. As expectativas cognitivas são adaptativas, e assim, quando são frustradas, temos que readequá-las à frustração que ela experimentou. Luhmann diz que não é desse tipo de expectativa que trata o direito: O direito lida com expectativas normativas, ou seja, expectativas contrafáticas. O que implica dizer, portanto, que uma expectativa jurídica tenha pretensão de ter validade contra os fatos, ou seja, contra os eventos que acusa. É nesse sentido que ele vai começar a delinear a função do direito.

O direito tem a ver, portanto, com a estabilização de um certo tipo de expectativa, que é a expectativa normativa, a expectativa, portanto, que é contrafática.¹³⁹ Finalmente, para implementar isso, ele vai desenvolver uma codificação binária que vai pautar as suas relações. Código (ao lado da função) perfaz conceito complementar de fundamental importância para compreensão do fechamento operacional dos sistemas autopoieticos e também do direito. A comunicação, como visto, é a base dos sistemas sociais, porém, não é suficiente para que constitua um sistema jurídico, o qual somente surgirá a partir da comunicação orientada pelo código binário lícito /ilícito, sobretudo, porque com este haverá a exclusão de outras operações comunicativas operantes sob outro código, e até mesmo a interposição de valores diversos no código existente.¹⁴⁰

¹³⁹ Op. Cit., p. 104-115

¹⁴⁰ GONÇALVES, G. L.; VILLAS BOAS FILHO, O. Teoria dos Sistemas Sociais - Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109-113.

Como visto nas brevíssimas linhas anteriores, em síntese, o modelo teórico do direito de Luhmann - como parcela de sua teoria sistêmica da sociedade -, parte de uma perspectiva diversa das teorias clássicas do direito de matrizes positivistas ou sociológicas (Kelsen, Ehrlich, Hart, etc), pois, descarta o plano das estruturas jurídicas e adota o plano das operações, fundadas na comunicação. E nesse horizonte sistêmico, Luhmann define o direito como um subsistema social operativamente fechado (mas cognitivamente aberto), no qual as operações são produzidas pelo próprio sistema a partir de uma cadeia recursiva, na qual a comunicação jurídica é produzida pelo próprio sistema, a partir de um balizamento do seu código específico lícito/ilícito.

Esse fenômeno do fechamento operativo do direito é identificado por alguns aspectos próprios: a autonomização da instância própria do âmbito jurídico, que diferencia o direito da moral e da facticidade social, a função específica do direito que é fixada, no sentido de estabilizar expectativas normativas, e a definição de um código binário das operações exclusivamente do subsistema jurídico, assentado na tipologia lícito/ilícito. A partir da demarcação de alguns fundamentos teóricos do direito à luz da teoria sistêmica de Luhmann, de viés sociológico, seguir-se-á o objetivo deste trabalho, o problema do etnocentrismo desvelado a partir da teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy, numa perspectiva da antropologia jurídica.

4.3. A Teoria do Multijuridismo de Étienne Le Roy¹⁴¹, como paradigma da análise concernente ao obstáculo epistemológico subvalorizado na teoria de Luhmann: o ponto cego do direito na teoria sistêmica de Niklas Luhmann

O etnocentrismo subvalorizado por Luhmann, assume significativa relevância no campo da antropologia jurídica, porquanto produz um aporte crítico a partir de outras perspectivas científicas, e assim, pode propiciar a maior explicitação dos limites empíricos que norteiam a descrição da teoria dos sistemas no que concerne ao direito. Essa limitação empírica decorre em parte da desconsideração de Luhmann acerca dos entraves epistemológicos decorrentes do etnocentrismo, que pode ser definido como o “pressuposto da ausência de pressupostos”, ou a certeza universal e inabalável do saber ocidental.

¹⁴¹ Cf. Orlando Villas Boas Filho, *in* A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, Vol. 06, N.12, 2015, p.159-195.

O conceito de etnocentrismo pode ser sintetizado conforme Tzvedam Todorov, como a caricatura natural do universalismo que projeta de maneira acrítica valores próprios de um grupo social ao patamar de universais, o que configura uma postura refratária à diversidade cultural segundo ressaltou Claude Lévi-Strauss¹⁴².

Pierre Clastres, em relação à ótica da compreensão clássica do Estado como destino de toda sociedade, considera equivocada tal visão de característica evolucionista, porquanto parte do critério de falta (do Estado) como elemento de distinção no binário sociedade arcaica e sociedade evoluída (i.e., selvagens e civilizados). A partir de um filtro do etnocentrismo, Clastres propõe uma distinção epistemologicamente mais adequada: ao invés de sociedades arcaicas, sem Estado, passa a denominá-las de sociedades contra o Estado.

Alinhado com o pensamento adotado por Clastres, ou seja, contrária à lógica da subtração etnocêntrica, decorrente da projeção universal do padrão ocidental no tocante à regulação social, Étienne Le Roy faz a análise antropológica das formas de regulação qualificáveis como jurídicas, para afirmar conclusivamente a tese que o direito é apenas uma manifestação de um fenômeno muito mais amplo, inerente à raça humana. Le Roy enfatiza que a concepção ocidental do direito decorre de uma perspectiva monológica do mundo, o que constituiria um obstáculo epistemológico merecedor de atenção especial e, em busca da superação deste entrave, este autor desenvolveu a teoria do multijuridismo, a partir da qual a noção de juridicidade pode ter utilidade para explicitar as limitações da abordagem sociológica de Luhmann acerca do fenômeno jurídico.

Segundo Orlando Villas Boas Filho, a escolha da teoria do multijuridismo de Le Roy para a análise da teoria de Luhmann que aborda o direito da sociedade, decorre, notadamente, da crítica que Le Roy faz “ao etnocentrismo e do expressivo potencial de sua teoria para a problematização de abordagens ingenuamente monistas e marcadas pelo fetichismo estatista relativamente ao fenômeno jurídico”.¹⁴³

A teoria do multijuridismo de Le Roy induz ao abandono da visão monológica do fenômeno jurídico (então redutível estritamente ao direito) e o conseqüente reconhecimento da existência de três fundamentos irredutíveis e não hierarquizáveis mutuamente deste fenômeno muito mais amplo, que não permite considerar o direito como sua única forma de

¹⁴² Cf. TODOROV, Tzvetan. *Apud.* VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. In: FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESE, Márcio (Coord.). *Sociologia do Direito: Teoria e Práxis*. 2ª Edição. Curitiba: JURUÁ, 2017, 350 p.

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 353.

concreção. Referido fenômeno de maior amplitude é denominado por Le Roy de *juridicidade*, uma expressão de um domínio comum de regulação, onde a experiência jurídica ocidental trata-se tão semente de um *folk system*, entre outros mais. Orlando Villas Boas Filho melhor esclarece a visão de Le Roy sobre a motivação da sua tese da *juridicidade*:

[...]

Portanto, sua empreitada consiste em transcender a concepção do direito desenvolvida pelas sociedades ocidentais modernas em direção a outras tradições jurídicas que seriam igualmente legítimas, justificadas, pertinentes e racionais. Tais tradições, apesar de serem etnocentricamente desqualificadas como arcaicas, primitivas ou atrasadas, fariam parte da experiência contemporânea das formas de regulação social denominadas como “jurídicas”, o que, por via de consequência, torna impossível fazê-las coincidir com o arranjo particular assumido pela juridicidade no contexto da modernidade ocidental.

Ao enfatizar que as demais tradições jurídicas consignam experiências não redutíveis ao direito em sua configuração ocidental moderna e que, ademais, tais tradições são tão legítimas como a ocidental, Le Roy procura sublinhar a impossibilidade de projetar feições particulares assumidas pelo nosso direito como se elas contivessem em si a expressão da universalidade do fenômeno jurídico.

[...] ¹⁴⁴

A teoria de Le Roy afirma a legitimidade das múltiplas formas de expressão concreta da juridicidade, além da impropriedade, do ponto de vista epistemológico, de se adotar um dessas formas como padrão universal de expressão deste fenômeno, dada a sua característica inerente da interculturalidade. E isso seria o ‘ponto cego’ da teoria de Luhmann, porquanto, consoante observa Christoph Eberhard, “a complexidade sistêmica não se confunde com a complexidade intercultural.”¹⁴⁵

Em relação à juridicidade, Le Roy afirma a necessidade de considerar alguns aspectos fundamentais. Primeiramente, a juridicidade estaria em uma escala distinta daquela do direito positivo, haja vista que este último apenas expressaria uma das possíveis formas de concreção histórico-cultural de um fenômeno mais abrangente de regulação social caracterizado como jurídico, em razão de seu caráter obrigatório.

¹⁴⁴ Op. cit., p. 355.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 355, cf. nota de rodapé nº 58. Étienne Le Roy enfatiza a riqueza e a diversidade que compõem o fenômeno mais amplo da juridicidade, o que não podem ser apreendidas mediante a redução historicamente ocorrida na experiência ocidental. A visão do mundo (cosmogonia) ocidental engendraria, segundo Le Roy, uma “nomologia”, ou seja, uma “ciência da regra”, além de um “culto à lei”, o que não ocorreria em outras tradições jurídicas não-ocidentais, justamente porque as visões do mundo são diferentes.

Em segundo, a juridicidade implicaria o caráter obrigatório de um ato ou relação, o que enseja a possibilidade de aplicação de sanção, todavia, esta não seria um sinônimo de punição, mas tão somente uma expressão do reconhecimento do caráter obrigatório dos dispositivos mobilizados na regulação.

O terceiro aspecto da juridicidade seria a sua correspondência à propriedade das práticas sociais de responderem a uma finalidade por meio de uma imposição coercitiva: é um campo de forças atravessado pelas tensões da vida social e no qual há a pressão por obtenção de solução em conflitos.

Por outro lado, há uma relação de complementariedade entre a juridicidade e o direito, sendo aquela mais ampla que este e, portanto, abarca o direito. Entretanto, quatro propriedades seriam comuns a ambos: a) esses âmbitos de regulação correspondem a mundos próprios que exprimem uma visão particular: de uma lado, uma perspectiva de mundo institucionalizada pelo direito, e de outro lado, mundos regulados distintamente, escapando a toda programação; b) direito e juridicidade partilham os mesmos fundamentos, e assim, repousam sobre as mesmas bases normativas (tripé): Normas Gerais Impessoais (NGI), Modelos de Conduta e Comportamento (MCC), Sistemas de Disposições Duráveis (SDD); c) direito e juridicidade organizam-se em quatro tipos de ordenamentos jurídicos: imposto, aceito, negociado e contestado; d) direito e juridicidade repousam sobre a convenção como modo comum de elaboração da norma/solução.

Le Roy destaca que as Normas Gerais Impessoais (NGI) – a lei -, os Modelos de Conduta e Comportamento (MCC) – os costumes -, e os Sistemas de Disposições Duráveis (SDD) – o *habitus*¹⁴⁶ na acepção de Pierre Bourdieu - seriam inerentes a todas as formas de

¹⁴⁶ Cf. Soraya N. Sckell, sobre o conceito de *habitus* formulado por Pierre Bourdieu: “[...] Ao contrário dos legalistas na antropologia, bem como ao contrário de Weber na sociologia, Bourdieu afirma [...] que a convergência dos comportamentos em um sociedade se explica pelo *habitus* cultural [...] Nem as normas nem os interesses, mas o *habitus* determina a práxis social: ‘noções que desenvolvi gradualmente, como a noção de *habitus*, nasceram do desejo de lembrar que, além de norma expressa e explícita ou do cálculo racional, existem outros princípios geradores das práticas’[...] Como “estrutura-estruturante”, o *habitus* produz ações e é simultaneamente determinado pelas condições históricas e sociais (sem ser completamente determinado). O *habitus* é produto de estratégias que não têm uma finalidade explícita fundada em um conhecimento racional das condições objetivas. [...] Com o conceito de *habitus*, Bourdieu procura explicar não só a incorporação de coerções sociais; o conceito de *habitus* não é apenas um princípio de ação, mas também competências adquiridas e de cognição: ‘princípio de um conhecimento sem consciência, de uma intencionalidade sem intenção e de um domínio prático das regularidades do mundo que permite antecipar o futuro sem nenhuma necessidade de considera-lo como tal.’ [...] Trata-se de um sistema de esquemas adquiridos que funcionam como categorias de percepção e apreciação, classificação e organização da ação [...] O *habitus* consegue assim criar, de acordo com Bourdieu, uma estrutura mental ou cognitiva que internaliza a ordem social. Isso deriva de uma racionalidade prática, não da razão teórica. O *habitus* gera (de modo não mecânico) os comportamentos que são apropriados para a lógica objetiva do campo social, enquanto tolera algum espaço para a improvisação e a criatividade. Os agentes são criativos, eles constroem objetos sociais, mas não como sujeito transcendental [...]: ‘A liberdade não é um dado, mas uma conquista coletiva’.[...] Para superar o dualismo

articulação assumidas pela juridicidade, inclusive na tradição ocidental, daí porque o autor não aceita conceber o direito como um sistema autopoiético: o direito não seria autônomo nem muito menos autopoiético, nem universal, e tampouco neutro dos efeitos sociais.¹⁴⁷

Desta forma, a única diferença entre as diversas tradições jurídicas, se daria na forma de articulação entre estes três fundamentos da juridicidade e o respectivo modo de legitimação. Villas Boas Filho explica a forma de universalização das categorias jurídicas na teoria proposta por Le Roy:

Após afirmar que lei, costume e *habitus* constituiriam os “fundamentos do Direito na França”, Étienne Le Roy propõe substituir tais categorias com o intuito de desenvolver uma análise antropológica intercultural, por categorias descritivas gerais que lhes seriam correspondentes. Assim sendo, em sua proposta teórica ocorre a substituição das categorias lei, costume e *habitus* pelas “normas gerais impessoais” (NGI), “modelos de condutas e comportamentos” (MCC) e “sistemas de disposições duráveis” (SDD). Segundo Le Roy, as “normas gerais impessoais”, ditas legais, apesar de serem privilegiadas na montagem experimentada pela juridicidade no quadro da experiência ocidental moderna, poderiam ser consideradas, metaforicamente, como a “parte emergida de um iceberg jurídico”, que compreenderia, na linha de flutuação, os “modelos de condutas e comportamentos” e os “sistemas de disposições duráveis” que estariam amplamente imersos nas práticas sociais cotidianas.

Portanto, depois de expor essas três categorias gerais e ressaltar que elas, como “fundamentos da juridicidade”, conheceriam articulações distintas conforme se esteja em uma sociedade ou em outra, Étienne Le Roy propõe, à guisa de ilustração, um quadro comparativo que explica as montagens possíveis experimentadas por esses três “fundamentos da juridicidade” em quatro grandes tradições jurídicas.

Quadro ilustrativo do modo pelo qual o “tripé jurídico” se articula em diferentes tradições jurídicas:

Tradições jurídicas	Fundamento principal	Fundamento secundário	Fundamento terciário
Ocidental/cristã	NGI (lei)	MCC (costume)	SDD (<i>habitus</i>)
Africana/animista	MCC (costume)	SDD (<i>habitus</i>)	NGI(lei)
Asiática/confuciana	SDD (<i>habitus</i>)	MCC (costume)	NGI (lei)
Árabe/muçulmana	NGI(lei)	SDD (<i>habitus</i>)	MCC (costume)

4.4. Conclusão do Capítulo

O etnocentrismo abordado neste trabalho, enquanto obstáculo epistemológico realçado pela crítica antropológica, não pode ter sua importância mitigada ou até mesmo desconsiderada na análise das diversas teorias que tratam das formas de regulação qualificáveis como jurídicas, que no ocidente encontra seu ícone na teoria geral do direito.

indivíduo/sociedade, Bourdieu concebe o *habitus* como a incorporação individualizada do social [...]”. In SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o direito em Bourdieu. A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. Tempo Social, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 159-161, 2016.

¹⁴⁷ Op. cit., p. 357

O enfoque dado pela antropologia jurídica, portanto, tem um potencial de trazer aportes relevantes para o aprimoramento das bases teóricas do direito ocidental, notadamente para buscar uma solução racional de questões que são postas ao debate jurídico contemporâneo, as quais não encontram uma pronta e segura resposta no direito, visto sob o prisma clássico das estruturas, e invariavelmente são tratados como *hard cases*, numa acepção emprestada do *Common Law*, com forte tendência de resolução pela via da denominada jurisprudência dos interesses.

A dupla perspectiva de observação científica do fenômeno de regulação jurídica (sociológico e antropológico), que mobilizou neste trabalho a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann¹⁴⁸, de um lado, e a teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy, de outro, buscou demonstrar que, segundo Villas Boas Filho, “embora as duas perspectivas dialoguem mal entre si, a ‘irritação’ recíproca entre elas pode ser frutífera para ambas”¹⁴⁹.

Nesse sentido, foi a intenção da pretensa circunscrição da abordagem sistêmica a respeito do que é o direito – sob o enfoque do plano das operações -, cotejado com o referencial de Le Roy, quanto à forma específica assumida pela juridicidade no Ocidente moderno – que expressa as dimensões epistemológica e política da crítica antropológica à razão sociológica ocidental.

E para corroborar a importância desta abordagem mais ampla a partir da tese da juridicidade, com o escopo de promover uma filtragem na visão etnocêntrica, podemos verificar no quadro ilustrativo sugerido por Le Roy, que a solução jurídica dada à hipótese do texto de Luhmann da Restituição do décimo segundo camelo, estaria alinhada com a tradição jurídica árabe/muçulmana, por comportar uma solução legítima e válida a partir de uma integração da lei (NGI), mediante o manuseio do *habitus* (SDD) e do costume (MCC).

Da mesma forma, questões afetas ao pluralismo jurídico – onde há um eventual conflito entre ordenamentos jurídicos -, muito comum numa sociedade moderna globalizada, podem encontrar uma via de solução racional-científica a partir da tese do multijuridismo de Le Roy, e assim, corroborar a superação das abordagens ingenuamente monistas e marcadas pelo fetichismo estatalista relativamente ao fenômeno jurídico.

¹⁴⁸ Anote-se, outrossim, que a escolha, neste capítulo, do modelo teórico do direito idealizado como sistema por N. Luhmann, se deve ao fato que a abordagem do direito deve levar em conta a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses, ou seja, trata-se de um arranjo ocidental de maior abrangência que as demais teorias clássicas, que têm de natureza excludente. Tal assertiva é corroborada, entre outros, pelo texto do autor conhecido como “A restituição do décimo segundo camelo.”

¹⁴⁹ Op. cit., p.362.

Não obstante o exposto nas linhas anteriores deste tópico conclusivo, anote-se que a teoria dos sistemas de N. Luhmann, em razão da sua sofisticada análise do modo de concreção da juridicidade no Ocidente moderno – pelo que denomina *direito* -, fornece relevante contributo para suprimir inapropriadas simplificações que invariavelmente aparecem no campo da antropologia jurídica destinadas à descrever esta forma (o direito) de concreção jurídica.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Op. cit., p-363

CAPÍTULO 5 - O MODELO TEÓRICO DE PIERRE BOURDIEU

5.1. O poder simbólico

Na introdução da edição portuguesa de *O Poder Simbólico*, Diogo Ramada Curto, Nuno Domingos e Miguel Bandeira Jerónimo destacam que o modelo teórico proposto no primeiro texto deste livro de Pierre Bourdieu tem a pretensão de explicar a relação entre os *sistemas simbólicos* e a *ação social*, onde o reconhecimento dos sistemas simbólicos implica, necessariamente, numa análise das condições sociais de produção destes mesmos sistemas. E a lógica da objetividade desigual de tais práticas é que redundaria nas formas de dominação¹⁵¹.

É com espreque nessa relação necessária e de dependência entre os *sistemas simbólicos* e a *ação social* - assentada numa lógica tradutora de desigualdade objetiva e, por conseguinte, que fundamenta a noção de *distinção*¹⁵², enquanto condição da dominação -, que se identificam os *sistemas simbólicos* como autênticos *sistemas de poder*, do que exsurge o poder simbólico como categoria, e seus efeitos ideológicos, materializados na forma de violência simbólica, exercida por grupos ou classes sobre outros grupos ou classes, com o escopo de impor e introjetar formas distintas de definição e de conhecimento do mundo.

A partir deste fundamento, Pierre Bourdieu sustenta sua crítica às sociologias interacionistas, que segundo ele, particularizam (ou limitam) o símbolo numa esfera subjetiva de comunicação, em um *micro campo*, por assim dizer, desvinculado das relações de poder a que pertence, as quais, destarte, lhe dá existência. Para Bourdieu, o poder simbólico é uma forma irreconhecível, transfigurada e legitimada de outras formas de poder,

¹⁵¹ Cf. o tópico XXXVI da introdução de “O Poder Simbólico”, Edição portuguesa: “O efeito dos símbolos sobre as formas de percepção e classificação sociais, base de constituição do conhecimento, portanto, <<estruturas estruturantes>> [...] corre o risco de se tornar numa construção ideal se não for concebido como parte de <<estruturas estruturadas>>, e portanto passíveis de análise estrutural. Se os sistemas simbólicos são formas sociais a partir das quais se procede uma interpretação do mundo, eles não são autônomos em relação aos regimes de práticas, no interior dos quais ganham particular sentido. Como a lógica das práticas traduz condições objectivas desiguais, os sistemas simbólicos produzem e reproduzem, ao constituírem o mundo, formas de dominação”.

¹⁵² Cf. BOURDIEU em: *A distinção*. Tradução: Daniela Kern e Guilherme J. F. Ferreira. 2ª. Ed. Porto Alegre, RS: ZOUK, 2015.

e assim, a análise do social a partir da teoria dos campos sociais, passa a ser a descrição da transformação das espécies de capital econômico e cultural em capital simbólico.

Nesse quadro de interdependência, a disciplina que efetivamente englobaria o pensamento e a prática das ciências sociais como um todo, para Bourdieu, só poderia ser a sociologia. Esse entendimento fundamentou a sua crítica às posições teóricas que concebiam *autonomia à cultura*, levando-o a reafirmar que a cultura sempre estaria vinculada, de modo dependente, a um correlato sistema social¹⁵³.

Por conseguinte, não se sustentava, por exemplo, o argumento que atribuiu à antropologia o rótulo de *ciência da cultura*, consoante traduzia a pretensão conjunta de Kroeber e Parsons estampada no artigo *The Concept of Culture and a Social System*, de 1958, no qual estes renomados autores apresentaram um projeto de cisão teórica entre o cultural e o social, e com isso, de um lado conferiram à cultura – como objeto de estudo da antropologia (a antropologia dita *cultural*) – o “estudo de padrões, ideias e outros sistemas de significados simbólicos encarados como factores capazes de orientar o comportamento humano e os artefatos produzidos pelo comportamento”, e de outro lado, empregaram o termo sociedade ou sistema social “para designar especificamente o sistema de interação entre indivíduos e colectividade”.

Referido projeto, posteriormente, na década de 1970, foi encampado por antropólogos de Harvard, entre os quais, Clifford Geertz e David Murray Schneider. Segundo Diogo Ramada Curto, Nuno Domingos e Miguel Bandeira Jerónimo, é certo que Geertz afirmou num artigo publicado em *The Interpretation of Cultures*, que:

[...] a cultura era constituída por <<um padrão de significados historicamente transmitido, incorporado em formas simbólicas por intermédio das quais os homens comunicam, perpetuam e desenvolvem o seu conhecimento e as suas atitudes perante a vida>>; ou por << um sistema ordenado de significado e símbolos [...] a partir dos quais os indivíduos definem o seu mundo, expressam os seus sentimentos e fazem os seus julgamentos>>. À antropologia cabia traduzir e interpretar a cultura como sistema simbólico que padronizava os comportamentos e as percepções do mundo revelando, de contexto em contexto histórico, o peso

¹⁵³ Para Durkheim, o universo simbólico se inscreve na sociologia das formas simbólicas, e assim, as formas de classificação perdem o carácter universal (transcendental, segundo a proposta kantiana), e assumem o carácter de formas sociais, limitadas a um grupo particular e assim, determinadas socialmente. A determinação social (formas sociais) de classificação no universo simbólico, reafirma a posição de Bourdieu contrária à autonomia da cultura: a cultura estaria sempre dependente do sistema social onde era produzida, diferentemente da Geertz, que sustentava inversamente, que a sociedade é que estava dentro da cultura. (ver BOURDIEU, P. O PODER SIMBÓLICO, XXV e p. 4-5). Ver, ainda, a concepção estruturalista de Lévi-Strauss sobre a formação da cultura a partir da regra instituída.

da religião, da ideologia ou do senso comum, como ordenadores dos símbolos.

Malgrado o inconciliável desacordo das propostas, importa consignar neste ponto que o argumento da pretensão unificadora de Pierre Bourdieu quanto ao pensamento e prática das ciências sociais, considera três perspectivas de análise na relação entre os sistemas simbólicos e a ação social, os quais perfazem o norte do desenvolvimento deste trabalho: (i) dos sistemas simbólicos como ‘estruturas estruturantes’; (ii) dos sistemas simbólicos como ‘estruturas estruturadas’, e assim, passíveis de uma análise estrutural; e, finalmente, (iii) das produções simbólicas como instrumentos de dominação.

Observamos que estas três perspectivas teorizadas são *interdependentes*, ante o que, só podem ser concebidas em concretude se vistas a partir de um dado sistema social, o que induz à validade do argumento segundo o qual a objetividade do sentido do mundo advém da concordância das subjetividades estruturantes, donde, respectivamente, o senso estruturado (ou objeto simbólico, *opus operatum*) se forma a partir do consenso, de natureza estruturante (ou forma simbólica, *modus operandi*), que, a seu turno, é tido como fruto de uma produção cultural imanente afirmada como legítima, no processo de distinção: o poder simbólico, que arrasta em sua gênese a recalcitrância ou dogma da violência simbólica.

Como primeira síntese deste seu modelo teórico, Bourdieu afirma que o poder estruturante dos sistemas simbólicos pressupõe sempre um arranjo estruturado, ou seja, um arranjo ordenado e aceito consensualmente, por meio dos símbolos, que são os instrumentos do conhecimento e da comunicação, imprescindíveis para a coesão social, justamente porque possibilitam a instituição de um consenso sobre o sentido do mundo e, por conseguinte, permitem a reprodução desta ordem social, que tem a sua ‘integração moral’ condicionada a uma antecedente *integração lógica* dos símbolos: o referencial de valores da ordem social se funda num compartilhamento lógico dos símbolos.

Em segunda síntese, focada na atuação do poder simbólico, Bourdieu afasta qualquer tentativa de reduzir as relações de força às relações de comunicação, e afirma que as relações de poder ocorrem quando os *sistemas simbólicos* – enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e conhecimento - concretizam sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, configurando a violência simbólica, para a *domesticação dos dominados*, consoante Max Weber.

Quando o poder simbólico impõe a sua definição do mundo social segundo os interesses daqueles grupos ou classes que sobressaem perante os demais, surge a luta

simbólica, a relação de força, seja diretamente nos conflitos do cotidiano (em dimensão ampla), seja indiretamente nas disputas entre os especialistas da produção simbólica (restrita à dimensão do campo especializado), quanto ao monopólio da violência simbólica legítima, caracterizada pelo poder de impor instrumentos de conhecimento e de expressão arbitrários - mas escamoteados nesse aspecto -, da realidade social.

O poder simbólico, portanto, é uma forma transfigurada de dominação, que se manifesta pela imposição e aceitação legítima de descrições objetivas do mundo, na dinâmica incessante da realidade social. Ele escamoteia a verdade objetiva com um artifício de eufemismo, e está enraizado no desconhecimento daquilo que é arbitrário, ante o que, é a partir da tomada de consciência do arbitrário, num influxo de efetiva racionalidade incondicional da consciência, que se abrem as cortinas da emancipação para neutralizar ou aniquilar com definitividade essa qualidade impositiva do poder simbólico.

Para ser possível o surgimento e a concretização do poder simbólico, é necessário que a distinção extrapole a esfera individual consciente para se modelar como estrutura estruturante de classes ou grupos, e assim, legitimar e fazer aceitar, inconscientemente, a arbitrariedade que lhe é ínsita, garantindo-se a reprodução social do modelo dominante. Por isso o discurso heterodoxo¹⁵⁴ da descrição objetiva do mundo detém grande potencial heurístico, e serve como ferramenta de inegável efetividade para o processo de transição da dominação simbólica para a emancipação consciente das classes ou grupos dominados num dado período da história.

5.2. Conceitos de *habitus*, campo e capital segundo Pierre Bourdieu

5.2.1. *Habitus*

Primeiramente, Bourdieu chamava de *juridismo* a tendência dos antropólogos – denominados pelos franceses de etnólogos – em descrever a dinâmica do mundo social na linguagem da regra, ou seja, que as práticas sociais se realizavam sempre amoldadas a uma regra explícita. Foi num texto de Max Weber que ele encontrou um apoio a sua crítica ao

¹⁵⁴ Cf. o final do texto “O Poder Simbólico”, Nota de rodapé 8, p.12.

juridismo, na assertiva segundo a qual “os agentes sociais obedecem à regra quando o interesse em obedecer a ela suplanta o interesse em desobedecer a ela”¹⁵⁵.

Essa assertiva lembra que a regra não é automaticamente eficaz por si, e induz à reflexão sobre quais seriam as condições da eficácia automática da regra sobre as pessoas. Junto dos princípios tradicionais geradores das práticas sociais, materializados na norma expressa e explícita ou no cálculo racional, Bourdieu teorizou aquilo que chamou de ‘estruturas estruturantes’, enquanto ‘sistema de disposições duráveis’, ou ainda, reduzido na palavra *habitus*.

Na formulação do conceito de *habitus*, Bourdieu acentuou que as premissas que lhe dão a estabilidade enquanto teoria de natureza científica autêntica, num procedimento de ação e percepção, decorrem obrigatoriamente do trabalho empírico levado a efeito. Assim, assevera que os fundamentos do *habitus* não são apenas teóricos e, por conseguinte, afasta de modo expreso qualquer pretensão de enquadrá-la como fruto de uma *teoria teórica*, de um discurso profético ou programático, que encerra a sua finalidade em si mesmo, que tem sua gênese e permanência no mundo ajustado a algum argumento retórico, quiçá, legítima reprodução social da genética protagórica, que reafirma o poder humano de descrição objetiva do que é o mundo, e assim qualificar o homem como a medida de todas as coisas conhecidas ou não. Bourdieu reforça, ademais, o caráter estritamente científico do seu conceito de *habitus*, fundada num compromisso ascético, o qual deve nortear incontinenti todo pesquisador, em que pese essa postura retratar um certo sectarismo aparente.¹⁵⁶

Do ponto de vista histórico, a noção de *habitus* tem registro na filosofia aristotélica, que o teorizou na figura da *hexis*, relacionada com o conceito de virtude. A *hexis*, assim, significava um estado de espírito referenciado pela moral, que orientava a ação prática. Norbert Elias considerava cada indivíduo como uma síntese subjetiva e objetiva complexa do contexto social e histórico, e assim, o *habitus* era tido como um espaço interacional e de

¹⁵⁵ Cf. “COISAS DITAS”, p. 96. Também: DEER, Cécile et al em ‘PIERRE BOURDIEU. CONCEITOS FUNDAMENTAIS’; Idem em “O SENSO PRÁTICO”; Idem JOURDAIN, Anne e NAULIN, Sidonie “A TEORIA DE PIERRE BOURDIEU E SEU USOS SOCIOLÓGICOS”

¹⁵⁶ Cf. a ênfase que Bourdieu concede à abordagem científica, com lastro empírico, no início do seu texto que trata da gênese conceitual de *Habitus* e Campo: [...] tomar verdadeiramente o partido da ciência é optar, asceticamente, por dedicar mais tempo e mais esforços a pôr em acção os conhecimentos teóricos adquiridos investindo-os em pesquisas novas, em vez de os acondicionar, de certo modo, para a venda, metendo-os num embrulho de metadiscursos, destinado menos a controlar o pensamento do que a mostrar e a valorizar a sua própria importância ou a dele retirar diretamente benefícios fazendo-o circular nas inúmeras ocasiões que a idade do jacto e do colóquio oferece ao narcisismo do pesquisador. Mas é também correr o risco de dar a imagem de um isolacionismo provinciano ou sectário, sobretudo quando o emprego colectivo do mesmo *modus operandi* – embora seja coisa banal nas ciências mais avançadas – vem reforçar essa visão de monismo totalitário.[...]. In PODER SIMBÓLICO, p. 57-58.

redes intercomunicantes, onde o indivíduo edificava suas identidades individual e social: ‘indivíduo’ e ‘sociedade’ não seriam substâncias distintas e estáveis, porque designavam processos interdependentes e indissociáveis.¹⁵⁷

5.2.2 Campo

Para Bourdieu, noutra giro, o seu conceito de *habitus* está ligado àquilo que denominou de, que são os espaços caracterizados por uma lógica própria, onde se travam as relações de poder da sociedade, com escopo da imposição das formas de definição do mundo. Nas relações de poder ocorridas num dado campo, o *habitus* é um conjunto de princípios ou diretrizes que todo indivíduo incorpora na sua concepção daquilo que entende ser o mundo real, e assim, são estruturas que estruturam os campos – estruturas estruturantes -, ou ainda, um sistema de disposições duráveis.

Sobre o conceito de campo, primeiramente, devemos ter em mente que a característica que marca as sociedades industriais na modernidade, é a ausência de hierarquia social juridicamente definida. Bourdieu propôs uma abordagem da diferenciação social em termos de *espaços sociais* e *campos sociais*, para formular conceitos e ferramentas que possibilitassem atingir dois objetivos: (i) a análise das determinadas posições dos grupos e suas relações e, (ii) a compreensão das tendências da reprodução social.

A partir do princípio metodológico, segundo o qual *todo fato social é construído*, então, a classificação perfaz um critério para entender e explicar a estrutura social. A expressão *espaço social*, portanto, informa um rompimento com as linhas tradicionais de representação da hierarquia social, fundadas num modelo hierárquico piramidal, que classificava em classes dentro de uma escala social, considerando as condições materiais de existência. Essa classificação, produz uma redução empírica (por impedir o surgimento de categorização diversa da hierárquica), e por ser inadequada no plano teórico, pela pretensão de sugerir que cada uma classe se defina por si, sem qualquer relação com as demais. Nesse sentido, Bourdieu faz a distinção entre a categorização teórica do espaço social enquanto divisão piramidal (classes) e, na forma multidimensional (campos):

¹⁵⁷ Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/ciencias-sociais/conceito-de-habitus-em-pierre-bourdieu-e-norbert-elias>> acesso e 14 set. 2015.

Em um primeiro tempo, a sociologia se apresenta como uma topologia social. Assim, pode-se representar o mundo social sob a forma de um espaço (com várias dimensões) construído sobre a base de princípios de diferenciação ou de distribuição constituídos pelo conjunto das propriedades que agem no universo social considerado [...] Os agentes e os grupos de agentes são assim definidos por suas posições relativas neste espaço. Cada um deles está situado numa posição ou numa classe precisa de posições vizinhas (isto é, numa região determinada do espaço e não podem ocupar realmente, mesmo que seja possível fazê-lo em pensamento, duas regiões opostas do espaço. [...] Pode-se descrever o espaço social como um espaço multidimensional de posições tal que toda posição atual pode ser definida em função de um sistema multidimensional de coordenadas, cujos valores correspondem aos valores de diferentes variáveis pertinentes. Assim, os agentes se distribuem nele, na primeira dimensão, segundo o volume global do capital que possuem e, na segunda, segundo a composição do capital – isto é, segundo o peso relativo das diferentes espécies no conjunto de suas possessões.¹⁵⁸

5.2.3. Capital

O modelo proposto por Bourdieu, denomina de capital aquilo que determina a posição dos agentes num campo. Embora essa denominação tenha estreita relação com Karl Marx, a acepção dada por Bourdieu vai além daquela clássica noção econômica do termo, pois o autor considera que a essência de constituição daquilo que conceituou de ‘capital’ está relacionada com a lógica que estrutura cada campo, e assim, ter-se-ia espécies diversas do capital, sendo que as principais aludidas por Bourdieu são (i) o capital econômico, (ii) o capital cultural, (iii) o capital social e (iv) o capital simbólico. Vejamos, em resumo, as características destes¹⁵⁹:

- a) capital econômico: designa o conjunto dos recursos econômicos de um indivíduo, e engloba seu patrimônio e seus rendimentos. É o tipo de capital que possibilita o agente adquirir com maior facilidade os demais tipos de capital. Forma de transmissão: por ser um capital material, se transmite de uma geração a outra simplesmente por herança;

¹⁵⁸ 1. BOURDIEU, P. Espace social et genèse des “classes”. Op. cit., p.3 (Primeiras Lições sobre a SOCIOLOGIA DE P. BOURDIEU, Editora VOZES, Petrópolis, RJ, 2005, 2ª Edição, tradução Lucy Magalhães.), p. 52-53.

¹⁵⁹ A TEORIA DE PIERRE BOURDIEU E SEUS USOS SOCIOLÓGICOS, p. 126-130.

- b) capital cultural: designa o conjunto de recursos culturais que permite ao indivíduo apreciar bens e as práticas próprias à cultura erudita. Quanto maior a proximidade com a cultura erudita, maior a quantidade de capital acumulado. Pode se apresentar de três formas: (i) ‘em estado incorporado’, ou seja, sob a forma de disposições, saberes e habilidades constitutivas de um habitus, (ii) em ‘estado objetivado’, sob forma de bens culturais, como livros, dicionários, máquinas, esculturas, etc, (iii) e em ‘estado institucionalizado’, sob a forma de títulos escolares. Forma de transmissão: quando ‘incorporado’, depende de um trabalho de inculcação e assimilação, o que leva tempo; quando ‘objetivado’, necessita da aquisição de disposições para apreciar os bens culturais possuídos; quando ‘institucionalizado’, necessita da obtenção de títulos, e quanto mais prestigiada a instituição que concede o título, maior seu valor. Por fim, diversamente do econômico, ele é personalíssimo, e morre com seu portador, e aquele que o transmite, não se desfaz dele;
- c) capital social: é definido como o conjunto de recursos atuais ou potenciais ligados à posse de uma rede durável de relações mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento e de inter-reconhecimento. Quanto mais importante for a rede de relações, maior o grau do capital. Forma de aquisição: se transmite tal e qual, e necessita continuamente de instauração e manutenção, para poder produzir vínculos duráveis e úteis, aptos para propiciar proveitos materiais ou simbólicos, razão pela qual, nunca é adquirido definitivamente, e necessita de uma interação periódica com os membros da rede;
- d) capital simbólico: é aquele que remete às noções de prestígio e de reconhecimento social. Outrossim, não é outra coisa senão o capital econômico ou cultural quando conhecido ou reconhecido. Forma de aquisição: é importante fazer a sua aceitação perante os demais agentes, por exemplo, a partir do ganho de prestígio pelo sobrenome da família, honra, admiração.

Pelo fato que os indivíduos sociais são mais ou menos dotados de cada espécie de capital, por conseguinte, inexistente uma única forma de desigualdade no seio da sociedade, e sim, tantas formas de desigualdade quantos forem os tipos de capital. A cumulação de capitais distintos, induz o aumento da desigualdade. São três os elementos que definem a

posição do indivíduo na sociedade: o volume global de capital; a estrutura dos capitais; e a evolução no tempo desse volume e dessa estrutura.

5.3. Campo científico, campo jurídico e o campo de CT&I

5.3.1. A lógica do campo científico

Bourdieu aduz em *Coisas Ditas*¹⁶⁰ que todas as produções culturais, a filosofia, a história, a ciência, a arte, a literatura, entre outras áreas do conhecimento humano, são analisadas como objetos de pretensões científicas.

Tradicionalmente, de um lado, argumenta-se que basta a leitura de textos para a compreensão destas áreas de conhecimento. Num lado oposto, argumenta-se a necessidade de relacionar o texto com o contexto social ou econômico ao qual se refere. Mas no caso específico da ciência, esta teria o seu processo de perpetuação atrelado a si, numa espécie de *partenogênese* – que a biologia moderna denomina de *telitoquia* -, ou seja, ocorreria independentemente de qualquer interferência do mundo social.

Em posição inovadora, alternativa aos argumentos da pretensão científica mediante a leitura de textos ou atrelada ao contexto social ou econômico, como visto anteriormente, Bourdieu se utiliza da sua noção de *campo*, que é considerado um universo intermediário - denominado de campo literário, artístico, jurídico ou científico¹⁶¹ -, no qual estão inseridos os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem o produto do campo (*i.e.*, a literatura, a arte, o direito ou a ciência): se trata de um mundo social semelhante aos outros, mas que segue uma lógica específica.

Portanto, como visto, a noção de campo significa um espaço relativamente autônomo, um microcosmo social regido por leis próprias que, por serem específicas, diferem das leis que regem o macrocosmo social. A autonomia destes campos específicos é relativa porque eles se submetem às reverberações do macrocosmo social.

¹⁶⁰ Cf. BOURDIEU, Pierre. COISAS DITAS, p.169.

¹⁶¹ No texto de *Coisas Ditas*, “O campo intelectual: um mundo à parte”, Pierre Bourdieu discorre com profundidade a sua concepção de campo: “A noção de campo de produção cultural (que se especifica como campo artístico, campo literário, campo científico, etc.) permite romper com as vagas referências ao mundo social (através de palavras como “contexto”, “meio”, “fundo social”, “social background”,) como que normalmente a história social da arte da literatura se contenta. Op. cit., p. 169

Mais precisamente sobre os diversos campos (ou subcampos) científicos – distintos em razão das disciplinas que versam -, a diferença entre estes é definida pelo grau de autonomia de cada um, cotejada com a interferência do macrocosmo social. Destarte, a natureza das pressões externas, a forma pela qual elas se exercem, créditos, ordens, instruções, contratos e sob quais formas se manifestam as resistências, é que vai definir o grau de autonomia do campo científico específico, ou seja, quais são os mecanismos utilizados pelo microcampo científico para se libertar das pressões externas e reconhecer tão somente as suas determinações internas, razão pela qual, não há que se falar em ‘ciência pura’, desvinculada de qualquer afetação social, ou noutro extremo, de ‘ciência escrava’, serviçal de todas as pressões políticas e econômicas oriundas do macrocampo social.

Nesse horizonte de autonomia relativa, a denominada ciência básica se assemelha à ciência aplicada, porquanto, em que pese o maior grau de abstração daquela, ante a ausência de aplicação prática que o seu exercício perfaz, haverá sempre um desígnio a seguir pelo agente ou instituição que se relaciona no campo científico, por alguma interferência consciente ou inconsciente do plano social. Bourdieu assevera que, não obstante os campos científicos específicos sofrerem pressões ou demandas do macrocampo social, estas só se processam (ou são mediadas) pela lógica específica do microcampo que afetam: é o que o autor denomina de *refração*, que é uma retradução dessa pressão externa do macrocampo para a lógica interna do microcampo.

O grau de autonomia do campo científico específico é aferido, portanto, pelo seu poder de refração, e assim, a politização de uma dada área científica perfaz indicativo de pouca ou quase nenhuma autonomia. Isso pode ser observado com maior frequência nos campos relacionados com as ciências sociais, sobretudo, pelo fato de pessoas de pouca afinidade com a lógica de tais campos, promoverem intervenções fundadas em princípios incompatíveis, e que não são rechaçados de imediato, e assim, desacreditam a qualidade da produção do campo científico específico.

Na verdade, o que efetivamente comanda as diretrizes do campo científico e lhe dá maior solidez da autonomia, é aquilo que Bourdieu denomina de estrutura das relações objetivas entre os agentes (pessoas ou instituições), o que determina o que podem ou o que não podem fazer, o que orienta e dirige, ainda que de forma negativa, as suas tomadas de posição.

A estrutura das relações objetivas dos agentes, portanto, é determinada pela distribuição do capital científico num certo momento. Cada agente participa da estrutura na

proporção do capital científico que detém, considerado o seu peso individual em relação ao peso do capital de todos os demais agentes, o que, visto em seu conjunto, perfaz o espaço total do campo. E essa estrutura espacial que se impõe perante cada agente no campo, pressionando cada agente, com maior ou menor intensidade, de acordo com a sua proporção do capital científico. É por essa razão que os pesquisadores e as pesquisas dominantes é que definem quais são as questões mais importantes para a ciência num dado momento e local.

Portanto, há de concluir que se o campo científico específico detém pouca autonomia, então, o rumo das pesquisas será pressionado e dirigido por forças estranhas àquelas que atuam na operação lógica do campo, em que pese a capacidade de retradução interna do campo, pelo efeito da refração. Por outro lado, se o campo detém maior autonomia, por conseguinte, as diretrizes das pesquisas serão definidas pelos pesquisadores e pesquisas dominantes, qualificáveis nesse sentido de acordo com o peso do capital científico que lhes garante uma determinada posição na estrutura de distribuição do capital dentro do campo.

Bourdieu alude que o capital científico é uma forma particular de capital simbólico, cuja característica, enquanto capital simbólico, é a sua legitimidade decorrente do continuado conhecimento e reconhecimento desta característica (da legitimidade) pela reprodução que precede a distinção e, concomitantemente, pelo desconhecimento da sua arbitrariedade. As estruturas objetivas do campo são formatadas e sustentadas pelo capital simbólico, o qual proporciona, também, as lutas em torno destas estruturas, que são estruturadas e estruturantes. Os *habitus* que têm os agentes sociais – maneiras de ser permanentes -, podem agir como fator de oposição às forças do campo.

Os campos científicos possuem características específicas e, consoante já exposto, a amplitude da autonomia destes é diretamente proporcional à resistência que promove contra as pressões ou regras que lhe são externas. Assim, o campo não funciona segundo as regras sociais externas. O interesse científico, enquanto interesse desinteressado – em particular, sob o ponto de vista econômico - e sem qualquer pretensão que possa suplantar a evolução científica, é uma forma particular de *illusio* produzida pelos campos científicos, a do interesse pelo desinteresse. Isso traduz uma diferença radical entre as formas de capital que distingue o “capitalista cientista” e do capitalista na acepção coloquial da palavra.

5.3.2. O capital científico puro e o capital científico institucional

Bourdieu aduz que no campo científico atuam duas formas de capital, relacionados com duas formas de poder. A primeira espécie é o *capital científico puro*, personalíssimo, e que está agregado às qualidades e reconhecimento da pessoa do pesquisador ou cientista, por seus pares, na sua área de atuação. A segunda espécie é o *capital científico da instituição*, que se adquire mediante a execução de estratégias políticas articuladas no tempo, e assim, não possui nenhuma vinculação com o nível de conhecimento científico reconhecido de seu detentor, atrelado apenas com a posição de mando e poder decisório ocupado pelo pesquisador na instituição científica.

O capital científico puro está relacionado com o prestígio pessoal, que não é inteiramente dependente da articulação política, mas sim, do reconhecimento que o agente físico da ciência (pesquisador ou cientista) detém perante seus pares. Este reconhecimento decorre da opinião pessoal dos demais membros do meio científico, ante o que, pouco ou nada tem de objetividade ou institucionalização.

O capital científico puro, portanto, se forma pelo reconhecimento de mérito qualitativo personalíssimo, de membros da comunidade científica em cada área do saber, a exemplo de Albert Einstein, Isaac Newton, mais recentemente Stephen Hawking, no campo científico da física e da astronomia; Charles Darwin, Gregor Mendel, Louis Pasteur, e até mesmo na Grécia antiga a figura de Hipócrates, estes no campo das ciências biológicas; Claude Lévi-Strauss, Max Weber, Emile Durkheim, Marcel Mauss, o próprio Pierre Bourdieu, no campo científico das ciências sociais, sem olvidar, especificamente no campo científico do Direito, dos nomes de Henry James Sumner Maine e Hans Kelsen.

Um símbolo que chancela o alto peso do capital científico puro nos campos científicos da medicina, física e química, é a indicação do pesquisador ou cientista ao prêmio Nobel, e o capital científico puro se consolida em seu maior grau em nome daquele que é concedido. Segundo Bourdieu, o capital científico puro é mais exposto à contestação e crítica na sua fase de acumulação inicial, pois está relacionado diretamente com rupturas sociais, em razão da sua natureza inovadora, que, por esta pretensão de inovar, acaba se opondo com a imagem ideal até então mantida pelo campo.

Para corroborar tal assertiva, basta trazer à memória o exemplo da condenação de Galileu Galilei na Idade Média pelo Santo Ofício, por defender a *Teoria Heliocêntrica* de Copérnico, oposta à *teoria teórica* do geocentrismo de Aristóteles e Ptolomeu, acolhida pela Igreja. Ao final predominou a força simbólica da estrutura estruturante do campo científico,

no arranjo estruturado à época, sob o peso do capital da Igreja¹⁶². Um outro exemplo: A resistência à teoria da relatividade de Einstein ante a força estruturante da teoria de Newton¹⁶³.

A segunda forma de capital científico é designada de *capital científico da instituição*, que é adquirido primordialmente por estratégias políticas diversas, que têm em comum a exigência do transcurso de tempo na execução da estratégia, a exemplo da participação em comissões, bancas, colóquios mais ou menos convencionais no plano científico, cerimônias, reuniões, etc.

Está ligado à ocupação de posições importantes nas instituições científicas, na direção de laboratórios ou departamentos, participação em comissões e comitês de avaliação, e ter o poder sobre os meios de produção e reprodução que a posição que ocupa lhe assegura. Conforme Bourdieu, a acumulação deste capital é o princípio ou o resultado de menor êxito na acumulação do capital científico puro, que é a forma de capital científico mais específica e legítima.

No tocante à forma de transmissão destas duas espécies de capital científico, *o capital científico puro*, por ter algo de impreciso e permanecer relativamente indeterminado, carrega o atributo personalíssimo do pesquisador ou cientista, e assim, é de difícil transmissão. A transmissão deste capital ocorre por um longo e lento trabalho realizado junto a pesquisadores que se iniciam sob a orientação do detentor do capital científico puro. Mas também pode ocorrer a transmissão por *consagração* de pesquisadores, haja vista o viés simbólico do capital, que tem o potencial colaborar na formação da reputação daqueles que recebem a sua assinatura conjunta em trabalhos e publicações, a indicação para instâncias de consagração, entre outros atos de reconhecimento.

Já a transmissão do *capital científico institucionalizado* segue as mesmas regras da transmissão das demais espécies de capital burocratizado, não sendo incomum a realização de *eleição* ou *concurros*, na tentativa de escamotear a existência de um ajuste prévio na definição política de quem ocupará de fato o posto na instituição, em detrimento daqueles que têm maior peso de capital puro, e assim, se perpetuar no poder de gestão o corpo de pesquisadores. Os procedimentos de acúmulo do capital científico institucionalizado seguem a lógica da nomeação burocrática, ao passo que a lógica do acúmulo do capital científico puro, é a do carisma do inventor.

¹⁶² Cf. na história, a importância de Galileu Galilei na revolução científica...

¹⁶³ Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2015/11/1710921-um-seculo-atras-a-teoria-da-relatividade-de-einstein-mudou-tudo.shtml>> Acesso em 13 dez. 2018.

Bourdieu aduz que, por razões práticas, o acúmulo das duas espécies de capital científico (puro e institucional) é extremamente difícil, porque o pesquisador que tem um forte crédito específico (prestígio, reconhecimento da sua capacidade científica por seus pares), tem um peso político fraco, e, ao contrário, quando tem um peso político forte, tem um fraco crédito específico.

No campo científico, o forte crédito científico se opõe à cumulação de poder econômico e político, e, infelizmente, é muito fácil a conversão do capital político em poder científico. Por conseguinte, um pesquisador mediano financiado por um agente detentor de forte capital econômico - um industrial ou um banqueiro, p. ex. -, terá seguramente mais poder científico no campo do que um renomado pesquisador que não tenha nenhuma fonte de patrocínio econômico.¹⁶⁴

5.3.3. Evolução científica e as forças que direcionam a pesquisa básica e a aplicada

A dualidade de poderes no campo (político e científico) induz a um entendimento que isso beneficiaria a todos, pois, de um lado, afastaria o risco de uma *teocracia epistemocrática dos melhores*, e de outro lado, impediria que os *melhores* fossem deixados de lado pelo domínio político. Não obstante, há de se reconhecer que o poder temporal (institucional ou político) sobre o campo científico geralmente produz uma partilha com pesquisadores que não são necessariamente os melhores segundo critérios científicos.

Quanto mais a autonomia de um campo científico for limitada, permitindo defasagens entre as hierarquias políticas e as científicas, por conseguinte, os poderes políticos externos poderão intervir nas lutas específicas, sobretudo no controle e destinação dos recursos econômicos, o que permitiria o exercício de um poder tirânico sobre a pesquisa, porquanto este poder não encontra alinhado com a lógica específica do campo científico.

Pelo fato de existir uma autonomia relativa do campo em relação aos poderes externos, o que enseja os dois princípios de dominação (um temporal e um específico), ao final ocorre uma ambiguidade estrutural, segundo a qual todo conflito intelectual científico terá em sua

¹⁶⁴ A história recente corrobora esta conclusão: vide, por exemplo, o caso Clair Cameron Patterson (chumbo na gasolina) x indústria do petróleo) Disponível em: <https://hypescience.com/como-sabemos-a-idade-da-terra/> Acesso em 12 dez.2019. . Assim, a transformação do capital político em poder científico perpetua a ortodoxia contra a inovação. O poder simbólico no campo científico, na vertente do poder científico institucional, produz um efeito envolvente nos jovens pesquisadores, como visto, pela promessa de empréstimo das qualidades científicas dos quais as suas carreiras dependem.

essência uma forma de conflito de poder, ou seja, uma dimensão científica e uma dimensão política. O peso de cada dimensão terá variação conforme o campo e a posição ocupada no campo, e assim, quanto mais os campos científicos são heterônomos (de menor autonomia), a diferença na distribuição dos poderes políticos será maior, em prejuízo ao progresso científico.

Por isso, o progresso da autonomia do campo científico está diretamente relacionado com o progresso da produção científica do campo, razão pela qual, as condições práticas de incremento da autonomia devem ser concretizadas, por meio da criação de barreiras de entrada, da proibição de introdução e utilização de armas não específicas, pelo favorecimento de formas reguladas de competição, limitadas apenas por imposições de coerência lógica e da verificação experimental. Aqui exsurge a necessidade da normatização dos campos científicos, para “colocar a ciência, e mais especificamente, a ciência da ciência, a serviço da ciência, do progresso desta”.¹⁶⁵

A dinâmica do campo se verifica mediante jogos duplos de prestígio e poder, e que as atividades científicas e de comando da instituição científica, em que pese as disputas entre o exercício destas, ainda assim podem conviver num mesmo espaço e tempo. Isso ocorre porque os pesquisadores realizam duas funções: a *pesquisa básica*, pela evolução da própria ciência – o que representa despesas sem retorno imediato, não obstante o potencial inovador insito da pesquisa –, mas, ao mesmo tempo, realizam a *pesquisa aplicada*, segundo as diretrizes de comando da instituição, no entanto, sem utilidade social imediata para a ciência, porque é focada preponderantemente em seu resultado econômico.

A força relativa destas duas posições opostas – pesquisa básica e pesquisa aplicada –, é variável conforme o estágio da evolução científica, para a primeira e, para a segunda, em razão da conjuntura política, ou de forma mais escamoteada, de acordo com a conjuntura econômica e social, e a problemática dominante dos meios dirigentes institucionais.

A visão polêmica e parcial que os campos científico e econômico produzem para cada qual se sustentar, acarreta a perda de propriedades e interesses comuns, além das justificações não exclusivas, comuns às duas funções da instituição científica, de pesquisa básica e pesquisa aplicada, e essas duas funções, na verdade, perfazem dois momentos sucessivos e distintos, inerentes ao processo de produção científica: o momento da invenção e o momento da inovação, este último, no sentido de empreendedorismo, como ato do capitalista em busca de lucro.

¹⁶⁵ BOURDIEU, Pierre, Os usos sociais da ciência. Por uma sociologia clínica do campo científico., p. 43

5.3.4. A lógica do campo do direito ou jurídico

Sob as premissas do modelo teorizado dos *campos sociais*, tidos como *estruturas estruturadas* e *estruturas estruturantes*, que na modernidade é um fundamento do processo de coesão social a partir da relação entre os *sistemas simbólicos* e a *ação social*, o texto *A Força do Direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico*, de Pierre Bourdieu, traz importantes aportes para a sociologia jurídica, os quais servirão de referência para esta pesquisa, mais precisamente no enfoque das relações do campo jurídico com o campo da ciência, tecnologia e inovação.

Sob as perspectivas tradicionais do debate filosófico e científico do direito, as leituras levadas a cabo não abarcaram toda a complexidade do fenômeno jurídico, justamente por não apreenderem a lógica específica do campo social que lhe é próprio, e assim, Bourdieu aduz que uma verdadeira ciência do Direito vai muito além de uma ciência jurídica, sobretudo porque esta última perfaz o seu objeto. E essa autêntica ciência do Direito afastaria do debate a clássica perspectiva do *formalismo*, que apregoa a independência total do direito em relação ao mundo social que se pretende referir.

Da mesma forma, afastaria a perspectiva do *instrumentalismo*, que tem o direito como *instrumento a serviço das classes dominantes*. Com efeito, o ponto de vista científico formalista considera o direito como um sistema fechado e autônomo, e assim é que vê o processo histórico do direito, a partir da sua dinâmica interna (fatos internos). Trata-se de um esforço para construir um corpo de doutrinas e regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo neste corpo de doutrinas e regras o seu próprio fundamento. Nesse sentido é que a teoria formal proposta por Kelsen, de natureza científica-analítica, exclui todo e qualquer dado social, psicológico ou histórico, além de eventual consequência social na aplicação do direito.

Noutro prisma, agora sob o enfoque meramente instrumental do direito, este seria um reflexo direto de relações das forças econômicas (fatos externos), e assim, seria apenas um instrumento de dominação utilizado pelos interesses dominantes. Ocorre que, nas relações de força idealizadas pelos instrumentalistas, estes olvidaram a inafastável realidade da estrutura dos *sistemas simbólicos* e, por conseguinte, a forma simbólica específica do discurso jurídico – um *corpus* jurídico -, estruturado de forma autônoma, que pela lógica de

um funcionamento específico, é capaz de se produzir e se reproduzir independentemente das irritações que lhes são externas.

Esses dois horizontes (interno e externo) clássicos de situação do direito ignoram que existe uma realidade social relativamente independente de pressões externas, no bojo de qual é produzida e exercida a autoridade jurídica, que é a forma por excelência da *violência simbólica legítima*, monopolizada pelo Estado, e que nessa qualidade, portanto, pode ser reforçada pelo uso coativo da violência física. Assim, as estruturas estruturadas e estruturantes surgem da dinâmica funcional do campo jurídico que é dotado de uma lógica específica regida pelo binômio relação de forças específicas (capital econômico e social) *versus* limitação objetiva definida em obras jurídicas (capital cultural), conforme as palavras de Bourdieu:

As práticas e o discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de forças específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das relações propriamente jurídicas.¹⁶⁶

A crítica de Bourdieu quanto à inaptidão das *pretensões* teóricas científicas do direito alcança, outrossim, a teoria dos sistemas de Luhmann, por apresentar, segundo ele, um defeito irremediável no conceito de *autorreferência*, consistente na confusão das estruturas simbólicas com as instituições que as produzem. Destarte, por não distinguir (i) a estrutura ou ordem simbólica das doutrinas e normas (campo das tomadas de decisão ou espaço dos possíveis) e nem (ii) a ordem das relações objetivas entre agentes e instituições em concorrência pelo monopólio de dizer o direito, por conseguinte, é impossível conceber que o campo jurídico encontre nele próprio o princípio da sua transformação, consoante a pretensão da teoria dos sistemas.

Característica própria do campo jurídico é o fato dele representar o lugar de concorrência pelo monopólio do *direito de dizer o direito*. Ali se defrontam agentes investidos de competência social e técnica, que é a reconhecida capacidade de interpretar um *corpus* de textos prescritivos que consagram uma concepção do mundo social considerada legítima e justa ou, seja, uma visão que transmite simbolicamente as aspirações diferenciadas

¹⁶⁶ Op. Cit, p. 219.

daqueles que detêm melhor capital social, econômico, cultural e simbólico para dizer qual é o significado a ser adotado sobre o mundo, sob o aspecto das formas de regulação social qualificadas como jurídicas.

Essa situação consagrada de legitimidade e de justiça de visão do mundo social é que fundamenta a autonomia relativa do direito e o efeito propriamente simbólico do desconhecimento. Diga-se, por relevante, que as estruturas estruturantes do campo jurídico na forma ora concebida, são marcadas pelo etnocentrismo, e que por isso também pode ser considerado um *habitus* das sociedades ocidentais, que consagra a universalidade do direito enquanto fenômeno de regulação social. E o etnocentrismo, dada sua natureza simbólica geral, desponta como barreira epistemológica presente em todos os campos sociais, o que deve ser objeto de inafastável reflexão e máxima filtragem metodológica, quando da formulação de teoria científica no campo das ciências humanas.

No campo do direito é possível observar que, em sua lógica, o *corpus* jurídico expressa a cada momento uma relação de forças, e sanciona as conquistas dos dominados, convertidas em saber adquirido e reconhecido, ou seja, este campo é marcado por forças de tendência emancipatórias - fruto da evolução racional e da heterodoxia -, que atuam contra as forças do poder de dominação, simbólico, que se perpetuam e se reproduzem pela ortodoxia.

Bourdieu afirma que no campo jurídico atua uma lógica paradoxal de uma divisão de trabalho, que surge na concorrência regulada estruturalmente – mas inconsciente - entre agentes e instituições pertencentes ao campo, o que ensejaria um sistema de regras e práticas, ou seja, a lógica positiva da ciência e a lógica normativa da moral, que pode se impor universalmente ao reconhecimento de uma necessidade lógica e ética. A prática teórica da interpretação jurídica, diversamente da hermenêutica literária ou filosófica, não tem nela mesma a sua finalidade, pois está orientada para fins práticos. A sua adequação à determinação de efeitos práticos acaba por manter a sua eficácia pela restrição da sua autonomia.

Disto, as divergências ocorridas entre intérpretes autorizados são limitadas, e a definição da ordem jurídica operará a exclusão/eliminação da pluralidade de normas jurídicas concorrentes. No texto jurídico há um jogo de lutas, haja vista que a sua leitura consiste na apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. Ainda que os juristas possam questionar textos que não se imponham imperativamente, mesmo assim permanecem num corpo que é integrado/estruturado por instâncias de hierarquia, legitimadas para resolver as divergências e conflitos entre intérpretes e interpretações. Mas

essa concorrência entre intérpretes encontra um limite nas decisões judiciais, que constituem um corpo organizado pela hierarquia, que define a distribuição de poderes, suas decisões e interpretações que devem ser acatadas e, também, as normas e as fontes destas que lhe conferem a legitimidade/autoridade das decisões.

Sobre o poder simbólico que sustenta o *habitus* da autoridade judiciária, Bourdieu faz alusão à uma arte de respeitar a ordem reconhecida como legítima na enumeração das autoridades. Assim, o campo jurídico funciona tal qual um aparelho sincronizado na medida que a coesão entre os diversos *habitus* aumenta com a disciplina do corpo hierarquizado que define os procedimentos para as soluções dos conflitos, e o corpo de juristas, por conseguinte, se convence que o direito tem seu fundamento em si mesmo, numa referência transcendental (*norma normarum*), na qual se legitimam as demais normas inferiores, consoante teorizado por Kelsen, o que também encontra similitude de justificação da legitimidade no modelo proposto por Hart: A concepção da norma hipotética fundamental daquele e da *rule of recognition* deste último, seriam reflexo das estruturas fundamentais do campo jurídico.

Em todos os campos culturais observa-se uma tendência de introjetar, como condição universal, essa visão comum de uma comunidade histórica, desvinculada das condições sociais, porém, a questão do fundamento científico está posta na própria realidade da existência social, ante o que, a formação da razão científica não pode ser entendida como uma estrutura histórica do campo, a desprezar o efeito prático social. Na lógica do funcionamento do campo jurídico, outrossim, inscreve-se o efeito de *apriorização*, o qual se revela na linguagem propriamente jurídica, caracterizado pela retórica da impessoalidade e neutralidade. Mas a maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem para a produção de dois efeitos ainda maiores, que são: o efeito de *neutralização* (predomínio das construções passivas e de frases impessoais: reveste de impessoalidade o enunciado normativo e constitui os enunciados em universal e disto, imparcial e objetivo) e o efeito da *universalização* (advém de vários processos convergentes).

A retórica da *autonomia*, *neutralidade* e *universalização*, enquanto característica da lógica do campo jurídico, não é uma máscara ideológica: é a própria expressão de todo o funcionamento do campo e, em especial, do trabalho de racionalização, no duplo sentido de Freud e Weber, ao qual o sistema de normas jurídicas está continuamente sujeito. Esta *postura universalizante* do campo é constituída pelo que se denomina *espírito jurídico* ou

sentido jurídico, que perfazem condições que propiciam a entrada no campo. A pretensão universal de elaborar um corpo de regras e de procedimentos é produto de uma divisão de trabalho resultante da lógica espontânea da concorrência entre diferentes *formas de competência*, ao mesmo tempo antagonistas e complementares, que funcionam como outras tantas espécies de capital específico associadas a diferentes posições no campo. O antagonismo estrutural do campo, que opõe teóricos e práticos, é gerador da *distinção*, e por este motivo está na origem de uma luta simbólica permanente na qual se defrontam definições diferentes do trabalho jurídico, enquanto interpretação autorizada dos textos.

Essas diferentes categorias de intérpretes autorizados distribuem-se em dois polos: (i) o da interpretação voltada à interpretação geral, puramente teórica (professores, teóricos) e (ii) o da interpretação voltada ao caso particular (magistrados, práticos), que pode contribuir também para a construção jurídica. A significação prática da norma se determina a partir da confrontação entre diferentes grupos de interesses divergentes (magistrados, advogados, etc), eles próprios divididos em grupos com interesses divergentes ou opostos, em função da hierarquia do corpo, que corresponde à posição dos interesses que defendem na hierarquia social.

Segundo Bourdieu, o conteúdo prático de uma norma que se revela numa decisão judicial é o resultado de uma *luta simbólica* entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais. E efeito jurídico da regra (sua significação real), determina-se na relação de força específica entre os profissionais, e o trabalho de racionalização lhe confere eficácia simbólica.

A lógica do campo jurídico, enfim, é articulada pelas relações de força entre juristas teóricos e praticantes, e entre especialistas e mandantes, mas a força do direito não advém apenas destas relações de força: depende da sua formalização, que se materializa na codificação.

5.3.5. O campo de ciência, tecnologia e inovação

Há também uma lógica própria que rege a estruturação de cada campo da sociedade. Essa lógica é determinada pelos agentes, conforme o tipo de interesses que são disputados naquele espaço. No campo da ciência, a coesão estrutural basicamente advém da visão de mundo daqueles que detêm mais capital científico puro e capital científico institucional, ao

passo que no campo do direito ou jurídico, ter-se-ia preponderância a participação do capital cultural. A característica de universalidade do fenômeno científico, impõe uma visão num horizonte mais profundo, porquanto não se faz ciência apenas com o comando formal de autoridade do Estado, mas, ao contrário, a regulação das práticas científicas é construída e ajustada no bojo da própria sociedade. Se as práticas científicas são da natureza humana, portanto, universais, por conseguinte, a correlata regulação qualificável como jurídica, como visto, não pode ser centrada apenas na forma do direito, e muito menos adstrita aos limites da soberania de um Estado: deve ser analisado no plano global e com pretensão intercultural. Nesse sentido, o modelo da *juridicidade* proposto por Le Roy seria o mais vocacionado para tentar equalizar a lógica da relação entre o poder estatal e a universalidade do fenômeno científico. Mas não basta isso! É imprescindível pensar na regulação das práticas do campo científico, ou seja, da conexão entre os campos científico e jurídico além do estatuto da teoria, consoante asseverou Bourdieu no livro *SOBRE O ESTADO*, texto “TEORIA E EMPIRIA”¹⁶⁷. Destarte, a experimentação ou empiria do funcionamento dos campos aponta para uma integração lógica-causal da ciência com a tecnologia e a inovação, que advém da pressão exercida, sobretudo, pelo *habitus* do campo econômico. Isso provoca a reconfiguração do campo científico (em sentido estrito), para o campo de ciência, tecnologia e inovação (ou campo científico em sentido mais amplo). A lógica deste novo campo é definida pela combinação das lógicas do campo econômico com o campo científico em sentido estrito.

Por outro lado, a lógica do campo jurídico pode ser resumida em dois fatores: (i) relações de poder internas do campo e (ii) a codificação¹⁶⁸. Visto sob o prisma da *codificação* que estrutura o campo jurídico concernente às práticas de CT&I, no Brasil, a Emenda Constitucional nº 85/2015 alterou e adicionou dispositivos no Capítulo IV – Da Ciência, Tecnologia e Inovação, da CF/88, de forma a realçar o tratamento prioritário da pesquisa básica e tecnológica a ser dado pelo Estado na execução de suas políticas públicas. Assim, a regulação elementar das práticas de CT&I no Brasil, tem como referência a estrutura constitucional *formalmente codificada* nos artigos 218 ao 219-B da CF/88, que impõe o comando estatal no sentido que “A pesquisa científica básica e tecnológica receberá

¹⁶⁷ Op. cit, Curso de 25 de janeiro de 1990, p. 54-55.

¹⁶⁸Cf. Soraya Nour Sckel, in **Os juristas e o direito em Bourdieu**. A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. Tempo Social, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 28, n. 1, 2016, p. 157-178

tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.”¹⁶⁹

Destarte, segundo a codificação constitucional, as práticas de CT&I devem ter tratamento estatal *prioritário*, com vistas ao *bem público* e o *progresso da ciência, tecnologia e inovação*. Isso determina uma *finalidade formal codificada* de tais práticas, relacionada com o plano de efetividade constitucional. No bojo das disposições constitucionais de CT&I – do art. 218 ao 219-B- (codificação), é possível destacar princípios que norteiam tais práticas, entre os quais é possível enumerar: (i) Princípio do fomento estatal em CT&I; (ii) Princípio da prioridade de tratamento estatal das práticas de CT&I; (iii) Princípio do apoio efetivo à formação de RH em CT&I; (iv) Princípio da concessão de meios e condições especiais de trabalho em CT&I; (v) Princípio do estímulo cooperação entre entes públicos e privados para as práticas de CT&I; (vi) Princípio da promoção e incentivo das ICTs públicas para o aprimoramento das práticas de CT&I no exterior; (vii) Princípio do estímulo ao empreendedorismo empresarial; (viii) Princípio do estímulo aos ambientes promotores de inovação, à atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia; (ix) i) Princípio da participação conjunta e tratamento sistêmico das práticas de CT&I.

É possível concluir, então, que a parcela lógica da codificação do campo jurídico que regula as práticas de CT&I, segue os princípios positivados nos art. 218 ao 219-B da CF/88, que são as diretrizes que referenciam a produção da ciência, tecnologia e inovação no Brasil. A parcela da lógica do campo jurídico concernente às relações de força do campo que estruturam a regulação das práticas de CT&I, deve ser objeto de experimentação no campo, o que será objeto de análise no capítulo seguinte, mormente para compreensão da força do *habitus* que é emanada da estrutura estruturada que perfaz o campo de CT&I.

¹⁶⁹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Conforme o § 1º do art. 218 da CF/88.

CAPÍTULO 6 - A FORÇA DO *HABITUS*

Neste capítulo, seguir-se-á a fase da *etnologia* do trabalho científico. Na etapa de pesquisa de campo, consoante já exposto, foram utilizados alguns meios de investigação: v.g., observação participante, entrevistas e interação em grupos.

Considerando que o objeto central da análise – o *habitus* - tem como característica essencial a violência simbólica que lhe é inerente, por reverberar e inculcar (incorporar) em cada indivíduo as estruturas estruturadas do campo no qual se originou, e que decorre da atuação de um poder simbólico, que por ser assim, é uma forma irreconhecível, transfigurada e legitimada de outras formas de poder, por conseguinte, se buscou mitigar a produção estímulos dirigidos aos participantes, prestigiando-se a *espontaneidade* das informações.

Nessa fase, então, foi possível detectar alguns pontos de convergência nas manifestações dos entrevistados que atuam no campo de CT&I, os quais passo a relacionar, por ordem de maior ênfase de arguição na amostragem levada a efeito: (1º) carência de recursos humanos (RH) nas ICTs públicas; e (2º) problemas com a sistemática da lei de licitações e contratações públicas.

6.1. Caso 1: arguição de carência de recursos humanos nas ICTs públicas

6.1.1. O *habitus* do campo CT&I e a ocorrência de relações jurídicas de terceirização de serviços inerentes ao exercício das atividades finalísticas das ICTs públicas

Foi unânime, entre os entrevistados que exercem ou exerceram cargo de direção nas ICTs públicas, a arguição da *carência de recursos humanos* para dar apoio aos pesquisadores, como principal problema enfrentado pelas ICTs públicas. Esse problema decorreria, principalmente, da redução contínua do quadro de agentes públicos, em grande parte desligados das ICTs por aposentação ou reserva (este último, no caso dos militares), e a ausência de correlata reposição do quadro dos ativos. Para facilitar a compreensão desse problema, foram apresentados exemplos, dos quais, relato o caso de maior facilidade de compreensão.

Grosso modo, o caso: no Laboratório de Integração e Testes (LIT), a ICT/INPE utiliza os períodos de ociosidade por ausência de demanda finalística própria, para ‘prestar serviços técnicos especializados’ às empresas (‘terceiros’ do setor produtivo), mediante contraprestação pecuniária. Em resumo, o referido laboratório conta com ‘salas limpas’ e vários equipamentos e instrumentos de alta tecnologia (e de alto custo e complexos) destinados a execução de testes em satélites e em outros produtos aeroespaciais. Quando este laboratório foi erigido, a ICT possuía um quadro de servidores suficiente para execução das tarefas, e assim, em períodos de menor demanda própria, passou a disponibilizar o laboratório para prestação de serviços técnicos especializados, para empresas locais. Por exemplo, o equipamento “x” atendia às qualificações/certificações solicitados pelas montadoras de veículos, propiciando testes de eletromagnetismo em cada ‘protótipo’ de novo modelo que seria lançado no mercado, ou seja, a ICT não se fazia substituir na linha de montagem da empresa, pois se limitava a apresentar um relatório técnico do ‘protótipo’ para orientação do interessado, cujas informações seriam implementadas na linha de produção da empresa. Para prestar esse serviço técnico, a ICT disponibilizava um certo nº de servidores (para ajuste de equipamentos; montagem de sensores; operação e testes; coleta de informações; etc) e material consumível para os testes. Com a gradativa redução do seu quadro de servidores – em grande parte por aposentação -, e o aumento de demanda da prestação destes serviços técnicos, em breve a ICT perdera a capacidade operacional para atender à demanda das empresas montadoras de veículos. Como solução, houve por bem suprir essa carência de mão de obra técnica mediante a contratação de serviços terceirizados por intermédio de sua fundação de apoio, e assim prosseguiu com a prestação de serviços. Todavia, os órgãos de controle interno e externo da União (Controladoria-Geral da União (CGU)¹⁷⁰ e Tribunal de Conta da União (TCU)¹⁷¹), assim que tomaram conhecimento deste fato, se pronunciaram no sentido da sua ilegalidade, em suma, por configurar intermediação indevida de mão de obra da ICT, para atuar em área finalística da ICT. Não obstante a detecção da ilegalidade do procedimento adotado pela ICT, os órgãos de controle se limitaram a reafirmá-la com reiteradas determinações para cessá-la. Não obstante, a ICT prosseguiu com a prática impugnada, ao argumento que estaria regularizando a situação, e

¹⁷⁰ A Controladoria-Geral da União é um órgão do Poder Executivo, responsável pelo controle interno da União.

¹⁷¹ O Tribunal de Contas da União é o órgão do Poder Legislativo (portanto, não integra o Poder Judiciário, em que pese a denominação de “Tribunal”), responsável pelo controle externo da União, nos termos do art. 71 da CF/88, regido pela Lei nº 8.443 de 16 de julho de 1992. É integrado por nove (9) Ministros, escolhidos pelo Presidente da República (1/3) e pelo Congresso Nacional (2/3).

que não poderia paralisar a prestação de serviços técnicos especializados sob pena de prejudicar as empresas beneficiadas. Em outro laboratório da ICT, a prática vedada também ocorria, mediante a intermediação de mão de obra pela fundação de apoio para atuação em atividades finalísticas da ICT, o que chegou a ser questionado junto ao Poder Judiciário, e que após o decreto judicial da ilegalidade e determinação da cessação da prática, foi assinado um Termo de Ajustamento de Conduta entre a União e o Ministério Público Federal, assinalando prazo para definitivamente cessar tal prática.

Pois bem, à luz do direito vigente, é consabido que a terceirização de serviços (execução indireta) no âmbito da Administração Pública, em regra, só é admitida para aquelas atividades denominadas *atividade-meio* (*acessórios*, de *suporte* ou de *apoio*), e desde que ausentes os requisitos que caracterizam a relação jurídica de emprego junto aos prestadores de serviços (subordinação jurídica, pessoalidade). Esse impeditivo, numa ótica *subjéctiva*, decorre do direito constitucional, que impõe a prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, como condição necessária para nomeação, posse e exercício de atividades inerentes às atribuições de cargo ou emprego público, consoante a norma do inciso II do art. 37, da CF/88¹⁷².

Sob um enfoque *objetivo*, o direito positivo prescreve os tipos de serviços que não podem ser objeto de terceirização (execução indireta) no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, conforme definido no Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018¹⁷³, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços

¹⁷² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988:- Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

¹⁷³ BRASIL. Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. **Diário Oficial da União**. Brasília DF, 24 set. 2018, Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42013574/do1-2018-09-24-decreto-n-9-507-de-21-de-setembro-de-2018-42013422> Acesso em 2.dez. 2019: Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. [...] Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços: I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em

da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Eventualmente, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público da Administração Pública federal, o sistema jurídico tem um aparato normativo especial que autoriza a contratação por *tempo determinado*, qual seja, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, cujo fundamento de validade é a norma do inciso IX do art. 37 da CF/1998 (*verbis*, “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”)¹⁷⁴. A contratação temporária de pessoal na Administração Pública federal que não se encaixar na moldura da Lei nº 8.745/93, portanto, será contrária ao ordenamento jurídico.

A Advocacia-Geral da União, que é o órgão público competente e que detém exclusividade¹⁷⁵ para prestar consultoria e assessoramento jurídico às ICT públicas da União (vinculadas à Administração Pública Direta), analisou ocorrência concreta sobre a questão e concluiu pelo desalinho jurídico das terceirizações mão de obra para atuar em atividades finalísticas da ICT, consoante o que restou posto na manifestação jurídica Nota nº DECOR/CGU/AGU Nº 88-JGAS/2009 e Nº 106-JGAS/2009, cuja ementa segue reproduzida:

TERCEIRIZAÇÃO. INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. PARECER RS/NAJ/CGU/AGU nº 76/2009. REVISÃO. CONTRATAÇÃO. SERVIÇOS ESPECIALIZADOS. CENTRO DE RASTREIO E CONTROLE DE SATÉLITES. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. 1. A competência para análise da questão é do NAJ em São José dos Campos, à luz do art. 8º-F da Lei nº 9.028, de 1995, que atribui aos NAJS a competência para o assessoramento jurídico aos órgãos federais sediados nos Estados, a menos que no âmbito da competência finalística de um dado órgão subordinado a Ministério, haja manifestação

contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. § 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado. § 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta. [...]

¹⁷⁴ É importante não confundir a terceirização de serviços junto à Administração Pública, com a terceirização de serviços junto às empresas do setor privado. Com efeito, o trabalho temporário prestado junto às empresas urbanas (no setor privado) é regido pela Lei nº 6.017, de 3 de janeiro de 1974, que em data mais recente, foi alterada substancialmente pela Lei nº 13.429, de 3 de janeiro de 1974. Uma dessas alterações, foi no sentido de permitir a terceirização das *atividades finalísticas* das empresas, que até então se tratava de prática juridicamente vedada. O STF apreciou a questão na ADPF nº 324 e no RE nº 958.252, com repercussão geral (Tema 725 da repercussão geral do STF), e por maioria de votos, decidiu-se que, “[é] lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

¹⁷⁵ Portanto, o direito posto que orienta a ação do órgão público da União, é aquele apontado pela Advocacia-Geral da União, ou seja, que a terceirização (Arnaud).

da Consultoria Jurídica desse Ministério em outro sentido ou tenha sido a matéria tratada pelos órgãos de direção superior da AGU. 2. A AGU já se manifestou sobre a questão da contratação de terceirizados, mormente após a assinatura de termo de conciliação judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, cujas cópias se encontram acostadas aos autos. 3. Restou evidenciada a posição da AGU contrária a novas contratações de terceirizados para o desempenho de atribuições permanentes e específicas de um dado órgão, como é o caso dos autos. 4. A posição original desta Consultoria-Geral da União que vedava, inclusive, prorrogações dos contratos que expirassem no prazo acordado pela União e MPT - até 31 de dezembro de 2010 - foi parcialmente revista pelo Advogado-Geral da União Substituto quando, nos autos do Processo nº 00400.015007/2008-89, despachou admitindo as prorrogações, desde que obedecido o prazo final e o escalonamento de redução de terceirizados posto nas cláusulas do mencionado termo de conciliação judicial. 5. Contudo, nem mesmo essa interpretação mais flexível do Advogado-Geral da União Substituto agasalha as pretensões do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), visto não se tratar de prorrogação e sim de nova contratação, expressamente vedada também no Despacho do Advogado-Geral da União Substituto. 6. A posição adotada pelo NAJ em São José dos Campos (manifestação de advogado público aprovada pelo Coordenador do NAJ) está em absoluta conformidade com a interpretação fixada pelos órgãos de Direção Superior desta AGU. 7. Não há, pois, como se admitir novas contratações de terceirizados no âmbito do INPE para o desempenho de atividades típicas, finalísticas e permanentes daquele órgão, sem que se malfira o estabelecido no Decreto nº 2.271/97, no acordado pela União (representada pela AGU e MPOG) e pelo MPT em juízo. 8. Não é possível a contratação temporária, com base no disposto nos arts. 1º e 2º, VI, h, da Lei nº 8.745/93, obedecidas as balizas postas. 9. Tal possibilidade leva, ainda, em consideração: a análise empreendida pelo DEAEEX (NOTA Nº 22-2009/DEAEEX/CGU/AGU-MGQ), focada na manifestação do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 1520/2006-TCU e Acórdão nº 2.824/2008), que considera o empenho da Diretoria do INPE em se ajustar às recomendações do TCU com vistas a realizar concursos públicos para provimento de seu quadro efetivo, em observância ao disposto no art. 37, I, da Constituição Federal, as relevantes e gravíssimas consequências que poderiam advir da interrupção das atividades do INPE, inclusive em face dos compromissos internacionais firmados.¹⁷⁶

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União (TCU), ao apreciar a Tomada de Contas nº 011.139/2002-5, relativa às atividades da referida ICT da União, no exercício de 2002,

¹⁷⁶ *In* ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU, Ementário do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos –DECOR, 4ª Edição, revisada, ampliada e atualizada até 31.12.2017, p. 54. Disponível em:

<<https://agudf.sharepoint.com/sites/cgu/Shared%20Documents/Forms/AllItems.aspx?web=1&FolderCTID=0x0120007432B97E75CC6044A6A9A22E14565F31&id=%2Fsites%2Fcgug%2FShared%20Documents%2FCartas%20de%20Servi%C3%A7o%20C%20Guias%20e%20Manuais%2FManuais%2FEMENT%20C3%81RIO%20%2D%20DECOR%20%2D%20AA%20EDI%20C3%87%20C3%83O%20%2D%20ATUALIZADO%20AT%20C3%89%2031%20D12%202017%20pdf&parent=%2Fsites%2Fcgug%2FShared%20Documents%2FCartas%20de%20Servi%C3%A7o%20C%20Guias%20e%20Manuais%2FManuais>> Acesso em 2 jan. 2020

exarou a seguinte *determinação* no bojo do Acórdão-TCU¹⁷⁷ nº 1.134/2003 – Primeira Turma, julgado em 3.6.2003: “1. Determinar, ao Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, que se *abstenha* de celebrar contratos de terceirização de mão-de-obra que tenham por objeto a prestação de serviços relacionados à atividade-fim da instituição”.

Como visto, o Tribunal de Contas da União reafirmou a norma jurídica segundo a qual, em resumo, é vedada a terceirização de mão de obra para a prestação de serviços relacionados com as atividades finalísticas de órgão ou entidade pública. Releva notar que as *determinações* exaradas pelo TCU têm conteúdo imperativo para aqueles que são dirigidas, consoante se infere do entendimento consolidado do TCU, a exemplo do contido na ementa do Acórdão-TCU nº 476/2016-Plenário¹⁷⁸.

A direção da ICT recorreu dessa determinação do Tribunal de Contas da União sob a alegação que a paralisação dos serviços (i) traria efetivo prejuízo a um projeto de CT&I binacional, denominado satélite CBERs, avençado entre o Governo Brasileiro e a República Popular da China, e (ii) a estrutura do laboratório de previsões meteorológicas por meio de supercomputação ficaria inoperante. Considerando tais alegações, o TCU houve por bem alterar a determinação anterior, em que pese manter intacta a afirmativa da ilegalidade

¹⁷⁷ O ‘acórdão’ é a denominação legal das decisões definitivas do TCU, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.443/92, e tem eficácia de título executivo quando imputar débito ou cominar multa.

¹⁷⁸ EMENTA: MONITORAMENTO. DESCUMPRIMENTO PARCIAL DE DETERMINAÇÃO DESTA CORTE. JUSTIFICATIVAS NÃO ACOLHIDAS. APLICAÇÃO DE MULTA. EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO INFERIOR AO VALOR DE REFERÊNCIA ESTABELECIDO EM NORMA DO TRIBUNAL. RACIONALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E ECONOMIA PROCESSUAL. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS SEM O CANCELAMENTO DO DÉBITO APURADO. **1. O cumprimento de determinações expedidas pelo TCU não se encontra sujeito a juízo de conveniência e oportunidade dos gestores integrantes da Administração Pública, uma vez que tais determinações se revestem de força cogente derivada das regras de competência conferidas ao Tribunal pela Constituição Federal e pela Lei 8.443/1992.** 2. No caso de dúvidas ou inconformismo em relação a qualquer comando veiculado em decisão do Tribunal, deve o sucumbente aviar, tempestivamente, os recursos próprios previstos na Lei 8.443/1992 e no Regimento Interno/TCU, e não optar por adimplir de forma parcial e injustificada determinação desta Corte. **3. O não atendimento injustificado à determinação expedida por esta Casa de Contas, dentro do prazo estipulado, verificado em processo de monitoramento, implica incidência de multa aos responsáveis, com fulcro no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992.** 4. A aplicação de multa por não adimplemento à determinação prescinde de prévia audiência quando constar no ofício encaminhado ao responsável advertência de que o não cumprimento ao comando pode ensejar imposição de multa. 5. Determina-se o arquivamento do processo quando o valor do débito for inferior ao limite mínimo estabelecido pelo Tribunal para instauração de tomada de contas especiais, em deferência à racionalização administrativa e à economia processual, nos termos do que dispõe o art. 93 da Lei 8.443/1992, art. 213 do Regimento Interno/TCU e art. 7º, inciso III, da Instrução Normativa/TCU 71/2012. (destacamos) **No mesmo sentido:** Acórdão 2.838/2015 – Plenário: “O não cumprimento de determinação expedida pelo TCU, dentro do prazo estipulado, verificado em processo de monitoramento, implica imputação de multa aos responsáveis, com fulcro no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/92. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:476%20ANOACORDAO:2016%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20> Acesso em 2jan 2020.

constatada, conforme os termos do Acórdão TCU nº 1.272/2005 – Primeira Turma, de 28.6.2005¹⁷⁹.

6.1.1. Análise do pronunciamento do Tribunal de Contas da União

É possível observar que a *segunda* determinação do TCU (Acórdão TCU nº 1.272/2005) promoveu um *ajuste* da decisão anterior, que excedeu os limites do direito legislado vigente, haja vista que, inexistente previsão normativa que autorize um órgão público federal manter uma situação jurídica contrária à Lei ou à Constituição, sem olvidar, ademais, que *entre* a determinação inicial do TCU e o ajuste decorrente da nova alteração, já teriam transcorridos mais de 18 meses. É importante consignar que no relatório do segundo Acórdão-TCU, infere-se que a decisão final se baseou preponderantemente nas alegações insertas no recurso da ICT, com destaque para a alegação do suposto “progressivo comprometimento da planejada capacidade nacional de domínio do ciclo de atividades espaciais”, caso a prestação de serviços fosse interrompida (final do item 6 do acórdão). Posteriormente, no ano de 2013, ao retomar essa questão, o TCU deliberou nos termos do Acórdão nº 43/2013-TCU-Plenário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:

9.1. determinar ao Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) que, no prazo de sessenta dias, contados a partir da ciência:

9.1.1. elabore estudo com as necessidades de adequação, reposição e ampliação de seu quadro funcional, bem assim com a expectativa de aposentadorias;

9.1.2. a partir do estudo mencionado no subitem anterior, elabore plano de ação que contemple a substituição gradual dos contratados temporários que desempenhem atividades inerentes à atuação finalística do Inpe por servidores efetivos;

¹⁷⁹ Acórdão TCU nº 1.272/2005- 1ªT: [...] ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. conhecer do presente Recurso de Reconsideração, com fundamento nos arts. 32, inciso I, parágrafo único, e 33 da Lei n. 8.443/92, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, introduzindo no Acórdão 1134/2003 - Primeira Câmara - TCU, as alterações a seguir apresentadas; 9.1.1. dar ao item 1 do Acórdão recorrido a seguinte redação: “1. determinar, ao Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, que se abstenha de celebrar contratos de *terceirização* de mão-de-obra que tenham por objeto a prestação de serviços relacionados à atividade-fim da instituição, adotando, quando do término da vigência do contratos de Registro Definitivo n. 01.06.022.0/03, voltado à operação do Centro de Rastreo e Controle de Equipamentos (CRC), e de Registro Definitivo n. 01.06.069.0/98, relativo ao Centro de Previsão de Tempo e Estudos Climáticos (CPTEC), a promoção da substituição paulatina dos funcionários contratados por empresa terceirizada, no período máximo de dezoito (18) meses, para os cargos inerentes às categorias abrangidas pelo plano de cargos do órgão por servidores de seu quadro efetivo de pessoal, aprovados em concurso público, de forma a manter ininterruptas as atividades desse Instituto;” [...]

9.1.3. apresente os resultados das providências descritas nos subitens anteriores ao Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), requerendo a realização de concurso público com o objetivo de suprir as necessidades de servidores efetivos evidenciadas;

9.2. determinar ao Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) que encaminhem ao Tribunal, no prazo de noventa dias contados a partir do recebimento do estudo e plano de ação referidos no item 9.1 deste acórdão, parecer circunstanciado sobre essas peças, abordando a reposição e a ampliação do quadro de pessoal efetivo do Inpe e a decisão sobre a realização de concurso público, bem como envidem esforços para que sejam adotadas providências no sentido de dar atendimento a esses pleitos;

9.3. determinar à Secex/SP que realize o monitoramento das determinações constantes deste acórdão, e

9.4. arquivar este processo.

Nota-se, primeiramente, que a questão principal, contrária ao direito positivo legislado e que perdurava há mais de dez anos, sequer foi mencionada na parte dispositiva deste Acórdão. Em segundo, consta do relatório do Acórdão, que no ano de 2010 – sete anos após a primeira determinação do TCU – teria ocorrido a contratação temporária de 126 profissionais¹⁸⁰, à luz da Lei nº 8.745/93, e que tal contratação foi objeto da instauração de Inquérito Civil Público pelo Ministério Público Federal¹⁸¹. Em terceiro, na fundamentação do acórdão, é notório que a especificidade de objeto da área científica e tecnológica recebeu destaque expresso, o que, por ser relevante para a finalidade desta análise, segue reproduzido o respectivo trecho:

13. É de se destacar que o envelhecimento do quadro, o aumento no ritmo de aposentadorias, a não reposição tempestiva de servidores e a consequente perda do conhecimento técnico são problemas observados também em outras unidades da área de ciência e tecnologia, conforme registrado em processos integrantes desta Relatoria.

14. Cito, como exemplo, o TC-022.676/2008-3, prestação de contas da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep/MCT) relativa ao exercício de 2007, julgada pelo Acórdão 3643/2011-2ª Câmara. Naquela oportunidade, verificou-se a existência de descontrole no acompanhamento técnico e financeiro de projetos e concessões de financiamentos, descontrole esse ocasionado por deficiência de pessoal e assunção de novas obrigações institucionais. Conforme constatado, existiam apenas 53 analistas na Finep encarregados do acompanhamento técnico de 6.509 convênios, 786 contratos de subvenção econômica e 250 projetos reembolsáveis.

15. No TC-002.567/2011-3, monitoramento de processo de auditoria operacional realizada nas unidades gestoras do Programa Nacional de Atividades Nucleares, apreciado pelo Acórdão 1550/2011 - Plenário, foi

¹⁸⁰ Cf. no relatório do acórdão 43/2013, a informação sobre o quantitativo de pessoal na ICT: terceirizados (586), servidores efetivos (1041), contratados por tempo determinado (123) e estagiários (175).

¹⁸¹ Cf. o Inquérito Civil Público nº 1.34.001.005296/2010-9-MPF.

constatado que havia a premente necessidade de repor e ampliar as vagas de servidores da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen). Consoante salientado no voto que fundamentou o acórdão:

[...]

16. Penso que o mesmo raciocínio se aplica ao Inpe, entidade que tem como missão produzir ciência e tecnologia nas áreas espacial e do ambiente terrestre, incluindo o desenvolvimento de satélites.

O Inquérito Civil Público referido no Acórdão do TCU, ensejou a propositura de Ação Civil Pública¹⁸² que, entre outros motivos, arguiu também o desalinhamento das contratações temporárias levada a efeito em 2010. A sentença¹⁸³ de primeiro grau proferida no processo, reconheceu a ilegalidade da maior parte das contratações temporárias de profissionais por envolver o exercício de atividades finalísticas da ICT pública, e assim, decretou a nulidade de 111 das 126 contratações.

¹⁸² Ação Civil Pública nº 0002549-02.2011.403.6103, da 2ª Vara Federal, da Subseção de São José dos Campos, TRF-3ª Região.

¹⁸³ Cf. alguns trechos da sentença, no sentido da ilegalidade: “[...] Trata-se, na verdade, de atividades típicas e essenciais ao funcionamento do órgão público (atividade técnica de previsão de tempo e estudos climáticos e de laboratório de combustão e propulsão), que não se enquadram nas hipóteses de excepcionalidade traçadas pela Lei nº 8.745, porquanto as contratações temporárias não se destinam às funções permanentes, sob pena de se caracterizar fraude à regra-matriz constitucional. [...] O INPE adotava, reiteradamente, a prática de terceirização de mão-de-obra para a execução de atividades finalísticas e específicas do órgão, violando, frontalmente, o art. 1º do Decreto nº 2.271/97, o qual somente autoriza, no âmbito da Administração Pública Direta Federal, a execução indireta de atividades acessórias e instrumentais. Tais fatos, como já exposto, foram observados pelos órgãos de controle interno da Administração Pública Federal, bem como pelo Tribunal de Contas da União. [...] Os editais nºs 02, 03 e 06 tinham por objeto a contratação de profissionais especializados, que exerceriam as atribuições dos cargos de pesquisador, tecnólogo e técnico, o que corrobora a violação aos requisitos constitucionais e legais autorizadores da contratação temporária e excepcional de agentes, porquanto as atividades desenvolvidas pelos agentes contratados pelo INPE têm natureza especial e permanente, sendo vinculadas às finalidades essenciais do órgão público. [...] O restabelecimento da legalidade, reiteradamente violada pelo INPE, que celebrou e prorrogou contratos de terceirização de mão-de-obra para a execução de atividades finalísticas, técnicas, especializadas e específicas do órgão, e se valeu do processo seletivo simplificado para encobrir o verdadeiro ato simulado, consistente na perpetuação dos agentes terceirizados na intimidade da administração pública, deve ser prestigiada em detrimento ao atual estado de coisas. Preservar o *statu quo* causará mal maior à coletividade do que a sua invalidação, mormente quando a pretensão de invalidar os atos administrativos ainda não foi atingida pelo instituto da prescrição (art. 54 da Lei nº 9.494/97). Os princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas não podem ser invocados como escudo para defender as atrocidades cometidas pela Administração Pública, que, no caso dos autos, mostrou-se casuística e direcionada na aplicação do direito. Não se olvide que o princípio da continuidade da prestação do serviço público essencial, que impõe a obrigatoriedade de o Estado prestar aos administrados serviços ininterruptos e adequados, e, que no caso em exame, adquire maior expressão em razão das atividades desenvolvidas pelo INPE, não pode ser esvaziado. Entretanto, no caso em testilha, observa-se a inexistência de quaisquer prejuízos para a segurança e desenvolvimento do Estado e dos administrados, porquanto, com o advento da Lei nº 12.279/2010 e da Portaria nº 533/2011 (fl. 74), o órgão público federal promoveu a realização de concursos públicos, para preenchimentos dos cargos de provimento efetivo das carreiras de pesquisador, tecnólogo, técnico e analista em ciência e tecnologia, cujos certames já foram concluídos e homologados.

III - DISPOSITIVO Diante do exposto, com fundamento no art. 269, inciso I, do CPC c/c art. 19 da Lei nº 7.347/85, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal, para: a) declarar a nulidade total dos editais nºs. 02, de 13/01/2010; 03, de 22/01/2010; e 06, de 26/03/2010; dos respectivos processos seletivos simplificados que visavam à contratação temporária de profissionais, com fundamento no art. 2º, VI, "i" e VIII, da Lei nº 8.745/93; e, por conseguinte, das relações jurídicas que deles se originaram (total de 111 contratos temporários); [...]”. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>, Seq 147> Acesso em 5 nov. 2019.

Após três meses, o Ministério Público Federal formalizou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) junto à União, para impor à ICT o dever de zelar pela legalidade de seus atos, o que foi homologado pelo Poder Judiciário, em substituição da sentença de mérito então proferida¹⁸⁴. O caso também foi objeto de representação do MPF junto ao TCU, que posteriormente decidiu nos termos do Acórdão nº 1.812/2014-TCU-Plenário¹⁸⁵, *sem* abordar a questão da ilegalidade da terceirização das atividades finalísticas.

¹⁸⁴ Cf. alguns trechos da sentença proferida em 28.11.2013: “[...] Trata-se de pedido formulado, conjuntamente, pelo autor coletivo e pela UNIÃO, a fim de que seja homologado o Termo de Ajustamento de Conduta entre as partes envolvidas no litígio, bem como seja revogada a decisão de antecipação dos efeitos da tutela, prolatada em sede de sentença (fls. 353/400), com a consequente extinção do feito em relação à União. [...] Analisando o Termo de Ajustamento de Conduta juntado às fls. 1020/1025, bem como as notas técnicas que o acompanharam, observo que as partes que firmaram o compromisso são legítimas (art. 5º, 6º, da Lei nº 7.347/85); inexistente ato que importe em disposição do direito material, ao contrário, busca-se, em prazo razoável, à execução específica das providências determinadas na sentença outrora proferida por este magistrado federal (publicação da autorização de concurso público de provas e títulos até 28/02/2014, publicação do edital até 30/04/2014, nomeação dos candidatos aprovados até 15/02/2015, os quais substituirão todos os agentes temporários irregularmente contratados); e há estabelecimento de prazos, obrigações de fazer e não fazer, previsão de multa pelo descumprimento dos compromissos, cujos conteúdos são semelhantes ao que já restou decidido por este Juízo em sede de sentença. O anexo III (fls. 1035/1040), que contém a relação dos contratos temporários ainda em vigor, demonstra que 18 (dezoito) contratos, referentes ao edital nº 2/2010, expirarão em 02/05/2014; 14 (quatorze) contratos, referentes ao edital nº 3/2010, terão o término de vigência em 30/06/2014; 8 (oito) contratos, referentes ao edital nº 3/2010, terão o término de vigência até junho de 2015, já incluído o prazo de prorrogação previsto no edital; 29 (vinte e nove) contratos, referentes ao edital nº 6/2010, terão o término de vigência em julho de 2015, já incluído o prazo de prorrogação estabelecido no edital; e 15 (quinze) contratos, referentes também ao edital nº 6/2010, terão o término de vigência em 30/06/2014. A cláusula terceira, item 3.2, do termo de ajuste de conduta estabelece que os contratos temporários ainda vigentes (70 contratos) serão extintos, até no máximo em 15/02/2015, sendo respeitadas as normas contratuais e legais aplicáveis, ou seja, aqueles contratos cujos prazos de vigência vencerem-se antes de 15/02/2015 serão extintos em observância ao prazo estabelecido nos editais e na legislação aplicável. Por derradeiro, observo que as cláusulas quarta e quinta do termo de ajustamento de conduta, as quais estabelecem multa de R\$100.000,00 (cem mil reais) em caso de descumprimento das obrigações entabuladas nos itens 3.1 e 3.3, multa diária de R\$20.000,00 (vinte mil reais) em caso de descumprimento da obrigação prescrita no item 3.2, a rescisão imediata de todos os contratos temporários abrangidos no compromisso, bem como a necessidade de homologação do TAC por este Juízo, corporificam cláusulas que conferem maior segurança jurídica ao compromisso firmado entre os litigantes (autor coletivo e União) e garantia mínima em favor da proteção dos interesses da coletividade. Dessarte, tendo em vista a norma inserta no art. 125, inciso IV, do CPC (“as partes podem, no curso da demanda, conciliar seus interesses, devendo o juiz tentar a conciliação a qualquer tempo”), e com fundamento no art. 269, inciso III, do CPC, homologo a transação judicial firmada às fls. 1020/1025, e extingo o processo com resolução de mérito. [...]”. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>, Seq 226.> Acesso em 6 jul. 2018.

¹⁸⁵ Acórdão nº 1.812/2014-TCU: VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Procuradoria da República em São José dos Campos/SP, em razão de possíveis irregularidades ocorridas nas contratações de servidores temporários pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, em 2010. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. conhecer da representação, com fundamento no art. 237, inciso I, e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considera-la parcialmente procedente; 9.2. acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis Gilberto Câmara Neto, ex-Diretor do Inpe, e João Braga, ex-Diretor Substituto; 9.3. dar ciência ao Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais sobre a seguinte impropriedade verificada neste processo: 9.3.1. inclusão de desarrazoada e desproporcional pontuação do critério de experiência profissional específica, identificada nos editais de processo seletivo simplificado 1/2010, 3/2010, e 6/2010, em afronta aos princípios constitucionais da ampla acessibilidade aos cargos públicos, da isonomia, da razoabilidade, e à jurisprudência dos tribunais superiores e deste Tribunal de Contas sobre a matéria; 9.4. enviar cópia desta deliberação ao Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais e ao representante, arquivando-se em seguida os autos.

6.1.2. Conclusões sobre a hipótese

Como visto, é incontroverso que a ICT se valeu, por anos a fio, da terceirização de mão de obra para suprir sua carência de pessoal nas suas atividades finalísticas, porém, em desalinho com o direito vigente. Essa irregularidade foi apontada, inclusive, pelo órgão de assessoramento e consultoria jurídica da ICT, no caso, a Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União.

O Tribunal de Contas da União há vários anos já asseverava a impossibilidade jurídica da terceirização serviços inerentes às atividades finalísticas da Administração Pública, impondo sanções aos responsáveis por essa prática, a exemplo do decidido no acórdão TCU nº 2.254/2008-Plenário, entre outros.

O Ministério Público Federal e o Poder Judiciário, igualmente, se postaram nesse sentido no âmbito de Ação Civil Pública proposta com o objetivo de cessar as terceirizações de serviços concernentes às atividades finalísticas da ICT.

Portanto, infere-se desse quadro, inicialmente, que os agentes que transitam pelo campo jurídico reafirmam a estruturação do campo, concernente à codificação enquanto característica de formação da lógica do campo jurídico. Por outro lado, o Tribunal de Contas da União destacou na fundamentação do Acórdão nº 43/2013-TCU-Plenário, *verbis* “que o envelhecimento do quadro, o aumento no ritmo de aposentadorias, a não reposição tempestiva de servidores e a consequente perda do conhecimento técnico são problemas observados também em outras unidades da área de ciência e tecnologia”.

Aqui, chegamos ao ponto que interessa no trabalho, qual seja: o TCU externou um sinal de incorporação de uma parcela da estrutura estruturada do campo científico, que entre outras formas, poderia ser traduzido no sentido que as contingências do campo de CT&I no âmbito das práticas estatais, devem ser atendidas, ainda que isso redunde em contrariedade ao direito positivo, ou em outras palavras, o direito positivo legislado pode ser sobreposto por demanda pública do campo de CT&I, o que é legitimado mediante decisão formal do TCU (direito positivo posto pelo TCU).

Destarte, o *habitus* originado na força estruturante do campo de CT&I pode criar uma forma de *illusio*, o que pode ser corroborado pela parte dispositiva do Acórdão nº

1.812/2014-TCU-Plenário, na parte que omitiu a ilegalidade da terceirização de mão de obra, o que vinha ocorrendo efetivamente antes do ano de 2003. Esse entendimento se reforça a partir da leitura do Acórdão nº 1.812/2014-TCU-Plenário, que limitou a abordagem dessa questão tão somente num trecho da sua fundamentação, ao sugerir a guarida do direito positivo decorrente da força da homologação judicial:

20. Por fim, extrai-se da referida sentença que conforme o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) levado ao juízo, os contratos temporários ainda vigentes serão extintos no máximo em 15/2/2015, sob pena de aplicação de multa diária por descumprimento das obrigações, dentre outras penalidades ali previstas, sendo esse o prazo estipulado para efetivação das medidas de substituição dos temporários por servidores efetivos, segundo concursos e vagas autorizadas. Assim, ao proferir a sentença homologatória, o Juiz Federal determinou o sobrestamento do feito judicial até o prazo final assinalado para a completa extinção dos contratos, e incumbiu ao Ministério Público Federal o dever de acompanhar o cumprimento integral do TAC que integra a transação homologada judicialmente.

21. Dessarte, entendo que por força da medida judicial indicada a questão já restou devidamente solucionada, havendo, no acordo, indicativo da substituição desses contratos por servidores concursados, mediante nomeação de candidatos aprovados, até 15/2/2015.

Em síntese, concluímos que sob o enfoque de (1º) um *habitus* jurídico, ter-se-ia que a decidibilidade da hipótese que configurou *terceirização indevida de mão de obra, voltada à atividade finalística permanente da ICT pública*, acena para o decreto de *nulidade* da relação jurídica e a consequente imposição de sanções, ante a ilegalidade incontroversa. Todavia, o (2º) *habitus* gerado no campo de CT&I, no sentido de majorar a importância das práticas de CT&I – só pelo aspecto subjetivo do órgão, fato de ser uma ICT pública -, pressiona os agentes do campo jurídico, de modo que, ao menos aparentemente, estrutura-se um (3º) *habitus* também no campo jurídico que faz os agentes aceitarem inconscientemente a desconsideração do direito positivo legislado, em razão de algum *habitus* do campo de CT&I (2º), ainda que a contrariedade à lei (codificação) seja inequívoca.

É importante anotar que é sutil a diferença entre a decisão fundada na dogmática jurídica e a ação do agente impulsionada pelo *habitus*. De fato, consoante exposto nos capítulos anteriores, o agir conforme a norma impõe a reflexão racional do agente, consciente, que no caso das decisões legítimas levadas a cabo sob a perspectiva do direito positivo, devem ser expressamente fundamentadas pela autoridade competente. Diversamente ocorre com o agir em razão do *habitus*- que tem a violência simbólica como

característica de sua origem -, porquanto, o indivíduo age de acordo com um impulso pré-reflexivo, na certeza da legitimidade e naturalidade da prática dos atos.¹⁸⁶

6.2. Caso 2: arguição que a Lei nº 8.666/93 é incompatível com as práticas de CT&I

6.2.1. O *habitus* do campo de CT&I e as licitações e contratações públicas

É consabido que no Brasil as contratações públicas se submetem a um procedimento normativo específico, que tem como núcleo de codificação a Lei nº 8.666/93, entre outros diplomas legais e disposições esparsas que tratam do assunto. Destarte, como regra, as contratações são precedidas de licitação pública, consoante dispõe o inciso XXI do art. 37 da CF/88¹⁸⁷.

Especificamente nas licitações e/ou contratações de *serviços de engenharia* pela Administração Pública - que perfaz o foco deste item sob análise -, é imprescindível que o objeto da licitação/contratação seja descrito, materializado num Projeto Básico¹⁸⁸ ou Termo

¹⁸⁶ Observe que o último Acórdão do TCU, não apresenta nenhum fundamento de fato ou de direito para afastar a ilegalidade constatada, que perdurou por anos, pois, era necessário que apontasse, mesmo que de forma extremamente concisa, o arranjo analítico-jurídico que ensejou sua decisão. Diga-se o mesmo quanto à decisão judicial que homologou o TAC, sobretudo porque, de certa forma, permitiu a disposição de direito indisponível por força da Constituição, mediante acordo de vontades entre agentes da União (ICT e Ministério Público Federal). Cf., nesse sentido, o dispositivo da sentença judicial transcrito na nota de rodapé anterior a esta.

¹⁸⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988: Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [...]

¹⁸⁸ O inciso IX do art. 6º da Lei nº 8.666/93 contém a definição legal de 'Projeto Básico': "IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

de Referência¹⁸⁹ de forma precisa, suficiente e clara. A exigência da definição precisa, suficiente e clara do objeto, portanto, advém da norma jurídica (está formalmente codificada), como garantia da certeza daquilo que o Poder Público pretende contratar e, também, para assegurar o tratamento em igualdade de condições a todos os possíveis licitantes. Noutra horizonte analítico, essa exigência perfaz o referencial para possibilitar a definição precisa do prazo e do custo máximo da contratação, enquanto elementos essenciais da relação jurídica contratual, e que no âmbito da Administração Pública, se submetem às limitações temporais e financeiras da execução do orçamento público.

Por conseguinte, as contratações públicas ordinárias não seriam juridicamente viáveis se tivessem por objeto a execução de atividade cuja descrição fosse imprecisa, insuficiente ou obscura, ou ainda, voltadas para um resultado incerto, como ocorre nas atividades que, em si, configuram práticas de CT&I, e que não permitem que sejam descritas de forma rigorosamente precisa, suficiente e clara num Projeto Básico ou Termo de Referência, e tampouco comportam a fixação de prazo e custo certos. Todavia, isso não quer dizer que o ordenamento jurídico proíba a licitação e/ou contratação de “produtos para pesquisa e desenvolvimento”¹⁹⁰, destinados às práticas de CT&I, ou ainda, que seja vedada a contratação que envolva atividade de pesquisa, desenvolvimento e inovação pela Administração Pública, quando exista risco tecnológico e interesse público¹⁹¹.

No primeiro caso, a contratação pública de produto para pesquisa e desenvolvimento não foge à regra geral da definição precisa, suficiente e clara do objeto, ante a ausência de

¹⁸⁹ O inciso IV do art. 3º da Lei nº 10.024/19 (Regulamenta a Lei nº 10.520/02, que trata da modalidade licitatória denominada ‘pregão’): “Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: [...] XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter: a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações: 1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame; 2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e 3. o cronograma físico-financeiro, se necessário; b) o critério de aceitação do objeto; c) os deveres do contratado e do contratante; d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária; e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços; f) o prazo para execução do contrato; e g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara. [...]”

¹⁹⁰ Cf. a esse respeito a norma do inciso XX do art. 6º da referida Lei. que traz a definição de ‘produtos para P&D’: “XX - produtos para pesquisa e desenvolvimento - bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante”.

¹⁹¹ No regime jurídico de CT&I, a Lei nº 10.973/04 prevê a contratação de objeto incerto e de risco tecnológico, consoante o a definição e procedimento previsto no seu Art. 20. Aqui, a regra geral da definição certa do objeto das licitações/contratações é excepcionada quando a finalidade for a solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador, e que envolva risco tecnológico. Trata-se da denominada encomenda tecnológica.

risco e incerteza, pois, se fossem inerentes ao pretense produto para P&D que a ICT pública pretende contratar, por conseguinte, estar-se-ia diante dos requisitos da denominada encomenda tecnológica, que é o segundo caso mencionado. Neste, inexistirá o rigor da prévia descrição precisa, suficiente e clara do objeto, porquanto a incerteza e o risco lhe são atributos ínsitos, que redundam em consequências próprias: (i) possibilidade de alcance parcial ou até mesmo infrutífero da finalidade pretendida, (ii) pagamento proporcional aos trabalhos e não aos resultados e (iii) dilação de prazo e acréscimo de remuneração vinculada ao alcance das metas de desempenho do projeto. O fundamento legal que permite a contratação direta são diversos para cada caso: por exemplo, na contratação de produto de P&D, dispensa-se de licitação pela norma do inciso XXI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 ao passo que na contratação de encomenda tecnológica, o fundamento é o inciso XXXI do art. 24 da referida Lei¹⁹².

Relativamente às questões ora abordadas, o Tribunal de Contas da União consolidou o entendimento, em duas súmulas (nº 261 e 177)¹⁹³, segundo o qual (i) o objeto das licitações/contratações públicas deve ter definição precisa e suficiente e (ii) é indispensável a elaboração de projeto básico com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666.

No Acórdão-TCU nº 915/2015-Plenário, ao enfrentar a questão da inadequação do Projeto Básico (inobservância dos requisitos legais), o Tribunal de Contas da União penalizou os responsáveis, consoante se infere no trecho abaixo reproduzido do voto proferido pelo Ministro Relator da Tomada de Contas nº TC-012.612/2012-0:

Feitas essas considerações, entendo que a conduta dos responsáveis, que resultou na aprovação de projeto básico inadequado, com grandes implicações nos custos e prazos de execução do empreendimento, é de

¹⁹² “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do *caput* do art. 23” [...] XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.[...]

¹⁹³ Tribunal de Contas da União: SÚMULA TCU 261: Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de *projeto básico* adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de *projeto básico* ou a elaboração de *projeto* executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; SÚMULA TCU 177: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições *básicas* da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

gravidade suficiente não apenas para justificar a apenação pecuniária, como também a sua inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, conforme proposto pela SecobHidroferrovia.[...] ¹⁹⁴ ¹⁹⁵

6.2.2. Conclusões sobre a hipótese

Consta do Acórdão-TCU nº 1.389/2014 - 2ª Câmara, que em todos os contratos administrativos de uma ICT pública da União auditados pelo Tribunal de Contas da União, foram constatadas falhas:

Considerando que a recorrência acima aludida motivou o Tribunal a realizar recentemente auditoria de conformidade nos processos de fabricação de componentes e subsistemas dos satélites CBERS e da Plataforma Multimissão – TC 008.846/2012-0;

Considerando que [...] foram verificados em todos os contratos auditados, em especial quanto a inconsistências e ausência nos processos licitatórios de orçamento prévio detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos do projeto básico, em termos de descrição, quantitativos e preços unitários dos bens e serviços contratados; ausência, nos editais dos certames, de exigência de apresentação de demonstrativo da formação do preço e da composição das despesas indiretas, impostos e margem de lucro – BDI; aditivos de preços sem orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos das alterações do projeto básico original, em termos de descrição, quantitativos e preços unitários dos bens e serviços excluídos e adicionados, dentre outras falhas e impropriedades;

¹⁹⁴ O acórdão proferido teve o seguinte desfecho, *in verbis*: “VISTOS, relatados e discutidos estes autos de auditoria, realizada no âmbito do Fiscobras 2012, nas obras dos Lotes 1S a 4S da Extensão Sul da Ferrovia Norte-Sul (FNS), ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:9.1. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Jorge Antônio Mesquita Pereira de Almeida e Luiz Carlos Oliveira Machado;9.2. aplicar aos Srs. Jorge Antônio Mesquita Pereira de Almeida e Luiz Carlos Oliveira Machado, com fundamento nos arts. 1º, inciso IX, 19 e 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, multa individual no valor de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento das referidas quantias ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;[...]9.4. considerar graves as infrações cometidas pelos Srs. Jorge Antônio Mesquita Pereira de Almeida e Luiz Carlos Oliveira Machado para fins de inabilitá-los para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, com base no art. 60 da Lei 8.443/1992 pelo período de cinco anos, e[...]

¹⁹⁵ Cf. outros no mesmo sentido da aplicação da multa por deficiência do projeto básico: acórdão 510/2012-Plenário (“Aplica-se multa ao responsável pela aprovação de projeto básico deficiente.”); acórdão 707-2014-Plenário (“A adoção de projeto básico deficiente constitui irregularidade grave passível de aplicação de multa aos responsáveis, independentemente da consumação e da identificação de dano ao erário.” ; acórdão 302/2016-Plenário (“A realização de licitação com base em projeto básico deficiente, impreciso e que não contempla todos os elementos necessários e suficientes para bem caracterizar e orçar a totalidade da obra constitui falha grave ensejadora de aplicação de multa aos responsáveis.”)

Ocorre que, posteriormente, o Tribunal de Contas da União emitiu o Relatório do Levantamento realizado com o objetivo de identificar possíveis objetos e ações de controle relativos ao Programa Espacial Brasileiro, especialmente no que concerne às atividades relacionadas ao desenvolvimento de satélites pela referida ICT da União, porém, sem nada mais dizer sobre essa questão, segundo consta do Acórdão – TCU nº 3188/2016 – TCU – Plenário:

VISTOS, relatados e discutidos este Relatório do Levantamento realizado com o objetivo de identificar possíveis objetos e ações de controle relativos ao Programa Espacial Brasileiro, especialmente no que concerne às atividades relacionadas ao desenvolvimento de satélites pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – Inpe.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico – SecexDesenvolvimento e à Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública – SecexDefesa que, em conjunto com a Secex/SP, e sob a supervisão da Segecex, avaliem o escopo, a pertinência e a viabilidade de realizarem, preferencialmente no 1º semestre de 2017, auditoria de natureza operacional com vistas a examinar a governança do setor espacial brasileiro, considerando:

9.1.1. a possível perda de pessoal com expertise do INPE nos próximos 10 anos;

9.1.2. as justificativas para a criação da empresa Visiona Tecnologia Espacial para realizar parte das funções do INPE, bem como os benefícios ou perdas para o SINDAE em razão dessa medida;

9.1.3. em razão de sua relevância, a prioridade que vem sendo dada à construção do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações;

9.2. juntar às próximas contas do Inpe cópia das peças 20, p. 11-19, e 42, p. 28-32, que tratam de questão relacionada aos recursos humanos do Instituto;

9.3. enviar cópia da peça 42 à SecexDesenvolvimento e à SecexDefesa;

9.4. arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 50/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 7/12/2016 – Ordinária

Em síntese, o desfecho da hipótese seguiu a mesma linha do caso anterior, qual seja: Primeiro, vislumbra-se uma situação de aparente contrariedade ao direito, assim considerada a partir de uma análise dirigida por um *habitus* jurídico, que antevê a solução segundo preceitos de da dogmática jurídica. Em segundo, observa-se um *habitus* gerado no campo de CT&I, que afirma como certo (i) a perda de pessoal com expertise da ICT; (ii) a justificativa para se criar a empresa pública para executar atribuições da ICT; (iii) a prioridade da construção de satélite SGDC. Em terceiro, como consequência, presume-se a estruturação

de novo *habitus* no campo jurídico que faz os agentes aceitarem inconscientemente a desconsideração do direito positivo legislado, em razão do *habitus* do campo de CT&I (2º).

CONCLUSÃO

A pretensão desta dissertação, segundo o comando normativo da FADUSP, é “demonstrar a sistematização crítica do conhecimento acumulado sobre a abordagem do campo de regulação das relações que envolvem as práticas de CT&I, valendo-se de métodos e técnicas de investigação científica e tecnológica com vistas ao desenvolvimento acadêmico e profissional, na área de concentração de filosofia e teoria geral do direito”¹⁹⁶. Para essa finalidade, a pesquisa científica fez a análise de algumas práticas concretas no campo de CT&I que, por vezes, podem se sobrepor ao direito, sem que isso prejudique a coesão do campo social como um todo.

O modelo teórico desenvolvido por Pierre Bourdieu foi escolhido para referenciar o desenvolvimento dessa pesquisa científica, notadamente pelo viés jurídico socio-antropológico da abordagem. É que por envolver a análise da regulação de área afeta à toda a humanidade, por conseguinte, adotamos o conceito de *juridicidade* de Le Roy, o qual abarca o conceito de *habitus* de Bourdieu, como uma das dimensões da manifestação deste fenômeno mais amplo da regulação.

O *habitus* é uma estrutura-estruturante oriunda de um determinado campo da sociedade; inculca, incorpora ou introjeta nas pessoas que interagem no plano social; sua ação é inconsciente, não-reflexiva, arbitrária, e portanto, representa uma forma de violência simbólica; é ele que determina a práxis social, pois causa uma convergência de comportamentos não reflexivos, diversamente do agir pautado numa norma, onde o agente coteja sua ação com um determinado padrão normativo; por determinar a práxis social, ele se reproduz continuamente no bojo da sociedade. Ante essas características, é inegável que o *habitus* é um determinante da conduta humana, e é por isso que Le Roy considera o sistema de disposições duráveis (ou o *habitus* de Bourdieu), como sendo um dos três pilares que compõem o fenômeno que denominou juridicidade, por ser mais amplo que o direito.

Na fase da pesquisa de campo, foi possível elencar alguns problemas para a análise jurídica, segundo a arguição de agentes que transitam no campo de CT&I, e que em ordem de maior recorrência cito os dois principais: (i) escassez de mão de obra nas ICTs, pela

196 Cf. § 1º do art. 5º do REGIMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, aprovado pela RESOLUÇÃO Nº 7493, DE 27 DE MARÇO DE 2018. Disponível em: <<http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-7493-de-27-de-marco-de-2018>> Acesso em 2 jan. 2020

aposentação de servidores sem a equivalente reposição, mediante novos concursos públicos, e (ii) problemas com licitações públicas, na forma da Lei nº 8.666/93.

A partir dessa amostragem colhida em campo, seguiu-se a análise de fundo, em que foi possível constatar o seguinte: no primeiro caso, o problema estava sendo contornado por uma instituição científica mediante a utilização de mão de obra terceirizada de forma irregular, o que, por conseguinte, redundou numa situação contrária ao direito. No segundo caso, o problema se resumia na recorrente constatação, por órgãos de controle, de falhas na caracterização dos bens ou serviços que seriam licitados e/ou contratados para aplicação num projeto de CT&I. E esse problema se repete por anos.

Nas duas hipóteses, embora inexista controvérsia sobre o contexto fático contrário ao direito, é possível concluir pela atuação de um *habitus* de *estabilização* ou *aceitação*, compartilhado, o que ensejou a seguinte pergunta: Como é que a força ou pressão do *habitus* estruturado no campo de CT&I (ou mesmo o seu efeito ilusório) pode ser capaz de contrapor a norma de direito sem atrair uma sanção estatal?

A dissertação, destarte, seguiu os contornos da questão posta e, assim, foi articulada em seis partes, considerando (i) o aproveitamento lógico do conhecimento adquirido durante o curso; (ii) o modelo teórico adotado para o desenvolvimento da pesquisa; e (iii) os apontamentos conclusivos da pesquisa de campo.

Nesse diapasão, era imprescindível fazer uma abordagem inicial em busca da identificação dos contornos do campo científico, com vistas a formar um referencial paradigmático para o estudo e definição do objeto da regulação qualificável como jurídica de questões que lhe afetam. Então, estudar o significado entre os termos ciência, tecnologia e inovação – geralmente tidas como sinônimas pelo senso comum –, se mostrou ideal como marco inicial do trabalho, que ensejou o texto do primeiro capítulo, para diferenciar a “invenção” da “inovação”. É que a *episteme* agrega as bases fundamentais do conhecimento humano que estrutura a razão compartilhada, dentro de um dado espaço geográfico, numa determinada época.

Num segundo momento, pensar na regulação jurídica cujo objeto envolve as práticas de CT&I, é analisar como ocorre essa intersecção interativa entre os respectivos campos envolvidos – o campo científico e o campo jurídico –, para assim, encontrar as características comuns para compartilhamento. Nesse diapasão, então, o viés científico mais aberto da abordagem do campo jurídico, se mostrou o mais adequado. O campo de CT&I tem sua lógica específica, que é formada por característica que lhes são próprias, e o mesmo se diga

do campo jurídico. Na interação entre campos de lógicas diversas, dever-se-á considerar o alinhamento mais profícuo de suas particularidades, ante o que, se se busca estudar a forma de regulação do campo científico, então, a perspectiva também científica do direito aparenta possibilitar esta tarefa. Nesse contexto, a abordagem do direito levada a cabo por Sir Maine se mostrou pertinente, sobretudo porque sua obra *Ancient Law* inaugurou o enfoque científico do direito, que se opôs às predominantes *Teorias Conjecturais* existentes até então, de acentuado viés filosófico. Àquela época, a episteme ocidental passava por uma reestruturação substancial, como marco da modernidade, onde se passou a enfatizar a realidade empírica do homem.

Em que pese a abordagem científica do direito, no geral, se pautar pela análise da sua aplicação segundo um arranjo analítico de normas (via dogmática jurídica), me parece que a pretensa supremacia desse enfoque científico pode advir de um *habitus iuris*, gerado no campo jurídico e projetado para todos os sujeitos sociais há muito tempo. Por outro lado, esse tradicional enfoque dogmático do direito atrai uma pretensão de cientificidade, mas como *tecnologia* aplicada à *decidibilidade*, o que, na verdade, melhor se ajusta à prática tecnológica do direito, consoante Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹⁹⁷

Nesse sentido, seria possível assimilar o enfoque do direito àquele dado à tríade ciência, tecnologia e inovação, em que, o horizonte dogmático faria referência à dimensão tecnológica do direito, ao passo que a dimensão científica do direito, redundaria numa visão muito mais ampla, limitada apenas pela própria ciência. Por isso que o enfoque *zetético* do direito, de uma certa forma, se mostra adequado para pensar na regulação das relações que envolvem o campo de CT&I. É um reclamo do estruturalismo construtivista, capaz de localizar o ponto de compatibilidade da lógica dos dois campos diversos e, assim, fluírem em harmonia.

Para clarear esse ponto de vista – no sentido que o enfoque científico do direito deve ir além da dogmática jurídica –, em terceiro, o clássico debate Dworkin *versus* Hart corrobora a dificuldade de a dogmática jurídica solucionar de modo satisfatório o universo das controvérsias jurídicas, mormente quando se depara com situações identificadas como *hard cases*. A aparente discussão jurídica surgida em tais situações não seria nada mais do que uma disputa de forças pelos agentes que transitam no campo jurídico, com o objetivo de ali ganhar posições.

¹⁹⁷ Cf. a respeito da tecnologia do direito, o entendimento de FERRAZ JR, em INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO, p. 58-62

Em quarto, a ciência – e não a filosofia - acena no sentido que o problema da regulação social pelo direito, em grande parte advém do etnocentrismo, segundo o qual, projetamos nossas categorias de conhecimento da cultura ocidental como se fossem absolutas perante a humanidade. Essa falha epistemológica é mencionada na antropologia jurídica de Étienne Le Roy, o qual defende que o direito seria apenas um avatar de um fenômeno mais amplo de regulação, que ele chama de *juridicidade*. Segundo Le Roy, a regulação qualificada como jurídica, denominada de juridicidade, se assenta num tripé: (NGI, MCC e SDD. Por mais antagônicos que sejam os fundamentos dos diversos conceitos de direito, eles sempre partilham de um mesmo pressuposto, que é a ausência de pressupostos, segundo Bourdieu, o que caracteriza o etnocentrismo. Daí a relevância do quarto capítulo, que a partir de três autores de linhas teóricas distintas, possibilita verificar que a regulação qualificável com jurídica vai além da visão monista do direito, como forma por excelência da regulação qualificável como jurídica.

Chegamos, em quinto, ao modelo teórico de Pierre Bourdieu e suas linhas conceituais básicas. Consoante verificado anteriormente, a antropologia jurídica de Le Roy sugere que a *juridicidade* vai além do direito, e assim, a regulação qualificável como jurídica comportaria sua gênese naquilo que Bourdieu denominou de *habitus*, que são disposições duráveis que inculcam ou incorporam no sujeito e passam a dirigir condutas humanas sem uma prévia reflexão do indivíduo num comando normativo preexistente. Grosso modo, como visto, o *habitus* seria produto de uma relação de forças dominantes (na forma de violência simbólica), mensuráveis pela quantidade de capital específico de cada agente, que exsurtem de nichos sociais específicos denominados de campos e que se incorporam em todos os atores sociais. E quem está disputando espaço no campo tem a convicção do acerto do *habitus*, em razão da *illusio* que o envolve. O importante neste capítulo é compreender que o *habitus* é geral, inconsciente e possui um certo poder de comando de nossos atos, e sendo assim, pode ser capaz de contrapor, em maior ou menor grau, as normas de direito.

Finalmente, o objetivo proposto para a pesquisa: a partir dos fundamentos antecedentes, considerando os pontos em que o campo jurídico faz conexão com o campo científico, considerando-se o contexto do modelo teórico de Bourdieu, verificar a hipótese de eventual *habitus* proveniente do campo científico, com intenção de suplantar o direito positivo.

A experimentação se deu a partir de situações concretas ocorridas entre agentes do campo de CT&I e do campo jurídico. A amostragem empírica definiu o contexto fático junto

a agentes do campo de CT&I que, mesmo sendo questionável sob o ponto de vista do direito positivo, é aceito com um senso de naturalidade. Esse fenômeno é compatível com o modelo teórico de Bourdieu, e pode ser entendido como decorrente de um habitus gerado no campo científico, que causa um compartilhamento da *illusio* pelos agentes do campo jurídico, de modo que eventual contrariedade ao direito acaba sendo mitigada ou desconsiderada.

Nas duas hipóteses experimentadas, foi possível constatar (i) uma situação de fato contrária ao direito, e consabida pelos agentes do campo de CT&I, portanto, incontroversa; (ii) a conclusão da contrariedade do fato ao direito, que decorreu de um enfoque dogmático jurídico pelos agentes que transitam pelo campo jurídico; (iii) compartilhamento da ideia que a prática de CT&I, em suas dimensões objetiva e subjetiva (o que é feito e quem o faz) envolve a “alta tecnologia” (pessoal qualificado tecnicamente e produtos inovadores); (iv) enfim, a desconsideração dos aspectos irregulares do contexto fático, por parte dos agentes que transitam no campo jurídico.

Nesse quadro, é possível afirmar que (i) o campo jurídico produz um habitus, cuja função é centrar a interpretação e aplicação do direito exclusivamente na dogmática jurídica, sem qualquer abertura; (ii) por outro lado, o campo de CT&I produz um habitus que atribui ao termo *inovação* exclusivamente a função de *renovação da técnica*, ou seja, considera apenas a espécie *inovação tecnológica* (alta tecnologia), o que impede a concepção mais ampla do termo *inovação*, notadamente quanto ao seu viés econômico, de empreendedorismo, (iii) uma das possíveis consequências deste habitus é no sentido de desconsiderar ou mitigar o potencial inovador (em sentido amplo) de toda e qualquer prática finalística da ICT que não tenha o escopo de gerar uma *inovação tecnológica*, que é aquilo que Denis Barbosa denominou de *novo objetivo*, e assim, o *novo subjetivo* - no sentido do empreendedorismo - seria colocado equivocadamente em segundo plano pela ICT; (iv) o problema da confusão entre o *novo objetivo* e o *novo subjetivo* provoca uma clivagem no campo de CT&I, que passa a focar a atenção da ICT preponderantemente na ciência, porquanto só se considera a *inovação* em seu viés da técnica ou da “alta tecnologia”, o que reduz a interação da ICT pública (trabalho conjunto) com o setor produtivo.

Noutro prisma, o habitus gerado no campo de CT&I cria uma certeza no sentido que a redução do quadro de pessoal de apoio nas ICTs, afeta negativamente a sua produção da “alta tecnologia”, o que justificaria a ICT terceirizar suas atividades, mesmo que isso se dê em desalinho com a legislação vigente. A ressonância desse habitus nos agentes que

transitam no campo jurídico, aguça um juízo de compreensão e aceitação tácita da prática da ICT que é contrária ao direito positivo, mas sem aceitação expressa dessa situação.

Com relação ao segundo caso verificado, temos que o habitus gerado no campo de CT&I, mitiga a importância de se descrever com precisão e detalhamento o objeto das licitações e contratações das ICTs que serão aplicados nas práticas de CT&I. O habitus que é gerado no campo jurídico (habitus jurídico, que reafirma o enfoque dogmático do direito), a seu turno, gera um conflito com os efeitos práticos do habitus do campo de CT&I. O contexto fático verificado informa que, não obstante esse conflito de habitus, a ICT dá seguimento às licitações e contratações, por considerar que a sua produção da “alta tecnologia”, voltada à inovação tecnológica, tem prioridade sobre eventuais arguições do campo jurídico.

Em resumo, feita uma abordagem à luz do pensamento de Bourdieu sobre a interação do campo de CT&I com o campo jurídico que o regula, conclui-se que aquele campo produz alguns habitus que podem se sobrepor aos habitus do campo jurídico. Todavia, como são decorrentes do poder simbólico oriundo das relações de poder de cada campo, ocorre o fenômeno de aceitação tácita das práticas de CT&I, mesmo que ocorra um certo desalinhamento das práticas de CT&I com o direito válido e vigente.

REFERÊNCIAS

- ALONSO, Angela et al. **MÉTODOS DE PESQUISA EM PESQUISAS SOCIAIS. BLOCO QUALITATIVO**. Sesc São Paulo/CEBRAP. São Paulo, 2016. Org.: ABDAL, *Alexandre et al.*
- ALVES, Rubem. **FILOSOFIA DA CIÊNCIA. INTRODUÇÃO AO JOGO E SUAS REGRAS**. 11ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- AMATO, Luccs Fucci, BARROS, Marco Antonio Laschiavo Leme (Orgs). **Teoria Crítica dos Sistemas?** Porto Alegre-RS: Editora Fi, 2018.
- ARNAUD, Andre-Jean, DULCE, Maria José Farinhas. **Introdução à Análise sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Tradução: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro-São Paulo: RENOVAR, 2000.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução: Sérgio Bath. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BARBOSA, Denis Borges. **DIREITO DA INOVAÇÃO**. 2ª Edição. Revista e Aumentada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- _____. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.. 2010.
- _____. **Atividade inventiva: objetividade do exame**, p. 11-18. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf>> Acesso em 10nov 2014.
- BAUMOL, Willian J.; LANDES, David S.; MOKYR, Joel. **A ORIGEM DAS CORPORAÇÕES**. Tradução: Donaldson Garschagon. São Paulo: Editora Campus, 2010.
- BOND, Niall. UNDERSTANDING FERDINAND TÖNNIES, **COMMUNITY AND SOCIETY**, P 217. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=ouVJ0BcjEPAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em : 18 nov .2015
- BONNEVITZ, Patrice. **Primeiras Lições sobre A SOCIOLOGIA DE P. BOURDIEU**. Tradução de Lucy Magalhães. Petrópolis : Editora Vozes, 2ª Edição, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. **SOBRE O ESTADO**. Tradução: Rosa Freire Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

- _____. História e sociedade. **O PODER SIMBÓLICO**. Tradução: Fernando Tomaz. Lisboa: EDIÇÕES 70, LDA, 2015.
- _____. **Razões práticas**. Tradução Mariza Corrêa. 11ª ed. Campinas, SP: Papyrus, 2011.
- _____. **COISA DITAS**. Tradução: Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim. São Paulo: Editora Brasiliense, 2015.
- _____. **O SENSO PRÁTICO**, Tradução: Maria Ferreira. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- _____. **Os usos sociais da ciência. Por uma sociologia clínica do campo científico**. Tradução: Denise Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2003.
- _____. **Para uma sociologia da ciência**. Lisboa: EDIÇÕES 70, LDA, 2017.
- _____. **Homo academicus**. Tradução: Ione ribério Valle e Nilton Valle. 2ª ed. Florianópolis: Editora UFSC, 2017.
- _____. **A distinção**. Tradução: Daniela Kern e Guilherme J. F. Ferreira. 2ª. Ed. Porto Alegre, RS: ZOUK, 2015.
- _____. **A PRODUÇÃO DA CRENÇA. Contribuição para uma teoria da magia**. Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira, 3ª ed. Porto Alegre: Editora ZOUK, 2001.
- _____. **MEDITAÇÕES PASCALINAS**. Tradução: Sérgio Miceli. Rio de Janeiro: Editora BERTRAND BRASIL, 2001.
- BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude. **A reprodução. Elementos para uma teoria do sistema de ensino**. Tradução: Reynaldo Bairão. 7ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014.
- BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. **OFÍCIO DE SOCIÓLOGO**. Metodologia da pesquisa na sociologia. Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Editora Vozes, Petrópolis, 8ª Edição, 2015.
- BRODY, David E.; BRODY, Arnold R. **AS SETE MAIORES DESCOBERTAS CIENTÍFICAS DA HISTÓRIA**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. Da Letras, 2001.
- CARDANO, Mario. **MANUAL DE PESQUISA QUALITATIVA**. A contribuição da teoria da argumentação. Tradução: Elisabeth da Rosa Conill. Petrópolis: Editora Vozes, 2017.
- CASTELLS, Manuel. **A SOCIEDADE EM REDE**. Tradução Roneide Venancio Majer. 20ª Edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2019.
- CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A INCONSTÂNCIA DA ALMA SELVAGEM**. 5ª Edição, 1ª Reimpressão. São Paulo: Editora COSAC&NAIFY, 2014.

CLASTRES, Pierre. **A SOCIEDADE CONTRA O ESTADO**. Tradução: Theo Santiago. Prefácio de Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman. São Paulo: Editora COSAC&NAIFY, 2003.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, 2ª Edição, São Paulo: Editora RT, 1982, Vol. I.

COLON, Alain. **LA ETNOMETODOLOGIA**. 3ª ed. Madri: CATEDRA, colección teorema.

_____. **ETNOMETODOLOGIA E EDUCAÇÃO**. Tradução: Ana Teixeira. São Paulo: CORTEZ EDITORA, 2017.

DEER, Cécile et al. **Pierre Bourdieu. Conceitos fundamentais**. Tradução: Fábio Ribeiro. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

DODGSON, Mark; GANN, David M.; PHILLIPS, Nelson. **The Oxford Handbook of INNOVATION MANAGEMENT**. Oxford University Press, 2015.

DRUCKER, Peter Ferdinand. **INOVAÇÃO E ESPÍRITO EMPREENDEDOR (entrepreneurship), prática e princípios**, Tradução de Carlos J. Malferrari. GENGAGE Learning. São Paulo. 2014 (ISBN 978-85-221-0859-6)

_____. **Harvard Business Review**, August, 2002 – R0208F..

DURKHEIM, Émile. **DA DIVISÃO DO TRABALHO SOCIAL**. Tradução: Eduardo Brandão. 4ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O Império do Direito**. tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

_____. **Judicial Discretion**, *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting (Oct. 10, 1963), pp. 624-638.

_____. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 80, H. 4 (1994), pp. 463-475 Published by: Franz Steiner Verlag Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/23679854>, Tradução in Dworkin. **DIREITO, FILOSOFIA E INTERPRETAÇÃO RONALD DWORKIN**. Kobe Lecture Cad. Esc. Legisl. Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: Uma História dos Costumes**. Tradução: Ruy Jungmann. 2ª ed. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2011. Vol I.

FARIA, José Eduardo. **EFICÁCIA JURÍDICA E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA**. São Paulo: EDITORA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 1988.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **O ESTADO E O DIREITO DEPOIS DA CRISE**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **DIREITO E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

FARIA, José Eduardo. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A SOCIOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL**. Porto Alegre: SETEMARES Editora, 1991.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESE, Márcio (Coord.). **Sociologia do Direito: Teoria e Práxis**. 2ª Edição. Curitiba: JURUÁ, 2017.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A CIÊNCIA DO DIREITO**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO**. TÉCNICA, DECISÃO, DOMINAÇÃO. 8ª ed. São Paulo: ATLAS, 2015.

FOUCAULT, Michel. **AS PALAVRAS E AS COISAS**. Tradução: Salma Tannus Muchail. 9ª Edição, 3ª reimpressão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

GARCIA, Balmes Vega. **DIREITO E TECNOLOGIA. Regime Jurídico da Ciência, Tecnologia e Inovação**. São Paulo: Editora LTR, 2008.

GIORGI, Raffaele De. **CIÊNCIA DO DIREITO E LEGITIMAÇÃO**. Tradução: Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba: Editora Juruá. 2017.

GLEISER, Marcelo. **CRIAÇÃO IMPERFEITA. Cosmo, Vida e o Código Oculto da Natureza**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2010.

GLUCKMAN, Max. OBRIGAÇÃO E DÍVIDA. In: **ANTROPOLOGIA DO DIREITO. ESTUDO COMPARATIVO DE CATEGORIAS DE DÍVIDA E CONTRATO**, organizado por SHELTON H. DAVIS. Rio de Janeiro: Editora ZAHAR, 1973.

GONÇALVES, G. L.; VILLAS BOAS FILHO, O. **Teoria dos Sistemas Sociais - Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GREEN, Michael S. Dworkin's Fallacy, Or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law. **Virginia Law Review**, Vol. 89, pp. 1897-1952, 2003. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=488163>

GRENFELL, Michael. **PIERRE BOURDIEU, Conceitos Fundamentais**. Tradução: Fábio Ribeiro. Petrópolis: Editora Vozes, 2012

HALPIN, A. "Or, Even, What the Law Can Teach the Philosophy of Language Halpin Response to Green's Dworkin's Fallacy", 91 Va. L. Rev. 175 (2005)

- HANDS, John. **COSMOSAPIENS. Human Evolution from the Origin of the Universe.** OVERLOOK DUCKWORTH. NEW YORK-LONDON, 2015 ISBN 978-1-4683-1244-7(US)
- HART, Hebert L.A. **O conceito de direito.** Tradução: A. Ribeiro Mendes. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HUNT, E.K.; SHERMAN, H.J. **História do pensamento econômico.** Tradução: Jaime Larry Benchimol. 26ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- JOURDAIN, Anne; NAULIN, Sidonie. **A TEORIA DE PIERRE BOURDIEU E SEUS USOS SOCIOLÓGICOS.** Tradução: Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.
- KELLY, John Maurice. **UMA BREVE HISTÓRIA DA TEORIA DO DIREITO OCIDENTAL.** Tradução: Marylene Pinho Michael. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Batista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KUHN, Thomas S. **A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS** - Coleção Debates Dirigida por J. Guinsburg. 5ª Edição. São Paulo: Editora PERSPECTIVA, 1998.
- LAPLANTINE, François. **APRENDER ANTROPOLOGIA.** São Paulo: Editora Brasiliense, 2014.
- LÉVY-STRAUSS, Claude. **ANTROPOLOGIA ESTRUTURAL.** Tradução: Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Ed. CosacNaify, 2008.
- LIMA, Fernando R. S. **SOCIOLOGIA DO DIREITO. O Direito e o Processo à Luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.** 2ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012.
- LUHMANN, Niklas. **O DIREITO DA SOCIEDADE.** Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- _____. **INTRODUÇÃO À TEORIA DOS SISTEMAS.** Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser, 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia. Dworkin E A TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA.** São Paulo: Saraiva, 2014
- MAINE, H.J.S. **ANCIENT LAW.** The Project Gutenberg EBook of Ancient Law. Release Date: October 7, 2007. Disponível em: < <http://www.gutenberg.org/files/22910/22910-h/22910-h.htm>. Acesso em 20.8.2015> acesso em 1 set. 2015.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem.** Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2015.

- MARTE, Ana Cristina Braga. Weber e Schumpeter. **A ação econômica do empreendedor**. Revista de Economia Política, vol. 30, nº 2 (118), abril-junho/2010.
- MARTUCCELLI, Danilo. **SOCIOLOGÍAS DE LA MODERNIDAD**. Traducción: Carlos Iturra. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2017.
- MARCOVITCH, Jacques. **A UNIVERSIDADE IMPOSSÍVEL**. São Paulo: Editora Futura, 1998.
- _____. **ADMINISTRAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 1983.
- _____. **PIONEIROS & EMPREENDIMENTOS. A SAGA DO DESENVOLVIMENTO NO BRASIL**. 2ª ed. Edusp. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- MAUSS, Marcel. **SOCIOLOGIA E ANTROPOLOGIA**. Tradução: Paulo Neves. 2ª Edição. São Paulo: Editora COSAC NAIFY, 2015.
- MORGENBESSER, Sidney. **FILOSOFIA DA CIÊNCIA**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Cultrix, 1967.
- OCDE-Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **MANUAL DE OSLO - DIRETRIZES PARA COLETA E INTERPRETAÇÃO DE DADOS SOBRE INOVAÇÃO**, 3ª Edição. Versão em português. Produção: ARTI /FINEP. Coordenação editorial: Palmira Moriconi, com tradução de Flávia Gouveia. Revisão técnica: João Furtado. Revisão ortográfica, projeto gráfico e editoração: DCOM/FINEP.
- POUPART, Jean et al. **A PESQUISA QUALITATIVA**. Enfoques epistemológicos e metodológicos. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser, Petrópolis: Editora Vozes, 2ª Edição, 2008.
- RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. **ESTRUTURA E FUNÇÃO NA SOCIEDADE PRIMITIVA**. Editora Vozes, Petrópolis, 2013.
- RAYMOND. Aron. **AS ETAPAS DO PENSAMENTO SOCIOLÓGICO**. Tradução: Sérgio Bath. 7ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.
- ROULAND, Norbert. **NOS CONFINS DO DIREITO**. Tradução: Maria E. A. de Almeida Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- SILVEIRA, Newton. **PROPRIEDADE INTELECTUAL**. 5ª Edição revisada e ampliada. São Paulo: Editore Manole, 2014.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. **BUSINESS CYCLES, A Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Process**, New York Toronto London: McGraw-Hill Book Company, 1939, 461 pp. Abridged, with an introduction, by Rendigs Fels.

_____. **History of Economic Analysis**. By edited from manuscript by Elizabeth Boody Schumpeter and with an introduction by Mark Perlman. Edition published in the Taylor & Francis e-Library, 2006.

SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o direito em Bourdieu. A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. *Tempo Social*, **Revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 28, n. 1, 2016, p. 157-178

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: LEYA, 2015.

VILLAS BOAS FILHO, O. Juridicidade: Uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, Vol. 109, p.281-325, jan./dez. 2014.

_____. Émile Durkheim e a análise sociológica do direito: a atualidade e os limites de um clássico. In: **REDES**, v.5, n. 2, p. 229-250, nov. 2017.

_____. A questão da universalidade das categorias jurídicas ocidentais a partir da abordagem antropológica: Nota sobre a discussão entre Max Gluckman e Paul Bohannan. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 110, jan/dez 2015, p. 277-318.

_____. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Juridicidade: Uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, Vol. 109, p.281-325, jan./dez. 2014.

_____. Tendências da análise antropológica do direito: Algumas questões a partir da perspectiva francófona. **Revista de Direito GV**. São Paulo, Vol. 109, 6 [1], p.321-328, jan./jun. 2010.

_____. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 06, N.12, p.159-195, 2015.

_____. *Ancient Law*—Um clássico revisitado 150 anos depois. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo. v. 106/107, p. 527-562, jan/dez 2011/2012.

_____. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 105, p. 561-593. jan/dez 2010.

_____. O DESENVOLVIMENTO DOS ESTUDOS SOCIOJURÍDICOS: DA CACOFONIA À CONSTRUÇÃO DE UM CAMPO DE PESQUISA

INTERDISCIPLINAR **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 113, p. 251-292. jan/dez 2018.

_____.A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, p. 670-706, 2016a.

_____.O impacto da governança sobre a regulação jurídica contemporânea: uma abordagem a partir de André-Jean Arnaud. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 4, n. 1, p. 145-171, 2016b.

_____.DESAFIOS DA PESQUISA INTERDISCIPLINAR: AS CIÊNCIAS SOCIAIS COMO INSTRUMENTOS DE “VIGILÂNCIA EPISTEMOLÓGICA” NO CAMPO DOS ESTUDOS SOCIOJURÍDICOS. **Revista Estudos Institucionais**. v. 5, n.2, p. 530-558, maio/ago. 2019