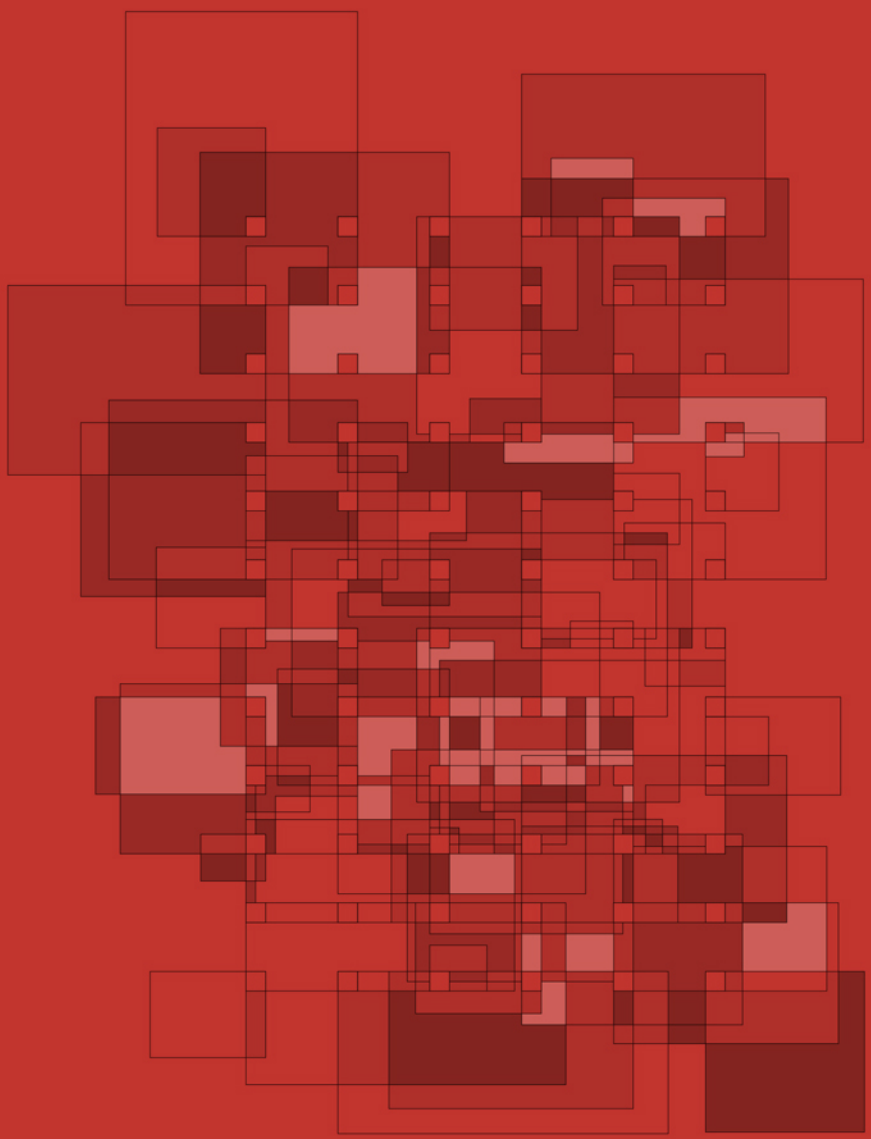


Revista DIREITO GV

11

v. 6 n. 1 JAN-JUN 2010
ISSN 1808-2432

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

missão

A Revista DIREITO GV publica artigos, resenhas, traduções e ensaios inéditos sobre temas jurídicos dogmáticos, teóricos, históricos, sociológicos ou de trabalhos de pesquisa aplicada. Em todos os casos, os textos devem analisar criticamente o objeto estudado e evitar posturas formalistas que não se preocupem com o funcionamento real das instituições.

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITOR
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

CONSELHO EDITORIAL
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ)*; ALBERTO AMARAL JR. *(USP)*; CELSO CAMPILONGO *(USP)*; CHARLES SABEL *(YALE LAW SCHOOL – EUA)*; DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA)*; DAMIAN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE)*; DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO *(UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLÔMBIA)*; DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLÔMBIA)*; ESTÊVÃO MALLET *(USP)*; GREGORY SCHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL-EUA)*; HANS-JÖRG ALBRECHT *(MAX-PLANCK INSTITUTE)*; JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ DE ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA)*; JOSÉ EDUARDO FARIA *(USP)*; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL)*; JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA)*; JOSEP JOAN MORESO *(UNIVERSIDADE POMPEU FABRA – ESPANHA)*; JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS)*; KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ)*; KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA)*; NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA)*; MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP)*; MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ)*; MARTÍN FEDERICO BÖHMER *(UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA)*; MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA)*; MIGUEL REALE JR. *(USP)*; PÉRSIO ARIDA; RAFFAELE DI GIORGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA)*; ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(IESA, CARACAS - VENEZUELA)*; RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP)*; SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN *(UNIVERSIDAD CATOLICA DE ASUNCION, PARAGUAI)*

EDITORES ASSOCIADOS
ARNO DAL RI *(FONDAZIONE CASSAMARCA)*; ANTONIO MAUÉS *(UFPA)*; CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT *(UNESP)*; JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES *(UFRJ)*; SOLANGE TELES DA SILVA *(UEA)*; TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR *(UFPE)*; VERA THORSTENSEN *(FGV)*; WILSON MADEIRA *(UFF)*

COMISSÃO EXECUTIVA
FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL; LUCIANA GROSS CUNHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

PARECERISTAS
ATUARÃO COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL; PROFESSORES, PESQUISADORES DA DIREITO GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUARÃO COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA OS SEGUINTES PROFESSORES:

ALAGOAS: ANDREAS JOACHIM KRELL *(UFAL)*; **BAHIA:** ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO *(UFBA)*; DENISE CRISTINA VITALE RAMOS MENDES *(UCSAL)*; MARIA AUXILIADORA MINAHIM *(UFBA)*; **BRASÍLIA:** ANA FLÁVIA GRANJA E BARROS-PLATIAU *(UNB)*; ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS *(UNB)*; VALCIR GASSEN *(UNB)*; **CEARÁ:** PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE *(UNIFOR; UFC)*; UINIE CAMINHA *(UNIFOR)*; **PARANÁ:** ALEXANDRE DITZEL FARACO *(PUC/PR)*; JOÃO BOSCO LEE *(UNICURITIBA)*; MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO *(PUC/PR)*; RICARDO MARCELO FONSECA *(UFPR)*; **PERNAMBUCO:** GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA *(UFPE)*; **RIO DE JANEIRO:** GUILHERME LEITE GONÇALVES *(FGV/DIREITO RIO)*; JOSÉ RICARDO FERREIRA DA CUNHA *(FGV/DIREITO RIO; UERJ)*; RONALDO LEMOS *(FGV/DIREITO RIO)*; SÉRGIO BRANCO *(FGV/DIREITO RIO)*; **RIO GRANDE DO SUL:** CARLOS KLEIN ZANINI *(UFRGS)*; DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA *(UNISINOS)*; MARCOS DE CAMPOS LUDWIG *(UFRGS)*; RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS *(UFSM)*; SHEILA STOLZ *(UFRGS)*; **SÃO PAULO:** ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR. *(USP)*; ARTHUR BARRIONUEVO FILHO *(EESP-EAESP)*; BARBARA ROSENBERG; CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO *(DIREITO GV)*; CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA *(CEBRAP)*; GILBERTO BERCOVICI *(USP)*; JAIRO SAMPAIO SADDI *(IBEMEC)*; JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS)*; LAURINDO DIAS MINHOTO *(USP)*; LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO *(UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU)*; LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA *(USP)*; OTÁVIO YASBEK *(BM&F/BOVESPA)*; ROGÉRIO BASTOS ARANTES *(USP)*; SAMUEL RODRIGUES BARBOSA *(USP)*; TIAGO MACHADO CORTEZ *(DIREITO GV)*; **SANTA CATARINA:** AIRTON LISLE CERQUEIRA LEITE SEELAENDER *(UFSC)*; CLAUDIA ROSANE ROESLER *(UNIVALI)*; **FRANÇA:** KATHIA MARTIN-CHENUT *(COLLÉGE DE FRANCE)*; **PORTUGAL:** TERESA NEGREIROS

REDAÇÃO
FÁBIO LUIZ LUCAS DE CARVALHO (ASSISTENTE EDITORIAL)
ELVIRA CESÁRIO CASTANON (REVISÃO)
AUGUSTO IRIARTE (REVISÃO)

Revista DIREITO GV

v. 6 n. 1 JAN-JUN 2010

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ISSN 1808-2432

JUNHO 2010
SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV)

TIRAGEM 1.300 EXEMPLARES

© RDGV - REVISTA DIREITO GV, MAIO 2005 – RIO DE JANEIRO
ED. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ISSN 1808-2432

REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

EDITORES
DESDE JAN 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). DIREITO GV

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À FGV.

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 900 EXEMPLARES
LIVRARIAS: 400 EXEMPLARES

ACEITAMOS PERMUTA / *EXCHANGE DESIRED*

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: JANEIRO 2010
TIRAGEM: 1.300 EXEMPLARES

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3281-3310
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

Revista DIREITO GV

Reflexões sobre o ensino do direito

Reflections on legal teaching

ESTÁGIO DE DOCÊNCIA, PRÁTICA JURÍDICA E DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA
DENISE PIRES FINCATO: **029**

TEACHING INTERNSHIP, LEGAL PRACTICE AND DISTRIBUTION OF JUSTICE

POOPER E O PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM PELA RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS
HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES: **039**

POPPER AND THE TEACHING-LEARNING PROCESS FOR TROUBLESHOOTING

O ENSINO DO DIREITO NA FRANÇA
MICHEL MIAILLE E FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA: **059**

LEGAL TEACHING IN FRANCE

A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE ESTUDOS DE MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NEMESC)
CARLOS ALBERTO DE SALLES, DANIELA MONTEIRO GABBAY, ERICA BARBOSA SILVA, FERNANDA TARTUCE, LUIS FERNANDO GUERRERO, MARCO ANTONIO LORENCINI: **067**

THE EXPERIENCE OF UNIVERSITY OF SAO PAULO´S DISPUTE RESOLUTION STUDY GROUP (NEMESC)

"QUEM SOU EU PARA DISCORDAR DE UM MINISTRO DO STF?" O ENSINO DO DIREITO ENTRE ARGUMENTO DE AUTORIDADE E LIVRE DEBATE DE IDEIAS
VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E DANIEL WEI LIANG WANG: **095**

WHO AM I TO DISAGREE WITH A SUPREME COURT JUSTICE? LEGAL EDUCATION BETWEEN ARGUMENT FROM AUTHORITY AND FREE DEBATE OF IDEAS

O STF e a Constituição

The STF and the Constitution

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CIDADANIA À LUZ DA INFLUÊNCIA COMUNITARISTA
JULIA MAURMANN XIMENES: **119**

THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE CITIZENSHIP IN THE LIGHT OF THE COMMUNITARISM INFLUENCE

JULGAMENTO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL: TODO DIA ERA DIA DE ÍNDIO
ERICA MAGAMI YAMADA E LUIZ FERNANDO VILLARES: **143**

RAPOSA SERRA DO SOL INDIGENOUS LAND TRIAL

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA – SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE
VERA KARAM DE CHUEIRI E MIGUEL G. GODOY: **159**

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY – SOVEREIGNTY AND CONSTITUENT POWER

ARTIGOS

ARTICLES

O PRIMADO DA SOCIEDADE E AS FALHAS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO
BRIAN TAMANAHA: **175**

THE PRIMARY OF SOCIETY AND THE FAILURES OF LAW AND DEVELOPMENT

REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, DIREITO E DESENVOLVIMENTO: OS LIMITES DO PARADIGMA RULE OF LAW E A RELEVÂNCIA DAS ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS
MARIO GOMES SCHAPIRO: **213**

RETHINKING THE RELATION BETWEEN STATE, LAW AND DEVELOPMENT

GENDER INEQUALITY: ON WARRANTIES AND SOCIAL RESPONSIBILITIES OF MEN AND WOMEN

DESIGUALDADE DE GÊNERO: SOBRE GARANTIAS E RESPONSABILIDADES SOCIAIS DE HOMENS E MULHERES
DANIEL VIANA TEIXEIRA: **253**

THE NEED OF INTERNATIONAL PROTECTION IN THE AREA OF MIGRATION

A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA MIGRAÇÃO
LILIANA LYRA JUBILUT E SILVIA MENICUCCI. O. S. APOLINÁRIO: **275**

PREAMBLE AND CONSTITUENT'S PRESCRIPTIVITY OF LEGAL TEXTS

O PREÂMBULO E A PRESCRITIVIDADE CONSTITUTIVA DOS TEXTOS JURÍDICOS
PAULO DE BARROS CARVALHO: **295**

BOOK REVIEW

RESENHAS

HERNANDO DE SOTO AND HIS ATTEMPT TO SOLVE THE MISTERY OF DEVELOPMENT

HERNANDO DE SOTO E A SUA TENTATIVA DE SOLUCIONAR O MISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO
LAURA COUTINHO: **313**

TRENDS IN ANTHROPOLOGICAL ANALYSIS OF LAW: SOME QUESTIONS IN THE FRANCOPHONE PERSPECTIVE

TENDÊNCIAS DA ANÁLISE ANTROPOLÓGICA DO DIREITO: ALGUMAS QUESTÕES A PARTIR DA PERSPECTIVA FRANCÓFONA
ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO: **321**

SOBRE OS AUTORES

Brian Z. Tamanaha

Professor da St. John's University School of Law

8000 Utopia Parkway
Jamaica, Nova Iorque
11439
tamanaha@stjohns.edu

Carlos Alberto de Salles

Mestre e doutor em direito pela
Universidade de São Paulo (USP)

Professor doutor do departamento de direito processual da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Promotor de Justiça em São Paulo

Alameda Jaú, 1817, apto. 82
Cerqueira César – 01420-002
São Paulo – SP – Brasil
casalles@uol.com.br

Daniel Viana Teixeira

Mestre em direito constitucional pela Universidade de
Fortaleza (Unifor)

Procurador federal da Advocacia-Geral da União

Rua Carolina Sucupira, 1180, ap. 1301
Aldeota –60140-120
Fortaleza – CE – Brasil
daniel.teixeira@agu.gov.br

Daniel Wei Liang Wang

Mestre em direito constitucional
pela Universidade de São Paulo (USP)

mestrando em filosofia e políticas públicas
pela London School of Economics and Political Science

Rua dos Ingleses, 309, 9º andar
Morro dos Inleses - 01329-000
São Paulo - SP - Brasil
danielwei_cn@yahoo.com.br

Daniela Monteiro Gabbay

Mestre e doutoranda em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Pesquisadora e professora da clínica de mediação DIREITO GV

Fox International Fellow pela Universidade de Yale (EUA)

Advogada

Rua das Uvaias, 179, apto. 62
Saúde – 04055-110
São Paulo – SP – Brasil

daniela.gabbay@fgv.br

Denise Pires Fincato

professora e pesquisadora do Programa de pós-graduação em Direito da PUC do Rio Grande do Sul (PPGD-PUCRS)

mestre em Direito pela universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

doutora em direito pela Universidade de Burgos (Espanha)

Advogada

Av. Augusto Meyer, 163, cj. 406
Bairro Auxiliadora – 90550-110
Porto Alegre – RS – Brasil

dfincato@pucrs.br

Érica Barbosa Silva

Mestre e doutoranda em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Pesquisadora e professora de processo civil e hermenêutica jurídica

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Tabeliã de Notas e Oficiala Registradora em São Paulo

Rua Avanhandava, 103, apto. 10
Bela Vista – 01306-000
São Paulo – SP – Brasil

ericab.silva@uol.com.br

Erica Magami Yamada

Advogada do Instituto Socioambiental

Doutora em Direito e Política Indígena pela Universidade do Arizona

SCLN, 210, Bloco C sala 112,
70862-530
Brasília – DF – Brasil

erimagamiyamada@gmail.com

Fernanda Tartuce

Mestre e doutoranda em direito processual pela Universidade de São Paulo Professora e sub-coordenadora em cursos de especialização em direito civil e processual civil

Professora de direito processual e prática civil em cursos preparatórios para carreiras jurídicas

Advogada orientadora do departamento jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (USP)

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Advogada e mediadora

Rua Dom Duarte Leopoldo, 202, apto. 132
Cambuci – 01542-000
São Paulo – SP – Brasil
fetartuce@uol.com.br

Fernando de Castro Fontainha

Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense

doutorando em Science Politique pela Université de Montpellier 1

bolsista da CAPES

Membro da Equipe de Recherche sur l'Identité et la Citoyenneté - ERIC, vinculada à École Doctorale da Faculté de Droit

advogado

20 rue de l'Université 34000
Montpellier France
fontainha.fernando@gmail.com

Horácio Wanderlei Rodrigues

Pós-doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

Mestre e doutor em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Professor titular do departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Campus Universitário
Trindade - 88040-900
Florianópolis - SC - Brasil
horaciowr@ccj.ufsc.br

Julia Maurmann Ximenes

Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília (UnB)

Professora na especialização e no mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Advogada

SQN 210, Bloco G, apt. 501
Asa Norte – 70762-070
Brasília – DF – Brasil

juliaximenes@idp.edu.br

Laura Coutinho

Mestranda em direito e desenvolvimento na DIREITO GV

Rua Goitacaz, 71, ap. 21
Santa Cecília – 01232-030
São Paulo – SP – Brasil

lauracoutinho@yahoo.com.br

Liliana Lyra Jubilut

Mestre e doutora e em direito internacional pela Universidade de São Paulo (USP)

LL.M em International Legal Studies pela New York University School of Law (EUA)

professora de direito internacional na Faculdade de Direito do Sul de Minas

Consultora para a criação do Conselho Brasileiro para Refugiados e foi advogada do Centro de Acolhida para Refugiados da Cáritas Arquidiocesana de São Paulo em parceria com o ACNUR e o governo brasileiro

Av. Dr. João Beraldo, 1075
Bairro Saúde – 37550-000
Pouso Alegre – MG – Brasil

lljubilut@gmail.com

Luis Fernando Guerrero

Mestre e doutorando em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Especializado em mediação e negociação pela Northwestern University (EUA)

Advogado

Rua Alsacia, 230
Jardim Aeroporto – 04630-010
São Paulo – SP – Brasil

lfg@dinamarco.com.br

Luiz Fernando Villares

Advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Ambiental pela USP

Rua Barão da Torre 394, ap 501
Ipanema – 22411-000
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

luizvillares@bndes.gov.br

Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini

Especialista em direito internacional pela Universidade de São Paulo (USP)

Mestre e doutor direito processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Pesquisador e professor universitário

Membro do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ)

Advogado

Rua Caraíbas, 1199, apto. 101-A
Perdizes – 05020-000
São Paulo – SP – Brasil

marco.lorencini@gmail.com

Mario Gomes Schapiro

Professor doutor em tempo integral da Direito GV

mestre e doutor em direito econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Rua Rocha, 233, 8º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil

mario.schapiro@fgv.br

Michel Miaille

Doutor em Direito Público pela Université de Montpellier 1

Professor Emérito da Université de Montpellier 1

líder da Equipe de Recherche sur l'Identité et la Citoyenneté - ERIC, vinculada à École Doctorale da Faculté de Droit

35 rue des Tresoriers de la Bourse
34000 Montpellier France

michel.miaille@univ-montp1.fr

Miguel G. Godoy

Mestrando em direito do estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Pesquisador-bolsista da CAPES

Membro e pesquisador do núcleo "Constitucionalismo e democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas"

Rua Visconde do Rio Branco, 1799, ap. 122
Centro - 80420-210
Curitiba - PR - Brasil

miguelggodoy@hotmail.com

Orlando Villas Bôas Filho

Mestre e doutor em direito pela Universidade de São Paulo (USP)

Professor da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Largo São Francisco, 95
Centro - 01005-010
São Paulo - SP - Brasil

villasboas.orlando@gmail.com

Silvia Menicucci. O. S. Apolinário

Mestre e doutora e em direito internacional pela Universidade de São Paulo (USP)

professora de Direito Internacional no UNICEUB

Ex-advogada do Centro de Acolhida para Refugiados da Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro em parceria com o ACNUR e o governo brasileiro

SEPN 707/907, Campus do Uniceub - FAJS, Bloco 3
Asa Norte – 70790-075
Brasília – DF – Brasil

silmenicucci@hotmail.com

Paulo de Barros Carvalho

Livre-docente pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Universidade de São Paulo (USP)

Rua Bahia, 1233
Higienópolis - 01244-001
São Paulo – SP – Brasil

paulo@barroscarvalho.com.br

Vera Karam de Chueiri

Professora de direito constitucional dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Coordenadora do núcleo "Constitucionalismo e democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas"

Rua Conselheiro Araújo, 192, ap. 01
Centro - 80060-230
Curitiba - PR - Brasil

vkchueiri@uol.com.br

Virgílio Afonso da Silva

Mestre em direito do estado pela Universidade de São Paulo (USP)

Doutor em direito pela Universidade de Kiel (Alemanha)

Livre-docente em direito constitucional pela Universidade de São Paulo (USP)

professor titular de direito constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Largo São Francisco, 95
Sé - 01005-010
São Paulo - SP - Brasil

vas@usp.br

PUBLICAÇÕES DIREITO GV

COLEÇÃO DIREITO, DESENVOLVIMENTO, JUSTIÇA

NOVOS PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: AS FERRAMENTAS JURÍDICAS E A RACIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO BNDES EM UMA ECONOMIA BASEADA NO CONHECIMENTO.
Mario Gomes Schapiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIREITO E ECONOMIA: TEXTOS ESCOLHIDOS.
Bruno Meyerhof Salma (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL: DIREITO, RESPONSABILIZAÇÃO E VERDADE.
Dimitri Dimoulis, Antonio Martins, Lauro Joppert Swensson Junior (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

NAS FRONTEIRAS DO FORMALISMO: A FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA HOJE.
José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1828-1889): UMA HISTÓRIA.
José Reinaldo de Lima Lopes (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

O ORÁCULO DE DELFOS: CONSELHO DE ESTADO E DIREITO NO BRASIL OITOCENTISTA.
José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEDIDO E CAUSA DE PEDIR.
Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIREITO E MOEDA.
Camila Villard Duran. São Paulo: Saraiva, 2010.

OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO – VOLUME II – DE 1850 A 1930.
Carlos Guilherme Mota (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO – VOLUME III – 1930 AOS DIAS ATUAIS.
Carlos Guilherme Mota e Natasha S. C. Salinas (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO:
PRESENTE, PASSADO E FUTURO. TEXTOS SELECIONADOS DE DAVID M. TRUBEK.
José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

ENSINO JURÍDICO PARTICIPATIVO: CONSTRUÇÃO DE PROGRAMAS, EXPERIÊNCIAS DIDÁTICAS.
José Garcez Ghiradi; Rafael Domingos Faiardo Vanzella (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

MÉTODOS DE ENSINO EM DIREITO: CONCEITOS PARA UM DEBATE.
José Garcez Ghiradi (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

TEORIA DA RESPONSABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: TEXTOS DE KLAUS GÜNTHER.
Flavia Portella Püschel; Marta Rodrigues de Assis Machado (org.). Trad. Flavia Portella Püschel. São Paulo: Saraiva, 2009.

FUGA DO DIREITO: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DE FRANZ NEUMANN.
José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE:
O TRATAMENTO JURÍDICO DOS EFEITOS DA CRIMINALIDADE VIOLENTA NO TRANSPORTE PÚBLICO DE PESSOAS NO BRASIL.
André Rodrigues Corrêa. São Paulo: Saraiva, 2009.

CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS:
DO FATO À NORMA, DA REALIDADE AO CONCEITO JURÍDICO.
Eurico Marcos Diniz de Santi (coord.). São Paulo: Saraiva, 2008.

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PENAL. VOL. 1, TOMOS 1 E 2.
Basileu Garcia. São Paulo: Saraiva, 2008.

PODER JUDICIÁRIO E DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIO BRASILEIRO.
PRÊMIO BOVESPA – DIREITO GV 2007.
Andréa Di Sarno Neto; Felipe Daud; Rafael Andrade; Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury; Mariana M. Alegre de Paiva. São Paulo: Saraiva, 2008.

AUTO-REGULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO.
PRÊMIO BOVESPA – DIREITO GV 2008.
Flora Pinotti Sano; Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury; Roberto Codorniz Leite Pereira; Dalton Tria Cusciano. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUIZADO ESPECIAL:
CRIAÇÃO, INSTALAÇÃO, FUNCIONAMENTO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.
Luciana Gross Cunha. São Paulo: Saraiva, 2007.

OUTROS LIVROS

DIREITO GV: CONSTRUÇÃO DE UM SONHO – INOVAÇÃO, MÉTODOS, PESQUISA, DOCÊNCIA.
Antonio Angarita (coord.), Diego Rafael Ambrosini, Natasha Caccia Salinas. São Paulo: DIREITO GV, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO PRIVADO COM MÉTODOS DE ENSINO PARTICIPATIVOS.
Flavia Portella Püschel (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: A GESTÃO DE PROBLEMAS INTERNACIONAIS POR MEIO DO CRIME E DA PENA.
Maíra Rocha Machado. São Paulo: Editora 34, 2004.

A RESPONSABILIDADE POR FATO DO PRODUTO NO CDC: ACIDENTES DE CONSUMO.
Flavia Portella Püschel. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CONFLITO DE INTERESSES NOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.
Viviane Muller Prado. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LAVAGEM DE DINHEIRO E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: BRASIL, NIGÉRIA, REINO UNIDO E SUÍÇA.
Maíra Rocha Machado; D. F. Refinetti (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO. DO SÉCULO XVI A 1850.
Carlos Guilherme Mota (org.). São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

DIREITOS HUMANOS, ESTADO DE DIREITO E A CONSTRUÇÃO DA PAZ.
Oscar Vilhena Vieira (org.). São Paulo: Quartin Latin, 2005.

FONTES E NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A SOFT LAW.
Salem Hikmat Nasser. São Paulo: Atlas, 2005.

CURSO DE HISTÓRIA DO DIREITO.
José Reinaldo de Lima Lopes Lopes; Thiago dos Santos Acca; Rafael Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo: Método, 2006.

CURSO DE FILOSOFIA POLÍTICA.
Ronaldo Porto Macedo Jr. (coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES OBRIGATÓRIA NAS S.A. - TAG ALONG.
Roberta Nioac Prado. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: SURSIS, LIVRAMENTO CONDICIONAL E OUTRAS REFORMAS DO SISTEMA DE PENAS CLÁSSICO NO BRASIL, 1924-1940.
Rafael Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

: CADERNOS DIREITO GV

1 APONTAMENTOS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL.
Marcos Nobre. São Paulo: DIREITO GV, set. 2004.

2 IMPACT OF THE WTO AGREEMENT ON TEXTILES & CLOTHING ON BRAZILIAN EXPORTS OF TEXTILES AND CLOTHING TO THE UNITED STATES.
Guido Fernando S. Soares; Maria Lúcia Pádua Lima; Maria Carolina M. de Barros; Michelle Ratton Sanchez; Sérgio Goldbaum, Elaini C. Silva. São Paulo: DIREITO GV, abril 2005.

3 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO, DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA.
Direito GV. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2004.

4 O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES E SUA UTILIZAÇÃO.
Luciana Gross Cunha.,Alexandre Cunha; Flávia Scabin;, Mariana Macário; Marcelo Issa. São Paulo: DIREITO GV, março 2005.

5 REFLEXÕES SOBRE O ENSINO DO DIREITO.
Flávia Portella Püschel e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: DIREITO GV, maio 2005.

6 I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E NOVO CÓDIGO CIVIL.
DIREITO GV e OAB-SP. jul. 2005.

7 PREMISSAS DO PROJETO DA DIREITO GV PARA DESENVOLVIMENTO DO MATERIAL DIDÁTICO PARA O CURSO DE DIREITO: ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS.
Maurício Portugal Ribeiro. São Paulo: DIREITO GV, set. 2005.

8 MODELOS DE ADJUDICAÇÃO/MODELS OF ADJUDICATION.
Owen Fiss. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2005.

9 **RELATÓRIO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**.
Viviane Muller Prado e Vinícius Correa Bruanelli. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2006.

10 **PODER CONCEDENTE E MARCO REGULATÓRIO NO SANEAMENTO BÁSICO**.
Conrado Hübner Mendes e Diogo R. Coutinho (coord.). São Paulo: DIREITO GV, mar. 2006.

11 **CONTANDO A JUSTIÇA: A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO**.
Luciana Gross Cunha (org.). São Paulo: DIREITO GV, maio 2006.

12 **FOCOS - FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL -** EDIÇÕES I, II E III.
Michelle Ratton Sanchez, Cassio Luiz de França, Elaini C. G. da Silva (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul. 2006.

13 **PROGRAMA DE CLÍNICAS NAS ESCOLAS DE DIREITO DE UNIVERSIDADES NORTE-AMERICANAS**.
Ana Mara França Machado e Rafael Francisco Alves. São Paulo: DIREITO GV, set. 2006.

14 **FOCOS - FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL - EDIÇÃO IV - NEGOCIAÇÕES COMERCIAIS AGRÍCOLAS E DESENVOLVIMENTO NA OMC**.
Cássio Luiz de França e Michelle Ratton Sanchez. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2006.

15 **A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL NO BRASIL**.
Maíra Rocha Machado e Marco Aurélio Cezarino Braga. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2007.

16 **O MÉTODO DE LEITURA ESTRUTURAL**.
Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2007.

17 **PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL:** COMÉRCIO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE NA OMC – COMUNIDADES EUROPÉIAS VS. BRASIL: O CASO DOS PNEUS.
Juana Kweitel e Michelle Ratton Sanchez (orgs.). São Paulo: DIREITO GV, maio 2007.

18 **EXPERIÊNCIAS E MATERIAIS SOBRE OS MÉTODOS DE ENSINO -** APRENDIZADO DA DIREITO GV.
Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: DIREITO GV, jul. 2007.

19 **O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO:** ENTREVISTA COM DAVID TRUBEK.
José Rodrigo Rodriguez (Coord.), Ana Mara Machado, Luisa Ferreira, Gisela Mation, Rafael Andrade, Bruno Pereira. São Paulo: DIREITO GV, set. 2007.

20 **A FORMAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO –** CRIAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE COMÉRCIO NO IMPÉRIO.
José Reinaldo Lima Lopes. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2007.

21 **TRIBUTAÇÃO, RESPONSABILIDADE FISCAL E DESENVOLVIMENTO:** DIREITO À TRANSPARÊNCIA – ESTUDO SOBRE A DESTINAÇÃO DA CPMF E DA CIDE-COMBUSTÍVEIS.
Eurico Diniz de Santi (coord.), Tathiane dos Santos Piscitelli e Andréa Mascitto. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2008.

22 **O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA?**.
Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2008.

23 **LIMITES DO DIREITO PENAL:** PRÍNCIPIOS E DESAFIOS.
Ulrich Sieber. São Paulo: DIREITO GV, maio 2008.

24 UMA ETNOGRAFIA DE CARTÓRIOS JUDICIAIS EFEITOS DA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CARTÓRIOS JUDICIAIS SOBRE A MOROSIDADE PROCESSUAL: ESTUDO DE CASOS EM CARTÓRIOS JUDICIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - LEVANTAMENTO ETNOGRÁFICO.
Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul. 2008.

25 PESQUISA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO.
DIREITO GV. set. 2008.

26 MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO.
José Eduardo Campos de Oliveira Faria, Ronaldo Porto Macedo Jr., Flavia Portella Püschel e Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2008.

27 DRUG COUNTERFEIT AND PENAL LAW IN BRAZIL.
Marta Rodriguez de Assis Machado (Coord.). São Paulo: DIREITO GV, jan. 2009.

28 UMA CONVERSA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO COMPARADO COM O PROFESSOR KLAUS HOPT.
Viviane Muller Prado (Coord.), Rafael de Almeida Rosa Andrade, Gisela Mation, Jessica Winge, Luiza Vasconcelos. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2009.

29 INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES.
Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr. (coord.). Luciana Reis e Marcelo Shima Luize (colaboração especial). São Paulo: DIREITO GV, maio 2009.

30 CRISE NO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL.
Ary Oswaldo Mattos Filho e Maria Lúcia Labate Mantovanini Pádua Lima (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul 2009.

31 METODOLOGIA DE ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: ESTADO DA ARTE E PERSPECTIVAS. EXPOSIÇÕES, DEBATES E RELATOS DO WORKSHOP NACIONAL DE METODOLOGIA DE ENSINO.
José Garcez Ghirardi (coord.). Ieda Dias de Lima, Ligia Paula P. Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos. São Paulo: DIREITO GV, set 2009.

32 ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO: UMA RADIOGRAFIA DOS CASOS DE ARBITRAGEM QUE CHEGAM AO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.
Adriana Braghetta; Daniela Monteiro Gabbay; Eleonora Coelho Pitombo; Rafael Francisco Alves; Selma Ferreira Lemes (coord. geral). São Paulo: DIREITO GV, nov., 2009.

33 PESQUISA EM DEBATE: A APLICAÇÃO DA LEI DE CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.
Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena. DIREITO GV. Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2010.

34 PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?
Camila Villard Duran (coord.). Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2010.

: REVISTA DIREITO GV

REVISTA DIREITO GV, ED. ESPECIAL
ECONOMIC AND SOCIAL REGULATION. Diversos. DIREITO GV, nov/2005

REVISTA DIREITO GV 01
REVISTA, VOL. 1, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2005

REVISTA DIREITO GV 02
REVISTA, VOL. 1, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUN-DEZ/2005

REVISTA DIREITO GV 03
REVISTA, VOL. 2, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2006

REVISTA DIREITO GV 04
REVISTA, VOL. 2, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUN-DEZ/2006

REVISTA DIREITO GV 05
REVISTA, VOL. 3, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2007

REVISTA DIREITO GV 06
REVISTA, VOL. 3, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUN-DEZ/2007

REVISTA DIREITO GV 07
REVISTA, VOL. 4, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2008

REVISTA DIREITO GV 08
REVISTA, VOL. 4, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUN-DEZ/2008

REVISTA DIREITO GV 09
REVISTA, VOL. 5, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2009

REVISTA DIREITO GV 10
REVISTA, VOL. 5, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUN-DEZ/2009.

: ARTIGOS (WORKING PAPERS) DIREITO GV

Disponíveis em: *www.fgv.br/direitogv/publicacoes*

WORKING PAPER 01 – NOV 2007
GRUPOS DE EMPRESAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ
VIVIANE MULLER PRADO, MARIA CLARA TRONCOSO

WORKING PAPER 02 – NOV 2007
UM TEMA SOB VÁRIAS PERSPECTIVAS: RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA COM TÉCNICAS DE ENSINO VARIADAS
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 03 – NOV 2007
O QUE É "DIREITO E ECONOMIA"? UMA INTRODUÇÃO À EPISTEMOLOGIA DA DISCIPLINA PARA O ESTUDANTE, O PROFISSIONAL E O PESQUISADOR EM DIREITO
BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 04 – NOV 2007
ANTI-MONEY LAUNDERING AND GOVERNANCE IN LATIN AMERICA
MAÍRA ROCHA MACHADO, GUILLERMO JORGE

WORKING PAPER 05 – NOV 2007
A JURIDIFICAÇÃO DO RACISMO: UMA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO TJ DE SÃO PAULO
FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

WORKING PAPER 06 – NOV 2007
THE INSURANCE FUNCTION OF CONTRACTS
BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 07 – NOV 2007
FINANCIAL REGULATION AND INTERNATIONAL CRIMINAL POLICY: THE ANTI-MONEY LAUNDERING SYSTEM IN BRAZIL AND ARGENTINA
MAÍRA ROCHA MACHADO

WORKING PAPER 08 – NOV 2007
WHAT IS LAW CRITIQUE? IMMANENT CRITIQUE, INSTITUTIONAL NIHILISM AND PROJECTS OF JURIDIFICATION
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 09 – NOV 2007
PUNITIVE DAMAGES IN BRAZILIAN LAW AND THE BOUNDARIES BETWEEN CRIMINAL AND CIVIL LIABILITIES
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 10 – NOV 2007
A GESTÃO DA ONIPOTÊNCIA: ENSINAR DIREITO A INICIANTES
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 11 – NOV 2007
O RACIOCÍNIO JURÍDICO-DOGMÁTICO E SUAS RELAÇÕES COM O FUNCIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL, MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

WORKING PAPER 12 – NOV 2007
INTERNATIONALISATION DU DROIT EN AMÉRIQUE LATINE
MIREILLE DELMAS-MARTY, KATHIA MARTIN-CHENUT, MAÍRA ROCHA MACHADO

WORKING PAPER 13 – DEZ 2007
CONTINGENT EDIS: A NEW CONTRACTUAL FRAMEWORK FOR MINIMIZING THE RISK OF INCENTIVE FAILURES
BRUNO MEYERHOF SALAMA

WORKING PAPER 14 – DEZ 2007
O ENSINO DA DEFESA E DA PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL: O ESTADO DA ARTE
LEONARDO ARQUIMIMO DE CARVALHO

WORKING PAPER 15 – JAN 2008
JUDICIAL ADMINISTRATION IN BRAZIL: COURTS CASELOAD STATISTICS
LUCIANA GROSS CUNHA

WORKING PAPER 16 – FEV 2008
ANÁLISE DO FUNCIONAMENTO DAS VARAS DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA COMARCA DA CIDADE DE SÃO PAULO
LUCIANA GROSS CUNHA, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, THOMAZ HENRIQUE JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA

WORKING PAPER 17 – MAR 2008
ANOTAÇÕES SOBRE O "NEOCONSTITUCIONALISMO" (E SUA CRÍTICA)
DIMITRI DIMOULIS

WORKING PAPER 18 – JUN 2008
A APLICAÇÃO DA LEI N. 7.492/86 NOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
MAÍRA ROCHA MACHADO, MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO E MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES (COORD.)

WORKING PAPER 19 – MAIO 2008
PATENT BARGAINS IN NICS: THE CASE OF BRAZIL
BRUNO MEYERHOF SALAMA E DANIEL BENOLIEL

WORKING PAPER 20 – JUN 2008
THE COMMUNICATIVE FUNCTION OF CIVIL LIABILITY: EVIDENCE FROM A CASE OF IMPUNITY
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 21 – JUN 2008
RULE OF LAW AND DEVELOPMENT: THE DISCOURSES ON INSTITUTIONAL REFORMS IN THE JUSTICE SYSTEM
LUCIANA GROSS SIQUEIRA CUNHA

WORKING PAPER 22 – JUN 2008
WINNING AT THE WTO: THE DEVELOPMENT OF A TRADE POLICY COMMUNITY WITHIN BRAZIL
BARBARA ROSENBERG, GREGORY SHAFFER, MICHELLE RATTON SANCHEZ

WORKING PAPER 23 – JUN 2008
A REGULAMENTAÇÃO DA PROPRIEDADE NO SETOR DE GÁS NATURAL NA BOLÍVIA: IMPACTOS PARA O DESENVOLVIMENTO?
ANDRÉ CORRÊA E MICHELLE RATTON SANCHEZ

WORKING PAPER 24 – JUL 2008
PRE-EMPTION AND PUNISHMENT IN THE RISK SOCIETY: A THEORETICAL DEBATE ABOUT INNOVATIONS IN THE THEORY OF PUNISHMENT
MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

WORKING PAPER 25 – AGO 2008
EXCESSO E EFICIÊNCIA NA PENALIDADE CONTEMPORÂNEA E EXPERTISE NACIONAL
LAURINDO DIAS MINHOTO

WORKING PAPER 26 – SET 2008
DIREITO E DESENVOLVIMENTO COM DAVID TRUBEK
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 27 – SET 2008
PARA ALÉM DA SEPARAÇÃO DE PODERES - FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA E DEMOCRACIA
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 28 – OUT 2008
A FUNÇÃO COMUNICATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: EVIDÊNCIAS A PARTIR DE UM CASO DE IMPUNIDADE
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 29 – NOV 2008
THE WTO AND THE OECD RULES ON EXPORT CREDITS: A VIRTUOUS CIRCLE? THE EXAMPLE OF THE EMBRAER CASE AND THE 2007 CIVIL AIRCRAFT UNDERSTANDING
MICHELLE RATTON SANCHEZ

WORKING PAPER 30 – ABR 2009
NOTAS SOBRE A DISCIPLINA INFRA-LEGAL DA REVERSIBILIDADE DOS BENS AFETADOS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES: INOVAÇÕES E ILEGALIDADES DA RESOLUÇÃO ANATEL N. 447/2006
CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA NETO, JOSÉ INACIO FERRAZ DE ALMEIDA PRADO FILHO, MATEUS PIVA ADAMI

WORKING PAPER 31 – MAIO 2009
RESPONSABILIDADE
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL

WORKING PAPER 32 – MAIO 2009
PARA UMA PEDAGOGIA DA INCERTEZA: REFLEXÕES SOBRE O ENSINO DA DOGMÁTICA JURÍDICA
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 33 – MAIO 2009
INVERTER O ESPELHO: O DIREITO OCIDENTAL EM NORMATIVIDADES PLURAIS
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

WORKING PAPER 34 – MAIO 2009
REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, DIREITO E DESENVOLVIMENTO: OS LIMITES DO PARADIGMA RULE OF LAW NO AMBIENTE FINANCEIRO E A PREVALÊNCIA DO BNDES NO PANORAMA BRASILEIRO
MARIO GOMES SCHAPIRO

WORKING PAPER 35 – MAIO 2009
O JUDICIÁRIO E O IMPÉRIO DO BRASIL: O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1828-1889)
ANDRÉA SLEMIAN, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, PAULO MACEDO GARCIA NETO

WORKING PAPER 36 – maio 2009
Dogmática jurídica (verbete)
José Rodrigo Rodriguez

WORKING PAPER 37 – maio 2009
Critical legal thought (1920-1940) (the case of Brazil)
José Reinaldo de Lima Lopes e Paulo Macedo Garcia Neto

WORKING PAPER 38 – jun 2009
The Global Administrative Law Project: a review from Brazil
Michelle Ratton Sanchez

WORKING PAPER 39 – jul 2009
Política fiscal e política criminal: o direito penal nas estratégias arrecadatórias do estado brasileiro (1990-2006)
Maíra Rocha Machado e Marta Rodriguez de Assis Machado (coord.)

WORKING PAPER 40 – jul 2009
Invalidade da sentença arbitral
Adriana Braghetta, Eduardo D. Gonçalves, Daniela M. Gabbay, Eleonora Pitombo, Gustavo S. Kulesza, Patrícia S. Kobayashi, Paulo Eduardo A. da Silva, Rafael F. Alves, Selma F. Lemes, Vera Cecília M. de Barros

WORKING PAPER 41 – jul 2009
Como interpretar as normas emitdas pelo Bacen e CMN?
Bruno Meyerhof Salama

WORKING PAPER 42 – jul 2009
Arbitragem e poder judiciário
DIREITO GV e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)

WORKING PAPER 43 – jul 2009
Política industrial
Mario Gomes Schapiro

WORKING PAPER 44 – out 2009
Empresa e desenvolvimento: importam as estruturas jurídico-organizativas à disposição dos agentes para o exercício de atividades empresariais
Danilo Borges dos Santos Gomes Araujo

WORKING PAPER 45 – out 2009
O juiz e seus fantasmas: racionalidade jurisdicional, dogmática jurídica e democracia
José Rodrigo Rodriguez

WORKING PAPER 46 – mar 2010
Responsabilidade civil objetiva: correção de trocas ineficientes ou repressão ao ilícito?
Flavia Portella Püschel

WORKING PAPER 47 – mar 2010
As gramáticas da proteção social e suas implicações para o desenho de políticas públicas
José Rodrigo Rodriguez

WORKING PAPER 48 – mar 2010
Sistemas Tributários Internacionais: Uma Comparação Jurídico-Econômica
Dalton Yoshio Hirata

WORKING PAPER 49 – mar 2010
Towards an intellectual property bargaining theory: the post-wto era
Daniel Benoliel e Bruno Meyerhof Salama

WORKING PAPER 50 – mar 2010
Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais
Bruno Meyerhof Salama

WORKING PAPER 51 – mar 2010
Pharmaceutical patent bargains: the brazilian experience
Daniel Benoliel e Bruno Meyerhof Salama

WORKING PAPER 52 – mar 2010
Como interpretar as normas emitidas pelo Bacen e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro
Bruno Meyerhof Salama

WORKING PAPER 53 – abr 2010
Islamic law and international law: the terms of a relationship
Salem Hikmat Nasser

WORKING PAPER 54 – maio 2010
2nd Stage of the Research on "Arbitration and the Judiciary" Theme Report: Validity, Efficiency and Existence of the Arbitration Agreement
Daniela Monteiro Gabbay e Giovanni Ettore Nannin (coord.)

WORKING PAPER 55 – maio 2010
Governança Administrativa, Dinâmica Institucional e Financiamento Industrial no Brasil: novos parâmetros, velhos problemas
Mario Gomes Schapiro

WORKING PAPER 56 – jun 2010
Zonas de autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia
José Rodrigo Rodriguez

CARTA DO EDITOR

Este número da Revista DIREITO GV traz um dossiê sobre *ensino do direito* e outro sobre o *STF e a Constituição brasileira*, além de textos sobre direito e desenvolvimento, migrações, desigualdade de gênero e a prescritividade do preâmbulo dos textos jurídicos.

Esta é a primeira vez que a revista reúne, em um mesmo número, tantos artigos sobre ensino jurídico. Em números anteriores (vol.2, n.2, 2006), foram publicadas reflexões sobre o tema, de interesse permanente desta revista e do mundo jurídico. Afinal, as faculdades de direito enfrentam o desafio de formar profissionais tecnicamente competentes e, ao mesmo tempo, produzir reflexões críticas sobre o direito.

A tensão entre a visão do direito como uma ferramenta capaz de atingir certos fins e uma postura crítica, que questione a relação entre direito e poder (público ou privado), é constitutiva do ensino jurídico. Ficar apenas em um dos pólos, ou seja, formar soldados dispostos a servir a qualquer senhor ou críticos sutis, mas incapazes de analisar tecnicamente um contrato, é empobrecer a experiência do ensino jurídico. É preciso lidar com essa tensão. Talvez seja razoável afirmar que o mundo não precisa de mais técnicos que agem cegamente ou de críticos sem qualquer senso de realidade.

Todos os textos aqui reunidos aqui a enfrentam ao tratar de temas como a prática jurídica, os métodos de ensino em sala de aula e as características do ensino jurídico na França. Agradeço aos autores dos cinco textos, **Denise Pires Fincato** (RS); **Horácio Wanderlei Rodrigues** (SC); **Michel Miaille** (França) e **Fernando de Castro Fontainha** (MG); **Carlos Alberto de Salles**, **Daniela Monteiro Gabbay**, **Erica Barbosa Silva**, **Fernanda Tartuce**, **Luis Fernando Guerrero**, **Marco Antonio Lorencini** (SP); **Virgílio Afonso da Silva** e **Daniel Wei Liang Wang** (SP) por contribuírem com a revista.

A jurisprudência do STF, sua atuação e seu papel têm sido temas constantes nesta revista, em especial nos volumes sobre "O futuro da Constituição de 1988" (Revista DIREITO GV 8, vol. 4, n. 2) e "A Jurisprudência do STF em debate" (Revista DIREITO GV 9, vol. 5, n. 1). A atuação do Supremo e dos demais tribunais brasileiros é cada vez mais importante para os rumos do país. Os casos julgados por eles têm sido debatidos intensamente pela esfera pública, atenta para a importância econômica, política e social da atuação do poder judiciário. Por isso mesmo, este tema também é de interesse permanente para esta revista.

Os quatro textos dedicados ao este tema, escritos por **Julia Maurmann Ximenes** (DF); **Erica Magami Yamada** (EUA) e **Luiz Fernando Villares** (RJ); **Vera Karam de Chueiri** (PR) e **Miguel G. Godoy** (PR), tratam de problemas como a cidadania, a relação entre soberania e constitucionalismo e o caso Raposa Serra do Sol.

Além desses dois grupos de textos, publicamos também cinco artigos sobre temas variados, já citados no começo desta Carta. Alguns deles já ocuparam as páginas de outros números desta revista. As questões relativas ao direito e desenvolvimento foram objeto da Revista DIREITO GV 6 e 9 (vol. 3 n. 2 e vol. 5 n. 1) e a regulação de problemas de impacto global (como as migrações) foi objeto de um dossiê em nosso último número (Revista DIREITO GV 10, vol. 5. n. 2).

Finalmente, gostaria de agradecer aos autores **Brian Tamanaha** (EUA); **Mario**

Gomes Schapiro (SP); **Liliana Lyra Jubilut** (MG) e **Silvia Menicucci. O. S. Apolinário** (DF); **Daniel Viana Teixeira** (CE); **Paulo de Barros Carvalho** (SP); **Laura Coutinho** (SP); e **Orlando Villas Bôas Filho** (SP) pelo interesse em nossa revista.

Boa leitura!

O Editor

EDITOR'S LETTER

This edition of DIREITO GV Law Journal publishes one dossier on legal education and another on the Brazilian Supreme Court (STF), in addition to texts on law and development, migration, gender inequality and the binding force of the preamble of statutes.

This is the first time this journal manages to publish so many articles on legal education on the same number. Previous issues (vol. 2, n. 2, 2006) have already published reflections on this theme, which is of permanent interest for this magazine and – hopefully – for the legal academia at large. It is our belief that law schools should pursue the dualist challenge of training technically competent professionals and, at the same time, generating critical reflections on Law.

The tension between two conceptions of Law – the instrumentalist and the critical - is constitutive to the thinking on legal education. To opt for one of these two poles would produce either one of two equally undesirable legal professionals: the soldiers willing to serve any lord, or the (supposedly) critical lawyer who is clueless about law's practical workings. With the risk of carrying our argument too far, we dare say that the world needs neither of them.

All texts gathered here deal with issues such as legal practice, teaching methods and the characteristics of legal education in France. I thank the authors of the five texts, ***Denise Pires Fincato*** *(RS);* ***Horácio Wanderlei Rodrigues*** *(SC);* ***Michel Miaille*** *(France) and* ***Fernando de Castro Fontainha*** *(MG);* ***Carlos Alberto de Salles***, ***Daniela Monteiro Gabbay***, ***Erica Silva Barbosa***, ***Fernanda Tartuce***, ***Luis Fernando Guerrero***, ***Marco Antonio Lorencini*** *(SP);* ***Virgílio Afonso da Silva*** *and* ***Daniel Wei Liang Wang*** *(SP) for contributing to this journal.*

The role of the Brazilian Supreme Court (STF) is a theme frequently present in this journal, especially in the volumes "The future of the Brazilian Constitution of 1988 "(vol. 4, n. 2) and "The Jurisprudence of STF under discussion" (vol. 5, n. 1). The role of the STF and of other Brazilian higher courts is increasingly been considered central to our country's future. Given the economic, political and social importance of the judiciary, cases heard by higher courts have been extensively debated by the public sphere. Therefore, this issue is also of permanent interest to this journal.

The four texts devoted to the abovementioned subject were written by ***Julia Maurmann Ximenes*** *(DF);* ***Erica Magami Yamada*** *(USA) and* ***Luiz Fernando Villares*** *(RJ);* ***Vera Karam de Chueiri****(PR) and* ***Miguel G. Godoy*** *(PR) and deal with issues such as citizenship, the relationship between sovereignty and constitutionalism and the* Raposa Serra do Sol *case.*

This number of DIREITO GV Law Journal also publishes five articles on various topics, as mentioned earlier by this Letter. Some of them have occupied the pages of previous volumes. Law and Development was an important theme on volume 3, number 2 and on volume 5, number 1. The regulation of problems with global impact (such as migration) was the subject of a dossier on our last number (vol. 5. n. 2).

Finally I would like to thank ***Brian Tamanaha*** *(USA);* ***Mario Gomes Schapiro***

(SP); ***Liliana Lyra Jubilut*** *(MG) and* ***Silvia Menicucci. O. S. Apolinário*** *(DF);* ***Daniel Viana Teixeira*** *(CE);* ***Paulo de Barros Carvalho*** *(SP);* ***Laura Coutinho*** *(SP);* e ***Orlando Villas Bôas Filho*** *(SP) for their interest in our journal.*

Enjoy your reading!

The Editor

ESTÁGIO DE DOCÊNCIA, PRÁTICA JURÍDICA E DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA

Denise Pires Fincato

TEACHING INTERNSHIP, LEGAL PRACTICE AND DISTRIBUTION OF JUSTICE

RESUMO

O ensino jurídico em seu nascedouro: cursos de pós-graduação em Direito, berçários docentes. Parte-se do pressuposto de que nas disciplinas de prática jurídica (principalmente as de campo: estágios curriculares obrigatórios) o docente deve ter maior identidade com a realidade social, já que seu objeto de ensino é o substrato social, complexo, eivado de problemas e carências. Nesse sentido, verificam-se fragilidades nos estágios de docência, normalmente ocupados por disciplinas pertencentes aos demais eixos formativos. Utilizam-se na pesquisa os métodos indutivo, tipológico e de interpretação sociológica e técnicas de pesquisa bibliográfico-documentais. Das reflexões, a certeza de que os programas podem formar dois tipos de docentes: acomodados ou transformadores, tudo dependendo da estratégia pedagógica (metodologia de ensino) que empregarem. A compreensão e posterior distribuição da Justiça têm seu lugar de ensaio na realidade sócio-jurídica, fato pelo qual necessária é a atenção dos programas de pós-graduação ao estagio de docência em disciplinas de prática jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Ensino; prática; estágio de docência; pós-graduação; justiça.

ABSTRACT

Teaching law in its outset: postgraduate studies in law, teacher's nursery. The article starts from the assumption that regarding the disciplines of Legal Practice (mainly the field ones, mandatory internships) the teacher should have a greater identity with social reality, since the object of education is the social substratum, wich is complex and riddled with problems needs. In this sense, there are weaknesses in teaching internships, normally occupied with subjects that pertain to other training routes. In research we used inductive, typological and sociological interpretation methods and technical research literature-documentary. From reflections, comes the certainty that the programs can form two kinds of teachers: the staying or the processors, depending on the pedagogical strategy (teaching methodology) that are employed. The understanding and the distribution of justice has its test place in the socio-legal reality and we therefore need the post-graduate programs attention to internship teaching in the disciplines of legal practice.

KEYWORDS

Teaching; training; probation internship; postgraduate studies law; Justice.

Os cursos de pós-graduação no Brasil são regrados pelo Ministério da Educação em colaboração com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES). Em seus regramentos, há a obrigatoriedade, principalmente por parte do aluno bolsista, de frequentar e ser aprovado no chamado *estágio de docência*.

No estágio de docência, os mestrandos e doutorandos ficam face a face com os afazeres diários do magistério jurídico de graduação: o planejamento das aulas; a ideação das atividades; a elaboração, aplicação, correção e entrega das avaliações; as classes em sua dinâmica; a administração dos conflitos etc., tudo sempre assistido e supervisionado pelo professor titular da disciplina, quem emitirá parecer em relatório de aproveitamento. Nesse sentido, o artigo 22 da Portaria nº 34/2006 da CAPES:

> Estágio de Docência
> Art. 22. O estágio de docência é parte integrante na formação do pós-graduando, objetivando a preparação para a docência, a qualificação do ensino de graduação, e será obrigatório para todos os bolsistas do PROEX, obedecendo aos seguintes critérios:
> I - para o programa que possuir os dois níveis, mestrado e doutorado, a obrigatoriedade estará restrita ao Doutorado;
> II - a duração mínima do estágio de Docência será de um semestre;
> III - o docente de ensino superior que comprovar atividades docentes acatadas pela CG/PROEX, ficará dispensado do estágio de docência;
> IV - as atividades do estágio de Docência deverão ser compatíveis com a área de pesquisa no programa de pós-graduação realizada pelo pós-graduando;
> §1º As instituições que não oferecerem curso de graduação deverão associar-se a outras instituições de ensino superior para atender as exigências do estágio de Docência;
> §2º O estágio de Docência com carga superior a sessenta horas poderá ser remunerado a critério da IES, vedada a utilização de recursos repassados pela CAPES;
> §3º Compete à CG/PROEX, registrar e avaliar o estágio de Docência para fins de crédito do pós-graduando, bem como a definição quanto a supervisão e o acompanhamento do estágio;
> §4º Havendo específica articulação entre os sistemas de ensino pactuada pelas autoridades competentes, e observadas as demais condições estabelecidas neste artigo, admitir-se-á a realização do estágio de Docência na rede pública do ensino médio.

O objetivo do estágio de docência, então, é contribuir na preparação do docente que atuará nos cursos de graduação. O estágio deve trazer, enquanto ato educativo escolar supervisionado que é, a conexão entre teoria e prática, o desenvolvimento ou aperfeiçoamento das habilidades necessárias ao exercício do mister para o qual se estuda.

Vê-se, no meio acadêmico, que os estágios jurídicos de docência têm se ocupado muito mais com as disciplinas dos chamados eixos de formação fundamental e profissional dos cursos de direito, deixando *a latere* as disciplinas do chamado eixo

prático.[1] Não há, em verdade, "estágio de docência" em disciplinas do Núcleo de Prática Jurídica, salvo exceções (desconhecidas, diga-se de passagem).

Será em virtude da crença de que mestrado ou doutorado (em direito) não possuem (ou não devem possuir) cunho prático? Ou será que as disciplinas práticas são "menos nobres" que as disciplinas de formação fundamental e profissional? O fato é que muitos mestres recém-saídos da academia têm dificuldades em atribuir tal qualidade (prática) às suas lições, esquecendo-se que mesmo as disciplinas fundamentais ou profissionais têm de ser práticas, isto é, significativas, marcantes, vivenciais. E isso traz consigo um sério prejuízo à própria sociedade, já que os profissionais formados nesses cursos jurídicos provavelmente conhecerão um direito folhetinesco, utópico e extremamente teórico e, assim, pouco ou nenhum contato terão com a realidade com a qual irão trabalhar ou com uma realidade à qual aplicar o "direito posto". Também não reconhecerão as hipóteses para as quais não há, ainda, "direito posto" e cujos conflitos, apesar disso, clamam por solução.

Então, para prosseguir no presente estudo, é necessário buscar o significado da expressão *prática*, de modo a vinculá-la ao contexto dos cursos de direito e da formação "jurídica" em si. Assim, é pertinente a indagação: o que é prática? E como se adquire a prática, em qualquer área?

Defende-se aqui a ideia de que tudo começa pela busca do prazer e pela necessidade de satisfação das curiosidades. Utilizando como paradigma a culinária, poder-se-ia dizer que um iniciante na arte da culinária busca conhecer a textura, o aroma, o sabor e a compatibilidade dos alimentos. Tem prazer em fazê-lo, tem curiosidade quanto aos resultados. Mas, até aí, não passa de alguém com "jeito para a cozinha", um prático, apenas.

Com a organização do talento em estudos sistematizados, é que se abre, então, a possibilidade de optar por continuar sendo alguém com "jeito para a cozinha" ou um grande *chef*. Mas, para ser um *chef*, será necessário mais que prazer e curiosidade (catalisadores dos ditos jeitosos). Para ser um *chef*, será necessário aliar à prática boa fundamentação teórica, bases científicas. Será preciso estudar os alimentos em sua composição e seus nutrientes, anotar, testar, ler e, sobretudo, pensar. Será preciso ter a certeza de que, além de testar novos ingredientes e suas múltiplas relações, estar-se-á contribuindo para uma melhor alimentação do ser humano e, ainda, de certa forma, para suprimir a fome do rol dos flagelos humanos.

Chama-se atenção para o fato de que a prática jurídica ocorre sempre que se atribui significado ao que se ensina: concretudes, aplicabilidades, viabilidades na área jurídica (ou ao menos quando se permite sua construção). Ou seja, é possível até mesmo fazer práticas filosóficas, se for do interesse do praticante, seja ele o aprendiz ou o professor.

O ensino irrigado de prazer, que transborde do próprio prazer da docência e da atividade jurídica do docente, é um ensino que desperta a curiosidade, e, com isso,

nada resta no plano único e exclusivo do abstrato, surreal ou inaplicável (e sem importância, no contexto do discente), uma vez que o aprendiz curioso e cheio de desejo em satisfazer-se buscará construir/atribuir significados (mesmo que permeados por suas experiências) aos objetos (conhecimento) que lhe são apresentados.

As diretrizes curriculares dos cursos jurídicos não erram ao apontar a necessidade de existência dos três eixos formativos (formação fundamental, profissional *e prática*),[2] de forma *concomitante, desde o primeiro nível do curso* (semestre ou ano). Destaca-se, então, o direcionamento legal para a necessária conjugação das dimensões prática, fundamental e profissional nos estudos jurídicos desde seus primeiros momentos.

A primeira norma para o então Estágio de Prática Forense e Organização Judiciária foi a Lei 5.842/72, regulamentada pela Resolução 15/73 do Conselho Federal de Educação. Verifica-se que o estágio possuía caráter facultativo, mas, uma vez cursado, conferia-se ao aluno o direito de se inscrever nos quadros de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – sem a atual imposição de aprovação no exame da Ordem.

Tal realidade mudou substancialmente em 1994, com a Portaria 1.886 do Ministério de Educação e Cultura que, quanto ao tema estágios, fixou as seguintes diretrizes mínimas, conforme Rodrigues (1995):

> a) O estágio deixou de denominar-se prática forense para passar a chamar-se prática jurídica. Essa troca do adjetivo qualificador traz no seu bojo uma enorme ampliação de horizontes. Os estágios sempre estiveram voltados apenas para a prática do foro [prática forense], como se aí residisse todo o direito. O mundo contemporâneo tem caminhado muito em outros sentidos. Hoje as assessorias e consultorias, os substitutivos processuais, como a arbitragem, entre outras realidades, todas jurídicas, demonstram a necessidade de uma formação prática mais ampla.
> b) A definição de que o estágio se compõe de atividades práticas, simuladas e reais. No sistema anterior, embora isso estivesse subjacente à expressão estágio supervisionado, na prática as instituições transformaram a prática forense em um espaço limitado à sala de aula, onde se repetiam as aulas de direito processual, apenas em um viés mais preocupado com seus aspectos práticos. Essa possibilidade, frente ao novo texto, fica agora inviabilizada. O estágio deve necessariamente ser composto de atividades práticas.
> c) A Portaria também avança ao dividir a prática em real e simulada, qualificando-a. Isso significa que, naquilo em que for possível, a prática deve estar vinculada a situações reais da vida profissional, como nos serviços de assistência jurídica, patrocinados por alguns cursos jurídicos nacionais. Mas ao lado dessa prática real, impõe também como necessária uma prática simulada daquelas situações para as quais não é possível uma vivência prática correta durante o estágio supervisionado. (p. 49)

Atualmente, o curso jurídico encontra-se regido pela Resolução nº 9 do CNE/CSE, de 29 de setembro de 2004,[3] e em tal documento vislumbram-se diversas referências diretas ou indiretas (mas sempre intrínsecas ou conexas) à prática jurídica, tais como a necessária estruturação do projeto pedagógico de cada curso, onde expressamente conste, dentre outros, o estágio curricular supervisionado (artigo 2º).

Como elementos estruturais de tal projeto pedagógico deverão constar (§ 1º):

> [...] IV – formas de realização da interdisciplinaridade; V – modos de integração entre teoria e prática; [...] IX – concepção e composição das atividades de estágio curricular supervisionado, suas diferentes formas e condições de realização, bem como a forma de implantação e a estrutura do Núcleo de Prática Jurídica.

Quanto ao perfil de graduando desejado, o artigo 3º de referida resolução indica expressamente que o curso deverá assegurar:

> [...] sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Ou seja, é necessário instigar a busca pelas respostas, a superação da memorização displicente e descompromissada. É preciso independentizar o graduando, fomentar o seu pensamento crítico, lógico e, principalmente, autônomo. É preciso fazer que ele reconheça os fenômenos sociais pendentes de respostas jurídicas e, sobretudo, encorajá-lo a ousar responder. A prática realiza o aprendizado teórico, fixa-o como experiência de vida, e esta, como andar de bicicleta ou cozinhar, não se esquece em sua essência, mesmo passados muitos anos.

Parece óbvio, por conseguinte, que a realidade dos chamados estágios de docência, próprios dos cursos de pós-graduação *strictu sensu*, deva seguir uma linha idêntica de atuação e estruturação. Formar *chefs* que formarão novos *chefs*, eis seu desafio.

Para que o desiderato seja alcançado, uma tradição no ensino jurídico tem de ser revista: sua metodologia, a qual, salvo raras exceções, segue um padrão que não se adapta ao contexto atual.

No Brasil, os primeiros cursos jurídicos surgiram em 1827, seguindo o modelo lusitano (chamado Coimbrão, no meio acadêmico), não só em sua estrutura curricular, como também na proposta pedagógica (a última de abrangência muito além da questão didática, chegando à concepção do curso e à definição do perfil do egresso). Desde o dia 11 de agosto de 1827, com a "Lei que Cria os Cursos de Ciências Jurídicas

e Sociais em São Paulo e Olinda", vê-se uma preocupação com a prática jurídica (teoria e prática do processo adotadas pelas leis do império), mesmo que alocada explicitamente apenas no último ano do curso.[4]

Entretanto, atestam diversos estudiosos da matéria que a finalidade dos cursos jurídicos foi desvirtuada desde o seu nascedouro (ADORNO, 1998, p. 81). Métodos e conteúdos se deixaram render à necessidade premente de formação dos quadros da recém-nascida burocracia brasileira.

A Academia de Direito de São Paulo – assim como a de Olinda – teve suas raízes atadas à necessidade de independência político-administrativa brasileira. Com a emergência do Estado Nacional, suscitou-se o delicado problema de autonomia cultural da sociedade brasileira, além da imperiosa e urgente formação dos quadros funcionais para o aparelho estatal.

Segundo Adorno (1998), os cursos jurídicos foram durante muito tempo os depositários dos desejos de liberdade, democracia, consciência e cidadania da sociedade, que vislumbrava em seus acadêmicos os estandartes de um novo tempo. A frustração em decorrência da não realização dessas expectativas é retratada em diversos textos, estudos e documentos. Na realidade, o somatório de sucessivos governos autoritários, a explosão quantitativa dos cursos jurídicos e o desejo de rapidamente aparelhar o Estado com funcionários de "nível superior" (mas facilmente manipuláveis, porque desprovidos de raciocínio lógico e jurídico) geraram o insucesso comentado e o descrédito dos estudantes e profissionais do direito, extensivo ao Poder Judiciário e ao próprio direito (a este, porque sedizente solucionador das controvérsias decorrentes do convívio humano, e àquele, porque de exercício exclusivo de bacharéis em direito).

Observou-se (e ainda se observa) um crescente distanciamento dos currículos, conteúdos e métodos dos cursos jurídicos em relação ao contexto (social) em que está inserido o fenômeno jurídico. Isso gera uma inquietação, refletida em diversas falas e discursos, tal como o de Santiago Dantas, em famosa aula magistral ainda em 1955.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, ocupa-se há tempos dessa questão. Em estudos e ações, procura atingir a distribuição da Justiça em seu nascedouro: na formação do operador jurídico. A OAB contribui para a fixação de diretrizes mínimas, fiscaliza cursos jurídicos, atribui selos e ainda realiza exames de aferição de habilidades e conhecimentos. Também alimenta as instituições de ensino superior com estatísticas e dados decorrentes de suas inserções, apontando falhas e virtudes e, sobretudo, indicando caminhos para a gestão acadêmica dos cursos jurídicos.

Não escapa desse cenário a prática jurídica, que, como visto, é preocupação dos cursos jurídicos, ao menos formal, desde sua gênese em território nacional.[5] Isso revela uma intenção (normativo-teórica, no mínimo) em formar sujeitos com algo mais do que profissionalismo teórico e/ou prática não reflexiva.

Para que tal intenção se concretize, também é necessário, sem dúvida, um perfil docente adequado, principalmente quando se fala em prática jurídica. Seus professores devem necessariamente exercer o direito, notoriamente a advocacia. Na direção e supervisão das atividades de prática jurídica, admitem-se apenas professores com inscrição ativa na Ordem dos Advogados do Brasil. O professor, para ministrar sua disciplina, além de conhecer o direito material a que ela está vinculado, deve demonstrar conhecimentos elevados de direito processual, assim como de estrutura judiciária. Para além disso, deve transpirar o compromisso que decorre de sua função social, o que o afasta do modelo tradicional das aulas jurídicas (obrigando-o à recomposição de métodos, técnicas e até – por que não? – de suas próprias ideologias).

É nas disciplinas de prática jurídica que o modelo de educação tão combatido por Paulo Freire (centrado no aluno e que vê o professor não mais como o dador e cobrador de conteúdos, mas sim como o tutor e orientador do processo individual de aprendizagem) ganha (ou exige?) espaço.[6]

Além de todo o mencionado, que torna especial o espaço das práticas jurídicas, é imprescindível atentar para os "novos direitos" decorrentes das crises paradigmáticas contemporâneas. Esses desafios quebram a pseudoestabilidade do conhecer jurídico, tornando certa apenas a ideia de sua volatilidade, instabilidade, imprecisão e incompletude. É então que surge mais uma habilidade a desenvolver no graduando (e até no docente, uma vez que formado sob outro paradigma): a criatividade. A prática jurídica (notoriamente o estágio – docência ou curricular obrigatório) é o espaço para resgatar e desenvolver a criatividade jurídica, a problematização do direito e para promover sua reaproximação com a realidade social e com a ética. Vive-se um tempo de esvaziamento do senso crítico, da autonomia intelectual, da reflexão criativa e comprometida com padrões morais mínimos, o que leva à formação de profissionais técnica e humanamente despreparados para a lida com os problemas de uma sociedade complexa, dinâmica e carente.[7]

A prática jurídica deve ser espaço de integração e expansão, de fixação e criação. A prática jurídica deve ser o "choque de vida" necessário ao despertar daquele jurista que honre tal atributo subjetivo e que contribua, com o seu fazer, para a consolidação dos pilares de uma sociedade humana, fraterna, justa.

Para que o espaço da prática jurídica se consolide e as ferramentas se mostrem eficazes, entretanto, é importante desencastelar o conhecimento jurídico (do meio universitário e do meio jurídico tradicional), levando-o ao conhecimento e domínio de seu destinatário: a sociedade. Aqui, toca-se no ponto sensível deste texto: os estágios de docência dos programas de pós-graduação, que deverão passar a preparar docentes também para as atividades práticas.

Algumas instituições de ensino superior já realizam ações comunitárias (palestras, saídas a campo etc.) e participam ativamente dos meios de comunicação social (folhetos explicativos, rádios comunitárias etc.). O Estágio de Prática Jurídica pretende

aprimorar a relação do direito com outros ramos da ciência, bem como destes todos com a realidade. A visão dos fenômenos sociais a partir de suas múltiplas dimensões é que permite sua perfeita compreensão e o consequente alcance das alternativas para seus eventuais descompassos e problemas. Desempenhar novas e necessárias habilidades é fato inconteste da vida cotidiana do jurista. Por isso, habilidades como a boa leitura da realidade (que parte da perfeita compreensão do social, do político e do econômico), a excelência na comunicação (e na persuasão a partir desse talento) e o compromisso social constituem o diferencial dos egressos que têm o privilégio de serem capacitados para *chefs jurídicos*, especialmente em uma era em que milhares de profissionais são despejados no mercado de trabalho a cada ano.

De tudo, certezas: os cursos jurídicos não podem mais se contentar apenas em formar pessoas que logrem aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil e outros tantos certames. Da mesma forma, e tendo isto como supedâneo, os cursos jurídicos de pós-graduação *strictu sensu* não podem, em seus estágios de docência, limitar a atuação do estagiário a aplicar trabalhos, fazer controle de frequência e tomar conteúdos, assim centrando sua presença principalmente nas denominadas disciplinas propedêuticas.

Isso seria formar auxiliares de cozinha, jeitosos, mas sem criatividade, raciocínio autônomo ou qualquer compromisso para além de suas panelas (salvo vocacionadas e honrosas exceções). A instituição de ensino superior deve ter como desiderato formar *chefs jurídicos*: surpreendentes, habilidosos, semeadores de novos paradigmas, lastreados na ciência e na renovação constante de seus saberes e, sobretudo, comprometidos com "as fomes" do mundo.

A prática (onde localizados os estágios) promove o *conhecer* ao *status* de *viver*. Se esse conhecimento for completo, comprometido e complexo (transdisciplinar, por exemplo), a prática, então, passará a ser vida em plenitude.

: ARTIGO APROVADO (16/05/2010) : *RECEBIDO EM 01/10/2009*

NOTAS

1 Resolução nº 9 do CNE/CSE, artigo 5º.

2 Resolução nº 9 do CNE/CSE: "Art. 5º – O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de

formação: [...] III – Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado [...]".

3 Que revogou a Portaria Ministerial nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, bem como todas as demais disposições que lhe sejam contrárias.

4 Talvez esta mácula ainda reste em boa parte dos currículos jurídicos atuais: teoria no início e prática no final. O objetivo ditado pelas novas diretrizes curriculares aponta para a necessária conjugação entre teoria e prática desde os primeiros momentos do curso jurídico.

5 Resolução nº 9 do CNE/CSE: "Art. 7º – O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização. § 1º O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio das IES, para avaliação pertinente. § 2º As atividades de estágio poderão ser reprogramadas e reorientadas de acordo com os resultados teórico-práticos gradualmente revelados pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considerá-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica".

6 Nesse sentido, ler: FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

7 Não apenas no sentido econômico do termo, mas no sentido cultural, fraternal, filosófico do mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
FINCATO, Denise Pires. *La enseñanza jurídica en Brasil y en España*: ¿un problema aporético? Tese (doutorado), Universidad de Burgos, Burgos, 2001. 2 v.
RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Denise Pires Fincato

Av. Augusto Meyer, 163, cj. 406
Bairro Auxiliadora – 90550-110
Porto Alegre – RS – Brasil
dfincato@pucrs.br

professora e pesquisadora do Programa de pós-graduação em Direito da PUC do Rio Grande do Sul (PPGD-PUCRS)
mestre em Direito pela universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)
doutora em direito pela Universidade de Burgos (Espanha)
Advogada

POPPER E O PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM PELA RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS

Horácio Wanderlei Rodrigues

POPPER AND THE TEACHING-LEARNING PROCESS FOR TROUBLESHOOTING

RESUMO

O artigo propõe um método de ensino e uma estrutura curricular construídos com base na obra epistemológica de Karl Popper e também em elementos presentes no Problem Based Learning (PBL). O processo de Ensino–Aprendizagem pela Resolução de Problemas (EARP) apresentado neste trabalho está divido em Método EARP e Projeto Pedagógico EARP. No plano do método a proposta está centrada em uma estratégia composta de quatro etapas, todas elas envolvendo o estudo de problemas, buscando a sua solução por meio de tentativas e eliminação de erros. No plano do projeto pedagógico a proposta inclui a eliminação da tradicional organização do currículo por disciplinas e apresenta uma estrutura modular por grandes temas interdisciplinares. O texto contém, para melhor visualização da proposta, uma grade hipotética e as possibilidades de organização do quadro de horários.

PALAVRAS-CHAVE

Ensino do direito; ensino jurídico; curso de Direito; curso jurídico; ensino–aprendizagem; método; currículo; crítica; Karl Popper; PBL.

ABSTRACT

The paper proposes a method of teaching and a curriculum structure constructed on the epistemological work of Karl Popper and also elements in Problem Based Learning (PBL). The teaching-learning process for Troubleshooting (EARP) presented in this paper is divided into Method and Pedagogical Project (EARP). The proposed method focuses on a strategy consisting of four stages, all involving the study of issues, seeking a solution through trial and elimination of errors. The Pedagogical Project includes the elimination of traditional disciplines by organizing the curriculum and has a modular structure for interdisciplinary topics. The text contains, for better visualization of the proposal, a hypothetical grade and the possibilities of organizing time frame.

KEYWORDS

Teaching of law; legal education; Law course; legal course; teaching and learning; method; curriculum; critical; Karl Popper; PBL.

1 Uma proposta para repensar o ensino do direito – o processo de ensino–aprendizagem pela Resolução de Problemas (EARP)

Senti a necessidade de esboçar a proposta contida neste artigo à medida que lia a obra de Karl Popper, no decorrer da qual o autor procura demonstrar, a cada momento, que nosso aprendizado, em todas as áreas e atividades, dá-se por tentativa e erro, na busca da resolução de problemas.

A proposta que apresento para o processo de ensino–aprendizagem dos cursos de direito contém: (a) uma nova forma de organizar seus conteúdos e suas atividades; e (b) uma nova forma de trabalhar esses conteúdos e essas atividades com os alunos, em sala de aula ou fora dela. Trata, portanto, do projeto pedagógico dos cursos e das estratégias didático-pedagógicas a serem utilizadas.

Denominei-a provisoriamente Ensino–Aprendizagem pela Resolução de Problemas (EARP), dividida em Método EARP – objeto da parte 2 deste artigo – e Projeto Pedagógico EARP – ao qual está destinada a parte 3.

2 Primeiro passo: mudar as estratégias didático-pedagógicas – o método de Ensino–Aprendizagem pela Resolução de Problemas

O tema das estratégias de ensino–aprendizagem – as metodologias ou técnicas didáticas – é sempre presente quando se trabalha educação, afinal escolhas acertadas podem facilitar a aprendizagem do aluno, permitindo-lhe uma melhor compreensão dos conteúdos e o desenvolvimento das adequadas competências e habilidades.

Nos cursos de direito a tradição centenária é a utilização da aula-conferência – a atual aula expositiva. A aula expositiva pode conter, mesmo que implicitamente, um conjunto de problemas os quais tornam questionável a sua adoção como único ou principal instrumento do processo de ensino–aprendizagem: ela centraliza o conhecimento na figura do professor, possibilita o ensino dogmático e a reprodução acrítica de qualquer conhecimento, reduz a possibilidade da análise crítica e da participação ativa dos alunos, viabiliza de forma mais efetiva o *convencimento emocional* e/ou *ideológico*, através do discurso bem elaborado e da boa interpretação do *papel* docente – apenas para citar alguns dos riscos existentes quando de sua inadequada utilização.

Essa estratégia, embora não deva ser excluída do leque de possibilidades didático-pedagógicas – é necessário reconhecer a sua grande utilidade como instrumento informativo e sistematizador do conhecimento –, não pode permanecer como praticamente a única empregada. Mesmo a sua utilização em conjunto com algumas estratégias interacionistas, como os trabalhos em grupo, não é suficiente para propiciar o aprendizado adequado às necessidades do mundo contemporâneo. De outro lado, a sua substituição pelos impropriamente denominados *seminários* – nada mais do que painéis ou aulas expositivas ministradas pelos próprios alunos – é ainda mais inadequada.

Buscando encontrar uma alternativa viável para esse problema didático-pedagógico, nesta seção vamos apresentar o Método EARP. Ele será descrito em dois momentos distintos – o primeiro será dedicado ao elemento principal do método, o *problema*, e o segundo, ao método de estudo propriamente dito.

2.1 O problema como elemento central do Método EARP

Frequentemente, quando se fala em utilizar problemas como elementos de estruturação

de um processo de ensino-aprendizagem na área do direito, identifica-se problema como sendo caso prático – o que leva, quase invariavelmente, a identificar o método de Ensino–Aprendizagem pela Resolução de Problemas com a metodologia do estudo de casos. Reside aí um erro que necessita ser eliminado de início.

O Método EARP é uma abordagem dedutiva, ao passo que o estudo de casos é, na sua forma mais comum, uma abordagem indutiva (o que pode ser considerado, pelo menos em parte, adequado na realidade dos EUA, onde o sistema jurídico é o *common law*, baseado no precedente judicial, mas muito perigoso no Brasil, que adota o *modelo continental*, de supremacia da norma escrita).

Quando se parte de um problema genérico, que pode ser teórico ou prático, e se constroem hipóteses explicativas (teorias, conjecturas), estabelecem-se possibilidades das quais são deduzidas as consequências práticas – esse processo permite refutar aquelas hipóteses que, se aceitas, levariam a resultados inadequados ou indesejáveis. Através desses testes – tentativa e erro, nova tentativa, e assim sucessivamente – é possível uma aproximação da verdade, que Popper chama de verossimilitude, permitindo a corroboração da melhor hipótese entre as testadas.

Quando se parte do caso, a tendência é buscar a generalização da resposta dada ao caso estudado – em regra geral, um caso considerado paradigmático – para os demais casos similares. E essa postura indutiva desconsidera, em muitos momentos, que a adoção de uma determinada interpretação, em detrimento de outras, é sempre passível de revisão quando o conhecimento avançar e corroborar novas hipóteses – quando uma nova teoria testada apresente melhores resultados comparativamente com suas concorrentes.

Isso não significa que não se possa ou deva realizar estudo de casos, mas se deve ter claro que o caso apenas adquire sentido como teste empírico de uma hipótese explicativa, ou seja, os casos estudados devem ser vistos apenas como testes de hipóteses teóricas: os casos são apenas testes empíricos de uma hipótese proposta como solução de um problema.

Provavelmente outras hipóteses já terão sido propostas e outras mais virão a ser apresentadas. Algumas delas também já foram testadas em outros casos. Nesse contexto, o caso deve ser estudo de forma crítica, buscando refutar as soluções apresentadas. E não se deve ficar apenas nas hipóteses explicativas apresentadas no caso; é necessário buscar ou mesmo criar outras. Será através desse processo de tentativas e erros que as hipóteses concorrentes irão sendo refutadas e se terá uma (ou mais de uma) corroborada, aceita como a aproximação possível da verdade relativamente àquele problema.

O elemento central do método proposto, como adequadamente justificado, são os problemas – deve-se preparar o aluno para solucionar problemas, permitindo que ele busque as respostas através dos diversos meios de difusão do conhecimento hoje disponíveis, aprendendo a utilizá-los. O objetivo de cada problema é suscitar uma

discussão produtiva no grupo de alunos; o processo de ensino–aprendizagem, em especial em nível universitário, não pode se restringir em dar a conhecer os fatos e as teorias. Como destaca Popper (2002):

> A fim de entendermos o conteúdo de uma teoria, em primeiro lugar
> é necessário compreender o problema que ela procura solucionar;
> e compreender também as diversas tentativas feitas de resolução, ou seja,
> as diferentes teorias rivais. (p. 162)

Popper afirma, em seu livro *Conjecturas e refutações*, que devemos estudar problemas, não matérias – problemas que podem ultrapassar as fronteiras de qualquer matéria ou disciplina –; a realidade não se manifesta em conceitos, mas através de problemas. Sua afirmação mais geral, de que o conhecimento não parte de observações, mas sempre de problemas, está presente em praticamente toda a sua obra.

Na proposta apresentada neste artigo, cada problema é proposto para o desenvolvimento dos estudos sobre um tema específico do currículo. Esse tema é parte de um módulo temático, juntamente com outros temas afins. O problema tem de estar relacionado intimamente ao tema que se quer desenvolver, de modo que sua discussão conduza o grupo ao aprofundamento de seus conhecimentos sobre ele. Um bom problema deve ter as seguintes qualidades (UEL, 2005):

> a) Ser simples e objetivo, evitando pistas falsas que desviem a atenção (do grupo) do tema principal. Um enunciado muito complexo propõe muitas situações-problema em seu interior, torna difícil a visualização da questão principal proposta e deságua em um número muito grande de objetivos de aprendizado, desmotivando o estudo.
> b) Ser motivador, despertar o interesse do aluno pela sua discussão. Um bom problema deve propor situações sobre as quais o aluno já tenha algum conhecimento prévio. Os primeiros problemas de um módulo temático devem referir-se a situações que os alunos já tenham vivenciado na prática, em sua própria vida ou em módulos temáticos anteriores. Uma situação totalmente nova e desconhecida impede a discussão do grupo já que nenhum de seus membros poderá oferecer qualquer contribuição para seu conhecimento.

Um problema mal formulado compromete todo o processo; um problema bem formulado deve contribuir para que os grupos de trabalho elejam objetivos de aprendizado análogos aos imaginados por quem o elaborou, como necessários para o crescimento cognitivo do grupo relativamente àquele tema específico.

O professor deve ter claro o que pretende com o problema e que objetivos de aprendizado os alunos devem atingir com a sua resolução. Aos alunos devem ser disponibilizados o enunciado e as referências dos recursos educacionais disponíveis –

bibliografia, recursos audiovisuais (vídeos, filmes), endereços de páginas da internet etc. – que possam ajudá-los na busca de soluções para o problema.

2.2 O MÉTODO EARP

O Método EARP é uma estratégia didático-pedagógica de cunho eminentemente interativo e crítico. Foi elaborado com base no esquema popperiano de aprendizagem por tentativa e erro e nas estratégias pedagógicas utilizadas pelo Problem Based Learning (PBL),[1] com as quais não se confunde.

O método proposto pode ser utilizado, nos projetos pedagógicos tradicionais, como estratégia pedagógica individual, em cada disciplina, ou mesmo para pontos específicos de uma disciplina. Entretanto, sua utilização será mais produtiva no contexto de um Projeto Pedagógico EARP – que será apresentado na parte 3 deste artigo.

2.2.1 A TENTATIVA E O ERRO – A PROPOSTA POPPERIANA

Popper acreditava que analisar a produção do conhecimento deveria ser o papel principal da filosofia – para ele, o estudo do método pela Teoria do Conhecimento ou Epistemologia é o objeto central da Filosofia. Em vários trabalhos nessa área, externou sua proposta, que ele mesmo resumia no esquema quadripartido apresentado a seguir. Com tal esquema, Popper substitui a tradicional busca pelas fontes do conhecimento pela busca pela descoberta e eliminação de erros.

$$P_1 \rightarrow TE \rightarrow EE \rightarrow P_2$$

No esquema, P_1 é o *problema inicial*, TE é a *teoria explicativa*, hipótese ou conjectura, *EE* é a *experiência empírica* (incluindo a observação) e P_2 é o *novo problema*, oriundo dos resultados da experiência (na realidade podem ser vários novos problemas: P_2, P_3, P_4, e assim sucessivamente).

> O esquema global indica que partimos de um problema, quer de natureza prática quer teórica; tentamos resolvê-lo elaborando uma teoria possível na qualidade de solução possível – é o nosso ensaio; em seguida, ensaiamos a teoria, procurando fazê-la abortar – é o método crítico de eliminação de erros; em resultado desse processo surge um novo problema, P_2 (ou, quem sabe, vários novos problemas) [...] Resumindo, o esquema diz-nos que *o conhecimento parte de problemas e desemboca em problemas* (até onde for possível ir). (POPPER, 2002, p. 23, grifo do autor)

Segundo Popper (1980), aprendemos fundamentalmente com nossos erros, porque, embora a ciência, assim como a tecnologia, não possam nos indicar aquilo que

pode ser concretizado, elas podem "apontar aquilo que não pode ser concretizado" (p. 49) – "seleção por eliminação" (p. 108).

Nesse contexto, a ideia popperiana de refutação merece algumas palavras ao se pensar especificamente na área de direito. Ao trabalharmos com a resolução de problemas por tentativa e erro, eliminando gradativamente os resultados equivocados, não poderemos chegar à verdade, mas nos aproximaremos dela. Além disso, teremos um aprendizado fundamental nesse processo, que é o de crítica: na área do Direito, tão importante quanto afirmar o direito que acreditamos existir é sabermos criticar e refutar o direito afirmado pelo outro.

Proponho esse esquema como base para a construção de uma nova estratégia de ensino–aprendizagem para a área do direito – uma nova forma de estudo, pela qual o aluno aprenda resolvendo problemas, e não mais memorizando conceitos, normas e procedimento – e também pela qual ele aprenda a aprender.

A adoção desse método de ensino–aprendizagem aqui proposto exige agir racionalmente – coloca a necessidade de argumentar no lugar de buscar a adesão afetiva ou ideológica por meio do discurso e da retórica. Segundo Popper (1998):

> […] nossa educação intelectual, assim como nossa educação ética, é corrupta. É pervertida pela admiração do brilho, do modo por que são ditas as coisas, o que toma o lugar de uma apreciação crítica das coisas que são ditas (e das coisas que são feitas). (p. 284)

Em última instância, sabemos que será sempre necessário decidir entre diferentes possibilidades – decidir é inevitável. Mas devemos chegar a decisões através de argumentos racionais. Para Popper (1975), não há fontes autorizadas do conhecimento – argumentos de autoridade não são argumentos válidos, quer seja com base em autores, quer seja com base em decisões de cortes superiores –, os argumentos apresentados devem ser passíveis de análise crítica, racional. Se não podemos justificar racionalmente uma hipótese (ou teoria), podemos justificar racionalmente uma preferência (POPPER, 1975).

O Debate Crítico Apreciativo (DCA) – denominação utilizada por Popper (2002, p. 24) – permite decidir quais explicações e soluções devem ser inteiramente eliminadas, quais devem ser parcialmente eliminadas e quais sobrevivem, mesmo que provisoriamente.

No âmbito dos processos de produção do conhecimento, é nossa tarefa buscar sempre hipóteses que melhor expliquem os problemas, indicando assim novas alternativas de solução. Essa atitude – denominada por Popper (2006) *racionalismo crítico* – deve ser a adotada no âmbito do ensino universitário.

> A resposta correta à minha pergunta "De que maneira podemos esperar reconhecer e eliminar erros?" parece-me ser: "Pela crítica às teorias e

> conjecturas dos outros e … pela crítica a nossas próprias teorias e tentativas de solução especulativas". (De resto, tal crítica de nossas teorias é altamente desejável, mas não indispensável; pois, se não estivermos em condições de fazê-lo, outros o farão por nós).
> […] Esta resposta resume uma posição que poderíamos chamar de "*racionalismo crítico*" (POPPER, 2006, p. 72, grifo nosso)

> Acredito, e muita gente acredita como eu, que todo o ensino de nível universitário (e se possível de nível inferior) devia consistir em educar e estimular o aluno a utilizar o pensamento crítico. (POPPER, 1979, p. 65)

A atitude crítica exigida nesse processo caracteriza-se pela disposição de modificar a hipótese, testá-la e mesmo refutá-la. O senso comum até pode ser o ponto de partida, mas o instrumento do progresso é a crítica. O impacto das teorias sobre nossas vidas pode ser devastador – por isso, é necessário testá-las através da crítica. Ser racional é possuir uma atitude crítica face aos problemas – a atitude crítica é a atitude racional –, uma atitude consciente e crítica de eliminação dos erros (POPPER, 197-b; 1975; 2002).

Em oposição à atitude crítica, há a atitude dogmática, que se caracteriza por buscar confirmar sempre a hipótese aceita e afastar todas as tentativas de refutá-la (POPPER, 197-b). Mesmo assim, não se deve descartar o valor da atitude dogmática; é necessário que o conhecimento seja defendido da crítica sob pena de nenhum conhecimento ser corroborado e ser mantido estável por período de tempo suficiente para que se a sociedade possa utilizá-lo e por meio dele avançar (POPPER, 1975).

Um método de ensino–aprendizagem que propicie o acesso ao conhecimento através do estudo de problemas, como o proposto neste artigo, de um lado permite o reconhecimento da precariedade do conhecimento – visto como provisório –, e de outro possibilita o desenvolvimento da atitude racional e crítica – e com ela a negação do ceticismo e do pessimismo.

> A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua. (POPPER, 1978, p. 13)

Reconhecer que todo o conhecimento é precário, no sentido de que não se pode afirmá-lo como verdade definitiva, mas apenas como verossimilitude, não significa que não se possa produzir conhecimento e mesmo corroborar teorias quando as mesmas não forem refutadas através da crítica intersubjetiva.

As salas de aula estão tomadas pelo discurso ideológico fácil ou por uma retórica emocional que busca o encantamento. Nesse contexto, a busca pela objetivação do conhecimento através de instrumentos adequados é essencial no âmbito do processo de ensino–aprendizagem. E a crítica intersubjetiva que busca a eliminação de erros dentro de um processo de tentativas de resolução de problemas caminha nesse sentido. A objetividade pura não existe; mas é possível construir um conhecimento objetivo, visto como aquele que resta corroborado – como aproximação da verdade –, por não ter sido falseado.

2.2.2 A estratégia didático-pedagógica – o Método EARP

A discussão de um problema, no Método EARP, desenrola-se em quatro etapas distintas:

a) Na primeira, a situação problema é apresentada aos alunos, no grande grupo – é o momento P_1 do esquema popperiano. Nesta etapa, devem ocorrer a leitura do enunciado do problema apresentado e a identificação das questões propostas pelo enunciado, bem como o esclarecimento de termos desconhecidos.

b) Na segunda, os alunos buscam identificar cada questão específica nela contida, propondo hipóteses explicativas e identificando/formulando objetivos de aprendizagem – é o momento *TE* do esquema popperiano, neste caso ampliado para incluir os objetivos de aprendizagem. Esta etapa inclui a apresentação de hipóteses explicativas para as questões identificadas no passo anterior (nesta fase, os alunos se utilizam dos conhecimentos de que já dispõem sobre o assunto); também nessa etapa ocorre a identificação/formulação dos objetivos de aprendizado que permitirão o aprofundamento de seus conhecimentos sobre o tema gerador do problema e as questões que nele estão presentes. A segunda etapa é fundamental para o processo de ensino–aprendizagem: sem a sua adequada realização as etapas seguintes estarão comprometidas.

c) Na terceira, são realizados estudos individuais e/ou em grupos de trabalho, buscando testar as hipóteses propostas e adquirir novos conhecimentos que permitam alcançar os objetivos de aprendizagem – é um primeiro momento de *EE* no esquema popperiano, ampliado no que se refere ao alcance dos objetivos de aprendizagem.

d) Na quarta, após os estudos individuais e/ou em grupos de trabalho, realizados fora do grande grupo, são rediscutidos em sala de aula, no grande grupo, o problema e as soluções hipotéticas apresentadas, agora à luz dos novos conhecimentos adquiridos – é um segundo momento *EE* do esquema popperiano, agora com a presença e participação de todos os alunos e com a análise apenas das hipóteses sobreviventes na etapa anterior. É também nesta etapa que há o processo mais aguçado de refutação e corroboração de hipóteses, surgindo então P_2 (ou P_2, P_3, P_4 etc.).

Nessa divisão, três das quatro etapas ocorrem em sala de aula: as duas primeiras ocupam uma aula, e a quarta e última, uma ou mais aulas – todas essas etapas podem iniciar por um trabalho em pequenos grupos seguido de uma mesa redonda, ou diretamente no grande grupo. Na quarta etapa deve ser elaborado um consolidado final, com a participação de todos – um relatório com as hipóteses refutadas e corroboradas, bem como os motivos dessas conclusões.

Os conhecimentos necessários à resolução de problemas específicos deverão ser aprofundados através de aulas, conferências, palestras, painéis ou seminários oferecidos regularmente. Essas atividades deverão ser desenvolvidas ou coordenadas pelos professores responsáveis e terão a finalidade de aprofundar, organizar e sistematizar o conhecimento adquirido.

O professor, na utilização desse método, deve conhecer muito bem a dinâmica dos grupos de trabalho e estar consciente dos objetivos da disciplina ou do módulo pelo qual é responsável ou corresponsável, efetuando o seu planejamento integral, a preparação adequada de cada uma das aulas e a elaboração de problemas que sejam pertinentes aos conteúdos, competências e habilidades específicos. É também da responsabilidade do professor, ou do conjunto de professores corresponsáveis, a avaliação individual dos alunos e a avaliação crítica da qualidade dos problemas, do planejamento proposto e da realidade efetivamente transcorrida.

São qualidades indispensáveis ao professor, para trabalhar com essa metodologia, o interesse pelo trabalho dos pequenos grupos – quando for o caso – e do grande grupo, o respeito pela opinião dos alunos, a disponibilidade para a orientação e o incentivo à pesquisa. São defeitos o desinteresse pelo trabalho dos grupos, a tendência a simplesmente ministrar aulas sobre o tema e o desconhecimento dos recursos disponíveis para que os alunos possam realizar seus estudos individuais ou em pequenos grupos.

O docente deverá garantir que o grupo ou grupos funcionem, que todos participem e que a discussão não se distancie do tema, de forma que os alunos possam chegar, pelo debate crítico, à refutação ou corroboração das hipóteses inicialmente apresentadas e que os objetivos de aprendizado identificados para aquele problema sejam atingidos. Também é desejável que os grupos de trabalho sejam formados por alunos com diferentes visões de mundo. Segundo Popper (2002):

> […] o debate entre pessoas que perfilhem pontos de vista idênticos ou quase idênticos poderá ser mais fácil do que outro entre pessoas que sustentem opiniões diametralmente opostas ou bastante distintas. Mas só neste último caso é que a discussão originará algo com interesse. […] Mesmo não se chegando a acordo, as pessoas sairão mais esclarecidas do debate do que ao iniciá-lo. (p. 160)

Quando o grande grupo for dividido, os grupos de trabalho devem ser compostos de quatro a seis alunos. Entre estes, um será o coordenador e outro, o secretário, em cada sessão de trabalho. Deve haver o rodízio dos papéis de coordenador e de secretário, entre os alunos de cada grupo, a cada sessão, permitindo que todos os exerçam – o exercício dessas atividades permite o aprendizado de competências e habilidades específicas.

Nessa opção metodológica, com a divisão do grande grupo em outros menores, os *alunos coordenadores de cada grupo de trabalho* devem garantir que a discussão do problema se dê de forma metódica e que todos os membros dos grupos de trabalho participem dela. Já o *aluno secretário* deve garantir que as várias etapas da discussão do grupo sejam convenientemente anotadas para serem relatadas no grande grupo, de forma que o grupo não se perca na discussão e que não volte a pontos já discutidos anteriormente.

Quando não houver a divisão do grande grupo em grupos menores, poderá ou não ocorrer a indicação de um *aluno coordenador* e de um *aluno secretário*, com as mesmas funções já indicadas. Não ocorrendo, o professor terá de exercer essas funções, ou apenas uma delas, indicando um aluno para a outra, ou utilizando um monitor ou estagiário.

Para que o processo de ensino–aprendizagem seja positivo, é fundamental que todos os alunos estudem e participem ativamente, propiciando uma boa discussão do problema e das hipóteses explicativas, de forma metódica, respeitando as diretrizes definidas pelo professor ou coordenador do grupo.

A terceira etapa, o estudo individual ou em grupos de trabalho, desenrola-se preferencialmente como atividade extraclasse. Os alunos, para isso, recebem orientações sobre os recursos de aprendizado à sua disposição (livros, periódicos, filmes, vídeos, páginas da internet, *blogs*, docentes consultores etc.). O uso desses recursos é de inteira responsabilidade dos alunos e grupos de trabalho, que têm total liberdade. Os discentes poderão também optar pela busca de outros recursos além daqueles expressamente indicados, respeitando sempre os objetivos de aprendizado propostos dentro do grande grupo.

É necessário destacar que, em todas as etapas do método apresentado, há a necessidade de manter a postura crítica e antidogmática. Segundo Popper (197-b):

> […] a atitude dogmática está claramente relacionada com a tendência para *verificar* nossas leis e esquemas, buscando aplicá-los e confirmá-los sempre, a ponto de afastar as refutações, enquanto a atitude crítica é feita de disposição para modificá-los – a inclinação no sentido de testá-los, refutando-os se isso for possível. (p. 80, grifo do autor)

Relativamente à avaliação dos conteúdos, devem ser adotadas estratégias que possibilitem verificar se os objetivos de aprendizagem foram efetivamente alcançados; já

a avaliação de competências e habilidades é mais efetiva se for realizada por meio da observação metódica do desempenho do aluno na resolução dos problemas propostos para a fase do curso em que se encontra. Não devem ser excluídas outras modalidades as quais possam ser utilizadas conjuntamente – nenhuma forma de avaliação precisa ser descartada, devendo as escolhas levarem em consideração sua adequação ao processo ensino–aprendizagem como um todo.

É de se destacar que a utilização do esquema popperiano no processo educacional – em especial nos cursos de graduação – não ocorre exatamente com as mesmas finalidades que no processo de pesquisa científica – característico dos cursos de pós-graduação *stricto sensu*, em especial os programas de doutorado.

Na pesquisa científica, a regra é trabalhar com problemas para os quais ainda não se tem respostas ou com problemas para os quais as respostas existentes são insuficientes ou se mostraram inadequadas.

Já no processo de ensino–aprendizagem dos cursos de graduação, os problemas, em regra geral, são construídos para que os alunos encontrem respostas pré-existentes para problemas para os quais já há hipóteses corroboradas – embora não seja impossível a construção de novas hipóteses. Como diz Popper (1981; 197-b), não há oposição entre tradição e crítica; a tradição é condição para a crítica – a vida social exige tradição. Nesse sentido, a recuperação histórica das discussões, legislações, decisões e seus reflexos na vida social é de suma importância no processo de refutação.

Mesmo nessa situação, a proposta popperiana parece adequada por integrar momentos fundamentais, hoje dispersos no âmbito do processo de ensino–aprendizagem: o primeiro é a busca de solução de problemas, o segundo é a utilização de um instrumental crítico e racional, e o terceiro é a objetivação do conhecimento que ocorre durante o processo como um todo – objetivação essa que se dá no processo de crítica recíproca, na busca de resolução dos problemas. A objetividade do conhecimento é "o resultado social de sua crítica recíproca" (POPPER, 1978, p. 23).

3 Segundo passo: reorganizar os cursos – o Projeto Pedagógico EARP

O projeto pedagógico se constitui no planejamento que uma instituição de ensino superior faz para um determinado curso. Nele, além de listar disciplinas ou módulos e demais atividades que compõem o currículo pleno, também são indicados os meios pelos quais se trabalharão os conteúdos e se desenvolverão as competências e habilidades durante o curso e como será atingida a formação que efetivamente materializará o perfil proposto, considerando as necessidades profissionais da área específica.

Os projetos pedagógicos existentes estão, de modo geral, estruturados para materializar o currículo mínimo, ou seja, o conjunto de conteúdos e demais atividades obrigatórios pela legislação em vigor, e são, por isso, denominados tradicionais.

Contemplam, dessa forma, a listagem de disciplinas ou módulos que contêm os conteúdos mínimos definidos nas diretrizes curriculares – com as respectivas ementas – e a listagem das demais atividades obrigatórias – acompanhadas de suas respectivas regulamentações –, que atualmente, para os cursos de Direito, são as atividades complementares, o estágio supervisionado e o trabalho de curso.

Dois dos principais problemas dos projetos pedagógicos tradicionais são a falta de integração entre as disciplinas ou os módulos – principalmente entre as do eixo fundamental e aquelas dos eixos profissional e prático – e a excessiva autonomia do docente ante sua disciplina ou seu módulo. As avaliações, acompanhando esses problemas, são, geralmente, restritas à esfera cognitiva, administradas apenas pelo docente que as faz, segundo seu critério de importância, muitas vezes exigindo esforço descabido ou esforço insuficiente por parte do aluno e resultando, respectivamente, na prática de *estratégias pedagógicas terroristas* ou no *pacto de mediocridade*. Ou seja, na prática o modelo tradicional de projeto pedagógico é pulverizado, possuindo cada membro do corpo docente o seu próprio projeto.

Contemporaneamente houve-se falar em projeto pedagógico por competências e habilidades. A materialização desse modelo, entretanto, não tem ido além de um projeto pedagógico tradicional ao qual se adicionam as competências e habilidades que deverão ser adquiridas pelos alunos. Em grande parte desses projetos sequer é indicado como será trabalhado o desenvolvimento dessas competências e habilidades e como será atingida a formação profissional adequada ao perfil proposto para o egresso.

Ou seja, nessa espécie de projeto, as competências e habilidades são ainda desenvolvidas fundamentalmente dentro de um currículo pleno, definido sob a forma de uma lista de disciplinas ou módulos e atividades. Elas são trabalhadas de forma compartimentalizada por cada professor em seu espaço de domínio, quando não constam apenas formalmente do projeto pedagógico.

Buscando soluções para esses e outros problemas do processo de ensino-aprendizagem existentes nos cursos de Direito, esboço, na sequência, uma proposta de organização curricular dos cursos, a ser utilizada conjuntamente com o método proposto na parte 2. O processo de Ensino–Aprendizagem pela Resolução de Problemas é a integração desses dois elementos: nova concepção de currículo e nova estratégia didático-pedagógica.

3.1 O Currículo EARP

Um currículo pensado para viabilizar o EARP necessita apresentar seus conteúdos ao aluno de modo integrado e integrador dos conhecimentos. Não deve ocorrer, portanto, a divisão do currículo em disciplinas, mas sim em módulos temáticos interdisciplinares – a interdisciplinaridade deve ser real e não apenas formal. Também não deve ocorrer a divisão clássica entre ciclo básico e ciclo profissional – a divisão entre os conteúdos dos eixos fundamental e profissional, ou a divisão entre

conteúdos teóricos e práticos. A integração dos conteúdos deve ocorrer nos temas, e o aprendizado, pelo método de tentativa e erro, na busca de soluções para problemas teóricos e práticos.

Parafraseando e citando Popper (197-b), pode-se dizer que a ideia de que o direito, a filosofia, a sociologia, a política, a economia, a antropologia, a psicologia e a história existem por si mesmas:

> [...] como campos de estudo ou 'disciplinas' distinguíveis entre si pela matéria que investigam, parece-me resíduo da época em que se acreditava que qualquer teoria precisava partir de uma definição do seu próprio conteúdo. Na verdade não é possível distinguir disciplinas em função da matéria de que tratam; elas se distinguem umas das outras em parte por razões históricas e de conveniência administrativa (como a organização do ensino e do corpo docente), em parte as teorias que formulamos para solucionar nossos problemas tem a tendência de se desenvolver sob a forma de sistemas unificados. Mas essa classificação e essas distinções são superficiais e têm relativamente pouca importância. *Estudamos problemas, não matérias*: problemas que podem ultrapassar as fronteiras de qualquer matéria ou disciplina. (p. 95–6, grifo do autor)

No currículo tradicional, os campos de estudos estão representados pelo conjunto de disciplinas; no Currículo EARP, estão identificados pelo conjunto de temas de estudo, agrupados em módulos temáticos, por afinidades, sendo cada tema desdobrado em situações-problema que o aluno deve estudar, analisar e buscar resolver. Em qualquer dessas situações é necessário, entretanto, considerar que o currículo não poderá esgotar todo o conteúdo da área dentro do tempo de duração do curso de graduação.

Em um Projeto Pedagógico EARP, o tema é a estrutura mínima em torno da qual se aglutinam os conteúdos, as competências e as habilidades. O currículo, portanto, é estruturado por meio de módulos temáticos que se constituem de conteúdos afins. Um módulo temático não é uma matéria ou disciplina, mas contém conteúdos de várias matérias ou disciplinas, necessários para o entendimento de uma situação dada.

Os módulos temáticos devem reunir temas derivados do conjunto de conhecimentos, competências e habilidades previstos como necessários para a formação do profissional pretendido pelo currículo. Os temas serão apresentados aos alunos por meio de problemas.

É recomendável adotar avaliações progressivas – avaliações gerais –, em intervalos regulares, com a finalidade de acompanhar o progresso da aquisição de conhecimentos por parte dos alunos. Um dos modelos possíveis de avaliação progressiva é a aplicação de prova comum a todos os alunos, independentemente da fase

em que se encontrem, com um número fixo de questões-problema as quais versem sobre todos os conteúdos do curso e testem a aquisição e o desenvolvimento de competências e habilidades.

O gerenciamento de um currículo por EARP é uma atividade intensiva e contínua. Considerando as exigências do Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior (SINAES), deve ser entregue ao denominado Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso, mas implica também em uma articulação de todo o corpo docente, tanto em sentido vertical (os docentes que trabalham com os mesmos conteúdos temáticos, mas em blocos sequenciais), como em sentido horizontal (os docentes que trabalham com diferentes conteúdos temáticos, articulados de forma interdisciplinar dentro de um mesmo bloco ou em blocos coexistentes no mesmo período letivo).

A participação do *docente* ocorre pelo tempo de um módulo temático, no qual são discutidos temas afins, e que tem sua duração definida, considerando o tema específico. O docente, nesse contexto pedagógico, deve saber trabalhar em grupo, tendo em vista que um mesmo módulo temático envolverá necessariamente, pelas suas características interdisciplinares, um conjunto de áreas diferentes, mesmo que afins.

Em artigo anterior, apresentei e defendi a adoção do Problem Based Learning como nova forma de organização curricular. Entretanto, percebo agora que o PBL propõe uma estrutura de funcionamento em termos de comissões e um número de alunos por tutor que são irreais para a nossa realidade, considerando o grande aumento de custos envolvido. A proposta que agora denominei EARP tenta evitar esse e outros problemas, por meio de mudanças metodológicas e pedagógicas que me parecem mais adequadas aos cursos de direito.

3.2 Proposta de currículo EARP para cursos de Direito

Nos itens a seguir é apresentado um exercício, uma tentativa de dar visibilidade à forma que uma grade curricular teria no âmbito de um Projeto Pedagógico EARP.

3.2.1 O currículo de um curso de Direito com Projeto Pedagógico EARP

A grade curricular apresentada (tabela 1) está estruturada considerando grandes áreas do direito e elimina a divisão entre direito material e direito processual. Também elimina a organização tradicional em uma série de disciplinas; opta-se por dois grandes temas (ou conjuntos de conteúdos) por ano, os quais serão trabalhados de forma interdisciplinar e integrada, devendo também contemplar, obrigatoriamente, os temas transversais.

Tabela 1 – Proposta de grade curricular para um curso de direito com Projeto Pedagógico EARP

ANO	UNIDADES EDUCACIONAIS	CARGA HORÁRIA	
1º	TEORIA DO DIREITO E DO PROCESSO:	300 H	
	• TEORIAS DO DIREITO E DO PROCESSO;		
	• CONHECIMENTO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO.		
	ESTADO, SOCIEDADE E RELAÇÕES INTERNACIONAIS:	300 H	
	• ORGANIZAÇÃO DO ESTADO;		
	• ESTADO E ECONOMIA;		
	• O ESTADO NA ORDEM INTERNACIONAL;		
	• CONSTITUIÇÃO;		
	• DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.		
	PRÁTICA JURÍDICA E ATIVIDADES COMPLEMENTARES	150 H	*750 H*
2º	RELAÇÕES PRIVADAS INTERSUBJETIVAS:	300 H	
	• SUJEITO DE DIREITO;		
	• FAMÍLIA, CRIANÇA E ADOLESCENTE, IDOSO;		
	• SUCESSÕES;		
	• TUTELAS JURISDICIONAIS ESPECÍFICAS.		
	ESTADO, SOCIEDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:	300 H	
	• ESTRUTURA ADMINISTRATIVA;		
	• FINANÇAS PÚBLICAS E TRIBUTAÇÃO;		
	• PROCESSOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.		
	PRÁTICA JURÍDICA E ATIVIDADES COMPLEMENTARES	150 H	*750 H*
3º	RELAÇÕES PRIVADAS PATRIMONIAIS:	300 H	
	• OBRIGAÇÕES, CONTRATOS E RESPONSABILIDADE CIVIL;		
	• PATRIMÔNIO;		
	• TUTELAS JURISDICIONAIS ESPECÍFICAS.		
	ESTADO, SOCIEDADE E CRIMINALIDADE:	300 H	
	• CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA;		
	• PENA;		
	• CRIMES EM ESPÉCIE;		
	• SISTEMA PENITENCIÁRIO;		
	• TUTELAS JURISDICIONAIS ESPECÍFICAS.		
	PRÁTICA JURÍDICA E ATIVIDADES COMPLEMENTARES	150 H	*750 H*
4º	RELAÇÕES COMERCIAIS E EMPRESARIAIS:	300 H	
	• EMPRESA;		
	• CONTRATOS;		
	• TÍTULOS DE CRÉDITO;		
	• FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL;		
	• CONSUMIDOR;		
	• RELAÇÕES COMERCIAIS E ECONOMIA;		

	• TUTELAS JURISDICIONAIS ESPECÍFICAS		
	RELAÇÕES DE TRABALHO E PREVIDENCIÁRIAS:	300 H	
	• RELAÇÃO DE TRABALHO;		
	• ACIDENTES DE TRABALHO;		
	• SEGURIDADE SOCIAL;		
	• MUNDO DO TRABALHO, PREVIDÊNCIA SOCIAL E ECONOMIA;		
	• TUTELAS JURISDICIONAIS ESPECÍFICAS.		
	PRÁTICA JURÍDICA E ATIVIDADES COMPLEMENTARES	150 H	*750 H*
5º	DIREITOS CONTEMPORÂNEOS:	300 H	
	• BIOÉTICA;		
	• MUNDO DIGITAL, REALIDADE VIRTUAL E COMUNICAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO;		
	• INTEGRAÇÃO PLANETÁRIA;		
	• NOVAS REALIDADES EMERGENTES.		
	MÓDULO ELETIVO	300 H	
	PRÁTICA JURÍDICA E ATIVIDADES COMPLEMENTARES	150 H	*750 H*
	QUESTÕES E TEMAS TRANSVERSAIS:		
	• PERCEPÇÕES HISTÓRICA, POLÍTICA, ECONÔMICA, SOCIOLÓGICA, FILOSÓFICA, ÉTICA, ANTROPOLÓGICA E PSICOLÓGICA;		
	• SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE SOCIAL;		
	• MEIO AMBIENTE;		
	• ACESSO À JUSTIÇA.		

3.2.2 A semana padrão de um curso de Direito EARP

A organização da semana letiva de um curso de Direito com projeto pedagógico EARP pode, exemplificativamente, ser realizada nos moldes dos quadros 1 e 2.

Quadro 1 – Horário 1: maior presença de metodologias ativas (mais próximo do PBL)

SEGUNDA-FEIRA	TERÇA-FEIRA	QUARTA-FEIRA	QUINTA-FEIRA	SEXTA-FEIRA	SÁBADO
AULAS E/OU CONFERÊNCIAS	HORÁRIO PRÓ-ALUNO	AULAS E/OU CONFERÊNCIAS	HORÁRIO PRÓ-ALUNO	ESTUDO DE PROBLEMAS	ATIVIDADES COMPLEMENTARES
PRÁTICA JURÍDICA	HORÁRIO PRÓ-ALUNO	PRÁTICA JURÍDICA	HORÁRIO PRÓ-ALUNO	ESTUDO DE PROBLEMAS	ATIVIDADES COMPLEMENTARES

Quadro 2 – Horário 2: menor presença de metodologias ativas (mais próximo de um modelo híbrido)

SEGUNDA-FEIRA	TERÇA-FEIRA	QUARTA-FEIRA	QUINTA-FEIRA	SEXTA-FEIRA	SÁBADO
AULAS E/OU CONFERÊNCIAS	HORÁRIO PRÓ-ALUNO	AULAS E/OU CONFERÊNCIAS	HORÁRIO PRÓ-ALUNO	ESTUDO DE PROBLEMAS	ATIVIDADES COMPLEMENTARES
AULAS E/OU CONFERÊNCIAS	PRÁTICA JURÍDICA	AULAS E/OU CONFERÊNCIAS	PRÁTICA JURÍDICA	ESTUDO DE PROBLEMAS	ATIVIDADES COMPLEMENTARES

Como se percebe: (a) na primeira proposta de horário, as reuniões de estudo de problemas e os horários de estudos independentes ocupam grande parte do tempo do curso; e (b) na segunda proposta há um equilíbrio entre metodologias ativas e aulas e conferências. A definição de como articular as diversas atividades dentro do horário apenas pode ocorrer em cada projeto específico.

Os quadros apresentados acima têm apenas a intenção de demonstrar, de forma clara, que o currículo apresentado é flexível relativamente à sua implementação, permitindo inclusive a substituição gradativa das metodologias tradicionais pelas metodologias ativas.

Não há como oferecer uma receita acabada de organização dos horários e distribuição das atividades – inclusive porque os horários foram apresentados considerando um curso de cinco anos, com carga horária mínima (em horas-relógio, 60 minutos), funcionando em turno único (de segunda a sexta-feira), com aulas aos sábados, e vinte semanas letivas; um curso com maior carga horária e com aulas em dois turnos teria outra configuração, assim um curso sem aulas aos sábados, por exemplo.

4 O problema, a tentativa, o erro, a aprendizagem – a proposta apresentada e a necessidade de sua crítica

A proposta apresentada neste artigo, como indicado desde o seu início, se desdobra em dois momentos, a saber: a forma de ensinar e aprender – o método de ensino – e a forma de organizar os conteúdos, as habilidades e as competências que compõem o curso – o projeto pedagógico e o currículo.

A ideia central, que deve ser creditada a Karl Popper e que está presente na proposta como um todo, é a da necessidade de trabalhar, no processo de ensino-aprendizagem, com a busca de solução de problemas, teóricos e práticos.

Subjacente a essa ideia está outra, a de que se aprende por tentativa e erro – ideia também trazida da obra popperiana. Segundo essa concepção aprendemos à medida que, diante de problemas, conjecturamos soluções, as quais testamos. E através desses testes vamos afastando as hipóteses erradas e mantendo – mesmo que provisoriamente – aquelas que não apresentarem um resultado negativo.

Essa ideia, transposta para o processo de ensino–aprendizagem, considera que a grande tarefa da educação é preparar o ser humano para resolver os problemas que surgirão durante a sua vida – pessoais, profissionais, ou outros. E, como não é possível garantir que as soluções encontradas são verdadeiras, mesmo que adequadas para o momento de sua proposição, a solução é que ele aprenda a eliminar os erros, afastando as hipóteses as quais não resolvem o problema e mantendo, como soluções provisórias, aquelas que o resolvem.

A utilização desse método também demonstra que a solução de um problema sempre gera novos problemas, os quais também necessitam de solução, e assim por

diante. Essa constatação evidencia a importância de desenvolver as habilidades e competências necessárias para a resolução de problemas, e não a acumulação de conteúdos, como faz a educação tradicional.

Além dessas questões, atinentes em especial ao método de ensino–aprendizagem, é também necessário que se organize o processo educacional, de forma que o aluno vá gradativamente acessando os conhecimentos e desenvolvendo as competências e habilidades necessárias à solução dos problemas.

Essa organização exige uma nova forma de estruturar os currículos dos cursos, considerando que os problemas do mundo – tanto os teóricos como os práticos – não se esgotam nos limites de disciplinas específicas, mas exigem conhecimentos de várias áreas. Surge daí a necessidade de estruturar também uma proposta para repensar os projetos pedagógicos, por temas interdisciplinares organizados em módulos.

A proposta integral – incluindo o método e o projeto pedagógico – denominei Ensino–Aprendizagem pela Resolução de Problemas. Espero que ela instigue os pesquisadores da área de educação, em especial aqueles preocupados com o ensino do direito, a realizar suas observações e críticas, ajudando a corroborar ou refutar minhas conjecturas.

: ARTIGO APROVADO (16/05/2010) : *RECEBIDO EM 01/10/2009*

NOTAS

1 Sobre uma proposta de PBL para os cursos de Direito, ver Rodrigues, Horácio Wanderlei, *Pensando* o projeto pedagógico dos Cursos de Direito, *Anuário da ABEDi*, Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 4, n. 4, p. 269–86, 2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 197-a.
_____. *Conjecturas e refutações*. Brasília: UnB, 197-b.
_____. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP; 1975.
_____. *A lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB; 1978.
_____. A ciência normal e seus perigos. Em LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (Orgs.). *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix; EDUSP, 1979. p. 63–71.
_____. *A miséria do historicismo*. São Paulo: Cultrix; EDUSP, 1980.
_____. *O racionalismo crítico na política*. Brasília: UnB, 1981.
_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1998. p. 267–89.

_____. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Lisboa: Edições 70, 2002.
_____. *Em busca de um mundo melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o Ensino do Direito no Século XXI*: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
_____. Pensando o projeto pedagógico dos Cursos de Direito. *Anuário da ABEDi*, Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 4, n. 4, p. 269–86, 2006.
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA (UEL). Centro de Ciências da Saúde. Curso de Medicina. *Problem Based Learning*. Disponível em: <http://www.uel.br/ccs/pbl>. Acesso em: 21 ago. 2005.

Horácio Wanderlei Rodrigues

Campus Universitário
Trindade - 88040-900
Florianópolis - SC - Brasil
horaciowr@ccj.ufsc.br

Pós-doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)
Mestre e doutor em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Professor titular do departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

O ENSINO DO DIREITO NA FRANÇA [1]

Michel Miaille e Fernando de Castro Fontainha

LEGAL TEACHING IN FRANCE

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o ensino jurídico na França. Nosso olhar é guiado por uma dupla perspectiva: a distinção entre faculdades críticas e mundanas e a noção de crise, trazida da ciência política. Após brevíssima introdução histórica, demonstraremos como, nas duas metades do século XX, o ensino jurídico se desenvolveu e produziu o que chamamos de *modelo clássico de ensino do direito*. Nosso foco, a partir dessa dupla perspectiva, aponta para uma dinâmica em que grandes transformações sociais causam significativo impacto na universidade francesa, e, em contrapartida, para como o corpo de juristas, a fim de se manter na posição dominante, consegue transmitir, através das crises, os elementos que garantem essa dominação, calcados nas *especificidades da ciência jurídica*. O conceito-chave para compreender esta dinâmica e que ao fim produzirá o modelo clássico é o de herança, também trazido da ciência política. Em conclusão, tentaremos confrontar essa dinâmica com as questões que o ensino jurídico francês enfrenta hoje – mormente relacionadas à perda de centralidade da disciplina –, lançando o questionamento de como essa nova crise será enfrentada pelas faculdades de direito.

PALAVRAS-CHAVE

ensino jurídico; crise política; faculdades mundanas; herança política; campo universitário.

ABSTRACT

This article aims to analyse the legal teaching in France. Our approach is guided by a double perspective: the distinction between critical and mundane schools and the notion of crisis, brought from political science. After a brief historical introduction, we will demonstrate how, in the twentieth century, the legal teaching developed itself and produced what we call "Classical legal teaching model". Our focus, departing from that double perspective, aim to a dynamics where great social transformations cause strong impact in French university and, on the other hand, how the body of law scholars, to keep their domination position, get to transmit throw the crisis the elements that guarantee that domination, on the "legal science specificities" pretext. Heritage is the political science brought key-concept to understand that dynamics and the classic model production. Our conclusion is an attempt to confront that dynamics with the issues that the legal teaching faces nowadays – specially the discipline loss of centrality – asking the question of how this new crisis will be faced by the law schools.

KEYWORDS

legal teaching; political crisis; mundane schools; political heritage; university field.

Introdução

O tema *ensino jurídico* poderia ser objeto de várias lógicas e disciplinas, como a história, a sociologia da educação ou a ciência política. Igualmente, o *direito* objeto deste

ensino, pode ser visto sob diversas óticas, como a tradicional (as disciplinas jurídicas, onde o direito explicaria a si mesmo), a da sociologia ou a da ciência política. Neste breve ensaio, não pretendemos tudo dizer, mas pretendemos construir uma problemática capaz de servir de fio condutor, sob uma dupla perspectiva:

a) Segundo a distinção elaborada por Kant (1973) e retomada por Bourdieu em seu livro *Homo academicus*, há que se distinguir as faculdades entre as *críticas* e as *mundanas*. Entre as faculdades críticas estariam os cursos de letras, filosofia e ciências naturais. Eles merecem essa denominação pelo caráter de liberdade e autonomia intelectual. Por outro lado, as faculdades mundanas, como o direito e a medicina, são profundamente marcadas pela consolidação de um corpo sempre ligado ao poder estabelecido, como demonstrado por Arnaud no seu livro *Les juristes face à la société* – o que nos remete à ideia de *crise*.

b) Tomamos emprestado de Michel Dobry o conceito de *crise* desenvolvido no seu livro *Sociologie des crises politiques*. Para o autor, entende-se por crise os momentos em que a continuidade e a estabilidade da reprodução da organização social, sobretudo da que nos parece "automática", encontram-se ameaçadas.

Pretendemos demonstrar como, sempre a serviço dos dominantes, o ensino jurídico é obrigado a reformular suas condições de sobrevivência e seu destino meio a um emaranhado de obstáculos que destroem os antigos modos de proceder, sem indicar claramente quais as possibilidades futuras.

1 Breve história do ensino jurídico na França

Datando dos séculos XI e XII, o ensino jurídico conhecerá em Paris e Montpellier sua primeira geração de faculdades (no âmbito europeu, citamos também Bolonha e Oxford). Na Idade Média e no Antigo Regime, as faculdades de direito, extremamente ligadas ao direito canônico e apegadas aos textos romanos, cumprirão o papel de formação das elites, sobretudo as elites de Estado.

A Revolução de 1789 vai extinguir as faculdades existentes, e Napoleão I refundará o ensino universitário sob bases autoritárias: assim como o exército, a Universidade imperial era um *todo* dirigido de forma rígida e uniforme, como as demais instituições imperiais. As universidades do Antigo Regime darão lugar a faculdades monodisciplinares e autônomas do ponto de vista intelectual. À união administrativa de quatro faculdades deu-se o nome de *universidade*. Para as faculdades de direito, especificamente, foi reservado o papel de prestar uma formação técnica e prática, sobretudo após a unificação do direito nacional pelas codificações napoleônicas.

Assim, o ensino jurídico francês no século XIX será marcado por um duplo monopólio: o das faculdades de direito como um aparato estatal – monopólio este

baseado na exclusividade da certificação dos profissionais em direito – e o das disciplinas "puras" e "duras", como o direito civil e romano.

Desde a Idade Média até o período revolucionário o ensino jurídico francês viveu crises. Nosso foco será o século XX, sendo a descrição anterior necessária para a compreensão de como esse ensino chega ao início do século.

2 A crise do século XX (primeira metade)

A primeira metade do século XX foi marcada por duas tímidas porém relevantes reformas, embora elas não tenham transformado sensivelmente o antigo modelo.

A primeira delas ocorreu entre 1905 e 1924 e trouxe como principal inovação a obrigatoriedade da avaliação por exames orais e escritos, valendo ressaltar que, desde a Idade Média, as faculdades de direito utilizavam as provas orais como único meio de avaliação (à exceção das teses). Sem mencionar o quão mais difícil é diferenciar um estudante sob o ponto de vista social, econômico e étnico em uma prova escrita que em uma prova oral, os juristas resistiram o quanto puderam a esta inovação a bem da "especificidade" do ensino jurídico. A despeito dessa resistência, a novidade foi incorporada nas faculdades de direito. O que se pôde observar foi a designação dos professores mais jovens ou minoritários para as tarefas de correção dos exames escritos.

A segunda reforma, de 1954, pretendeu modificar o currículo do curso de direito, a fim de torná-lo mais "crítico". Na verdade, o que ocorreu foi uma mudança do nome das disciplinas. Então, por exemplo: direito constitucional passou a se chamar direito constitucional e ciência política; em vez de direito administrativo passou a se adotar direito administrativo e ciência administrativa; e direito penal se tornou direito penal e ciências criminais. Podemos chamar as modificações trazidas pela reforma de *falso criticismo*. Não bastava tentar produzir do alto a discussão multidisciplinar, os professores deveriam abraçá-la. Fato é que, ao contrário, o corpo docente era extremamente resistente às disciplinas que consideravam como "anexas" ao direito. Uma interessante demonstração dessa resistência pode ser dada a partir da prática docente do jurista Jean Carbonnier, um dos mais progressistas de sua época. Quando ministrava seu curso de direito civil, ele usava a toga, porém não o fazia quando ministrava sociologia jurídica.

Porém, não apenas deméritos teve a reforma de 1954. Ela também instaurou os *trabalhos dirigidos* como forma de curso. Vale salientar que o modelo tradicional de curso através de *cursos magistrais* se mantinha desde a Idade Média, sendo um curso magistral uma aula em anfiteatro lotado, em ambiente impessoal, formal e teatral. Os trabalhos dirigidos, por outro lado, se davam num ambiente de mais proximidade e diálogo. Se os cursos magistrais ainda existem na França, hoje é comum que doutorandos sejam recrutados para ministrar os trabalhos dirigidos.

Mesmo as duas reformas não foram suficientes para gerir uma crise, provocada por um modelo de ensino não adaptado à nova conformação humana.

3 A crise do século XX (segunda metade)

A grande crise ocorrida no século XX se deve ao confronto de um modelo que pouco mudou desde o século XIX com o fenômeno da massificação do ensino universitário na França.

De todas as transformações que o pós-guerra trouxe à sociedade francesa, o grandioso aumento do número de estudantes é uma das mais relevantes. A "democratização" do acesso à universidade NA França, que não dependeu de nenhuma reforma ou ato formal e perdurou por todo o século, pode ser percebida por números impressionantes. Damos o exemplo da Faculdade de Direito de Montpellier, célebre berço de uma restrita elite local: na década de 1960 já recebia espantosamente trezentos alunos por ano e atualmente recebe mais de dois mil. Porém, essa massificação não trouxe apenas mudanças quantitativas no corpo estudantil. Duas mudanças qualitativas importantes vão ocorrer e tornar violento o convívio do modelo antigo com a nova configuração humana. Houve uma enorme diversificação da origem de classe dos alunos. Um ambiente formador de uma pequena elite de filhos da aristocracia e da burguesia assiste à entrada massiva da pequena burguesia e de setores do operariado nas salas de aula. Portanto, um setor majoritário torna-se minoritário, e a universidade se vê confrontada com novos hábitos, valores e visões de mundo.

Simultaneamente, ocorre também uma transformação no tocante ao gênero: a feminização. Um universo eminentemente masculino se vê tomado por mulheres, que hoje compõem a maioria esmagadora dos bancos universitários nas Faculdades de direito. Um dos impressionantes números que servem para ilustrar e demonstrar as consequências desse fenômeno merece ser citado: mais de 80% da magistratura francesa é hoje composta de mulheres, muito embora na Corte de Cassação – sua mais alta corte – elas sejam menos de 20%. Para que se tenha uma ideia do caráter machista desse meio social, era comum o uso do ditado "toga sobre vestido não vale" (*robe sur robe ne vaut*),[2] que caiu por terra, tendo em vista o desempenho das meninas na distribuição de prêmios (em Montpellier, menos de 10% dos laureados eram do sexo masculino), inclusive na do mais prestigioso: o prêmio de tese. Os prêmios por mérito universitário, tradicionais nas faculdades de direito, vale citar, conheceram um período de "esquecimento" no pós-68.

De todas as manifestações, revoltas e movimentos populares que agitaram a França no século XX, nenhum pode ser comparado ao ocorrido em maio de 1968. Em reação a mais de dez anos de hegemonia gaulista, em 13 de maio de 1968 o movimento estudantil parisiense organizou grandes manifestações por toda a cidade. Seu alvo: o capitalismo, o imperialismo, os valores da velha sociedade, o regime gaulista e a "velha universidade". Esse movimento é tratado por alguns como *espontâneo*, pois ganhou rapidamente dimensões não esperadas, recebendo prontamente a adesão maciça do movimento sindical e não tardando a mobilizar vários setores da sociedade em todo o território nacional. *Maio de 68*, como ficou conhecido, imortalizou

slogans tais qual "É proibido proibir". Além de diversos outros, o movimento também adotou o *slogan* "Fim da Universidade".

De todas as transformações que se passaram na França em decorrência de Maio de 68, aquelas relativas às universidades estão entre as mais relevantes (e, sem dúvida, mais pertinentes a este ensaio). Nada tardou para que a antiga estrutura das universidades fosse radicalmente transformada. Em novembro de 1968 entra em vigor a Lei Edgard Fauré, alterando a arquitetura do ensino universitário francês. De início, o sistema nacional é abolido e cada universidade passa a ser dotada de autonomia financeira, administrativa e, sobretudo, intelectual. As faculdades também veem seu fim, uma vez que as universidades se tornam centros multidisciplinares. No lugar das faculdades a lei cria as Unidades de Formação e Pesquisa – *Unités de Formation et Recherche* (UFR).

Mais uma vez, os juristas tentaram escapar da nova regra geral para as universidades sob o pretexto da "especificidade" do ensino jurídico. Em vão. O que se pratica, no entanto, é um acordo de gestão em que uma UFR não interfere na outra (ou não dialoga com a outra). Christophe Charle (1994) chega a afirmar que a Lei Fauré tornou evidente o fato de que o corpo de professores de direito se vê e se comporta como um corpo à parte, e não como membro de novas universidades, de maneira que a inserção das faculdades de direito nessas novas instituições as torna impossíveis enquanto universidades.

No tocante ao corpo docente, também deve ser exposta uma importante modificação: a transformação dos *mestres assistentes* em *mestres de conferências*. Diferentes dos seus predecessores, estes têm a si atribuída uma carga horária igual à dos *professores agregados*, nenhuma subordinação em relação aos mesmos, porém algumas prerrogativas a menos, como a de orientar teses. Essa transformação, bem como a nacionalização dos concursos de agregação, permitiram que a carreira do magistério em direito fosse passo a passo permeada pela pequena burguesia e até mesmo por camadas mais populares, em substituição a um corpo constituído quase que exclusivamente por filhos de grandes famílias.

Maio de 68 e suas consequências transformaram a universidade francesa, mas não a ponto de impedir que um modelo de ensino jurídico "clássico" chegasse à década de 1980 e aos nossos dias.

4 O modelo clássico de ensino do Direito (a herança)

Fazemos aqui o mesmo uso que Pierre Victor Tournier fez do conceito de *herança* na política. Diferente do que ocorre quando do uso corrente do termo, em direito das sucessões, o que se transmite entre as gerações nem são "coisas", nem permanece o mesmo. Na visão de Tournier também podem se chamar de herança hábitos, usos, ideias e sentimentos transmitidos através de gerações, mesmo se essa transmissão

acarreta certo grau de modificação do que foi transmitido. É por essa razão que se pode chamar o atual modelo de ensino jurídico francês de um modelo clássico. Esse modelo clássico pode ser mais bem demonstrado sob dois pontos de vista: o da organização dos estudos e o da *summa divisio*.

Sob o ponto de vista da organização dos estudos, o que podemos observar é um *percurso iniciático* e uma progressão, na transmissão do conhecimento, do simples ao complexo. Dizemos percurso iniciático porque o currículo do curso de direito é organizado de forma rígida e estruturada. Rígida, pois o estudante pode ir do primeiro ano de licença ao doutorado quase sem efetuar escolhas sobre a sua formação. A faculdade o confronta com "o que se precisa saber" para ser um jurista; e estruturada, pois as disciplinas são encadeadas na forma de pré-requisitos umas das outras, como se uma fosse a *base* da outra. Esse encadeamento e a coesão pretensamente lógicos entre as matérias – onde o direito privado e, sobretudo, o civil são os pilares centrais – garantiriam a coerência, a seriedade e a "especificidade" do diploma em direito. É nas "disciplinas-base" dessa cadeia que encontramos a chamada progressão do simples ao complexo. No currículo do curso de direito, as disciplinas ditas introdutórias teriam por função introduzir conceitos "básicos", como a família ou o Estado, para que estes fossem mais adiante tratados "criticamente" nas disciplinas mais avançadas, mais técnicas. Esta falsa simplicidade – calcada no método cartesiano – já fora denunciada por Bachelard no seu livro *Le nouvel esprit scientifique*.

Nosso outro ponto de vista remonta aos tempos romanos: a tradicional *summa divisio*, divisão fundamental do direito em direito público e direito privado. O atual modelo francês de ensino jurídico ultrapassa a questão de usar essa distinção como explicação das coisas, como uma visão de mundo e como a imposição de uma ordem legitima; ele vai além. Pedagógica e administrativamente é esta a divisão básica nas faculdades de Direito. A despeito da existência dos departamentos de Ciência Política e História do Direito, desde cedo os alunos já começam a formar uma identidade de *publicista* ou *privatista*, o que já é consolidado entre os docentes. É apenas em algumas atividades de pesquisa em direito que, nos últimos anos, podemos perceber tímidas iniciativas que unem publicistas e privatistas.

A complexização de categorias "simples", como a família e o Estado, bem como a insuficiência da *summa divisio* como explicação plausível para as complexas questões que os dias de hoje trazem a nós apontam para uma crise contemporânea do ensino jurídico na França.

Conclusão: uma crise contemporânea do ensino jurídico?

Sempre que se depara com uma crise, o corpo de docentes em direito usa o discurso da "especificidade" da disciplina para tentar reduzir tanto quanto possível o potencial de transformação dela. Ainda que os docentes sejam forçados a incorporar

mudanças, a resistência cotidiana vai privilegiar os velhos hábitos e o *status quo*. O ensino do direito é assim, condenado a viver crises, ou viver em crise. Talvez esta seja sua especificidade: um tipo bem peculiar de conservadorismo que se põe em marcha. Um conservadorismo o qual procura se fechar dentro de si, sendo um sistema que, além de precipuamente existir para explicar a si mesmo, tenta submeter as questões do seu tempo e do seu espaço à sua lógica.

Em um mundo em que a economia, a religião, a família, o Estado, o trabalho, entre muitas outras categorias tratadas tradicionalmente pelo direito, encontram-se sofrendo profundas modificações, outro cenário de crise se anuncia. Um dos sintomas desta crise é a perda de centralidade do direito. Isso se percebe não apenas pela quebra do monopólio dos juristas na produção de discursos sobre o direito, mas também quando outras áreas do conhecimento se tornam pioneiras na produção de discursos sobre categorias tradicionalmente legadas aos juristas.

Vemos os economistas como pioneiros e hegemônicos da discussão sobre regulação, assim como os administradores no tocante à gestão de instituições privadas e públicas, os cientistas políticos sobre a organização do Estado e o direito da integração, e os sociólogos no que se refere à interpretação e ao uso das normas jurídicas e também das novas formas de organização do trabalho, inclusive do trabalho jurídico. Um caso interessante e que corrobora esta hipótese é o da formação jurídica que se ministra nos Institutos de Estudos Políticos (IEPs), sobretudo no de Paris, o Sciences Po Paris. Desde muito instituições dedicadas ao ensino e à pesquisa em Ciência Politica, nos últimos anos os IEPs passaram também a formar juristas altamente competitivos, a julgar pelos resultados dos últimos concursos para ingresso na magistratura francesa. Não à toa que desde 2004 o Sciences Po Paris está autorizado a expedir diplomas de mestre em direito, e desde 2007 seus egressos podem ser aprovados no exame de admissão para a profissão de advogado, o que causou certo constrangimento entre os juristas.

Ao que tudo indica, a resposta da "especificidade" do ensino do direito o mergulhará no anacronismo. Não apenas a abertura à multidisciplinaridade, mas também a revisão das *bases* do ensino jurídico nos parece imperativa.

: ARTIGO APROVADO (19/07/2010) : *RECEBIDO EM 09/07/2009*

NOTAS

1 Baseado no curso de mesmo nome ministrado por Michel Miaille no Rio de Janeiro (2007), em Roma e em Istambul (2008).

2 Vale ressaltar que o ditado original era "*robe sur robe ne vaut*" ("robe sobre robe não vale", numa tradução literal), sendo que a palavra *robe* é usada, em francês, para designar tanto um vestido feminino quanto a toga dos magistrados e dos professores de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean. *Les juristes face à la société*. Paris: PUF, 1975.
BACHELARD, Gaston. *Le nouvel esprit scientifique*. Paris: Quadrige; PUF, 1991.
BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. Paris: Minuit, 1984.
CHARLE, Christophe. *La république des universitaires*: 1870-1940. Paris: Seuil, 1994.
DOBRY, Michel. *Sociologie des crises politiques*: la dynamique des mobilisations multisectorielles. Paris: Presses de la FNSP, 1986.
KANT, Emmanuel. *Le conflit des facultés*. Paris: Vrin, 1973.

Michel Miaille

35 rue des Tresoriers de la Bourse
34000 Montpellier France
michel.miaille@univ-montp1.fr

Doutor em Direito Público pela Université de Montpellier 1
Professor Emérito da Université de Montpellier 1
líder da Equipe de Recherche sur l'Identité et la Citoyenneté - ERIC, vinculada à École Doctorale da Faculté de Droit

Fernando de Castro Fontainha

20 rue de l'Université 34000
Montpellier France
fontainha.fernando@gmail.com

Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense
doutorando em Science Politique pela Université de Montpellier 1
bolsista da CAPES
Membro da Equipe de Recherche sur l'Identité et la Citoyenneté - ERIC, vinculada à École Doctorale da Faculté de Droit
advogado

A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE ESTUDOS DE MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NEMESC)

Carlos Alberto de Salles, Daniela M. Gabbay, Erica B. Silva, Fernanda Tartuce, Luis Fernando Guerrero e Marco Antônio G. L. Lorencini

THE EXPERIENCE OF UNIVERSITY OF SAO PAULO´S DISPUTE RESOLUTION STUDY GROUP (NEMESC)

RESUMO

O artigo apresenta a experiência desenvolvida pelo Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC) no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. As atividades desenvolvidas, que completaram cinco anos em 2009, tiveram início informalmente através de grupo de estudo com alunos da graduação e pós-graduação e hoje se firmaram como disciplinas de extensão da Faculdade de Direito. Este artigo considera as atividades e práticas desenvolvidas pelo grupo, as escolhas metodológicas e o envolvimento dos alunos durante estes cinco anos de experiência do NEMESC, para demonstrar os resultados auferidos. O objetivo é contribuir para o debate sobre o tema e uma troca de experiências sobre meios de solução de conflitos no âmbito da faculdade de direito.

PALAVRAS-CHAVE

Meios alternativos de solução de controvérsias; atividades desenvolvidas pelo NEMESC; troca de experiências.

ABSTRACT

This paper presents the 5 years´ experience of the Alternative Dispute Resolution Group (NEMESC) established at the University of Sao Paulo Law School. The NEMESC begun as a studying and reading group interested to debate and to research about alternative dispute resolution issues, and now a course emerged from this studying group at the Law School. This paper considers the activities and practices developed by the group, the methodological choices and students´ involvement during the 5 years of the NEMESC experience to show some positive results. The paper goal is contributing to the debates about alternative dispute resolution and to the exchange of views and experiences about ADR at the law school environment.

KEYWORDS

Alternative dispute resolution; activities and practices developed by the NEMESC group; the exchange of experiences.

Introdução

A necessidade é a mãe da inovação. Essa frase, atribuída a Platão, já foi por muito tempo tomada e repetida como uma das grandes verdades da humanidade. Premido pela necessidade, o ser humano é capaz de superar dificuldades e criar soluções, deixando para trás limites muitas vezes tidos como insuperáveis. Hoje, essa afirmação certamente está em xeque. Afinal, na era da revolução tecnológica, a inovação frequentemente vem antes, a necessidade, depois.

Criam-se aparelhos, equipamentos e programas de computador que nossos pais sequer ousariam imaginar e dos quais jamais precisaram. Em pouco tempo, saímos por aí dizendo que não viveríamos sem tais aparelhos, para em poucos meses abandoná-los em troca de outros ainda mais atuais e sofisticados. Não que essas invenções não sejam proveitosas e não signifiquem ganhos de produtividade e conforto, mas, invertendo a lógica anteriormente dominante, a inovação vem antes, criando necessidades até então inexistentes.

De todo modo, a força motriz da necessidade continua presente e prossegue alimentando a inventividade humana na constante busca de soluções para seus problemas

O chamado Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos, ou simplesmente NEMESC, que funciona junto ao Departamento de Direito Processual da USP, nasceu assim, despretensiosamente, para atender a uma necessidade imediata, e acabou crescendo na busca de solucionar outras necessidades, surgidas em sua trajetória de crescimento.

Em 2005, no curso de Teoria Geral do Processo, do segundo ano da Faculdade de Direito da USP, ministrado pelo professor Carlos Alberto de Salles, fez-se sentir a necessidade de um espaço no qual fosse possível ir além das fronteiras tradicionais de nosso direito processual civil. Sob a iniciativa desse professor, decidiu-se levar ao aluno um universo estranho àquele dos manuais e currículos das faculdades de direito brasileiras. Em meio à intensa crise vivida pelo judiciário nacional, submerso em uma quantidade de processos muito maior do que a sua capacidade de vazão, ficava estranho ensinar aos alunos aquele processo de base estatal e judicial, como se nada estivesse acontecendo e não houvesse outras soluções a serem discutidas.

A necessidade surgida, então, era buscar alternativas, formas de mostrar aos alunos outros horizontes, que, embora bem conhecidos no plano internacional, ainda patinavam – e patinam – em sua entrada na cultura e na prática jurídica brasileira. Tinha-se por ponto de partida a inevitável conclusão de que mecanismos diversos daqueles estudados nas aulas de processo poderiam dar respostas tão ou mais eficientes para a solução de disputas surgidas na vida das pessoas ou no andamento de negócios.

Em resposta a essa necessidade, surgiu a ideia de um seminário extracurricular, a ser realizado fora do período das aulas e aberto, como atividade voluntária, a todos os alunos do curso de Teoria Geral do Processo. Nessa iniciativa didática, não queríamos, é claro, repetir mais uma vez a enfadonha rotina das aulas expositivas ou dos seminários teóricos, tão bem conhecida dos cursos de direito. Desse tipo de atividade, o currículo escolar já estava cheio, e outras experiências de seminários extracurriculares já haviam sido realizadas.

Fugindo ao perfil tradicional dos cursos de direito, nossa avaliação dava conta de uma atávica falta de atividades práticas que importassem em uma vivência concreta por parte dos alunos. Por essa razão, a palavra orientadora dessa iniciativa foi *vivencial*:

queríamos uma atividade capaz de direcionar o aluno a vivenciar uma atividade prática, concreta mesmo. Evidentemente, apenas vivência também não interessava, pois estávamos trabalhando em um campo pouquíssimo conhecido, estranho à matéria estudada em sala de aula, fazendo-se necessário, então, formar um mínimo de "massa crítica" para uma correta apreensão e compreensão da realidade a ser experimentada pelos alunos.

Firmadas essas premissas, ainda que de maneira inteiramente espontânea, ordenamos nossa atividade em alguns seminários teóricos, organizados a partir de textos indicados para leitura e discussão em grupos pequenos e visitas que os alunos deveriam realizar ao final, utilizando um formulário de orientação a ser preenchido.

No primeiro semestre, propusemo-nos a trabalhar com mecanismos alternativos de solução de controvérsias, os chamados – no âmbito internacional – Alternative Dispute Resolution (ADR). Até por falta de acesso a outras experiências,[1] a atividade "vivencial" seria realizada junto aos setores de conciliação instalados no poder judiciário.

No segundo semestre, nossa intenção era trabalhar com arbitragem, mas o modelo adotado no primeiro semestre precisou ser revisto. Sim, pois, embora não seja uma imposição legal, as arbitragens no Brasil costumam ser confidenciais, por disposição das partes e/ou previsão nos regulamentos das instituições onde são realizadas. Isso inviabilizava o modelo de visitas adotado em relação à conciliação, já que os alunos não poderiam acompanhar o desenvolvimento das atividades arbitrais.

Novamente a necessidade foi a mãe, e surgiu a ideia de realizarmos uma arbitragem simulada, como recurso didático para propiciar ao aluno aquela prática vivencial por nós ambicionada. Assim, até porque estávamos trabalhando com alunos de segundo ano do curso de graduação, mantivemos os seminários teóricos, para apresentação das principais ideias e do modo de funcionamento da arbitragem, como uma espécie de preparação da simulação a ser realizada ao final.

Essas atividades, cujo início descrevemos acima, completaram em 2009 o seu quinto ano de existência. As energias despendidas e a atração exercida pelas atividades foram de tal ordem positivas que acabaram por se institucionalizar no NEMESC e em duas disciplinas de cultura e extensão regularmente oferecidas. A partir das necessidades surgidas em uma singela atividade extracurricular, foi possível localizar outras e criar um espaço de diálogo e debate para aquelas pessoas que, na comunidade acadêmica da USP, buscam alternativas àquelas concepções mais tradicionais de processo.

Um importante "filhote" das atividades descritas foi um grupo de estudos integrado pelos estudantes de pós-graduação que colaboram com a orientação e desenvolvimento das atividades da graduação. Esse grupo, que se reúne com razoável periodicidade, já patrocinou um interessante projeto, com a participação interinstitucional do professor William dos Santos Ferreira (PUC-SP), de estudo de modelos de processo civil, tentando realizar a comparação de soluções adotadas em vários países em termos de regulamentação da prestação jurisdicional do Estado.

Foi a atividade junto aos alunos de graduação, no entanto, a geradora do maior número de experiências, dificuldades e soluções e que o presente artigo se propõe a descrever, com o objetivo de compartilhar o conhecimento adquirido e propiciar o surgimento de outras iniciativas como esta aqui debatida.

Alguns pontos merecem destaque, para permitir a correta compreensão do enquadramento institucional dos itens desenvolvidos na sequência. Em primeiro lugar, há de se destacar que atualmente as atividades descritas estão formalizadas como disciplinas de cultura e extensão. Na verdade, três disciplinas: uma relativa ao programa de conciliação e mediação, realizado no primeiro semestre letivo do ano; outra concernente às atividades de arbitragem, desenvolvida no segundo semestre; e, ainda, uma terceira, de monitoria, que permite aos alunos egressos das disciplinas colaborarem como monitores em seu desenvolvimento junto a outras turmas, em uma ideia de aprofundamento e continuidade.

Esse formato – de disciplina de extensão – ao qual se chegou depois de alguns anos de busca acabou se mostrando bastante funcional. Resolve a necessidade de oficializar a atividade, permitindo ao aluno ter em seu histórico escolar o registro de sua participação. Ademais, não incorre nas dificuldades de uma disciplina regular do curso de graduação, com problemas, quase incontornáveis, como o de sua inclusão em uma grade já saturada, o de critérios formais de avaliação e o de disputa de horário no período oficial de aulas, entre outros, além de permitir mais facilmente a participação de alunos de pós-graduação na coordenação das atividades.

Como disciplina de extensão, todavia, enfrenta a dificuldade de divulgação entre os alunos, ainda mais por se tratar de um tema novo, e de disputar espaço com outras atividades oferecidas a eles. Como na Faculdade de Direito da USP os professores de processo acompanham a turma, o vínculo originalmente existente com as disciplinas regulares de processo,[2] para as quais o seminário extracurricular foi concebido, perdeu-se.

A esse propósito, um fato tem se verificado ao longo do desenvolvimento do programa: uma maior procura pela disciplina de extensão de arbitragem e uma menor por aquela de conciliação e mediação. A explicação que encontramos é significativa do estado da arte desse tipo de abordagem em nossas faculdades de direito. Essa preferência ocorre provavelmente porque o aluno se identifica mais com os papéis desempenhados pelo advogado na arbitragem, que não deixa de ser um procedimento de adjudicação, desenvolvido de forma adversarial. Em razão de condicionantes culturais, o aluno não se vê com facilidade incorporando papéis ligados a um advogado o qual atua em soluções consensuais de controvérsias, embora seu papel nessas também possa ser primordial.

Esse condicionamento cultural precisa mudar, pois, como temos insistido com nossos alunos, no universo de todos os conflitos surgidos na sociedade, a grande maioria deles é resolvida consensualmente, por negociação direta entre as partes ou

com o auxílio de terceira pessoa. O profissional de direito precisa e deve ter uma inserção positiva nesse universo. Ademais, é facilmente compreensível que, antes de se chegar às vias adjudicatórias – arbitragem ou poder judiciário –, esgotem-se as vias de solução consensual da controvérsia.

Com esse objetivo, o NEMESC tem se esforçado para dar maior visibilidade à disciplina de cultura e extensão ligada à conciliação e à mediação, realizada no primeiro semestre de cada ano. Nos últimos dois anos, têm sido desenvolvidas, também, atividades de mediação simulada ao término dos seminários teóricos. Na edição de 2009, chegou a ser apresentada uma peça teatral descrevendo a realização de uma mediação.[3] Tudo isso visa a suprir o contraste entre os seminários teóricos, em grande parte baseados em autores estrangeiros, e a realidade encontrada pelos alunos nos setores de conciliação visitados. Um aluno chegou a dizer que essa era a única disciplina na qual a teoria era melhor do que a prática.

Os itens seguintes buscam mostrar de forma mais detalhada as atividades desenvolvidas e a experiência acumulada.

O objetivo dos autores do presente artigo é compartilhar essa experiência, com a deliberada intenção de gerar emulação. Atingiremos nossos objetivos se nossa iniciativa for imitada e se novas experiências puderem se somar ao debate público das questões aqui envolvidas. Afinal, temos clara a importância da modificação da cultura dos profissionais do direito em relação às formas de solução de conflitos e controvérsias. O caminho, para tanto, passa necessariamente pelas faculdades de direito. Fica aqui nosso convite e incentivo para que novas iniciativas, em outras instituições de ensino, sejam tomadas.

2 Proposta metodológica

Esta segunda parte do artigo trata das escolhas metodológicas realizadas pelo NEMESC na montagem dos cursos de extensão de mediação, conciliação e arbitragem. Essas escolhas estão em constante análise e mudança (uma das vantagens do curso de extensão é a sua flexibilidade curricular permitir experimentações), mas algumas diretrizes metodológicas, notadamente aquelas que visam contribuir para uma visão não contenciosa do conflito pelos alunos, são permanentes. Tais diretrizes são expostas a seguir.

2.1 Por que no início do curso de direito?

O público-alvo dos dois cursos de extensão (mediação e conciliação, no primeiro semestre, e arbitragem, no segundo) é composto preferencialmente por alunos do segundo ano do curso de direito – muito embora sejam admitidos alunos de outros períodos interessados nas atividades. A opção de desenvolver essas atividades de mediação, conciliação e arbitragem no início do curso tem por objetivo sensibilizar

o aluno sobre as formas alternativas de solução de conflitos em um momento de formação no qual ele ainda não teve grande contato (quer academicamente, quer por meio de estágios profissionais) com o poder judiciário e as formas adjudicatórias de solução de conflitos.

Ao invés de aguardar até o último ano do curso de direito para oferecer disciplinas optativas relacionadas aos meios alternativos de solução de conflitos, a ideia do NEMESC é inversa: oferecer ao aluno disciplinas de extensão sobre os meios alternativos de solução de conflitos no início do curso, para que as técnicas compositivas tratadas não tenham como eixo gravitacional o judiciário e seus eventuais problemas, mas sim os conflitos e os interesses das partes envolvidas, agregando à teoria geral do processo uma teoria geral do conflito que considere as variadas possibilidades de seu processamento e solução.

Trata-se de um movimento positivo de *construção* – e não de desconstrução de uma mentalidade já formada. Com isso, não se quer dizer que o judiciário deva ser evitado ou visto como a última alternativa possível, pois se sabe que um bom funcionamento de outras técnicas compositivas depende de um judiciário eficiente, e há demandas que devem considerá-lo como a primeira – e às vezes exclusiva – alternativa possível. Todavia, não há nada melhor do que se deparar com diferentes métodos compositivos para contrastar as potencialidades e limitações de cada um, o que é mais difícil de perceber quando há a imersão em um único método. O objetivo é, portanto, ampliar as perspectivas do aluno ao confrontá-lo com um mapa mais variado de formas de se processar e solucionar conflitos.

Essa é uma tendência em expansão em outros países. Nas escolas de direito norte-americanas, por exemplo, muitos dos cursos apresentam logo no início, em sua grade curricular, a disciplina de meios alternativos de solução de conflitos (Alternative Dispute Resolution) ou mesmo clínicas de mediação, em que os alunos são expostos a técnicas autocompositivas diante de casos e problemas reais. Segundo Bryant Garth, a melhor forma de criar uma conexão entre o processo civil e os meios de solução de conflitos alternativos seria estes últimos trazerem uma nova perspectiva ao processo civil tradicional, aproximando tais campos de conhecimento.[4]

2.2 Relação entre teoria e prática

Nos cursos de mediação, conciliação e arbitragem, adotou-se a dinâmica de seminários, nos quais são discutidos alguns temas em reuniões semanais com os alunos durante a primeira parte do semestre, combinada com uma parte prática e vivencial subsequente, em que os alunos são expostos à dinâmica vivencial, quer através de visitas a setores de conciliação, quer através de simulação de mediação e arbitragem, em que recebem um caso concreto para atuar nos moldes do que ocorre realmente (na mediação, com a participação de mediadores orientando a prática dos alunos; na arbitragem, com árbitros convidados para compor o painel arbitral).

Neste binômio teoria–prática, os alunos têm a possibilidade de testar e contextualizar os conceitos aprendidos através de uma experiência concreta relevante ao seu aprendizado.

2.2.1 Parte teórica – Seminários

Para os seminários, os alunos recebem uma lista de textos para leitura prévia que irá guiar os debates nos encontros (com periodicidade semanal). Nesses encontros, os textos são então debatidos com monitores de graduação e pós-graduação, mediadores do debate.

A lista de textos é selecionada e revista a cada ano, considerando a qualidade dos debates gerados e o *feedback* dos alunos sobre os textos. Normalmente são incluídos textos favoráveis e também contrários aos meios de solução de conflitos alternativos ao judiciário. O ideal é que os grupos dos seminários sejam pequenos, para que se forme uma mesa redonda na qual os alunos se sintam à vontade para expor argumentos sobre o texto em discussão.

O objetivo central desta fase do curso é formar massa crítica, essencial à qualidade da participação dos alunos na parte prática das atividades do NEMESC.

2.2.2 Parte prática

2.2.2.1 Mediação e conciliação

A parte prática da disciplina consiste em visitar setores de conciliação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (em primeira e segunda instância) e participar de mediações simuladas.

Conforme se verá com detalhes na parte 3 deste artigo, foi preparado para esta atividade um formulário, entregue aos alunos para preenchimento durante as visitas, com um espaço livre, destinado às observações e impressões subjetivas sobre as sessões de conciliações vistas.[5] Esse formulário visa guiar as visitas, e seu preenchimento produz um material empírico muito rico gerado a partir do contato dos alunos com a realidade após alguns meses de debates e seminários teóricos sobre mediação e conciliação.

Além das visitas, outras atividades práticas também foram realizadas durante o curso de extensão de mediação e conciliação, como simulações de mediação, e, no ano de 2009, pela primeira vez, uma leitura dramática teatral sobre a realização de mediação**,** assistida pelos alunos ao final do curso. Estas atividades serão tratadas com mais detalhes na parte 3 deste artigo.

2.2.2.2 Arbitragem

A parte prática da arbitragem visa simular um processo arbitral. Os alunos recebem um caso, assumem diferentes papéis e atribuições, redigem documentos e se preparam para um painel arbitral em que sustentam oralmente suas razões perante um painel de

três árbitros (escolhidos entre professores que aliam sua experiência docente à atuação em painéis arbitrais reais).

O papel didático dessa simulação é muito relevante. Além de reproduzir o que potencialmente ocorre em um caso real (algo difícil de o aluno presenciar, em face do sigilo que normalmente reveste os processos arbitrais), os árbitros–professores adotam postura pedagógica importante, ao pausar a simulação para explicações e esclarecimentos sobre os desenrolar do caso e do julgamento.

Trata-se de um formato em que o aluno *aprende fazendo*, além de desenvolver variadas habilidades através da simulação, como a redação de peças, trabalho em grupo, pesquisa, definição de estratégias, atuação e defesa oral dos argumentos no painel arbitral, entre outras habilidades e competências. A Parte 4 do artigo tratará com mais detalhes dessa atividade.

2.3 Avaliação

A avaliação também é um momento muito importante nos cursos de extensão de mediação, conciliação e arbitragem, envolvendo os alunos e os monitores de graduação, pois ambos recebem créditos ao final dos cursos.

Nos seminários, os alunos são avaliados com base na assiduidade e na participação nos debates, enquanto na parte prática há outras ferramentas avaliativas, como a entrega dos formulários preenchidos durante as visitas aos setores de conciliação e a avaliação da simulação da arbitragem no segundo semestre – redação das peças que compõem o processo arbitral e atuação no dia do painel arbitral, através da defesa oral dos argumentos diante do painel de árbitros.

Os monitores de graduação, por sua vez, são avaliados a partir da assiduidade e do gerenciamento das atividades no curso do semestre, com a participação e instigação dos debates nos seminários, apoio na aplicação dos exercícios práticos e condução das atividades em geral.

2.4 Continuidade das atividades e do aprendizado

O objetivo dos cursos de extensão do NEMESC é plantar uma semente nos alunos e sensibilizá-los, fazendo-os pensar o conflito a partir de diferentes perspectivas, com o acesso a opções compositivas que não se restrinjam apenas ao judiciário. Os alunos que tiverem interesse em continuar e aprofundar esses estudos podem se inscrever para atuar como monitores de graduação do NEMESC nos semestres seguintes, o que viabiliza a continuidade na troca de experiências e debates sobre mediação, conciliação e arbitragem, sendo os alunos verdadeiros multiplicadores das atividades desenvolvidas junto ao NEMESC.

No futuro, objetiva-se também desenvolver projetos de pesquisa relacionados às atividades do NEMESC, envolvendo alunos da graduação e pós-graduação em torno da temática de meios de solução de conflitos.

3 Meios alternativos de soluções de controvérsias: mediação e conciliação

A disciplina é desenvolvida com vistas a proporcionar uma nova e diferenciada visão aos alunos sobre as possibilidades de enfrentamento de conflitos. Conhecendo e compreendendo as várias técnicas de composição, é possível refletir sobre qual saída apropriada é mais próxima de uma solução genuinamente pacificadora da controvérsia (em contraposição à solução contenciosa decorrente do sistema adjudicatório pelo poder judiciário, que pode acabar fomentando mais crises). Pretende-se, através do estudo sobre diversos mecanismos de resolução de conflitos, ensejar uma formação mais completa aos profissionais do direito. Na qualidade de gestores de conflitos, é importante o despertar de sua sensibilidade a diversificadas possibilidades: os vários meios de composição de controvérsias, inclusive de cunho consensual, são importantes ferramentas para operar a transformação e a superação dos impasses. As atividades do NEMESC visam propiciar uma experiência teórica e prática sobre o assunto.

Para tanto, a análise se verifica sob a perspectiva de uma (desejável) "teoria geral dos meios apropriados de composição de conflitos", enfocando dois momentos, duas partes distintas de contato com os temas. A primeira parte é preponderantemente teórica, favorecendo a análise de conceitos e classificações por meio de leituras individuais e debates em sala de aula. A segunda é voltada à vivência, com a realização de mediações simuladas e pesquisa de campo em instituições judiciárias.

3.1 Primeira parte – teoria: leituras e debates

A despeito de os estudos clássicos do curso de graduação não dedicarem tempo e atenção à construção do consenso, na prática, o bacharel, ao perceber a atuação forense, irá se defrontar com inúmeras ocasiões em que a busca do consenso será necessária.[6] Há inúmeras circunstâncias, no processo civil, em que o magistrado dará azo ao seu dever de conciliar as partes.[7] Como irá se portar o operador do direito em tal oportunidade, se em seus estudos jamais teve contato aprofundado com os meandros de tal possibilidade?

Ao se inscreverem para a disciplina de extensão, os alunos precisam indicar seus endereços eletrônicos, porque a comunicação e a transmissão de informações ocorrem essencialmente pela via digital. Algumas semanas antes do início das aulas, os alunos recebem por *email* o cronograma do curso, que aponta os conteúdos das aulas e as leituras a serem realizadas sobre cada tema;[8] afinal, no desenvolvimento da primeira parte do semestre, para que os alunos possam ter contato com conceitos e categorizações, há uma indicação bibliográfica de textos especialmente selecionados para tal.

A primeira aula é lecionada pelo professor Carlos Alberto de Salles. Após abordar as propostas do NEMESC, o professor salienta que a proposta de aprendizado é diferenciada e demanda a intensa participação dos alunos; para tanto, os alunos e os

condutores da disciplina posicionam-se sentados em um grande círculo. Após o primeiro contato, o professor realiza um *overview* sobre os temas que serão posteriormente desenvolvidos; geralmente é indicado um texto de leitura prévia, para que os alunos possam comentar suas primeiras impressões sobre o assunto, e os debates já ocorrem logo no início do curso.

Após a aula inaugural, os demais textos serão abordados em quatro seminários de uma hora e meia cada um.[9] No cronograma, já constam desde o início os textos a serem lidos; seu número pode variar de dois a quatro textos obrigatórios, a depender do tema.[10] A finalidade é familiarizar os alunos com conceitos basilares, despertando seu olhar para características dos conflitos, melhores técnicas para enfrentá-los, diferença entre os meios e quando são ou não recomendáveis. Muitas vezes, a discussão dos temas é paralisada pela necessidade de sanar dúvidas que surgiram quando da leitura individual ou para diferenciar a experiência consensual do padrão estudado no sistema contencioso geralmente abordado nas disciplinas regulares de graduação.

Muito embora os meios diferenciados sejam constantemente apresentados como alternativas ao crescimento vertiginoso dos conflitos contenciosos, destaca-se desde o inicio dos estudos que uma visão meramente utilitarista não se revela adequada. Afinal, a principal vantagem da utilização dos meios alternativos não é propriamente a redução do número de ações pendentes de julgamento, mas sim o potencial e efetivo alcance da pacificação social, pela qualidade do resultado que eles podem ensejar. Com isso, busca-se favorecer o desenvolvimento do senso crítico dos alunos, os quais terão mais subsídios para identificar as mais adequadas formas de composição dos conflitos intersubjetivos.

Assim, mais do que apenas apresentar as ferramentas, a tônica é mostrar que a busca pelo mecanismo deve considerar a busca do meio mais apropriado para atender aos anseios dos litigantes rumo a uma efetiva pacificação.

3.2. Segunda parte – vivências: mediações simuladas e pesquisa de campo sobre conciliação

Após quatro aulas de conteúdo teórico, são realizadas atividades práticas, dando inicio à segunda parte dos estudos. Por meio da vivência, permite-se a concreta utilização dos conhecimentos teóricos, para melhor identificar e solucionar problemas jurídicos a partir de casos, instigando a criatividade interpretativa e a análise crítica da matéria estudada.

3.2.1 Mediação simulada

Esta atividade busca traduzir exemplos da práxis existente; para tanto, evidencia-se a relevância da mediação simulada, em que os alunos, em um primeiro momento, são colocados em uma aparente situação de conflito, a fim de que possam desempenhar de maneira mais efetiva os conhecimentos adquiridos.

Ao longo dos anos, foram adotadas diversas modalidades de mediação simulada. A primeira experiência funcionou por *role play*, em que uma mediadora convidada fez a mediação entre uma dupla de litigantes (representados por alunos), pausando o procedimento oportunamente para comentários e observações dos discentes.

No ano seguinte, uma outra tentativa utilizou formato diverso. Os alunos foram reunidos em grupos de três: um deles atuava como mediador, e os demais figuravam como litigantes. Antes do início das mediações, porém, para facilitar sua performance, foi distribuído a todos um roteiro resgatando o passo a passo do procedimento da sessão de mediação.

Na sequência, foram determinados os grupos; os alunos dividiam entre si as funções de mediador e contendores. Aos alunos "mediandos" foi fornecido um *script* sigiloso, uma consigna com informações privilegiadas sobre motivações e outros elementos relevantes para a resistência de seu personagem. A professora e os monitores acompanhavam o desenvolvimento dos grupos como observadores e, após 45 minutos, os grupos eram desfeitos.

Havia, então, um debate geral sobre as percepções de cada aluno (para expor como se sentiu durante a experiência, as dificuldades vivenciadas etc.). Merece destaque o fato de que alguns alunos que protagonizavam litigantes, apesar de terem recebido informações privilegiadas por escrito sobre o perfil de seus personagens, acabavam ampliando elementos das crises, trazendo espontaneamente novos dados inicialmente não cogitados (o que, por vezes, trazia complicações ao mediador). Tal inserção pode, por um lado, significar envolvimento e criatividade dos alunos, e, por outro, revelar como a índole combativa e contenciosa está arraigada na percepção dos conflitos.

Em 2009, procurou-se realizar uma sequência mais intensa de atividades de simulação, contando com a especial participação de mediadoras convidadas.

A primeira experiência foi protagonizada por uma mediadora[11] que dividiu os alunos em grupos e realizou dinâmica para que debatessem (primeiro entre si, depois para todos) sobre o conceito de mediação, seus princípios e o papel do mediador.

Após tal recapitulação, uma mediação teve início; nela, uma aluna foi a mediadora e dois alunos, os litigantes; ela e todos os demais foram observadores e comediadores, podendo fazer intervenções durante o procedimento. Os alunos "mediandos" receberam um *script* e comportaram-se conforme as premissas ali constantes. A aluna–mediadora falou primeiro com um litigante, e o outro aguardou separadamente, fora da sala. Conforme ela ia falando, a professora–mediadora e os demais alunos podiam interromper a sessão e fazer perguntas e observações. Embora interessante, a experiência teve o inconveniente da duração: foi muito longa, extrapolando o tempo geralmente destinado à reunião. Interessante destacar que o caso utilizado para a atividade estava relacionado à esfera civil, mas com diversos desdobramentos, por se tratar de uma relação continuada.

Na sequência, foi realizada mais uma atividade, nos mesmos moldes da primeira, com a mediadora Célia Regina Zapparolli, que trouxe um caso de direito de família. Aqui cumpre destacar que, além da atuação dos alunos a partir de um *script* comum, cada parte recebeu também a distinção entre a sua posição e o seu interesse, bem como informações sigilosas das quais os demais participantes não tinham conhecimento. Isso permitiu aos alunos um exercício constante de reflexão sobre a importância da postura do mediador e sua linguagem.

3.2.2 Pesquisa de campo sobre conciliação

Após as atividades de mediação simulada, outra experiência prática é vivenciada na segunda parte do curso. Munidos das experiências amealhadas, os alunos realizam visitas a setores de conciliação em instituições judiciárias; em 2009, foram visitados o Setor de Conciliação do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, o Setor de Conciliação do Tribunal de Justiça de São Paulo e, ainda, enfocando a esfera extrajudicial, o Setor Extrajudicial do Foro Central da Comarca de São Paulo.[12]

Os alunos devem se dirigir aos setores em dias e horários previamente marcados e assistir a algumas sessões de conciliação, coletando dados específicos sobre a experiência e anotando-os em um formulário previamente fornecido, como já dito. Essa pesquisa procura verificar a presença dos sempre mencionados contratempos que impedem uma prestação jurisdicional de qualidade, entre os quais é possível destacar como principais o tempo, os custos elevados, a formalidade e a burocracia na resolução dos conflitos judicializados.

A realização de uma análise empírica pode conduzir à verificação objetiva de elementos para aferir a idoneidade da conciliação como ferramenta de efetiva composição. Nesse sentido, são investigados os seguintes pontos: a) *identificação do caso* (com indicação das partes envolvidas e da natureza do conflito); b) *perfil do conciliador* (idade, formação e preparação para o exercício da função); c) *dinâmica da sessão de conciliação* (verificando a contribuição do conciliador, dos advogados, a propensão das partes para o acordo, a utilização do argumento da morosidade do judiciário, a utilização de regras para o procedimento e a influência do direito material); d) *realização de acordo* (existência, iniciativa da proposta, satisfação das partes após a audiência e aproximação de seus contornos em relação ao direito material).

Assim, os alunos podem perquirir a adequação da conciliação tal qual vem sendo atualmente realizada, sobretudo enfocando a capacidade do órgão de ouvir atentamente os fatos apresentados pelas partes, sua percepção das verdadeiras necessidades existentes e, por fim, a apresentação de respostas que correspondam às expectativas pessoais. Procura-se, enfim, constatar a realização de uma conciliação que não favoreça simplesmente o acordo, mas que de fato proporcione um adequado tratamento do conflito.

Após as atividades de pesquisa individualmente realizadas em campo, há um último encontro no núcleo de estudos, no qual os alunos entregam os relatórios por escrito das visitas e falam um pouco da experiência vivenciada.

Os alunos destacaram observações que merecem transcrição:

> (i) É frustrante perceber que instrumento tão valioso como a audiência conciliatória seja tão mal utilizado pelos conciliadores. (aluna C. P. S)
>
> (ii) Ressalto a profunda diferença entre a conciliadora que atuou nas sessões do Fórum João Mendes, detentora de formação em psicologia e especificamente em mediação, e aquela que conduziu a audiência no Juizado Especial Central, com formação meramente jurídica. (aluna A. T. S.)
>
> (iii) Com relação à forma de condução da audiência pelo conciliador, tenho a dizer que se deu sem grandes formalidades e dando prioridade para o debate entre as partes. (aluno J. M. A. M)
>
> (iv) O que me chamou a atenção nesta sessão de conciliação foi como uma contribuição positiva dos advogados, quando tendentes à aceitação do acordo, pode influenciar efetivamente a chegada ao consenso. (aluna B. R. P.)
>
> (v) Lamentável o advogado das partes não saber a real finalidade de uma conciliação. (aluna D. C. P.)

3.2.3 Conexão com arte e cultura: leitura dramática

Finalmente, em 2009, além das duas últimas experiências apontadas, houve, como dito, a apresentação de leitura dramática teatral sobre a realização de uma mediação, enfocando a expectativa das pessoas envolvidas e a atividade dos mediadores.[13] A apresentação decorreu da adaptação de uma peça teatral cujo projeto originou-se de atividade científica:[14] como trabalho de conclusão de curso de especialização sobre mediação, foi elaborado um roteiro e apresentada uma peça teatral. A atividade passou a ser um dos projetos sociais de uma organização não governamental e visa a permitir a divulgação e disseminação deste instrumento de composição.

O evento foi aberto ao público e contou com a presença de alunos e mediadores. Após a apresentação da leitura dramática, houve um debate sob a coordenação da atriz e mediadora Lia Sampaio, que convidou a participar do círculo de debates o professor Carlos Alberto de Salles, a professora Giselda Hironaka,[15] a magistrada Valéria Lagrasta,[16] além de monitores de pós graduação do NEMESC.

A experiência foi muito rica e encerrou com grande proveito as atividades do semestre, concretizando de forma ainda mais intensa as profícuas vivências experimentadas durante o desenvolvimento das atividades.

4 Simulações de arbitragens – experiência do NEMESC

4.1 Preparações do caso

A atividade de arbitragem foi uma das primeiras que surgiu no bojo do grupo coordenado pelo professor Carlos Alberto de Salles, sempre com a preocupação de analisar novas abordagens do processo, bem como oferecer o ensino destas de modo completo, teórico e prático.

Não se pode dizer que a atividade de arbitragem tenha surgido do acaso, mas seu ponto culminante, a arbitragem simulada, certamente surgiu de uma necessidade prática. Todos gostariam que os alunos participantes não só aprendessem arbitragem, mas também pudessem vê-la na prática e aplicar conceitos aprendidos.

Contudo, a maioria dos procedimentos arbitrais é sigiloso, o que impede a visita dos alunos a instituições e o acompanhamento de audiências. Então, buscou-se criar um ambiente no qual os alunos pudessem aplicar na prática os conceitos aprendidos nas atividades teóricas sobre arbitragem. Assim, decidiu-se criar uma atividade simulada, contando com professores que já atuaram como árbitros.

Com a ideia embrionária do que seria tal simulação, passou-se a pensar nos tipos de questões que seriam passíveis de utilização, por parte dos alunos, nas atividades de aprendizado do funcionamento de uma arbitragem.

Inicialmente, causou embaraço o fato de os alunos estarem apenas no segundo ano letivo da faculdade de direito e não se saber até que ponto eles dominariam uma matéria de mérito do litígio posto, a ponto de defendê-la e discuti-la perante uma banca. A solução, contudo, foi arriscar, isto é, apresentar questões complexas para os alunos, simplificando-as onde fosse possível, e ajudá-los também naquilo que não fosse transferir o trabalho para terceiros.

Foi nessa esteira que os monitores surgiram, alunos mais velhos com algum conhecimento do assunto ou que já tinham participado da atividade em anos anteriores, sob a coordenação de alunos da pós-graduação.

A espinha dorsal do grupo, portanto, estava formada, e o anúncio da atividade foi feito para alunos do segundo ano letivo da faculdade de direito da Universidade de São Paulo no ano de 2005, com opção de dois dias semanais para que as atividades fossem realizadas. Na época, o professor Carlos Alberto de Salles era professor regente de Teoria Geral do Processo para os alunos que eram "os alvos" da atividade; assim, a adesão foi grande.

Passou-se, então, a discutir qual caso prático seria aplicado aos alunos. O objetivo foi traçado: em primeiro lugar, deveria ser um caso com discussão jurídica simplificada,

com a consequente remoção de alguns detalhes, e, em segundo lugar, era preciso existir referências doutrinárias e jurisprudenciais para alicerçar qualquer um dos pontos que o grupo fosse defender. Nesse sentido, o caso prático partiu de um famoso caso envolvendo arbitragem no Brasil como pano de fundo de direito material.

A elaboração do caso é feita em duas fases. Primeiro, busca-se uma relação jurídica base, na maioria das vezes contratual, que facilita a vivência dos alunos com regras e legislações aplicáveis. Depois, cria-se um conflito decorrente dessa relação. Há sempre um inadimplemento, mas com discussões de culpabilidade e arbitrabilidade da questão discutida.

Regra geral, portanto, sempre há uma discussão prejudicial da arbitragem a qual envolve arbitrabilidade, análise das questões que podem ser submetidas à forma de solução de conflitos arbitral, e uma discussão de direito material com alguns aspectos fáticos nebulosos, para que os alunos possam criar (quanto à matéria probatória, por exemplo) e tentar convencer os árbitros que participarão do painel.

4.2 Divisão de papéis

Superadas essas fases, buscou-se também garantir aos alunos conhecimento acerca dos regulamentos de câmaras de arbitragem, com o fim de manejá-los e tomar decisões conforme as regras lá estabelecidas. Obviamente, na execução dos casos práticos, os regulamentos precisaram ser simplificados e alguns procedimentos foram extirpados, tendo em vista a exiguidade de tempo, elevada complexidade ou até mesmo irrelevância para o exercício prático proposto.

Desenvolvidas as monitorias, pretendeu-se incluir o maior número possível de alunos no painel arbitral, com a criação de diversos papéis, como os de peritos de várias matérias, testemunhas variadas e muitos advogados. Essa estratégia foi equivocada, já que o envolvimento dos alunos não ocorreu com a mesma profundidade e o painel mostrou-se mais longo do que os coordenadores do evento consideravam razoável.

Com base nessas experiências anteriores, hoje há uma participação mais enxuta: quatro alunos como advogados de cada uma das partes, um representando cada uma das partes e poucas testemunhas. Os painéis demonstraram que muitas testemunhas e muitos peritos acabavam deslocando o foco da atividade de um plano técnico para um plano teatral, que, embora interessante, não é o ponto principal da atividade.

A alteração de rumo se mostrou interessante, e a criatividade dos alunos levou à busca até de pareceres de professores acerca das questões envolvidas na simulação. Isso consolidou o entendimento de que a menor quantidade de alunos não significaria menor esforço e, principalmente, menor qualidade.

Viu-se, então, que a redução de alunos participantes concentrava a questão no âmbito técnico-jurídico e envolvia mais os alunos no caso, já que a divisão de trabalho era menor e permitia que eles acompanhassem uma parcela maior do processo criativo da atividade.

Os árbitros, por sua vez, são escolhidos entre professores atuantes na área de arbitragem, bem como especialistas na matéria envolvida. Já foram árbitros das atividades diversos professores, mas sempre atendendo ao requisito da especialização, tão caro na arbitragem.

4.3 Casos[17]

Em 2005, o primeiro das atividades, o caso partiu de uma discussão envolvendo a vinda de uma montadora para o Brasil em associação com uma empresa nacional. A relação contratual foi bastante simplificada e muitos detalhes foram suprimidos, de modo a permitir o bom desempenho das atividades pelos alunos.

Apesar das dificuldades inerentes ao primeiro ano da atividade, o caso foi destrinchado pelos alunos, que se dedicaram à defesa dos interesses de cada uma das partes e se aprofundaram bastante nas questões envolvidas. De qualquer modo, a experiência foi muito importante para se apresentar a atividade à comunidade acadêmica e tentar torná-la recorrente e disponível aos futuros alunos.

Em 2006, houve um caso prático mais complexo, com maior quantidade de documentos para análise dos alunos. Talvez tenha sido o ano mais importante da atividade até o momento, não só para sua consolidação, mas também para adequação ao seu atual formato.

Tratou-se de uma discussão acerca da arbitrabilidade de conflitos societários envolvendo um sócio e uma grande empresa de capital aberto, ambos fictícios. Foi elaborado então um grande número de documentos societários, atas de assembleias e notificações.

Esse foi o ápice de documentos elaborados e, na prática, o máximo de trabalho dado aos alunos. Apesar do temor inicial de que a tarefa seria muito complexa, foi interessante verificar o esforço dos alunos e o seu empenho em compreender questões tão intrincadas e rarefeitas como aquelas ligadas ao direito societário.

Entre os ótimos resultados colhidos em 2006, está o fato de que a atividade serviu para consolidar a convicção de que os alunos não precisam ter aprendido na faculdade a questão que serve de pano de fundo da arbitragem. Basta um bom preparo acerca do instituto da arbitragem e, posteriormente, um estudo dirigido, para que as questões postas pelo problema e contidas no caso prático sejam solucionadas de alguma forma por eles.

Em 2007, 2008 e 2009, os casos seguiram os mesmos padrões de 2006, quais sejam, questões atuais e polêmicas de arbitragem. Houve muito trabalho por parte daqueles que minutaram o caso, já que não teve um caso real para servir de inspiração.

No primeiro dos anos, foram trazidas questões envolvendo direito administrativo, direito internacional privado e direito público, com a criação de um novo Estado, Cabo Leste, que passava por problemas em relação a licitações realizadas antes de sua independência. Os alunos se debruçaram com afinco sobre as questões apresentadas, entre elas questões envolvendo projetos de hospitais elaborados. Eles estranharam a

quantidade de prova a ser produzida durante o painel arbitral, mas, infelizmente, a criação e o encaixe desta criação no âmbito do painel arbitral também faz parte da atividade. Claro, a verossimilhança deve estar presente, e o trabalho de convencimento dos árbitros é fundamental. Nem todas as situações possíveis podem ser previstas, e os grupos participantes devem estar prontos para rebater argumentos e provas com presença de espírito, já que faz parte do aprendizado vivencial apresentar reações de acordo com o papel desempenhado, uma vez que não é possível prever todos os atos que podem ocorrer durante a instrução.

Em 2008, a discussão envolveu uma sociedade existente entre duas empresas, uma de transporte e uma petrolífera. Nessa relação também foram discutidas questões de direito concorrencial, especialmente quanto à relação societária entre as empresas e a obrigatoriedade de aquisição de quantidades mínimas de combustíveis. A atividade também foi um grande sucesso. O esforço dos alunos demonstrou que o modelo adotado estava funcionando.

Em 2009, a discussão envolveu uma relação de consumo na aquisição de um imóvel. Foram discutidas as questões da arbitrabilidade da discussão, do cumprimento substancial de obrigações, da consignação em pagamento e da responsabilidade civil.

Felizmente o padrão estava consolidado. O mecanismo de trabalho dos alunos, o raciocínio e a lógica jurídica, com maior ou menor complexidade, também se mantêm os mesmos, com a problematização de experiências próximas da prática.

O próximo objetivo do grupo é o desenvolvimento desta atividade através de uma disputa entre instituições de ensino. A ideia está lançada, e seu desenvolvimento já começou.

Conclusão

A experiência do NEMESC merece reflexão. Nascida da necessidade, ela representa um modelo que deu certo, tentando aliar teoria e prática vivencial. A ponte entre essas duas formas de aprendizado ainda não encontrou uma fórmula adequada dentro das disciplinas dos cursos de direito. A partir do ineditismo do tema (meios alternativos de solução de controvérsias), o NEMESC desenvolve os seus estudos e as suas pesquisas com envolvimento de alunos de graduação e pós-graduação. O NEMESC, sobretudo, enfrentou o desafio de encontrar a dose adequada entre atividades teóricas e práticas, com a firme preocupação de estabelecer, na mente do aluno, um permanente diálogo entre ambas. Como demonstrado, o NEMESC, ao longo dos anos, vem buscando esta dose correta, tendo como premissa a crença na capacidade dos alunos de intelecção, investigação e resposta a problemas apresentados. Daí a convicção de que se trata de experiência a ser partilhada e multiplicada.

: ARTIGO APROVADO (17/05/2010) : *RECEBIDO EM 09/11/2009*

NOTAS

1 Não que elas não existam. Nos cinco anos que já duram as atividades descritas neste artigo, temos tido a grata satisfação de perceber um número crescente de iniciativas pioneiras e criativas nessa área, principalmente ligadas à mediação.

2 No caso, Teoria Geral do Processo, no terceiro semestre do curso, e Direito Processual Civil I, no quarto.

3 *Mediação de conflitos no palco*, apresentada pelo Núcleo de Interação de Artes da Associação Interação Rede Social, em 25 de maio de 2009, no Auditório XI de Agosto. Texto de direção de Cinthia Zacarriotto. A peça versava sobre um casal que pleiteava a separação, mas ao final restou evidente a diferença entre posição e interesse, bem como os segredos que levaram as partes ao conflito, em um final surpreendente. Mais informações sobre a peça e sua autora podem ser obtidas no site: <http://www.interacaoredesocial.org>, na seção Projetos – Artes & Cultura.

4 Cf. GARTH, Bryant G. ADR and Civil Procedure: A Chapter or an Organizing Theme?, *Journal of Legal Education*, v. 37, pp. 34–6, 1987.

5 Ver anexo 2.

6 Além das hipóteses forenses, em sua vivência como causídico a negociação será de suma importância. Como singelo exemplo, destaca-se que para a fixação da verba honorária em contrato é essencial que o advogado negocie valores (embora nas faculdades tal tema não seja abordado).

7 Artigo 125 do CPC: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV – *tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes*" (grifos nossos).

8 Os textos são escaneados e enviados no formato digital.

9 Há indicações de leitura básica, cujo teor será debatido em sala de aula, e de bibliografia complementar, para aprofundamento sobre o assunto.

10 Cada texto costuma ter entre 8 e 15 páginas; a experiência com textos mais longos e/ ou estrangeiros tem revelado menor adesão dos alunos à sua leitura.

11 Helena Mandelbaum colaborou valiosamente para essa atividade, prestando seus amplos conhecimentos como experiente mediadora ao corpo discente. Forneceu ainda para o trabalho um caso empresarial que efetivamente ocorrera, possibilitando aos alunos perceberem a amplitude da possibilidade da mediação nos mais diversos ramos.

12 Este, apesar de estar vinculado ao poder judiciário, independe da prestação jurisdicional tradicional, e sua localização é diversa do fórum tradicional.

13 Sua realização decorreu de contato com a mediadora Lia Regina Castaldi Sampaio, que de forma muito generosa e colaborativa dispôs-se a atuar para sua realização, apesar de muitas dificuldades a serem superadas para sua realização.

14 Como na Faculdade de Direito não havia os equipamentos suficientes para a apresentação de uma peça teatral, houve a adaptação do formato para compor uma leitura dramática.

15 Professora associada do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP.

16 Juíza titular da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Jundiaí/SP e presidente do Núcleo de Conciliação e Mediação da APAMAGIS.

17 Ver anexo 1.

Anexo 1

Lista de casos do NEMESC e árbitros do painel arbitral

ANO	CASO	ÁRBITROS
2005	COBRAFOAUTO – CONFLITO CONTRATUAL ENTRE FÁBRICA DE VEÍCULOS E DISTRIBUIDORA NO BRASIL	FÁBIO NUSDEO, CARLOS ALBERTO CARMONA E ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO E CINTRA
2006	LIVRARIA LEITURA E LIVROS S.A. – CONFLITO SOCIETÁRIO	CARLOS ALBERTO CARMONA, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES E FÁBIO NUSDEO
2007	CABO LESTE – CONFLITO ENVOLVENDO DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO	CARLOS ALBERTO CARMONA, MARISTELA BASSO E PAULA ANDRÉA FORGIONE
2008	BRASIL VIA LTDA. – CONFLITO ENVOLVENDO DIREITO FALIMENTAR, DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO CONCORRENCIAL	CARLOS ALBERTO CARMONA, CARLOS ALBERTO DE SALLES E PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO
2009	CONSTRUCASA – CONFLITO ENVOLVENDO DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL	CARLOS ALBERTO CARMONA, ALBERTO DO AMARAL E HERMES MARCELO HUCK

Anexo 2

Formulário de visitas a setores de conciliação

NOME DO ALUNO: _____

LOCAL VISITADO: _____

NOME DO CONCILIADOR: _____

DATA: / /

Seção I – Identificação do caso

1) DADOS GERAIS:

REQUERENTE: _____

REQUERIDO: _____

PROCESSO Nº _____

AÇÃO: _____

DATA DE DISTRIBUIÇÃO: / /

2) QUAL A NATUREZA DA LIDE?

☐ CIVIL

☐ COMERCIAL

☐ CONSUMIDOR

OUTRA: _____

3) O VALOR DA CAUSA É:

☐ ESTIMADO

☐ REAL, R$ _____

4) É A PRIMEIRA VEZ QUE AS PARTES PARTICIPAM DE UMA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO?

REQUERENTE	REQUERIDO
☐ SIM	☐ SIM
☐ NÃO	☐ NÃO

5) EM QUE FASE O PROCESSO ESTÁ?

☐ INICIAL POSTULATÓRIA

☐ SANEADORA PROBATÓRIA

OUTRA: _____

Seção II – Perfil do conciliador

6) O CONCILIADOR É:

☐ JUIZ DO PROCESSO

☐ JUIZ DO SETOR DE CONCILIAÇÃO

☐ SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA

OUTRO: _____

7) QUAL O CRITÉRIO PARA A REMESSA DO PROCESSO À CONCILIAÇÃO?

☐ ANÁLISE DO CASO CONCRETO PELO MAGISTRADO

☐ FLUXO

OUTRO: _____

8) QUAL A IDADE DO CONCILIADOR?

☐ MENOS DE 30 ANOS

☐ ENTRE 30 E 40 ANOS

☐ MAIS DE 40 ANOS

9) SEXO DO CONCILIADOR:

☐ FEMININO

☐ MASCULINO

10) QUAL A FORMAÇÃO DO CONCILIADOR?

☐ SUPERIOR INCOMPLETO

☐ SUPERIOR COMPLETO

11) A FORMAÇÃO DO CONCILIADOR É:

☐ JURÍDICA

☐ NÃO-JURÍDICA. QUAL? _____

12) TEVE CURSO PREPARATÓRIO DE CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO?

☐ SIM, POSSUI MAIS DE 40 HORAS DE FORMAÇÃO

☐ SIM, POSSUI ENTRE 20 E 40 HORAS DE FORMAÇÃO

☐ SIM, POSSUI MENOS DE 20 HORAS DE FORMAÇÃO

☐ NÃO

13) HÁ QUANTO TEMPO ATUA COMO CONCILIADOR?

☐ MENOS DE 1 ANO

☐ ENTRE 1ANO E 3 ANOS

☐ MAIS DE 3 ANOS

14) O CONCILIADOR RECEBE REMUNERAÇÃO:

☐ SIM

☐ NÃO

☐ APENAS AJUDA DE CUSTO

15) O CONCILIADOR EXERCE ATIVIDADE REMUNERADA?

☐ NÃO

☐ SIM. QUAL? _____

Seção III – A dinâmica da sessão de Conciliação

O CONCILIADOR:

16) EXPLICOU PREVIAMENTE ÀS PARTES AS REGRAS SOBRE O PROCEDIMENTO DE CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

17) FOI OBJETIVO?

☐ SIM

☐ NÃO

18) FOI IMPARCIAL?

☐ SIM

☐ NÃO

19) MOTIVOU AS PARTES PARA SE EXPRESSAREM?

☐ SIM

☐ NÃO

20) UTILIZOU O ARGUMENTO DE MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO?

☐ SIM

☐ NÃO

21) SE SIM, A CONTRIBUIÇÃO DESSE ARGUMENTO PARA O ACORDO FOI:

☐ DECISIVA

☐ RELEVANTE

☐ INDIFERENTE

22) AS PARTES UTILIZARAM ARGUMENTOS DE:

☐ PODER. QUAIS? _____

☐ DIREITO. QUAIS? _____

☐ INTERESSE. QUAIS? _____

23) QUANTO TEMPO DUROU A SESSÃO DE CONCILIAÇÃO?

☐ MENOS DE 20 MINUTOS

☐ DE 20 MINUTOS A 40 MINUTOS

☐ MAIS DE 40 MINUTOS

24) QUAL O INTERVALO INDICADO NA PAUTA ENTRE AS CONCILIAÇÕES DESTA DATA?

☐ 15 MINUTOS

☐ 30 MINUTOS

☐ 1 HORA

☐ SUPERIOR A 1 HORA

25) HOUVE ATRASO NA PAUTA?

☐ NÃO

☐ SIM, MENOS DE 15 MINUTOS

☐ SIM, ENTRE 15 E 30 MINUTOS

☐ SIM, MAIS DE 30 MINUTOS

Seção IV – O acordo

26) AS PARTES ESTAVAM ACOMPANHADAS POR ADVOGADOS?

REQUERENTE	REQUERIDO
☐ SIM	☐ SIM
☐ NÃO	☐ NÃO

27) HOUVE PROPOSTA DE ACORDO?

☐ SIM

☐ NÃO

28) SE SIM, DE QUEM FOI A INICIATIVA?

☐ REQUERENTE

☐ REQUERIDO

☐ CONCILIADOR

29) A PROPOSTA DE ACORDO FOI REDUZIDA A TERMO MESMO NÃO SENDO ACEITA?

☐ SIM

☐ NÃO

30) HOUVE COMUNICAÇÃO ENTRE AS PARTES BUSCANDO CHEGAR AO CONSENSO?

☐ SIM

☐ NÃO

31) O CONCILIADOR FAVORECEU A DISCUSSÃO SOBRE POSSÍVEIS TERMOS DE ACORDO?

☐ SIM

☐ NÃO

32) SE SIM, ESTA INTERVENÇÃO FOI PARA A COMUNICAÇÃO ENTRE AS PARTES:

☐ DECISIVA

☐ RELEVANTE

☐ INDIFERENTE

Seção V – SATISFAÇÃO DAS PARTES

A CONCILIAÇÃO FOI, CONSIDERANDO OS SEGUINTES CRITÉRIOS:

1. PÉSSIMO, 2. RUIM, 3. REGULAR, 4. BOM, 5. ÓTIMO.

33) PARA O REQUERENTE, FOI _____

34) PARA O REQUERIDO, FOI _____

35) PARA O CONCILIADOR, FOI _____

O **REQUERENTE** CONSIDERA QUE:

36) CONSEGUIU EXPRESSAR SUA VERSÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

37) HOUVE SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS QUE GERARAM A LIDE?

☐ SIM

☐ NÃO

38) HOUVE MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DA SUA PARTE COM A CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

39) HOUVE MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DA PARTE CONTRÁRIA COM A CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

40) COMPREENDEU OS TERMOS UTILIZADOS PELO CONCILIADOR DURANTE A CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

41) COMPREENDEU O CONTEÚDO E LIMITES DO ACORDO?

☐ SIM

☐ NÃO

42) FICOU EM DÚVIDA ENTRE SEGUIR A ORIENTAÇÃO DO ADVOGADO E ACEITAR OU PROPOR ALGUM ACORDO?

☐ SIM

☐ NÃO

☐ ERAM COINCIDENTES

43) TRANSFERIU A DECISÃO DE REALIZAR OU NÃO O ACORDO PARA O ADVOGADO?

☐ SIM

☐ NÃO

O **REQUERIDO** CONSIDERA QUE:

44) CONSEGUIU EXPRESSAR SUA VERSÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

45) HOUVE SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS QUE GERARAM A LIDE?

☐ SIM

☐ NÃO

46) HOUVE MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DA SUA PARTE COM A CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

47) HOUVE MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DA PARTE CONTRÁRIA COM A CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

48) COMPREENDEU OS TERMOS UTILIZADOS PELO CONCILIADOR DURANTE A CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

49) COMPREENDEU O CONTEÚDO E LIMITES DO ACORDO?

☐ SIM

☐ NÃO

50) FICOU EM DÚVIDA ENTRE SEGUIR A ORIENTAÇÃO DO ADVOGADO E ACEITAR OU PROPOR ALGUM ACORDO?

☐ SIM

☐ NÃO

☐ ERAM COINCIDENTES

51) TRANSFERIU A DECISÃO DE REALIZAR OU NÃO O ACORDO PARA O ADVOGADO?

☐ SIM

☐ NÃO

O **CONCILIADOR** CONSIDERA QUE:

52) PERMITIU ÀS PARTES QUE SE EXPRESSASSEM?

☐ SIM

☐ NÃO

53)BUSCOU A SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS QUE GERARAM A LIDE?

☐ SIM

☐ NÃO

54) PODE TER OCORRIDO UMA MUDANÇA NO COMPORTAMENTO DAS PARTES A PARTIR DA CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

55) A PARTICIPAÇÃO DOS ADVOGADOS FOI?

☐ POSITIVA, POIS FAVORECEU A CONCILIAÇÃO

☐ NEGATIVA, POIS ATRAPALHOU A CONCILIAÇÃO

☐ OUTRA _____

56) CONHECIA O TEOR DOS AUTOS ANTES DO INÍCIO DA CONCILIAÇÃO?

☐ SIM

☐ NÃO

Seção VI – Síntese conclusiva

57) APÓS A ANÁLISE DOS ASPECTOS GERAIS E DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS, FAÇA AS OBSERVAÇÕES ADICIONAIS QUE JULGAR PERTINENTE, COMENTANDO O CASO PESQUISADO.

OBS. ESTA ANÁLISE DISSERTATIVA DEVERÁ SER ENTREGUE EM FOLHA SEPARADA COM O NOME DO ALUNO.

Carlos Alberto de Salles

Mestre e doutor em direito pela Universidade de São Paulo (USP)

Professor doutor do departamento de direito processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Promotor de Justiça em São Paulo

Alameda Jaú, 1817, apto. 82
Cerqueira César – 01420-002
São Paulo – SP – Brasil
casalles@uol.com.br

Daniela Monteiro Gabbay

Mestre e doutoranda em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Pesquisadora e professora da clínica de mediação DIREITO GV

Fox International Fellow pela Universidade de Yale (EUA)

Advogada

Rua das Uvaias, 179, apto. 62
Saúde – 04055-110
São Paulo – SP – Brasil
daniela.gabbay@fgv.br

Érica Barbosa Silva

Mestre e doutoranda em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Pesquisadora e professora de processo civil e hermenêutica jurídica

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Tabeliã de Notas e Oficiala Registradora em São Paulo

Rua Avanhandava, 103, apto. 10
Bela Vista – 01306-000
São Paulo – SP – Brasil
ericab.silva@uol.com.br

Fernanda Tartuce

Mestre e doutoranda em direito processual pela Universidade de São Paulo Professora e sub-coordenadora em cursos de especialização em direito civil e processual civil

Professora de direito processual e prática civil em cursos preparatórios para carreiras jurídicas

Advogada orientadora do departamento jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (USP)

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Advogada e mediadora

Rua Dom Duarte Leopoldo, 202, apto. 132
Cambuci – 01542-000
São Paulo – SP – Brasil
fetartuce@uol.com.br

Luis Fernando Guerrero

Mestre e doutorando em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Especializado em mediação e negociação pela Northwestern University (EUA)

Advogado

Rua Alsacia, 230
Jardim Aeroporto – 04630-010
São Paulo – SP – Brasil
lfg@dinamarco.com.br

Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini

Especialista em direito internacional pela Universidade de São Paulo (USP)

Mestre e doutor direito processual pela Universidade de São Paulo (USP)

Pesquisador e professor universitário

Membro do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ)

Advogado

Rua Caraíbas, 1199, apto. 101-A
Perdizes – 05020-000
São Paulo – SP – Brasil
marco.lorencinil@gmail.com

QUEM SOU EU PARA DISCORDAR DE UM MINISTRO DO STF? O ENSINO DO DIREITO ENTRE ARGUMENTO DE AUTORIDADE E LIVRE DEBATE DE IDEIAS

Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wei Liang Wang *

WHO AM I TO DISAGREE WITH A SUPREME COURT JUSTICE? LEGAL EDUCATION BETWEEN ARGUMENT FROM AUTHORITY AND FREE DEBATE OF IDEAS

RESUMO

Este artigo tem como objetivo narrar uma experiência concreta com aulas participativas. O que se pretende é, entre outras coisas, demonstrar que nem sempre são necessárias reformulações radicais na metodologia do ensino jurídico para que resultados positivos sejam alcançados. Algumas das formas tradicionais de ensino – no caso em questão, os seminários – às vezes não produzem os efeitos desejados, por deficiências no planejamento ou por reproduzirem vícios do ensino jurídico, como: ensino não participativo; foco no argumento de autoridade; muita exposição e pouco debate; falta de incentivo a posturas críticas etc. A reprodução desses vícios, aliada ao fato de que, nos seminários, muitas vezes o professor está ausente, parece-nos ser a causa da percepção generalizada de que aulas de seminários são uma forma menos importante de aprendizado. Nossa experiência tem demonstrado que esse cenário pode ser muito diferente, se alguns cuidados forem tomados.

PALAVRAS-CHAVE

Ensino jurídico; metodologia; direitos fundamentais; jurisprudência; seminários.

ABSTRACT

The aim of this paper is to narrate an experience with participative classes. We argue that radical changes in the current methods of legal education are not always necessary in order to achieve positive outcomes. Sometimes the participative methods already used in Brazilian legal education – we focus on seminars – fail to lead to good results either due to deficiencies in planning, or because they tend to replicate the most common problems associated with non-participative methods, such as: focusing on arguments from authority; excess of lecturing and lack of debate; lack of incentive to critical attitudes, among many others. The replication of these problems, combined with the recurrent absence of the professor responsible for the course, seems to us to be the main cause of the widespread perception that seminars are a method of learning of minor importance. Our experience, however, has shown that this scenario may change significantly if due care is exercised.

KEYWORDS

Legal education; methodology; constitutional rights; case law; seminars.

Apresentação

A indagação que dá título a este artigo foi feita, timidamente, por um aluno durante a apresentação do primeiro seminário do curso de direitos fundamentais, no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sua escolha como título tem uma razão simples. A pergunta reflete alguns dos vícios mais graves

e consolidados no ensino do direito no Brasil: o respeito excessivo ao argumento de autoridade e a falta de uma cultura acadêmica que fomente a análise crítica e a livre discussão de ideias.

Foi o diagnóstico acerca desses vícios que levou à reflexão sobre alternativas didáticas que pudessem, se não eliminá-los, ao menos atenuá-los. Parecia claro que uma das principais formas (em alguns casos, a única forma) de ensino do direito no Brasil – a aula exclusivamente expositiva – contribuía fortemente para que tanto o respeito incondicional ao argumento de autoridade quanto a ausência de livre discussão de ideias continuassem a predominar entre nós. Parecia claro também que esse cenário era responsável por uma progressiva perda de motivação dos estudantes entre o início e a conclusão de seus cursos.

Diante da impossibilidade de uma alteração radical no processo pedagógico, visto que a disciplina em questão está inserida em uma grade curricular já estabelecida, com carga horária definida, ministrada em espaço físico não adaptado a outras possibilidades, com elevado número de alunos (na época, 120 por turma),[1] a melhor saída pareceu ser um esforço no sentido de aperfeiçoar certo método de ensino que, embora utilizado há muito tempo nas faculdades de direito, costuma ser, em boa parte das vezes, mal aproveitado: os seminários. Este aproveitamento deficiente dos seminários deve-se sobretudo a uma deturpação muito comum no seu uso: em vez de ser um espaço propício ao debate entre os estudantes, os seminários constantemente reproduzem a racionalidade das aulas expositivas; a única diferença é a substituição da figura do professor–expositor pela do aluno–expositor. Isso com frequência leva à percepção de que os seminários são, na formação jurídica dos estudantes, menos importantes que as aulas dos docentes.

A premissa que adotamos foi a de que os seminários podem e devem se diferenciar das aulas expositivas, já que os alunos deixam de ser meros espectadores, com participação eventual e pontual, para tornarem-se protagonistas. No entanto, como ressaltado acima, tal protagonismo não pode ser baseado na exposição, mas tem de ser baseado no debate. Ou seja, o papel central que os estudantes devem ter nos seminários não deve decorrer da assunção da tarefa de expor a matéria a ser estudada, mas de uma participação maior e efetiva no debate. Nesse sentido, é preciso muito cuidado para que a parte de apresentação do seminário – ou seja, a exposição, por parte do estudante, do texto definido para aquela aula –, embora também importante, não ofusque o papel dos debates. Se a qualidade de uma aula expositiva depende, em grande parte, do conhecimento, da didática e das habilidades comunicativas do professor, os seminários dependem fundamentalmente da participação e da preparação dos alunos. Fomentar o aluno a participar deve ser, portanto, a própria razão de ser do seminário.

O que este artigo pretende mostrar é que as aulas de seminário, quando tomadas as devidas precauções, além de poderem ser interessantes e instigantes para os alunos,

têm potencial para desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes que uma aula expositiva dificilmente conseguiria. Para tanto, escolhemos descrever como tem sido a experiência no uso desse método didático e pedagógico em uma situação concreta: os seminários realizados na disciplina direitos fundamentais, ministrada pelo professor Virgílio Afonso da Silva, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.[2] Nossa proposta é compartilhar algumas experiências que consideramos positivas e submetê-las à crítica da comunidade acadêmica. Ou seja, não nos propomos, aqui, a fornecer alguma teoria abrangente, com pretensões universalistas, acerca do ensino jurídico ou a apontar de forma genérica alguns de seus problemas. Nossa intenção é mostrar como a "reformulação do já existente" pode contribuir para a melhora na formação do estudante de direito no Brasil.

Para atingir os objetivos propostos, este artigo está estruturado da seguinte maneira: na parte 1 será exposto aquilo que chamamos de "bastidores" dos seminários, ou seja, a forma como é feita a divisão das salas e dos grupos, a definição das duplas de estudantes, a escolha dos temas e do material de leitura**,** a seleção e a preparação dos monitores e o uso de sistemas eletrônicos de gestão de aprendizagem; a parte 2 é dedicada a apresentar a dinâmica dos seminários – apresentação dos textos e realização dos debates –; a parte 3 justifica a razão pela qual chegar a uma única "resposta correta" não é objetivo dos seminários; a parte 4 explica a forma de avaliação dos alunos; a parte 5 pretende mostrar o quão importante pode ser a presença do professor nos seminários; por fim, a parte 6 é dedicada a algumas reflexões finais.

1 Os "bastidores" dos seminários

1.1 A divisão das salas

No curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo havia, até 2007, duas turmas por período de estudo, ou seja, duas turmas no período matutino e duas no período noturno. Cada uma delas tinha por volta de 120 alunos. Em 2008, o número de turmas dobrou (quatro por período), e o tamanho de cada uma delas reduziu pela metade: sessenta alunos. Em ambos os casos – 120 ou 60 alunos – uma aula baseada em debates seria impossível. Por mais que nas aulas expositivas[3] de direitos fundamentais haja uma provocação constante a que os estudantes participem, o nível de participação dificilmente poderá ser tão intenso. Por isso, tanto antigamente quanto hoje em dia, as turmas são divididas em grupos menores.[4] Antes, esses grupos tinham por volta de 20 estudantes; hoje eles têm por volta de 16. Se a participação é um aspecto essencial de um seminário, as classes não podem ser grandes demais. Embora o conceito do que seja uma classe "grande" possa estar sujeito a discussão, neste texto ele significa uma sala com mais de vinte alunos. Existem algumas razões simples para fixar esse limite numérico.

A primeira delas está associada ao tempo de aula. Imaginemos uma sala com cinquenta alunos, o que está muito longe de ser incomum, e que houvesse uma hora de aula. Isso significaria que, se todos os estudantes quisessem participar, cada um teria pouco mais de um minuto para se manifestar.[5] Parece-nos claro que isso é pouco para que o aluno possa expor, com qualidade, seu ponto de vista sobre os diversos pontos abordados no seminário.

Uma segunda razão está associada à dinâmica pessoal. Turmas grandes tendem a amedrontar aquelas pessoas mais introvertidas, enquanto as turmas pequenas tendem a criar um ambiente mais íntimo, no âmbito do qual as pessoas podem se sentir mais à vontade para falar e, até mesmo, para discordar de colegas e monitores. Criam-se laços de empatia entre os alunos e entre alunos e monitores, o que, aos poucos, pode atenuar a timidez de alguns em falar para grandes públicos.

Por fim, uma última razão para a divisão das turmas em pequenos grupos está associada à avaliação. Se todos têm a oportunidade de participar do debate, torna-se possível também que essa participação seja avaliada. Em turmas pequenas, os monitores conhecem os alunos pelo nome e, como os alunos têm muitas oportunidades para participar, é possível perceber se o estudante leu ou não o material selecionado e, caso tenha lido, o quanto ele conseguiu aproveitar dessa leitura.

1.2 A definição das duplas de estudantes

As apresentações dos textos são sempre feitas em duplas, com exceção dos casos em que a classe tenha número ímpar; nessa hipótese, o seminário que tiver maior carga de leitura é atribuído a um trio de estudantes. As duplas são formadas por ordem alfabética – às vezes de nome, às vezes de sobrenome –[6] e não estão sujeitas à livre escolha dos alunos. O estabelecimento dessa regra tem duas razões, uma logística e outra ligada à dinâmica de trabalho: em primeiro lugar, deixar que a definição das duplas fique a cargo dos próprios estudantes exigiria um sistema de inscrições de duplas o qual poderia levar tempo para ser organizado e, sobretudo, para ser completado; a segunda razão, aqui denominada de "dinâmica de trabalho", diz respeito à relevância de o estudante aprender não apenas a trabalhar em equipe, mas também a interagir construtivamente com pessoas com as quais ele não necessariamente tem afinidade ou amizade.[7]

Os alunos, antes de apresentarem seus seminários, têm acesso a um roteiro simples, que explica o que se espera de um seminário, e com dicas sobre como apresentá-lo.[8] Dessa forma, o aluno saberá de antemão como deverá formatar sua apresentação e quais os critérios com base nos quais será avaliado.

1.3 A escolha dos temas

É impossível abordar todos os temas relevantes no âmbito dos direitos fundamentais em apenas 10 ou 12 encontros ao longo do semestre. Isso também nunca nos pareceu

necessário. Partimos do pressuposto de que o estudante não precisa discutir todas as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais para ter uma sólida formação nessa disciplina. Para nós, aquele que aprende a pensar sobre os direitos fundamentais está apto a resolver qualquer problema que envolva esses direitos, mesmo que não tenha tido uma aula específica sobre determinada questão.[9]

A seleção dos temas (e textos) a serem discutidos ao longo do semestre tem, claro, um componente subjetivo e expressa, assim, as preferências daqueles que organizam o curso. Essa seleção, ainda que subjetiva, baseia-se em duas ideias básicas: (a) contemporaneidade do debate; e (b) possível aproveitamento da discussão para outros temas não abordados no semestre. A primeira ideia faz que sejam selecionados casos atuais,[10] o que, além de despertar mais o interesse dos estudantes, exige que a lista de casos seja sempre renovada, evitando-se, dessa forma, o conhecido problema dos conteúdos programáticos que se engessam no tempo e são repetidos à exaustão por anos a fio (às vezes, por décadas).[11] A segunda ideia indica que é melhor selecionar temas e casos cujo debate pode ser importante não apenas para aquela questão específica, mas também para outras correlatas.

1.4 Seleção do material de leitura

Para os seminários, os alunos leem principalmente decisões judiciais, quase que exclusivamente acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Sempre que possível, são escolhidos acórdãos em que haja voto vencido, para que os alunos tenham acesso a um número maior de argumentos e teses divergentes. Como alternativa, pode-se optar pela leitura da petição inicial e pelo voto de um ministro que tenha decidido de forma contrária àquela sustentada na petição,[12] ou ainda pela leitura de um *amicus curiae* e um voto o qual sustente tese contrária. Para certos temas, quando há algum caso importante e atual, no qual ainda não há decisão, pode-se optar também por utilizar apenas a petição inicial e uma manifestação em sentido contrário (parecer da Advocacia-Geral da União, de procuradorias e *amici curiae*, por exemplo). Em todos os casos, os estudantes acabam por incorporar o papel de ministros do Supremo Tribunal Federal.

A escolha por trabalhar preferencialmente com jurisprudência deveu-se, em primeiro lugar, à percepção de que o estudo das decisões judiciais não tem sido proporcional à importância cada vez maior que o Judiciário – o Supremo Tribunal Federal, em especial – tem tido na vida jurídica, social, econômica e política do país. Durante o curso de direito, os estudantes não costumam ter muitas oportunidades de ler decisões judiciais e – o que nos parece ainda mais grave – não são treinados para analisá-las criticamente.

Uma segunda razão para o foco na jurisprudência está intimamente associada ao nosso objeto de estudo: os direitos fundamentais. Nosso ponto de partida foi o seguinte: não é possível compreender os limites e as possibilidades de exercício de

cada direito fundamental se não analisarmos as colisões que cada forma de exercício desses direitos pode gerar. No Brasil, o ensino dos direitos fundamentais ainda parece pressupor a possibilidade de apreender *a priori* os limites de cada um dos direitos fundamentais em espécie. Se aceitássemos essa possibilidade, talvez fosse possível supor que o ensino baseado na doutrina pudesse ser suficiente. Como nosso ponto de partida era diverso, porque rejeitamos essa possibilidade de definição de limites *a priori* e em abstrato dos direitos fundamentais, nunca nos pareceu possível imaginar uma aula que fosse baseada na concepção abstrata de cada um desses direitos.[13] Daí a opção, desde o primeiro momento, por um enfoque concreto, baseado em casos reais, em que dois ou mais direitos fundamentais se encontrassem em uma situação de colisão.

A terceira razão para debater casos concretos diz respeito à tentativa de se romper com um certo distanciamento entre teoria e prática, infelizmente frequente no ensino jurídico. Não é o caso de reviver aqui o estéril debate acerca da prevalência da teoria sobre a prática ou da prática sobre a teoria. Esse debate apenas aprofunda o distanciamento entre ambas. Nosso ponto de vista a esse respeito sempre foi relativamente simples e direto: se se espera que os estudantes de direito aprendam e dominem um arsenal teórico que lhes possibilite argumentar e resolver problemas reais, parece-nos plausível supor que tal arsenal pode e deve ser testado com casos reais. Isso significa que o estudante precisa demonstrar não apenas que compreendeu corretamente o funcionamento desse instrumental em tese, mas também que é capaz de operá-lo e aplicá-lo.

Um exemplo frequente em nossos seminários pode ilustrar isso com mais clareza. Nas aulas teóricas, o aluno toma contato com a máxima da proporcionalidade como forma de controle de atos estatais os quais restringem direitos fundamentais. Ele aprende que essa máxima é formada por três testes: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.[14] Sempre nos pareceu fundamental que os estudantes, além de decorarem o que esses três testes significam, deveriam estar aptos a aplicá-los, para analisar um caso concreto e para avaliar se a aplicação que o Supremo Tribunal Federal fez da proporcionalidade em determinado caso real é consistente com os pressupostos teóricos estudados (ou com algum pressuposto teórico alternativo). Assim, os estudantes terão também a oportunidade de refletir criticamente sobre a teoria, ao ver como é a sua aplicação na solução de problemas reais.

1.5 Seleção dos monitores

Uma vez que o êxito das aulas de seminário depende, em certa medida, de determinadas capacidades e aptidões dos monitores que coordenam os debates, o processo de seleção destes tem então uma relevância inegável. Inicialmente, cogitou-se fazer um processo seletivo formal. No entanto, um procedimento como tal acabaria sendo necessariamente centrado em uma única prova (oral ou escrita), já que, ao contrário

do que ocorre com processos seletivos ou concursos docentes, a análise de currículo não seria capaz de fornecer grandes subsídios, visto que os candidatos seriam todos ainda estudantes. Por isso, e por entendermos que uma única prova poderia, quando muito, revelar conhecimentos dos candidatos sobre o conteúdo da disciplina, mas não o seu enquadramento no perfil desejado para a função, a ideia de um processo seletivo nesses moldes foi descartada.

Se o que se quer é encontrar pessoas com determinado perfil,[15] e não apenas com determinados conhecimentos, entendemos que a melhor forma de alcançar esse objetivo seria por meio de uma avaliação continuada, e não momentânea. Os monitores são então selecionados de duas formas distintas. O primeiro grupo de monitores é formado pelos orientandos de mestrado e doutorado do responsável pela disciplina, professor Virgílio Afonso da Silva. Por trabalhar de forma intensa com o próprio professor responsável, esses estudantes têm um contato mais direto e constante com a forma de trabalho esperada em um curso que se pretende focado no livre debate de ideias. O segundo grupo de monitores é selecionado entre os alunos dos cursos de pós-graduação ministrados pelo docente. Como esses cursos também são focados no debate, o professor tem um semestre inteiro para observar os estudantes os quais parecem mais se adequar ao perfil esperado.[16]

1.6 Preparação dos monitores

Há dois momentos importantes na preparação dos monitores. O primeiro deles é no início do semestre, antes do início do curso. O segundo são as reuniões que ocorrem antes de cada seminário.

Como os seminários estão baseados em premissas e diretrizes cuja implementação é imprescindível para o seu êxito, é importante que elas fiquem claras, desde o início, para todos os participantes. Por isso, ainda antes do início das aulas é realizada uma reunião, para que os novos monitores sejam esclarecidos acerca da dinâmica dos seminários, da seleção dos textos, dos critérios de avaliação etc. É importante que os monitores saibam, a princípio, o que deles se espera e que o bom desempenho de suas tarefas é fundamental para o bom andamento do curso.

Além disso, antes de cada seminário há uma reunião entre o professor e os monitores. Essas reuniões não servem para que o professor simplesmente oriente os monitores. A ideia é semelhante àquela na qual os seminários estão baseados: monitores e professor debatem livremente, procurando estabelecer quais são os pontos mais interessantes a serem discutidos naquele caso específico. As reuniões costumam durar entre 60 e 90 minutos (nos casos de reuniões para discutir dois temas, a duração pode ser de 120 minutos). Após a reunião, o professor elabora um roteiro que reproduz, com detalhes, os principais pontos discutidos. Esses serão, basicamente, os pontos os quais os monitores deverão explorar com os estudantes nos seminários e que, portanto, pautarão o debate.[17]

A reunião é fundamental na preparação dos monitores e tem reflexos na qualidade do seminário. Discutir o tema anteriormente ao seminário dá uma maior segurança ao monitor, pois ele já conhecerá os principais caminhos que a discussão pode percorrer, saberá os argumentos e as informações mais importantes sobre o tema, terá um entendimento mais consolidado e refinado sobre o caso e encontrará um espaço para tirar suas dúvidas e testar suas ideias antes de entrar em sala de aula. Desde o início, nunca nos pareceu plausível simplesmente atribuir temas e textos aos estudantes e "jogar" os monitores para a condução dos debates, sem um debate prévio entre monitores e professor.

A reunião tem também a função de informar os monitores sobre o que os alunos têm aprendido nas aulas expositivas do docente. Isso permite um alinhamento entre aquilo que se ensina nas aulas expositivas e aquilo que se discute nos seminários, o que tem dois efeitos positivos: evita que o monitor avance mais do que deveria no debate (já que é possível que alguns temas ainda sejam objeto de aula expositiva posterior); e evita que se perca tempo explicando o que todos já sabem ou deveriam saber. Dessa forma, o curso ganha maior coesão e dinamismo.

Os roteiros de seminários, aos quais os alunos não têm acesso, também cumprem a função de impedir que pontos importantes de cada caso deixem de ser discutidos ou que o debate seja dominado por questões de menor importância ou que fujam do escopo de um curso de direitos fundamentais. É preciso deixar claro, contudo, que os monitores têm liberdade para conduzir os debates conforme o ritmo de cada grupo. O roteiro garante uma uniformidade de informações e pontos de debate em todos os grupos, mas cada um seguirá seu ritmo, de acordo com a capacidade dos alunos de desenvolver e apreender os argumentos em discussão.[18]

1.7 A cooperação na condução dos debates

Não são apenas os estudantes que têm que trabalhar em dupla (quando da apresentação do seminário), mas também os monitores. Desde o início, optamos explicitamente por dois monitores por grupo de seminário. Esse trabalho em dupla tem, a nosso ver, inúmeras vantagens. A primeira delas é o fomento ao diálogo não apenas entre os alunos, mas também entre os monitores. Além disso, em muitas situações um monitor acaba "controlando" o outro, às vezes fazendo até mesmo um papel de opositor. Nesses casos, o papel de "advogado do diabo" que muitas vezes cabe aos monitores em relação aos alunos passa a ser exercido também por um monitor em relação ao outro. Dessa forma, o fomento ao dissenso deixa de ser apenas um lema que os monitores procuram inculcar nas atitudes dos estudantes e passa a ser exercitado também por aqueles que conduzem o debate. Essa não necessária concordância total entre monitores reforça, ainda, um dos pressupostos dos seminários, que é a inexistência de uma única resposta correta para todo e qualquer problema discutido.[19] Como os monitores não são professores de carreira, o trabalho em dupla tem ainda o benefício do apoio mútuo

e da solidariedade entre eles, o que tende a aumentar a sua confiança e diminuir o seu natural nervosismo. Por fim, no que diz respeito à avaliação dos alunos, a presença de dois monitores tende a promover maior equilíbrio na atribuição de notas.

Na definição das duplas de monitores, há um importante critério, que pode ser resumido pela ideia de *heterogeneidade*. Assim, se entre os monitores há alunos tanto de graduação quanto de pós-graduação, é importante que não exista uma dupla formada apenas por alunos de graduação. Ademais, se há monitores que já participaram das monitorias nos semestres anteriores e monitores novos, também é recomendável que as duplas reflitam essa situação.

1.8 O uso de sistemas eletrônicos de gestão de aprendizagem

Embora o curso de direito ainda possa ser realizado sem a necessidade de recursos tecnológicos, desde o início pareceu-nos importante aproveitar as vantagens que a tecnologia poderia oferecer. A Universidade de São Paulo oferece a todos os seus docentes acesso a um sistema de gestão de aprendizagem – Learning Management System (LMS) – chamado Moodle.[20] Em breves palavras, esse sistema consiste em um ambiente virtual acessível pela internet no qual são disponibilizadas as informações mais relevantes concernentes ao curso: calendário, horário e temas das aulas (expositivas e de seminário), divisão das salas e dos grupos de apresentação. Além disso, o Moodle permite aos alunos entrar em contato com o professor e com os monitores (e ao professor e aos monitores, entrar em contato com os alunos) e permite ao professor publicar as notas e divulgar palestras e outros eventos extraclasse de interesse para o curso.

Todo o material de leitura para seminário (e parte do material das aulas expositivas) está disponível em formato eletrônico no Moodle. Essa forma de disponibilizar o material de leitura é mais fácil, cômoda, econômica e ecologicamente correta.

2 A dinâmica dos seminários

2.1 A apresentação dos textos

O seminário é dividido em duas partes principais. Ele inicia com a exposição do caso pela dupla previamente definida, e, após a apresentação, passa-se diretamente ao debate que envolve todos os estudantes do grupo. Como já foi exposto anteriormente, um princípio fundamental de nossos seminários é o de que o foco deve ser sempre o debate. Assim, a exposição dos casos selecionados é apenas a base para esse debate. Portanto, é indispensável não permitir que a exposição se prolongue além do tempo previamente definido.[21]

Em um primeiro momento, alguns estudantes têm dificuldade em dosar o tempo de sua apresentação e, mais do que isso, não compreendem a rigidez no controle que

os monitores fazem desse tempo. Nossa premissa é a de que o limite de tempo é necessário, por diversas razões: em primeiro lugar, e mais importante, para que sobre o devido tempo para o debate; em segundo lugar, porque promove certa objetividade nas apresentações, já que não há tempo para devaneios ou digressões irrelevantes; e, por fim, porque serve como treino para os estudantes, que, ao longo de sua vida profissional, serão confrontados com várias situações semelhantes, isto é, situações nas quais o tempo de uso da palavra é limitado. Além disso, a limitação do tempo de apresentação é decorrência de outra premissa na qual o funcionamento de nossos seminários se baseia: a de que todos os alunos (e não só os expositores) leram todos os textos. Se isso é verdade, não deve ser tarefa dos expositores relatar integralmente o que leram (seria redundante), mas sim sistematizar e analisar criticamente o material que estudaram com mais tempo e atenção do que os outros. Como já foi dito, isso os força a avaliar o que é central nos argumentos e o que é secundário. Esse é um treino de leitura importantíssimo, que também contribuirá de forma relevante na formação dos estudantes.

Por fim, além desse desenvolvimento na habilidade de selecionar as informações mais relevantes para a apresentação, o aluno pratica sua comunicação oral. O objetivo é fazer que os estudantes desenvolvam habilidades como: organizar suas ideias de modo que sua exposição não fique confusa; lidar com o nervosismo de falar em público e ser avaliado; interagir com a plateia, se necessário; e treinar dicção e empostação da voz. Essas são habilidades as quais serão muito úteis para o futuro dos estudantes, independente de que carreira queiram seguir.

2.2 Debates

O debate, como já foi várias vezes salientado, é o cerne das aulas de seminário. É nesse momento que os monitores têm um papel mais relevante a cumprir. Sua função não é dar uma aula sobre o tema ou convencer os alunos a adotar determinado ponto de vista. Os monitores devem ter a função de *provocadores*, e não de doutrinadores, no sentido usualmente adotado no ambiente jurídico. Monitores que expressam posicionamentos muito definitivos sobre certo tema podem ou criar um indesejável consenso e acabar com o debate – o que poderia reproduzir, no seminário, o vício do argumento de autoridade – ou criar uma polarização maniqueísta capaz de transformar o debate em polêmica estéril.

De maneira a evitar esses dois cenários indesejáveis, os monitores devem incentivar os alunos a pensar criticamente, começando por identificar possíveis incoerências, inconsistências, contradições e pontos obscuros nos votos dos ministros do STF (ou nas petições iniciais, nas manifestações de procuradorias ou a Advocacia-Geral da União, ou, ainda, em *amici curiae*). Além de fomentar uma análise crítica por parte do aluno, isso pode ser uma poderosa arma para desconstruir o argumento de autoridade.[22] Ao monitor cabe esse papel de iniciar questionamentos que incitem essa visão

crítica, e, como demonstrou a experiência, os alunos logo adquirem conhecimento e confiança para fazer o mesmo por conta própria. É ao mesmo tempo interessante e gratificante notar como, à medida que progride o semestre, os próprios alunos tornam-se capazes de reflexões críticas refinadas e bem fundamentadas sobre os textos lidos nos seminários. Seguramente, a habilidade de analisar criticamente um texto acadêmico ou uma decisão, independente de quem seja o seu autor, é algo que acompanhará o aluno pelo resto de seu curso e em sua vida profissional.

Espera-se, portanto, que o aluno perceba que o seu aprendizado está diretamente relacionado com a sua capacidade de fazer perguntas, tanto em termos qualitativos (perguntas apropriadas) quanto em termos quantitativos (perguntas que procurem cobrir a maior parte das questões envolvidas no debate). O desempenho dos alunos durante o seminário é diretamente proporcional à sua preparação prévia, e, nessa preparação, cabe a ele fazer a si mesmo as perguntas apropriadas. Em última análise, o aprendizado por meio do livre debate de ideias é um aprendizado por meio de perguntas, porque são elas que indicarão os caminhos para as respostas. Assim, o papel dos monitores é atuar também como facilitadores ou mediadores desse processo, indicando as perguntas apenas quando os próprios alunos não as façam.

Algo que pode diminuir o rendimento de um seminário – e ao qual o monitor deve estar sempre atento – são os momentos em que a discussão corre o risco de cair no lugar-comum. Esse é um risco particularmente grande quando a discussão tem como objeto os direitos fundamentais, já que eles frequentemente estão cercados de polêmicas as quais permeiam não apenas a literatura jurídica, mas também o grande público e a imprensa. Isso significa que, muitas vezes, os alunos já vêm com uma posição pré-definida e, não raro, irrefletida sobre aquilo que será discutido.

Portanto, é imprescindível exigir que toda manifestação no debate seja devidamente fundamentada e faça referência ao material de leitura. Isso força os estudantes a irem além de suas pré-compreensões, muitas vezes baseadas em argumentos não jurídicos. A despeito da importância desses argumentos, é necessário que os estudantes se acostumem a uma exigência de fundamentação legal e jurídica, que, existindo, aí sim pode ser complementada por argumentos de outra ordem.

O monitor deve também impedir que se chegue muito facilmente a consensos em torno de determinados pontos do debate. Se a sala pende a adotar determinada posição, cabe ao monitor mostrar os argumentos do lado oposto. Isso é fundamental para que os alunos tenham consciência da complexidade das questões e os obriga a refinar ainda mais suas opiniões e análises sobre o tema. Mais importante do que chegar a uma única resposta final para o debate – o que normalmente não é alcançado –[23] é ser treinado e incentivado a apresentar argumentos consistentes sobre todo e qualquer ponto de vista essencial para o debate.

Por fim, o monitor, além de provocador, tem um papel fundamental na dinâmica da discussão: impedir que alguns poucos estudantes monopolizem o uso da palavra

e incentivar a participação de todos. Também deve fazer os alunos entenderem que discordar e debater é parte fundamental do aprendizado e um exercício de crescimento mútuo. Para isso, é importante que o monitor dê o exemplo. Se ele está aberto a ouvir críticas, a ser provocado pelos alunos e a aprender com eles, é bem provável que esse comportamento seja repetido por toda a sala.

2.3 Uma atividade complementar: a simulação

Nos últimos anos, quando a carga horária assim permitia, foi realizada também uma atividade complementar aos seminários, a qual chamamos de *simulação*. Tal simulação consiste na atribuição de alguns papéis que serão desempenhados pelos estudantes, como ministros do STF, advogados da União, algum legitimado para propor ADI, associações que atuem como *amici curiae*, entre outros. Essa atividade é sempre a última do semestre, porque deve se beneficiar do aprendizado ao longo do curso e dos debates de seminário. A ideia central da atividade é migrar dos debates, os quais são sempre realizados a partir da perspectiva do observador, para a ação concreta, ainda que simulada, a partir da perspectiva do participante. Definido o tema – que pode ser um tema já discutido em aula anterior –, cada ator deve assumir o seu papel e agir de acordo com ele. Isso faz que os alunos deem ainda mais importância para uma argumentação bem construída. Quando se colocam na posição de partes e de ministros, eles conseguem perceber que são capazes de produzir bons argumentos. É perceptível a satisfação com a descoberta das várias possibilidades de aplicação daquilo que aprenderam ao longo do semestre.

Para deixar esse exercício ainda mais interessante, e para evitar que a defesa cega de uma posição pré-definida possa comprometer a qualidade dos argumentos, procuramos, na medida do possível, atribuir aos alunos papéis que não refletem a sua convicção pessoal. Em um dos semestres, o objeto da simulação foi o controle da constitucionalidade de uma determinada política de ação afirmativa. Como esse caso já havia sido debatido no início do semestre, os monitores tinham como tarefa observar, entre os alunos, quem defendia qual posição. No exercício de simulação, no fim do semestre, aqueles que, no debate em seminário, haviam defendido com mais entusiasmo a constitucionalidade da política de ação afirmativa eram escalados para propor uma ADI arguindo sua inconstitucionalidade; já aqueles que eram contra esse tipo de política eram escalados para defendê-la. Isso solidificava ainda mais um dos objetivos centrais da disciplina, a construção de argumentos consistentes.

3 A inexistência de uma única resposta correta

Em geral, o ensino jurídico está baseado na premissa de que o professor tem como função fornecer aos alunos *a* resposta correta aos problemas e questões mais importantes de sua disciplina. Mesmo nos casos em que existe espaço para o debate,

dificilmente esse objetivo é abandonado. É perceptível como os alunos se acostumam com essa postura. Para eles, é reconfortante ter acesso àquilo que alguém supostamente mais experiente considera como a melhor resposta aos problemas estudados.

Nossos debates tentam evitar ao máximo essa postura. Para usar como exemplo alguns dos vários casos discutidos ao longo dos últimos anos, partimos do pressuposto de que não faz grande sentido dizer aos alunos se o aborto, as ações afirmativas, a quebra de sigilo bancário, as restrições ao direito de reunião ou a obrigatoriedade de diploma de jornalismo são constitucionais ou inconstitucionais. Nossos debates baseiam-se na premissa de que é o próprio estudante – após várias rodadas de argumentos – quem deve decidir qual resposta é mais sólida. Essa decisão, como dito anteriormente, dependerá do desenvolvimento de um raciocínio coerente e condizente com normas do ordenamento jurídico e com as regras específicas de cada tema. O que interessa é a capacidade do aluno de justificar a escolha da resposta que considera correta, e não simplesmente a escolha em si.

É importante salientar que essa premissa – a inexistência de uma única resposta correta – não é apenas uma *premissa didática*, ou seja, uma construção artificial com o intuito apenas de abrir espaço para que os alunos possam debater. Essa é uma *premissa teórica* do curso. O curso não compartilha do chamado "otimismo metodológico" (SILVA, 2005, p. 143), o qual supõe que basta a escolha do método "correto" de interpretação constitucional para se alcançar uma resposta certa, que estaria à espera de ser descoberta. Respostas certas, para as finalidades do curso, são as respostas bem fundamentadas, com argumentos bem construídos e coerentes. Com isso se quer dizer que a inexistência de uma única resposta correta vale tanto para os alunos quanto para os ministros do STF. Além de outras consequências, isso desmistifica sensivelmente o processo de interpretação constitucional. A todo tempo, decisões são tomadas entre várias opções, o que fica visível já a partir do material de leitura, que fornece no mínimo duas respostas em tese igualmente plausíveis para um mesmo problema. Quando os alunos se dão conta dessa pluralidade de opções, percebem também a dinâmica que está por trás da atuação dos ministros, da Advocacia-Geral da União, das procuradorias e dos *amici curiae*. Percebem também que eles mesmos podem ser atores neste processo de interpretação constitucional.

4 Avaliação dos alunos

Os estudantes são avaliados em dois quesitos: apresentação do seminário e participação nos debates. Nos seminários, avalia-se o quanto o aluno se preparou para sua apresentação, se leu com atenção o texto, se procurou entender bem o problema, se soube identificar os argumentos mais relevantes, se conseguiu refletir criticamente sobre o conteúdo da apresentação e se a apresentação foi clara e didática. As notas são atribuídas individualmente a cada membro da dupla ou do trio que apresenta.

Essa é uma forma de atenuar o "efeito carona" que muitas vezes ocorre em trabalhos em grupo, quando uns se aproveitam do esforço e do trabalho dos outros para obter a mesma nota.

Já a nota de participação pretende refletir a quantidade e a qualidade das intervenções nos debates. Avaliar quantidade não significa, aqui, que, quanto mais intervenções, maior será a nota. Muitas vezes o excesso de participação, como o quase monopólio do uso da palavra, com intervenções muito longas e com pouca fundamentação, pode ser tão prejudicial à discussão e, consequentemente, à avaliação, quanto a não participação. Assim, quando falamos em avaliar a quantidade, queremos fazer menção à quantidade dentro dos limites do razoável e, sobretudo, com qualidade.

Um dos pontos que merecem especial atenção no momento de avaliar a qualidade das intervenções é a percepção acerca da leitura do material. Como já foi dito, os alunos são os protagonistas dos seminários, e a boa participação depende dessa leitura. Se isso não ocorre, a discussão não progride ou fica em um nível muito baixo. É tarefa do monitor perceber quando a participação do estudante é simplesmente baseada na reprodução, eventualmente com outros termos, daquilo que ele acaba de ouvir no debate. Muitos estudantes são extremamente comunicativos e têm a capacidade de intervir no debate mesmo sem preparação prévia. Essa capacidade, ainda que possa ter seu lado positivo, não pode ser levada em consideração na avaliação da qualidade da participação.

A atribuição da nota de participação, embora seja a que menor peso tem na nota final do aluno, é aquela que em geral suscita mais polêmica entre os estudantes. Isso porque muitos dos estudantes que participam bastante podem ficar frustrados com uma nota que não lhes pareça compatível com a quantidade de intervenções ao longo do semestre. É comum que o estudante não perceba qual foi a sua real contribuição para os debates. Após alguns anos de experiência, e com o intuito de evitar essa situação de frustração, passamos a divulgar, no meio do semestre, uma "nota provisória de participação". Essa nota, que não será utilizada para nenhum cálculo de média final, tem como objetivo indicar ao aluno como tem sido a sua participação no debate. Para alcançar tal objetivo, ela é acompanhada de uma fundamentação. Em outras palavras, essa nota tem como função transmitir ao aluno a seguinte mensagem: "se o semestre terminasse hoje, sua nota de participação seria *x*, pelas razões *a*, *b* e *c*". Isso permite que o aluno o qual receba uma nota provisória baixa tenha tempo ainda para modificar sua postura nos debates e, ao final do semestre, obter uma avaliação melhor (e isso geralmente é o que acontece); ademais, permite àqueles que recebem uma nota provisória alta saber que seu desempenho está dentro das expectativas do curso.

Além da introdução da chamada "nota provisória", atribuída no meio do semestre, ao longo dos últimos anos fizemos algumas modificações na forma como a nota de participação é atribuída. No início, ela era uma nota como as outras, ou seja, seguia

a escala de 0,0 a 10,0. Depois de alguns semestres, percebemos que essa escala gerava dificuldades de atribuição por parte dos monitores e de compreensão por parte dos alunos, já que nem sempre é possível explicar, por exemplo, o que diferencia um aluno nota 7,5 de um aluno nota 8,0. Uma segunda tentativa foi transformar a nota de participação em um ponto de participação. Como a nota era responsável por 10% da média final, decidimos transformá-la em um ponto nessa média. Ao mesmo tempo, diminuímos o número de degraus na escala, passando a haver apenas três possibilidades de atribuição: 0,0; 0,5; 1,0. Embora isso tenha solucionado vários problemas de atribuição e compreensão, após alguns semestres chegamos à conclusão de que apenas três níveis eram insuficientes para expressar as diferenças entre os alunos. Por fim – e esse é o nosso modelo atual –, decidimos manter o sistema de um ponto na média final, mas com mais degraus: 0,0; 0,25; 0,5; 0,75; 1,0. Além disso, para que haja uma certa uniformidade de critérios entre os grupos, fizemos uma tabela com os principais *perfis de participação*[24] e as formas como eles se encaixam nesses cinco valores possíveis de notas de participação.

5 A presença do professor

Já foi dito acima que não são poucos os estudantes que veem nos seminários uma atividade menos importante porque normalmente é realizada sem a presença do professor (alguns pensam até mesmo que essa é uma fórmula que o professor utiliza para se livrar de parte de suas tarefas didáticas).

Para que essa percepção seja combatida, sempre foi premissa de nossos seminários que a presença do professor é fundamental. Mas, como a classe é dividida em pequenos grupos, os quais se reúnem em salas distintas, não é possível que o professor participe de todos os debates. Nunca nos pareceu produtivo também que ele ficasse alguns poucos minutos em cada um dos grupos, pois isso poderia atrapalhar o debate.

Por isso, desde o início, a decisão foi no sentido de que a cada semana o professor deveria participar do debate em um grupo diferente, mas participar do debate do começo ao fim, junto com os estudantes e com os monitores.[25] Estar presente e participar dos debates, ainda que apenas em um grupo a cada vez, tem o potencial de aumentar o respeito e a consideração que os estudantes têm pela atividade a qual estão desenvolvendo e combate o preconceito de considerar o seminário uma atividade menos importante. E, na medida em que o professor, ao participar do debate, não desempenha o papel de "portador da resposta correta, da opinião da cátedra", mas apenas a função de um provocador extra, ao lado dos monitores, a ideia de horizontalidade entre os participantes é mantida, e a presença do docente não desvirtua, portanto, a natureza e os objetivos dos seminários. Pelo contrário, alguns alunos se sentem ainda mais estimulados a participar, por ter a oportunidade de debater com o professor em um ambiente distinto do ambiente tradicional da aula expositiva.

6 Reflexões finais

De maneira geral, o objetivo deste artigo foi demonstrar que nem sempre são necessárias reformulações radicais na metodologia do ensino jurídico para que resultados positivos sejam alcançados.[26] Algumas das formas tradicionais de ensino – no caso em questão, os seminários – às vezes não produzem os efeitos desejados por deficiências no planejamento ou por reproduzirem alguns vícios do ensino jurídico, como: (a) ensino não participativo; (b) foco no argumento de autoridade; (c) muita exposição e pouco debate; (d) falta de incentivo a posturas críticas, entre outros. A reprodução desses vícios, aliada ao fato de que, nos seminários, muitas vezes o professor está ausente, parece-nos ser a causa da percepção generalizada de que aulas de seminários são uma forma menos importante de aprendizado.

Nossa experiência nos últimos seis anos tem demonstrado que esse cenário pode ser muito diferente. O gosto dos alunos pelo debate, pela liberdade argumentativa, aumenta perceptivelmente a cada nova reunião. Ao fim de um semestre, a pergunta que dá título a este artigo simplesmente deixa de fazer sentido. O livre debate de ideias faz com que fique claro aos estudantes que muito melhor do que o argumento de autoridade é a autoridade do argumento.

: ARTIGO APROVADO **(08/05/2010)** : *RECEBIDO EM 11/10/2009*

Anexo 1

Instruções sobre os seminários

As instruções abaixo são explicadas aos alunos no primeiro dia de aula e ficam disponíveis no Moodle durante todo o semestre. Elas têm como objetivo guiar os estudantes na preparação e na apresentação de seus seminários.

A. O que se espera dos alunos na apresentação dos seminários?

Cabe à própria dupla de alunos que apresentará o seminário definir o que cada um dos integrantes vai expor. O número de textos e de páginas para cada seminário pode variar sensivelmente. Assim, nem sempre será simplesmente possível dividir tarefas com base no lema "cada aluno apresenta um texto". O diálogo entre os apresentadores é, portanto, fundamental. Isso é ainda mais importante quando, nos casos das decisões judiciais, há votos de vários ministros. Não é possível que, sem ler a decisão por completo, os alunos dividam quem vai expor que voto, a partir do simples critério "eu faço os quatro primeiros, você faz os últimos". Uma divisão feita dessa forma poderá significar idas e vindas na argumentação que podem ter como consequência uma exposição pouco sistemática (com uma nota correspondentemente baixa).

B. Nos casos de decisões (ou votos de ministros, petições iniciais ou amici curiae), espera-se que o aluno exponha:

1. O caso concreto que deu ensejo à ação (pode ser, de fato, um caso concreto ou uma lei impugnada via ADI).
2. Qual é o teor da decisão (ou do voto do ministro, quando for um voto isolado).
3. Quais são os dispositivos constitucionais e legais que fundamentaram a decisão.
4. Quais são os argumentos que embasaram a decisão (ou o voto do ministro).
5. Avaliação crítica dos argumentos.
(Obs.: detalhes meramente processuais dos casos não precisam ser levados em consideração)

C. Alguns conselhos:

1. O tempo de apresentação é limitado (total: 20 minutos). Tenha sempre um relógio à mão e treine em casa para ver se o tempo é suficiente (é normal que pensemos que será tudo muito rápido e não percebamos o tempo passar).
2. Prepare a exposição, faça anotações.
3. Concentre-se no fundamental e deixe o acessório de lado. Esse é a verdadeiro desafio na apresentação de um texto.
4. Leia tudo com espírito crítico e deixe de lado o argumento de autoridade. Uma de suas tarefas é perceber possíveis inconsistências nos argumentos dos ministros.

5. Não leve um texto de apoio, mas apenas anotações de pontos importantes. Muita informação pode confundir na hora da exposição. Em outras palavras: em geral, é contraproducente levar o texto da decisão com suas anotações pessoais e passar página por página para expor essas anotações.
6. Não fique nervoso e encare tudo como um treino para a vida profissional. É um treino sujeito a avaliação e nota, mas é um treino.

Anexo 2

Lista de monitores (2004–2009)

2004
Cristina Emy Yokaichiya
Felipe de Paula
José Francisco Rosetto
Leandro Varison Costa
Natasha Schmidt Caccia
Rafael Francisco Alves
Regis Anderson Dudena
Rosimeyre Marçal
Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira

2005
Cristina Emy Yokaichiya
Evorah Lusci Costa Cardoso
Fabricio Antonio Cardim de Almeida
Felipe de Paula
Fernanda Vargas Terrazas
Joana Zylbersztajn
Leandro Varison Costa
Marina Nunes Rodrigues de Menezes
Paulo Macedo Garcia Neto
Rosimeyre Marçal
Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira

2006
Adriana de Moraes Vojvodic
Bianca Galafassi
Bruno Ramos Pereira
Claudio Mendonça Braga
Daniel Wei Liang Wang
Evorah Lusci Costa Cardoso
Fabricio Antonio Cardim de Almeida
Fernanda Vargas Terrazas
Laura Maniero
Marina Nunes Rodrigues de Menezes
Thaís Coimbra Marigo

2007
Adriana de Moraes Vojvodic
Ana Carolina Alfinito Vieira
Daniel Wei Liang Wang
Dennys Marcelo Antonialli
Gustavo Dantas Ferraz
Manuela Oliveira Camargo
Mariana Mazzini Marcondes
Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni
Priscila Maddalozzo Pivatto
Rafael Silza Izaias
Stephanie Yukie Hayakawa da Costa
Tatiana Robles Seferjan

2008
Ana Carolina Alfinito Vieira
Ariella Toyama Shiraki
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Daniel Wei Liang Wang
Dennys Marcelo Antonialli
Flavio Beicker Barbosa de Oliveira
Léo Ferreira Leoncy
Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni
Rafael Scavone Bellem de Lima
Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho

2009
Adriana de Moraes Vojvodic
Bruno Ramos Pereira
Claudio Mendonça Braga
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Daniel Wei Liang Wang
Fabricio Antonio Cardim de Almeida
Joana Zylbersztajn
Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni
Rafael Scavone Bellem de Lima

NOTAS

***** Como será visto adiante, este texto é o relato de uma experiência concreta, construída e aperfeiçoada ao longo dos últimos 6 anos. Assim, talvez fosse mais preciso indicar como autores todos aqueles que participaram dessa empreitada, desde o seu início até o presente momento. Diante da impossibilidade de se fazer isso, gostaríamos ao menos de agradecer a todos os monitores e monitoras que trabalharam nesse projeto, cujos nomes estão listados no anexo 2. É imprescindível, contudo, fazer um agradecimento específico a Adriana de Moraes Vojvodic, Regis Anderson Dudena, Felipe de Paula, Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni, Evorah Lusci Costa Cardoso, Paulo Macedo Garcia Neto, Priscila Pivatto, Fernanda Vargas Terrazas, Rafael Alves, Fabricio Antonio Cardim de Almeida e Rafael Scavone Bellem de Lima, em razão da atenta leitura de versões preliminares deste artigo, o que contribui decisivamente para o seu aperfeiçoamento até esta versão final.

1 Esse número foi reduzido a partir de 2008. Para mais detalhes, ver item 1.1.

2 De 2004 a 2006, a experiência foi realizada no período noturno. De 2007 a 2009, no período matutino.

3 Ao longo deste texto, a expressão *aula expositiva* será utilizada algumas vezes. Como se percebe pelo já exposto, ela nem sempre significará aula *exclusivamente* expositiva. Em alguns momentos, o que se quer dizer com a expressão é, na verdade, *aula para grandes audiências*. Como este texto tem por objetivo narrar a nossa experiência em aulas de seminários, não será possível discutir as possíveis variações metodológicas nessas aulas para grandes audiências. Contudo, é importante deixar claro que aqui não se pressupõe que, para essas aulas para grandes audiências, a única abordagem didática possível seja a exposição pura e simples de conteúdos programáticos, sem debates. Fomentar a participação dos alunos nesse tipo de aula também é possível e viável. Como se afirmou no texto, é isso o que se procura fazer no curso de direitos fundamentais, seja nas aulas com mais público, seja naquelas com grupos menores.

4 Para os fins deste texto, portanto, *turma* é o conjunto básico de alunos, cujo tamanho é definido pela própria faculdade. *Grupos*, por sua vez, são as subdivisões dessa turma para fins de seminário, cujo tamanho é definido pelo professor. Em algumas aulas – nas chamadas *aulas expositivas* –, os alunos de uma turma estão todos presentes em uma sala maior (a sala regular de aula); em outras – nas aulas de seminários – os alunos dirigem-se a salas menores, onde se reúnem apenas os alunos e os monitores de cada grupo.

5 Essa falta de tempo é, na verdade, muito mais dramática, já que a conta acima é baseada em uma aula de uma hora na qual há apenas debates e na qual apenas os alunos falam. Como uma parte da aula é sempre ocupada pela exposição do texto e como os monitores também intervêm no debate, é possível imaginar que, na verdade, se houvesse cinquenta alunos na sala, sobraria muito menos de um minuto para cada estudante.

6 Essa variação tem dois objetivos simples. Em primeiro lugar, é comum que outras disciplinas também tenham aulas de seminários e que os grupos sejam organizados com base na ordem alfabética dos primeiros nomes dos estudantes. Assim, é possível que, ao longo de todo o curso de Direito, os estudantes com prenomes que começam com a mesma letra estejam sempre nos mesmos grupos. Para quebrar um pouco essa rotina, pode às vezes valer a pena organizar os grupos com base nos sobrenomes. Além disso, organizar os grupos por ordem de sobrenome pode ser uma maneira de evitar uma situação a qual pode dificultar a memorização dos nomes dos alunos por parte dos monitores: a presença de várias pessoas com o mesmo prenome no mesmo grupo (já ocorreu de haver dez pessoas com o mesmo prenome em um grupo de vinte).

7 Em muitos casos, é possível afirmar que essa dinâmica de trabalho também reproduz melhor o ambiente profissional de diversas carreiras jurídicas.

8 Ver Anexo 1.

9 Embora não seja aqui nossa intenção elaborar hipóteses válidas para todos os ramos do direito, parece-nos que o raciocínio exposto acima é válido para além do âmbito dos direitos fundamentais. Não nos parece ser necessário que todos os menores detalhes de direito civil, direito penal, direito tributário, direito comercial ou de direito do trabalho, entre outros, tenham que ser abordados em sala de aula para que o aluno esteja preparado para solucionar casos no futuro. Parece-nos, além disso, que a insistência nessa visão detalhista – focada na exposição e na necessidade de decorar conteúdos – tem ainda duas outras consequências indesejáveis. Em primeiro lugar, ela cria uma expectativa no aluno que geralmente é frustrada, já que simplesmente impossível abordar tudo em sala de aula; quando isso ocorre, é comum que

o estudante imagine que deixou de aprender algo que deveria ter aprendido em sala de aula. Em segundo lugar, essa insistência na exaustão do conteúdo programático em sala de aula gera um congestionamento das grades curriculares dos cursos de Direito, com intermináveis aulas expositivas da mesma disciplina ao longo de vários semestres. Em suma: o que se costuma fazer nos cursos tradicionais é decorar, em vez de desenvolver a capacidade de reflexão. Se optarmos por fomentar esta última, torna-se então desnecessário, no caso dos direitos fundamentais, passar por todos os dispositivos do art. 5º da Constituição.

10 Em 2004, por exemplo, discutimos a ADI 3.105, sobre direitos adquiridos; em 2005, ano do referendo sobre o desarmamento, usamos as ADI 3.137 e 3.198, com suas petições iniciais, pareceres e *amici curiae*, que versavam sobre o tema; também em 2005, utilizamos a ADPF 54, sobre o aborto de fetos anencéfalos, proposta naquele mesmo ano.

11 Essa situação é também conhecida como o "fenômeno das fichas amareladas". Esse nome ilustra a situação em que o professor utiliza, como apoio para a sua aula, anotações feitas em pequenas fichas cartonadas que, por terem sido feitas há muito tempo, tornaram-se amareladas.

12 No caso de uma ADI, isso significaria um voto pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

13 Para mais detalhes acerca do ponto de partida teórico que orienta o curso, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

14 Sobre a proporcionalidade, ver, entre outros: ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 151–79, 1999; MENDES, Gilmar Ferreira. "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 14, p. 361–72, 2000; SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23–50; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

15 Qual é exatamente esse perfil é algo que ficará mais claro ao longo do texto, especialmente a partir da descrição das tarefas desempenhadas pelos monitores.

16 O que acaba de ser descrito corresponde ao modelo atual de seleção. Em anos anteriores, a equipe de monitores era formada também por alunos de graduação. Mas o processo de seleção era exatamente o mesmo: de um lado, orientandos do docente; de outro, alunos de cursos de graduação por ele ministrados. Como o professor dava aulas tanto no curso de Direitos Fundamentais, que ocorre no segundo ano de graduação, quanto em alguns cursos do quinto ano, os monitores selecionados entre os alunos desses últimos não tinham um contato próximo e direto com os alunos cujas atividades eles coordenariam.

17 "Pautar o debate" não significa que ele deixe de ser um debate livre. Como será visto adiante, a liberdade do debate tem que ser conciliada com as finalidades pedagógicas e substanciais dos seminários. Por isso, em vários momentos é preciso intervir na discussão para que pontos importantes da matéria não sejam ignorados.

18 Dessa forma, evita-se um engessamento completo das monitorias, o que ocorreria se ao monitor fosse atribuído um papel de autômato, de alguém que simplesmente leia as perguntas e provocações decididas nas reuniões, mas evita-se também o equívoco oposto, que ocorre quando não há diálogo entre os monitores e, especialmente, entre os monitores e o professor, o que frequentemente gera uma situação em que cada monitor prepara sua aula sozinho, não havendo uniformidade, mínima que seja, no tratamento da matéria com os alunos. Um claro sintoma desse último problema é o fato de as provas escritas finais geralmente não incluírem nenhuma pergunta acerca de algo que tenha sido tratado em seminário, já que é comum que não se saiba ao certo o que foi discutido nessas aulas. A partir da nossa experiência, parece-nos não apenas possível, mas também desejável, que os debates de seminário sejam também objeto de perguntas na prova final do semestre. É *possível* porque se sabe o que foi debatido, porque há um núcleo comum que permeia os debates em todos os grupos; e é *desejável* porque isso afasta ainda mais a percepção, já mencionada (Parte 1), de que os seminários são uma atividade menos importante no processo de aprendizado (Parte 6).

19 A esse respeito, ver Parte 4.

20 Para mais informações: <cf. www.moodle.org>. É importante salientar que o Moodle é um sistema baseado no conceito de *software* livre e de código aberto, forma mais plural, democrática e comunitária de produção de *softwares*.

Também nas aulas expositivas o uso de recursos eletrônicos está baseado em sistema operacional (Linux) e programa de apresentação de slides (OpenOffice) de distribuição gratuita.

21 Normalmente são reservados vinte minutos para cada dupla apresentar o caso a ser debatido. Esse tempo pode ser dividido da forma como a dupla quiser. É incentivada a interação entre a dupla, e não a simples divisão de dez minutos para cada.

22 Os alunos tendem a ter uma visão idealizada dos textos acadêmicos e das decisões judiciais. Valorizam e elogiam, por exemplo, grandes incursões históricas presentes nesses textos, mesmo que elas pouco contribuam para o debate, ou até mesmo fujam dele.

23 Ver Parte 4.

24 Esses *perfis* baseiam-se em dicotomias simples, como "leu ou não os textos", "presta ou não presta atenção no que os colegas dizem antes de intervir no debate", "fundamenta ou não as suas intervenções", "respeita ou não a vez dos colegas", "aceita ou não argumentos contrários", "participa com regularidade ou é inconstante", entre outras.

25 Após alguns anos de experiência, houve uma pequena mudança no significado de "participar dos debates do começo ao fim". Nos primeiros anos de seminário, o professor assistia também às apresentações dos textos, que antecedem os debates. Em determinado momento, percebeu-se que a presença do professor às vezes deixava alguns expositores mais nervosos, o que poderia gerar uma desigualdade de tratamento, já que o professor não teria como assistir a todas as apresentações, porque elas acontecem simultaneamente em quatro ou cinco salas. Por isso, decidiu-se que seria melhor que o professor não assistisse às apresentações, apenas participasse dos debates.

26 Embora neste texto tenham sido narrados sobretudo os impactos positivos na formação dos alunos de graduação, parece-nos que a forma como organizamos nossos seminários pode também gerar impactos em outros âmbitos. Digno de nota aqui são os efeitos positivos na formação de novos acadêmicos. Muitos dos monitores têm como objetivo uma carreira docente, e a participação nessa experiência didática pode auxiliá-los em várias frentes, especialmente no que diz respeito à importância: (a) da postura em sala de aula; (b) do preparo prévio; (c) da abertura a debates e da fuga do modelo de professor que apenas expõe o que já está nos livros; (d) da importância dos casos práticos para o estudo do direito e para a atividade docente. Mas, para além desses eventuais resultados positivos em uma futura atividade docente, também uma futura atividade de pesquisa pode ser beneficiada por essa experiência, já que os monitores são forçados a conviver intensamente com a necessidade de leitura crítica, de não se curvar diante do argumento de autoridade, de compreender os pontos de vista e argumentos contrários, de sofisticar cada vez mais o seu argumento, entre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 151–79, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 14, p. 361–72, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23–50.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115–43.

_____. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Virgílio Afonso da Silva

Mestre em direito do estado pela Universidade de São Paulo (USP)
Doutor em direito pela Universidade de Kiel (Alemanha)
Livre-docente em direito constitucional pela Universidade de São Paulo (USP)
professor titular de direito constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Largo São Francisco, 95
Sé - 01005-010
São Paulo - SP - Brasil
vas@usp.br

Daniel Wei Liang Wang

Mestre em direito constitucional pela Universidade de São Paulo (USP)
mestrando em filosofia e políticas públicas pela London School of Economics and Political Science

Rua dos Ingleses, 309, 9º andar
Morro dos Inleses - 01329-000
São Paulo - SP - Brasil
danielwei_cn@yahoo.com.br

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CIDADANIA À LUZ DA INFLUÊNCIA COMUNITARISTA

Julia Maurmann Ximenes

THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE CITIZENSHIP IN THE LIGHT OF THE COMMUNITARISM INFLUENCE

RESUMO

A Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo um desenho institucional que reflete uma valorização do texto constitucional e uma tentativa de aproximação do exercício da cidadania na linha de uma democracia participativa, à luz da teoria filosófica-política do comunitarismo. Contudo, é possível perceber elementos que acarretaram uma crise de identidade no exercício das atividades do Supremo. Essa crise de identidade se intensifica com o instituto do *amicus curiae* questionando o papel como Tribunal Constitucional propriamente dito.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal; comunitarismo; democracia participativa; cidadania; *amicus curiae*.

ABSTRACT

The 1988 Constitution conferred to the Supreme Court an institutional design that reflects a valorization of the constitutional text and an effort to bring it near to a citizenship practice due to a participative democracy movement, in the light of the of the communitarian philosophical-political theory . However, it is possible to see elements that unloose an identity crisis on the activities done by the Supreme. This identity crisis is sharpened by the institute of the amicus curiae, *questioning the role as a Constitutional Tribunal itself.*

KEYWORDS

Supreme Court; communitarism; participative democracy; citizenship; amicus curiae.

A análise dos debates transcorridos durante a Assembleia Nacional Constituinte, em 1987/88, permite vislumbrar uma questão que poderá ser retomada agora, após vinte anos da promulgação do texto constitucional: o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal.

É cediça a influência exercida por modelos europeus de controle de constitucionalidade, como o espanhol e o português, na "engenharia constitucional" de 1988. Contudo, as peculiaridades do debate brasileiro, incluindo a necessidade premente de solução das divergências entre os diferentes grupos políticos à época, fez que o Supremo Tribunal Federal não assumisse um papel de corte constitucional propriamente dito.

Entretanto, o aumento da legitimidade ativa para propor a principal ação do sistema de controle de constitucionalidade foi considerado um avanço na influência exercida pelo comunitarismo e pelas ideias da "comunidade de intérpretes" de Peter Häberle (1997).

Dessa feita, o presente artigo visa refletir sobre como o Supremo apreendeu a nova concepção dada ao controle de constitucionalidade concentrado pela Constituição de 1988 e em que medida o instituto do *amicus curiae* permite a retomada das discussões acerca da relevância do papel político do Supremo como corte constitucional *strictu sensu*, e não como mais uma instância recursal.

Para tanto, faremos uma contextualização teórica do novo parâmetro constitucional utilizado por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 para o desenho institucional do Supremo. Em seguida, passaremos à análise da forma como o Supremo compreendeu esse novo papel, em especial a partir da legitimidade ativa. E, por fim, traçaremos reflexões sobre a relação entre a teoria, a prática jurisdicional e o novo instituto do *amicus curiae*, a fim de buscar possibilidades institucionais para o futuro.

1 Novo paradigma constitucional

As Constituições do século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, já podem ser consideradas "políticas". Diante do pluralismo das sociedades contemporâneas, da necessidade de se defender o reconhecimento e a igualdade, o político é reabilitado nos estudos da teoria constitucional. Assim, a Constituição passa a ser vista como uma ordem integradora, que expressa valores e princípios, ressaltando-se o seu caráter dinâmico e "politizando" o texto constitucional. Isso se deve a uma série de fatores de cunho teórico mais pertinentes às esferas sociológicas e políticas, que passaremos a debater.

Nas sociedades modernas houve uma reestruturação do núcleo valorativo dominante: do princípio hierárquico (diferenciação) passou-se à noção de dignidade. Essa nova lógica propõe a igualdade de todos os seres humanos, fundada na capacidade destes de autonomamente guiarem suas próprias existências e instituírem os princípios reguladores da vida social. Em sociedades hierárquicas, o conceito que predomina é o da honra, associada à expressão de um *status*, da demarcação de fronteiras com indivíduos tidos como inferiores. Em contrapartida, a dignidade está dissociada de qualquer papel social, atrelada apenas à ideia do *self*, da autonomia (BERGER, 1983).

Entretanto, a descoberta da autonomia individual, da dignidade a partir do "ser" individual, independente de qualquer posição ou identificação social, pode acarretar uma certa sensação de "alienação" e uma crise de identidade (BERGER, 1983). Luís Roberto Cardoso de Oliveira (1995) destaca que há a necessidade de se "discutir a

dimensão substantiva da solidariedade, indissociável da esfera do vivido ou das representações culturais que lhe dão sentido, e constitutiva da identidade de qualquer pessoa ou cidadão" (p. 2–3). Ademais, é preciso reconhecer a dignidade do cidadão enquanto membro de uma comunidade, "onde a identidade dos cidadãos tenha um mínimo de substância que lhes garanta um tratamento que não seja estritamente formal e coisificador" (p. 16).

Assim, é possível distinguir duas percepções do direito: o direito neutro face aos sistemas particulares de valor, e um direito inserido em um sistema comum de crenças, regras e valores:

> O direito à igual consideração e respeito surge-nos, nas discussões políticas, como absolutamente claro: todo ator possui o direito a realizar escolhas, embasando-se nas liberdades individuais estruturadoras do cerne procedimental do liberalismo contemporâneo. A reivindicação pelo elemento solidário enquanto componente da cidadania, por seu turno, pode se tornar mais transparente à medida em que enfatizemos a noção de cidadania enquanto pleno pertencimento a uma sociedade nacional, o que significa tematizar processos de integração social. Ponderações de linha comunitarista buscam dar conta do fato de que o acordo procedimental por si só não seria competente para manter os vínculos sociais suficientemente estreitos. A fim de que se alcançasse uma vida em comum minimamente estruturada, far-se-iam necessários, ao lado de estruturas formais da justiça, laços cujo *locus* é encontrado na esfera dos costumes. (SOUSA, 1999, p. 27)

A partir da noção de liberdade é que se adensam os debates. A questão pode ser resumida da seguinte forma: "o individualismo liberal representa a reivindicação de uma liberdade que somente pode ser definida de modo negativo" (não interferência), enquanto os "republicanos" defendem a não interferência apenas contra o arbitrário, proclamando um aspecto social e holístico da liberdade, o que "significa defender uma dupla tese: a do reconhecimento e da igualdade" (BERTEN, 2003, p. 23–4).

Portanto, o elemento central do debate passa a ser as razões que os cidadãos podem ter para participar ativamente do destino de seu país: para protegê-lo da interferência estatal (razões liberais) ou como condição do exercício da liberdade individual mediante o exercício da "virtude cívica" e da dedicação a uma comunidade política. É neste viés do debate, a participação do cidadão, que concentraremos nossa análise, e não na polêmica de cunho filosófico sobre a moral e a justiça propriamente dita. Nosso objetivo é a reflexão sobre as questões de justificação do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal com a promulgação da Constituição de 1988.

Após essa definição preliminar do contexto teórico ora utilizado, faz-se necessário abordar a teoria política conhecida como comunitarismo, que se insere em um debate de cunho filosófico-político entre liberais e comunitaristas. De maneira geral, na presente discussão os liberais são representados por John Rawls (1997; 2000) e apregoam a primazia do indivíduo, enquanto os comunitaristas, representados principalmente por Charles Taylor (2000) e Michael Walzer (1990; 2003), defendem a importância das identidades sociais. Desse ponto de partida contraditório, emergem distintas concepções em torno do que seria o ideal de uma sociedade justa e as suas implicações normativas.

Contudo, o ponto convergente entre os principais teóricos que abordam a polêmica liberal-comunitarista, como J. Rawls (1997; 2000), Michael Walzer (1990; 2003), Charles Taylor (2000), A. MacIntyre (1984), J. Habermas (1997; 2002), é "a possibilidade de construir um discurso público e democrático que consiga compatibilizar o universal ao particular numa sociedade pluralista e fracionada por inúmeras concepções de bem, de justiça e de democracia" (LOIS, 2005, p. 24). O foco principal, portanto, residirá na influência do debate na construção da relação entre o campo jurídico e os campos político e social, em especial no "tipo ideal" de participação cidadã.[1]

Esse ponto convergente está inserido em outra importante temática: o movimento do "retorno ao Direito", que tem como característica a insistência por um fundamento ético para a ordem jurídica, em meio à retomada do direito como elemento integrante de uma perspectiva emancipatória (SCHMIDT, 2007).

Esta retomada surge a partir da necessidade de se buscar a significação de pluralismo nas sociedades democráticas contemporâneas. Enquanto o pensamento liberal interpreta o pluralismo a partir do indivíduo, o comunitarista insiste na primazia das identidades sociais. Assim, a controvérsia se expande para outras significações, como democracia, tendo em vista que as:

> [...] realidades democráticas contemporâneas não têm exatamente na identidade sua marca. Ao contrário, são altamente caracterizadas pelas diferenças e desacordos de distintos grupos culturais e sociais, visões de mundo, concepções individuais, etc., que compõem um cenário pluralista no qual qualquer consenso há de enfrentar sempre situações conflitivas. (SCHMIDT, 2007)

Estas discussões retomam, ainda, a controvérsia entre a "liberdade dos antigos" e a "liberdade dos modernos":[2] a primeira, proveniente da concepção rousseauniana de uma sociedade homogênea e da vontade comum suprema; a segunda tem como marco a ideia de um sujeito autônomo, senhor de si e construtor de sua própria história, cuja necessidade jurídica imediata é ver sua liberdade, do tipo *deixar agir* não

obstruída, e tem como marco Locke (TAVARES, 2005).[3] Esses dois marcos têm balizado o debate sobre a legitimidade constitucional.

> Não existe democracia política sem a garantia constitucional dos direitos e liberdades fundamentais. A discussão em torno do ideal de justiça conveniente ao pluralismo do mundo se inicia focalizando o político e o sociológico, mas acaba por adentrar no âmbito do jurídico, pois não há como configurar e justificar um ideal de justiça sem que se encare, simultaneamente, a questão do papel da Constituição, de sua efetivação, dos direitos fundamentais e da atuação do Poder Judiciário. (TAVARES, 2005, p. 113)

Ademais, paralelamente aos debates mencionados acima, sobre o conceito de comunidade e suas decorrências entre liberais e comunitaristas, incorporaram-se novos temas, em especial sobre as práticas jurídico-constitucionais, como interpretação constitucional, controle de constitucionalidade, sistema de direitos, direitos humanos, entre outros. E é diante deste arcabouço teórico de cunho sócio-político que o presente artigo busca analisar o papel do STF diante da incorporação do modelo comunitarista por uma parte dos constitucionalistas brasileiros em 1988, ou seja, como o debate liberal-comunitarista influenciou temas mais próximos ao direito.[4]

Portanto, no tocante ao campo específico do direito, é importante salientar que comunitaristas como Taylor (2000) e Walzer (1990, 2003) acreditam que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados traduzem mais vontade e autodeterminação da comunidade do que um espaço de independência individual contra arbitrariedades estatais (liberdades negativas). Assim, "o sistema de direitos constitucionais assegura as liberdades positivas enquanto capacidade de determinação e controle de uma existência conjunta" (CITTADINO, 2000, p. 161).

Nessa linha de argumentação, o próprio significado de constituição reflete um projeto comum, um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns de determinada sociedade. Os direitos fundamentais compreendidos como liberdades positivas demandam, em essência, uma cidadania ativa, participativa no processo de deliberação pública.

Para amparar esta compreensão, Taylor (2000) aponta a necessidade de uma *identificação patriótica*, o sentimento de pertencimento a uma comunidade de valores compartilhados. A falta de percepção da força e importância da comunidade na vida dos sujeitos acarretaria o desinteresse público, um problema do pensamento liberal. Isso porque a política passaria a ser um mal necessário, "resultado da convivência entre sujeitos livres, iguais e racionais", pois optaram por um plano racional de vida, vendo o espaço público com o exclusivo propósito de atender a essas demandas (LOIS, 2005, p. 26).

O que aflora no debate é, portanto, uma nova visão da própria significação de cidadania e participação, a noção de *atitude* (SCHMIDT, 2007). E essa visão poderá ser interpretada, no âmbito da jurisdição constitucional, como uma compreensão dos mecanismos e das qualidades da autonomia pública enquanto projeto de elevação das formas de existência social. E a sua realização não pode ser orientada por uma teoria do direito que se sustenta na imparcialidade alcançada pela obrigatoriedade de critérios racionais supostamente universais.

Este novo cenário pode ser apontado como um dos motivos do recente desenvolvimento da ideia de justiça constitucional, proliferando a criação de tribunais constitucionais em países em processo de consolidação democrática após períodos de autoritarismo. Os tribunais constitucionais representam o mecanismo que a sociedade civil possui para garantir que os valores e princípios apregoados no texto constitucional sejam "protegidos" por um sistema que é conhecido como controle concentrado de constitucionalidade. No Brasil, a influência comunitarista é perceptível nos trabalhos da Constituinte, e o próprio surgimento do controle de constitucionalidade concentrado implica em uma valorização do texto constitucional, que abrange não apenas o Estado, mas também a sociedade, os princípios de legitimação do poder, em um processo de "politização" do texto constitucional (GARCÍA-PELAYO, 1993, *apud* BERCOVICI, 2003, p. 104). Associada a esta valorização, a teoria da "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", de Peter Häberle (1997), é apontada como principal fonte teórica do desenho institucional concedido ao Supremo sobre o controle de constitucionalidade.

Häberle (1997) rejeita a interpretação constitucional como um "evento exclusivamente estatal", inserindo todos, mesmo aqueles que não são diretamente afetados por ela.

> Do ponto de vista teorético-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da "res publica"na interpretação constitucional em geral é expressão e conseqüência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário. Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. (p.33)

Portanto, para o autor, limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes "corporativos", ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, significaria um

empobrecimento do próprio conteúdo democrático da Constituição. Isso porque a questão da legitimação da Constituição perpassa pela teoria da democracia, e esta percebe o povo não apenas como um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, mas "também [como] um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão" (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Nota-se a conexão entre o pensamento de Häberle e o comunitarismo filosófico-político: ambos defendem um adensamento da democracia a partir de um *ativismo*do cidadão, além da sua participação nas eleições. E, para Häberle (1997), essa participação ocorre na própria "guarda" do texto constitucional; a teoria da Constituição e da hermenêutica propicia uma mediação específica entre Estado e sociedade:

> Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutica. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (p. 15)

Portanto, o autor atrela a interpretação constitucional a uma teoria democrática à ideia de uma sociedade pluralista, que, por sua vez, está associada à noção de Constituição e realidade constitucional. Essa percepção de realidade constitucional implica a valorização do papel da Constituição como forma não apenas de estruturação do Estado, mas da própria esfera pública, não podendo "tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos" (HÄBERLE, 1997, p. 33). Trata-se de integrar *as forças da comunidade política* no processo de interpretação constitucional.

Assim, integramos as duas premissas, a do valor atribuído ao texto constitucional e à "comunidade de intérpretes" e do comunitarismo filosófico-político explicitado anteriormente. Trata-se de realçar a importância da participação do cidadão nos contextos políticos, que incluem a própria Constituição, norma de conteúdo político e que, consequentemente, demanda uma interpretação a qual vai além do jurídico exclusivamente.

Consoante Oscar Vilhena Vieira (1994), entre as alterações na esfera da jurisdição constitucional e do controle da constitucionalidade que contribuíram para a ampliação do papel político-institucional do STF destacam-se: a ampliação dos agentes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade e a autonomia entregue ao Ministério Público Federal, que tornaram o Supremo uma arena política mais acessível, reforçando suas funções tradicionais de garantir o processo democrático e assegurar a supremacia da Constituição frente às decisões majoritárias

e governamentais; a criação de instrumentos voltados a garantir a eficácia dos direitos constitucionais que dependam de regulamentação, para que possam ser adequadamente exercíveis; a ampliação das hipóteses de controle material da constitucionalidade de emendas à Constituição, que coloca o STF em posição de controlar as decisões do próprio poder constituinte reformador; e a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade pode ser resumido como um sistema que visa proteger o texto constitucional. Assim, todo o ordenamento jurídico deverá observar o conteúdo constitucional. Quando surge uma contradição entre um ato normativo e a Constituição, competirá ao Poder Judiciário declará-lo inconstitucional. Isto pode ser feito de duas formas: mediante um órgão específico, criado para este fim, conhecido como Corte Constitucional e cuja decisão refletirá no ato normativo em si, alcançando toda a sociedade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) – conhecido como modelo concentrado; ou mediante qualquer juiz, mas cuja decisão refletirá apenas no processo analisado, sem declaração de inconstitucionalidade do ato normativo propriamente dito – o modelo difuso.

O Brasil adotou os dois modelos: o STF é o tribunal específico para declarar um ato normativo inconstitucional com reflexo para toda a sociedade, mediante a retirada da norma do ordenamento jurídico, mas um juiz poderá julgar um caso específico e, apenas com relação a esse caso, declarar determinado dispositivo legal inconstitucional, com efeito apenas para as partes envolvidas no caso/processo.

O modelo concentrado transparece a importância que o respectivo sistema concede ao texto constitucional e, consequentemente, a sua função política e simbólica – a consciência de direitos e a afirmação da capacidade para reivindicá-los, ou seja, uma forma de exercício da cidadania e da participação política.

A ênfase na participação do cidadão, portanto, é um dos paradigmas constitucionais que retomamos no presente artigo. Isso porque, conforme mencionado, atribui-se à teoria filosófico-política do comunitarismo uma forte influência no desenho constitucional brasileiro de 1988. Para tal teoria, é necessária a configuração de valores compartilhados por certa comunidade política, o que justificaria um envolvimento por parte do cidadão além do momento de participação nas eleições. No Brasil, atribui-se ao comunitarismo jurídico brasileiro a luta pela democratização do processo de interpretação constitucional através do alargamento da *comunidade de intérpretes* da Constituição, isto é, o rol de agentes legitimados/aptos a propor a ADI com vistas a assegurar uma cidadania substancialmente participativa, o papel do cidadão enquanto "autor" do direito.

Para o comunitarismo, quando o cidadão sente que o poder está a uma grande distância de si e deixa de ser responsivo, ocorre o fenômeno da *fragmentação política*. Isso até pode ocorrer em sociedades caracterizadas por um alto nível de batalhas judiciais, mas estas refletem um fenômeno conhecido como *direito em abundância*: o

aumento do número e da variedade de atores jurídicos, da quantidade de material normativo, da amplitude atingida pela teoria jurídica, da quantidade de informação disponível, dos gastos com os serviços jurídicos e da consequente intensidade do trabalho produzido pelos advogados etc. (GALANTER, 1993).

Dessa feita, o comunitarismo surge como uma defesa do exercício da diversidade mantida por ideais comuns motivadores, os quais redundam em uma participação comprometida. Cumpre salientar, entretanto, que o comunitarismo não deve ser confundido com uma tentativa nostálgica de reconstruir certa noção primordial e abrangente de consenso moral, ou como um retorno às comunidades tradicionais. Na verdade, é sim uma tentativa de reformular o ideal democrático em uma sociedade moderna, altamente pluralista, mas não necessariamente fragmentada.

No âmbito do controle de constitucionalidade e da justiça constitucional, a análise da participação do cidadão realça a importância desta nos contextos políticos, que incluem a própria Constituição, norma de conteúdo político e que, consequentemente, demanda uma interpretação a qual vai além do jurídico exclusivamente.

A partir do novo paradigma apontado, surgem análises sobre a forma como ele foi implementado. No cenário político-jurídico brasileiro grande parte das análises vê o processo de *judicialização da política*[5] como a possibilidade de concretização de uma cidadania ativa:

> Estender a elas [maiorias], agora, como se deu a partir da Carta de 1988, o acesso aos procedimentos que levam à elaboração das leis, e mesmo ao controle da sua produção, permitindo-lhes combinar as ações da sua vida associativa e dos seus órgãos de representação com essas instituições que admitem as grandes massas como novos personagens da esfera pública, se vem apresentando como um caminho inédito, em que a república se recria por baixo, enraizada nos interesses e nas expectativas de direitos do que até agora foi o limbo do Brasil. (VIANNA; CARVALHO, 2002, p. 153)

Nesse sentido, atribuiu-se ao direito, em especial ao poder judiciário, um novo papel, um papel predominante na própria concretização da democracia e da cidadania, fruto de uma abordagem em que o juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas as quais não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último "guardião de promessas", tanto para o sujeito como para a comunidade política, diante da crise de legitimidade do Estado. A sociedade tem se remetido aos juízes por conta da ausência de autoridade, passando a preencher a função de instituição unificadora (GARAPON, 1992).[6]

Assim, expressões correlatas, como *judicialização da política*, e *politização da justiça*, buscam indicar os efeitos da expansão do poder judiciário no processo decisório

das democracias contemporâneas. Vanessa Oliveira (2005) aponta o que chama de *ciclo da judicialização*, composto de três fases: "primeiramente no acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos – ou *politização da justiça*; em segundo lugar, no julgamento do pedido de liminar (quando houver); e por fim, no julgamento do mérito da ação, que enseja a *judicialização da política* propriamente dita" (p. 560).[7]

Portanto, nas análises do fenômeno no Brasil,[8] defende-se que o poder judiciário deixou de ser um poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais. Werneck Vianna et al. (1999) aponta que o judiciário "se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social". Seria uma "vocação expansiva do princípio democrático que tem implicado em uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele".

Werneck tomou o termo para descrever as transformações constitucionais após 1988, que permitiriam o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais.[9] Podemos atribuir a essa abordagem um forte componente comunitarista, ao defender que o Poder Judiciário surge como alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania.

Em torno do poder judiciário surge uma arena pública externa ao circuito clássico sociedade civil–partidos–representação–formação da vontade majoritária, colocando o Judiciário diante de uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos, em um tipo de comunicação na qual prevalece a lógica dos princípios (VIANNA et al., 1999). Essa lógica de princípios é inerente ao ideal comunitarista, como vimos.

Na nossa opinião, entretanto, o aumento da demanda não está necessariamente atrelado a uma efetiva intenção participativa do cidadão brasileiro, e as estatísticas do Supremo refletem mais uma crise de quantidade nesse sentido, conforme exploraremos a seguir.

Ademais, nossa análise resgata a necessidade que a nova compreensão da Constituição, e do próprio papel dos tribunais, demanda: uma nova prática interpretativa, de caráter *construtivo*, em que o poder judicial esteja consciente de seu papel na configuração de uma democracia mais participativa.

Nesse sentido, o poder judicial deixa de ser um instrumento apenas do Estado, passando a ser, também, da sociedade, o que acarreta uma *politização* do direito. O discurso da neutralidade utilizado pelos atores jurídicos passa a ser questionado, principalmente quando o objeto de análise é a relação entre direito e política, admitindo-se

aqui direito como o texto normativo e sua interpretação por intermédio do Poder Judiciário, e Política como as teorias filosóficas-políticas que influenciam a elaboração do texto normativo. Essas teorias filosóficas-políticas compreendem o pano de fundo das novas abordagens sobre o papel da constituição.

2 Análise jurisprudencial

A ampliação dos agentes legitimados para acionar diretamente o Supremo é considerada um avanço no sentido de permitir que o STF esteja mais aberto às demandas de diversos setores políticos, sociais e corporativos, retirando-se da esfera do Estado a exclusividade da capacidade postulatória, na linha apregoada pelo comunitarismo, conforme salientamos anteriormente. Assim, permitiu-se que minorias sejam representadas por intermédio de seus partidos, sindicatos ou entidades de classe, expressando seu repúdio a atos contrários à Constituição. Essa ampliação expandiu o papel do STF enquanto arena política, na qual diversos grupos disputam a realização ou o bloqueio de dispositivo constitucional.

Tabela 1 – Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Legitimado – 1988 a 2008*

LEGITIMADOS	QUANTIDADE	PERCENTUAL
PRESIDENTE DA REPÚBLICA	6	0,1%
MESA DO SENADO FEDERAL	1	0,0%
MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS	0	0,0%
MESA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA OU CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL	43	1,0%
GOVERNADOR DE ESTADO OU DO DISTRITO FEDERAL	1.044	25,5%
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA	891	21,7%
CONSELHO FEDERAL DA OAB	166	4,0%
PARTIDO POLÍTICO COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL	734	17,9%
CONFEDERAÇÃO SINDICAL E ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL	876	21,4%
MAIS DE 1 LEGITIMADO **	3	0,1%
OUTROS (ILEGITIMADOS)	337	8,2%
TOTAL	4.101	100,0%

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

* Dados de 2008 atualizados até junho.

** Confederação Sindical e Partido Político.

Infere-se da tabela 1 a assertiva anterior, de que o Supremo se tornou uma arena política mais ampliada e acessível. Entre os legitimados com maior número de ações, dois representam interesses mais relacionados com o coletivo, mesmo que de forma corporativa, como é o caso das confederações sindicais e entidades de classe. Inicialmente, o Procurador-Geral da República detinha o monopólio da ação, do que

se infere o grande avanço instituído pela Constituição de 1988, ainda que o Supremo em algumas oportunidades restringisse essa participação mais "popular", conforme salientaremos adiante.

Um exemplo de tal restrição é o entendimento do Supremo no tocante a União Nacional dos Estudantes (UNE). A entidade associativa dos estudantes universitários, cujo histórico é de ativa participação em movimentos cívicos nacionais na defesa das liberdades públicas, de âmbito nacional, e na defesa de interesses estudantis, não é legítima para propor a ADI, no entendimento do STF, pois não detém a condição de entidade de classe de âmbito nacional, compreendendo-se classe como um "conteúdo imediatamente dirigido à ideia de profissão, como categoria profissional, e não no sentido de simples segmento social, de 'classe social'".[10]

Quanto ao Recurso Extraordinário (RE), este exerce a função de guardião da constituição, nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, e alíneas). Cumpre salientar aqui a visão processual deste recurso: trata-se de um recurso que não visa à correção da injustiça do julgado recorrido (MANCUSO, 1996).

Quando a nova Carta Magna Brasileira criou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que absorveu parte das competências que a Constituição anterior conferia ao STF, retiraram-se do antigo Recurso Extraordinário as questões referentes à interpretação do direito federal e à supremacia deste, que passaram a ser objeto de recurso especial para o STJ. Ao STF assegurou-se a exclusividade no tocante a questões relativas estritamente à constitucionalidade. No entanto, ainda que a intenção fosse positiva, a medida explicitada acima retardou ainda mais o curso da Justiça no Brasil, pois criou-se uma quarta instância.

Portanto, após desenrolar-se a primeira instância perante o juiz singular, há a segunda, perante um tribunal, e se segue para as duas cortes superiores, ainda que em termos de agravo de despacho denegatório de Recurso Especial (REsp) ou de Recurso Extraodinário (RE). Além disso, quando houver matéria constitucional envolvida, a parte deverá interpor, simultaneamente, o REsp para o STF e o RE para o STF, aguardando a apreciação do primeiro para só então discutir a matéria constitucional, o que exige a interposição antecipada de recurso, que, possivelmente, não será necessário caso a questão possa ser resolvida na esfera da legislação infraconstitucional. Conforme ensinamento de José Antônio Pimenta Bueno (1978) sobre as dificuldades inerentes a uma terceira instância, principalmente quanto à insegurança jurídica:

> Com efeito, criar mais de duas instâncias seria não atender os verdadeiros interesses sociais, fora onerar muito as partes, conservar por muito tempo

> os direitos e as fortunas em dubiedade e deterioração, e enfim não impor oportunamente um termo às questões. Demais, se duas instâncias podem laborar em erro, ou parcialidade, nada evitaria que uma terceira fosse quem nesse defeito incorresse. O último julgado seria sempre obra dos homens, e como tal sujeita à sua falibilidade e imperfeição. (p. 337)

É justamente esta insegurança e lentidão processual que a sociedade mais critica, que imprime uma certa "impunidade" aos olhos do cidadão comum, o qual, ao recorrer à Justiça, precisa aguardar longos anos por uma solução. E, como o Supremo também é o "guardião" da Constituição, torna-se patente uma crise de identidade, pois para o cidadão ele acaba não exercendo plenamente nenhuma das duas atividades, ainda que esteja totalmente sobrecarregado, mas mais como instância recursal do que como Tribunal Constitucional propriamente dito.

Isso porque o STF não seria simplesmente mais um tribunal superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, além de o próprio RE não constituir mais uma possibilidade de impugnação, e sim um remédio de cunho político-constitucional, uma vez que seus pressupostos não estão na lei processual. Assim, ao Supremo cabe assegurar a *inteireza positiva* do direito constitucional, provendo o recurso não porque é injusta, mas sim porque fere a constituição, e resolvendo, portanto, a situação jurídica individual em segundo plano.

Para comprovar o acúmulo de serviço no STF, utilizamos dados disponíveis no *site* do Tribunal sobre a movimentação processual nos últimos vinte anos, em intervalos de cinco anos, incluindo até junho de 2008:

Tabela 2 – Movimentação Processual no Supremo 1989, 1994, 1999, 2004, 2008*

MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL STF		1989	1994	1999	2004	2008
PROCESSOS PROTOCOLADOS	14.721	24.295	68.369	83.667	54.877	
PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	6.622	25.868	54.437	69.171	40.081	
JULGAMENTOS	17.432	28.221	56.307	101.690	70.172	
ACÓRDÃOS PUBLICADOS	1.886	7.800	16.117	10.674	9.174	

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

* Dados de 2008 atualizados até junho.

Os dados refletem que atualmente o Supremo despende muito mais tempo com Agravos de Instrumento, de natureza processual, uma vez que é cabível quando não for admitido o Recurso Extraordinário no tribunal de origem, em vez de ADI, que tem maior afinidade com a sua função máxima de guardião da Constituição.[11]

A Constituição Federal de 1988 incorporou inúmeras matérias anteriormente tratadas em textos infraconstitucionais, o que ampliou consideravelmente o leque de

questões permissíveis de interpelação junto ao STF via Recurso Extraordinário, do que decorre o volume desproporcional de Recursos Extraordinários, e os respectivos Agravos de Instrumentos, quando aqueles não são acolhidos.[12] Apesar da criação do STJ, cuja função é a uniformização de jurisprudência em torno da legislação federal, permitindo que o STF possa assumir feições de Corte Constitucional, como guardião da Carta Magna, não se criou mecanismo de seleção das causas a serem julgadas pelo Supremo, solução que vários autores apontam como primordial para o desafogamento da Corte Suprema.

Dallari (1996) destaca que foi proposta à Assembleia Nacional Constituinte a criação de um Tribunal Constitucional, restrito ao controle de constitucionalidade das leis e atos de autoridades públicas, bem como a promoção da responsabilidade dos que praticassem atos contrários à Constituição. Contudo, o autor destaca que o STF se manifestou contrariamente à criação daquele tribunal, pois diminuiria o seu "prestígio".

Portanto, podemos apontar a permanência como última instância recursal como um dos entraves para o fiel exercício das atribuições constitucionais pelo Supremo, desconfigurando-o como um Tribunal Constitucional *strictu sensu*. Ademais, o próprio Supremo, levado por boas intenções diante da absurda quantidade de trabalho, restringe sua atuação mais próxima do cidadão. Isso pode ser exemplificado através de duas interpretações quanto à legitimidade ativa nas ações diretas de inconstitucionalidade:

a) O STF tem interpretado o termo *confederações e entidade de classe* de forma restritiva, tendo como objetivo limitar o número dos legitimados. A interpretação restritiva do Supremo, que limita o acesso destes entes, é baseada em princípios do direito do trabalho e da ideia de que tais entes são de direito privado. A primeira restrição é quanto ao conceito de *confederação sindical*, que deverá observar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), artigos 533 e 535. Assim, o STF entendeu que centrais sindicais não integram a pirâmide em que se estrutura a organização sindical. Para o Supremo, as centrais sindicais são associações civis licitamente constituídas por entidades sindicais e associações profissionais de trabalhadores de qualquer categoria. Isso porque, assim como é permitido ao trabalhador, paralelamente à sindicalização, constituir associações profissionais, é permitido às entidades sindicais a liberdade de associar-se para a coordenação da defesa de interesses comuns, "independentemente de sua integração paralela no sistema confederativo, a cujos integrantes se reservam com exclusividade os poderes jurídicos de representação sindical".[13] A CLT estabelece o sistema confederativo, que significa a possibilidade de associação no nível de sindicatos, federações e confederações, e dominado pelo princípio básico da unicidade, nos diversos graus, de representação da categoria ou grupo de categorias. Assim, a estrutura é vertical e em três níveis. A confederação sindical seria de grau superior,

ocupando o ápice da hierarquia da estrutura sindical. Nesse sentido, *centrais sindicais* não estão inseridas em tal estrutura, fazendo parte, sim, do princípio constitucional que assegura o direito de associação às pessoas físicas.
b) Na mesma linha interpretativa, tem-se exigido que as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, para propor ações diretas de inconstitucionalidade, devem preencher o requisito objetivo da relação de pertinência entre o interesse específico da classe ou categoria, para cuja defesa essas entidades são constituídas, e a lei ou o ato normativo, cuja inconstitucionalidade é arguida. Deve haver uma vinculação das finalidades estatutárias da parte com a lei ou ato normativo que se almeja impugnar. Trata-se de requisito sem nenhum amparo constitucional, ferindo inclusive o princípio da igualdade, pois não se requer tal relação de pertinência a respeito dos demais órgãos ou pessoas legitimados pelo artigo 103. O ministro Celso de Mello, na ADI nº 42, assim define a restrição:

> Um outro aspecto merece referência e diz respeito ao interesse de agir das entidades de classe, a envolver a necessidade de que demonstrem, objetivamente, a relação de pertinência entre a finalidade institucional que motivou a sua criação e o conteúdo e a natureza da lei ou ato normativo impugnado. A descoincidência temática entre esses dois elementos referenciais – finalidade da associação e conteúdo material da lei ou ato normativo – descaracterizará o interesse de agir e ensejará a carência [negar prosseguimento] da ação direta.

Assim, percebe-se uma certa incoerência entre o texto constitucional, seus princípios e valores, *de influência comunitarista*, e a forma como o Supremo tem se manifestado, o que poderemos apontar como uma crise de identidade: ele acumula as funções de última instância recursal, que o sobrecarregam, com funções de Tribunal Constitucional *strictu sensu*, que se coadunam com a forma como o texto constitucional passou a ser valorizado.

3 Novo instituto

Podemos depreender do que foi até o momento exposto que uma nova configuração surge no tocante ao papel do juiz: este não é mais um mero instrumento do Estado, mas sim da sociedade, o que acarreta sua politização (QUEIROZ, 2000). Ademais, a Constituição não é garantida nem por um ordenamento jurídico acima dela, nem por uma coatividade supraestatal, mas sim por sua própria força e por suas próprias garantias. Assim, para que ela seja obedecida, é preciso que seja considerada moralmente correta, ou melhor, que seja legítima. É a conformidade da Constituição com

os interesses, as aspirações e os valores de um determinado povo em determinado momento histórico que a legitima (HESSE, 1996).

Dessa forma, resgata-se, aqui, o dilema entre democracia participativa e democracia representativa. A democracia representativa se enquadra no modelo liberal de Estado, em que se enfatiza o procedimentalismo como método de constituição de governos. Já a democracia participativa, ou *inclusiva*, representa a reflexão sobre este mesmo procedimentalismo como prática social. A ideia de democracia participativa está associada à ideia de *atitude* por parte do cidadão, conforme descrevemos anteriormente.

Entretanto, apesar de o controle concentrado de constitucionalidade ser uma quase "universalidade", as cortes têm variado quanto à extensão em que estão dispostas a exercer esse poder na realidade. E o Brasil não é exceção. Como já explicitado, o desenho institucional do Supremo na Constituição de 1988 acabou por delimitar o exercício do poder *democrático* pelo Supremo. Ademais, a orientação jurisprudencial nos últimos vinte anos também foi no sentido de se afastar, de certa forma, das concepções de origem, como a influência comunitarista de ideias mais pluralistas, defendidas por Häberle.

Por isso, apontamos o instituto do *amicus curiae*, introduzido pela Lei nº 9.868, de 11 de outubro de 1999, como um importante mecanismo de *abertura* constitucional, na linha defendida por Häberle (1997) da comunidade de intérpretes. Trata-se da possibilidade de determinados órgãos ou entidades se manifestarem acerca de matéria levada a julgamento, em caso de relevância da discussão e de representatividade do postulante (BARROSO, 2006). Assim, durante o processo de controle concentrado de constitucionalidade, representantes da sociedade civil podem se manifestar no processo, mesmo que não sejam partes legítimas para propor a ação. A finalidade precípua do *amicus curiae* é pluralizar o debate constitucional.

O *amicus curiae* não é parte direta no processo, é uma pessoa – física ou jurídica – que tem interesse moral na lide e pode contribuir, com suas informações e seus conhecimentos, para encontrar a melhor solução para o caso. E, nesse sentido, sua maior representatividade pode conduzir a debates mais próximos das demandas dos cidadãos. Não há exigência de pertinência temática nem de representação nacional. "Haverá sempre outras entidade de notória representatividade que, por isso, serão admitidas ao debate, dependendo apenas do tema discutido" (BUENO FILHO, 2002, p. 6). Portanto:

> A admissão de terceiro na condição de *amicus curiae*, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a

> permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (p. 5)

Nosso objetivo é analisar o instituto à luz do novo paradigma proposto pela Constituição de 1988, o comunitarista, e pelo novo papel atribuído ao Supremo com a valorização do texto constitucional, sem adentrar nas questões processuais. Portanto, retomando o que chamamos de crise de identidade, o novo instituto apresenta características que aproximam o Supremo do seu papel político e de guardião da constituição.

> Entender a Constituição como não apenas normativa, mas também política. Compreender as relações políticas e sociais presentes nas estruturas constitucionais. Perceber que a Constituição pertence também á realidade histórico-social. Tornar claros os nexos existentes entre Estado, Constituição e política, concebendo o direito constitucional como direito político. (BERCOVICI, 2003)

Essa seria a nova função atribuída aos tribunais constitucionais e aos textos constitucionais, em um movimento de valorização do caráter político de ambos, inclusive para o adensamento da democracia, principalmente no período após regime autoritário em alguns países.

4 Reflexões finais

Importante destacar ainda que a existência de diferentes graus de jurisdição nem sempre garante a aplicação da Justiça. O princípio processual da garantia do direito de defesa, da possibilidade do contraditório, tem levado a exageros no sistema judiciário brasileiro, em que alguns processos passam por até quatro instâncias, consoante salientado anteriormente. O fundamento para a existência do mecanismo recursal é o fato de que, tomando como ponto de partida o direito positivo, as soluções possam ser diversas, assegurando-se, portanto, a diversidade de entendimentos e a possibilidade de mudanças de interpretação judicial.

Contudo, o uso de subterfúgios e de manobras protelatórias favorece quem tem mais recursos econômicos e pode contratar os melhores advogados, gastar mais dinheiro com a produção de provas e suportar por mais tempo uma demanda judicial, do que se infere que são os pobres os mais prejudicados com a distorção do princípio do duplo grau de jurisdição. Conforme salienta Dallari (1996):

> Ocorre, entretanto, que a prática já deixou comprovado que a possibilidade de ter o mesmo caso examinado e decidido em várias instâncias não significa, necessariamente, a possibilidade de decisões mais justas, sendo certo, em sentido contrário, que a longa, demorada e dispendiosa tramitação por várias instâncias acarreta conseqüências de ordem econômica que favorecem os mais ricos. (p. 106)

Portanto, uma análise do papel do Supremo durante os vinte anos desde a promulgação da Constituição de 1988, e suas implicações institucionais para o futuro, demanda considerar a *engenharia constitucional* de 1987 à luz da própria atuação do Supremo durante o período. O seu papel político o aproxima da ideia de democracia participativa, como guardião da Constituição e dos valores e princípios que ela enuncia.

A democracia participativa se insere no quadro da *terceira onda de democratização*, que trouxe à tona questões relacionadas ao problema da qualidade da democracia, a análise da democracia como substância, e não como forma. Trata-se de "uma tentativa de disputa pelo significado de determinadas práticas políticas, por uma tentativa de ampliação da gramática social e de incorporação de novos atores ou de novos temas à política" (SOUSA SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 56).

Assim, adentramos o principal elemento defendido neste artigo: a participação, o papel da sociedade civil, dos movimentos sociais, na institucionalização democrática. Entretanto, esta nova percepção de democracia exige a constituição de uma nova gramática social, uma nova forma de relação entre Estado e sociedade.

> Os movimentos sociais estariam inseridos em movimentos pela ampliação do político, pela transformação de práticas dominantes, pelo aumento da cidadania e pela inserção na política de atores sociais excluídos [...] O que a democratização fez foi, ao inserir novos atores na cena política, instaurar uma disputa pelo significado da democracia e pela constituição de uma nova gramática social. (SOUSA SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 54)

Dessa forma, o aumento por si só de participação não significa necessariamente emancipação, pois é preciso adequar essa participação à tentativa de recriação das formas do político: "um espaço público real porque construído universalmente, portanto aquele no qual a crítica e o dissenso organizado dos excluídos pode se instalar na demanda de direitos" (PAOLI, 2002, p. 403). É preciso concretizar o direito de participar na pluralidade das demandas de cidadania.

O Supremo tem uma missão a qual está acima da repercussão do litígio, geralmente limitada às partes, pois questões constitucionais implicam em reflexo além do exclusivo interesse dos litigantes, já que se discute o direito fundamental da própria Nação. A solução da questão levada ao STF tem importância para o público.

Assim, do ponto de vista procedimental, o balanço é favorável ao desempenho do STF, mas na perspectiva substancial da democracia constitucional, da representatividade cidadã, o instituto do *amicus curiae* permitiu um redirecionamento da temática com vistas a retomar o debate sobre a própria identidade do Supremo: última instância recursal ou Tribunal Constitucional *strictu sensu*?

O controle de constitucionalidade pode ser um importante mecanismo *emancipatório* e de concretização constitucional, na medida em que se constitui em um canal alternativo para aqueles fora do poder. É possível refletir sobre a atuação dos tribunais a partir da categoria comunitarista, quando o Tribunal é provocado a atuar em nome de interesses não estatais, interesses inerentes ao exercício da cidadania. Trata-se de associar o comunitarismo com a ideia de democracia participativa. Os tribunais, desde que não estejam demasiadamente preocupados em evitar a confrontação com o poder político, podem expressar valores fundamentais para a democracia.

Portanto, a pergunta está atrelada a uma crise de identidade inerente ao Supremo desde o seu novo desenho por ocasião da Constituição de 1988. Com o advento das comemorações pelos vinte anos da promulgação do texto constitucional e diante de uma nova composição do Tribunal, torna-se salutar retomar questões que possam responder a essa pergunta, solucionando a crise de identidade a partir dos próprios princípios e valores previstos no texto constitucional de 1988. Podemos, com o instituto do *amicus curiae*, vislumbrar um resgate do novo sentido atribuído pelo texto constitucional de 1988 à cidadania como *atitude*? A proposta apresentada no presente artigo busca justamente responder positivamente a pergunta, traçando um resgate de instrumentos que aproximem o Supremo de um Tribunal Constitucional *strictu sensu*, e dessa forma se identificando mais com os preceitos de cunho comunitarista da Constituição de 1988 e resolvendo a apontada crise de identidade.

: ARTIGO APROVADO (24/11/2008) : *RECEBIDO EM 30/07/2008*

NOTAS

1 Em trabalho sobre a *cidadania* brasileira, José Murilo de Carvalho (2002) aponta que um dos grandes problemas da *liberdade dos modernos* é o da viabilização da virtude republicana, que comporta o ativismo político e a preocupação com o bem coletivo. Isso porque esta virtude é típica do mundo antigo e dificilmente é compreensível em sociedades de mercado, "onde nem há tempo disponível para a ação cívica, nem motivação para que as pessoas se desviem da busca do interesse individual. A única justificativa lógica do bem coletivo no mundo utilitário permanece sendo a que o identifica com a soma dos interesses pessoais" (p. 121). A presente análise versará sobre a dinâmica que a *justificativa lógica* apresentada pelo autor acarreta quando da análise da atuação do Supremo com a promulgação da Constituição de 1988.

2 Este debate é creditado a Benjamin Constant em *Sobre a Liberdade dos antigos comparada com a dos modernos* (1819), em que contrapôs a liberdade dos indivíduos em relação ao Estado (*liberdade de*) à liberdade dos indivíduos no Estado (*liberdade em*). A primeira forma de liberdade seria característica dos *modernos* (sociedades comerciais e industriais contemporâneas, marcadas pela intensa divisão do trabalho e pela prevalência dos interesses individuais), e os indivíduos poderiam desenvolver suas potencialidades desde que libertos do poder absoluto do Estado. A *liberdade em* seria característica dos *antigos*, ou seja, dos antigos gregos e romanos, em que os indivíduos podiam participar em tempo integral dos corpos de decisão política. Na disputa entre os antigos e os modernos, Benjamin Constant, defensor do liberalismo, conferia um sentido claramente positivo aos modernos.

3 No século XX, outro defensor do liberalismo político, Isaiah Berlin (2002), adaptou a terminologia constantiana para *liberdade negativa* (*liberdade de* ou *liberdade para*) e *liberdade positiva* (*liberdade em*). Para o autor o cerne do debate está na questão da obediência e da coerção. "Por que devo (ou alguém deve) obedecer a outro alguém? [...] Com base nas respostas à pergunta dos limites permissíveis de coação, visões opostas são defendidas no mundo atual" (p. 228).

4 Oportuno destacar, entretanto, que sobre o tema específico do controle de constitucionalidade, os comunitaristas o analisam como uma limitação ao processo deliberativo democrático, pois viola "o exercício da autonomia por parte de determinados grupos culturais" (CITTADINO, 2000, p. 194). Como nossa ênfase é a participação política, e não a legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais, não adentraremos este debate aqui.

5 Dois eixos analíticos podem ser apontados quando da análise sobre a posição estratégica do poder judiciário nas democracias contemporâneas: eixo procedimentalista, representado por J. Habermas e A. Garapon, que veem na invasão da política pelo direito uma perda da liberdade e consequente privatização da cidadania; e o eixo substancialista, associado às obras de M. Cappelletti e R. Dworkin, que afirmam que as novas relações entre direito e política seriam tomadas como inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade (OLIVERIA; CARVALHO, 2002, p. 13–4). Os autores não lidam diretamente com a judicialização, mas trabalham com temas que norteiam esse fenômeno.

6 Em uma abordagem que defende a adaptação do juiz a uma democracia *mais associativa, participativa e mais deliberativa*, Garapon (1992) deposita uma grande responsabilidade no exercício das atribuições jurisdicionais: "O prestígio contemporâneo do juiz procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. [...] O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. [...] Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade"(p. 26–7).

7 "De algum modo o empolamento da polêmica *judicialização da política versus politização da justiça,* quanto ao papel real desempenhado pelos tribunais de justiça constitucional no processo político de concretização e realização da constituição – bem vistas as coisas, ao cabo e ao resto, um problema de legitimidade –, representa, a um tempo, tanto um momento de viragem do discurso constitucional, no sentido da sua renovação como ciência, quanto um ponto de encontro e de (re)dimensionamento dos domínios jurídico e político" (QUEIROZ, 1990, p. 22).

8 O destaque à abordagem brasileira se dá pela diferença com a abordagem dada por Tate e Vallinder (1995) quando das primeiras análises sobre o "fenômeno": os autores buscaram descobrir nas condições políticas alguns dos motivos da judicialização e, a partir de estudo de casos, desenvolveram oito condições para o processo: democracia, separação dos poderes, política centrada nos direitos, o uso dos tribunais por grupos de interesse, o uso dos Tribunais pela oposição, inefetividade das instituições majoritárias, percepções por parte do público das instituições responsáveis pela elaboração de políticas públicas, proposital delegação da decisão de determinadas controvérsias pelas instituições majoritárias. Institucionalistas, os autores caracterizam a judicialização pela difusão de procedimentos judiciais em arenas de deliberação política, propondo que o ajuizamento de ações que envolvam questões políticas por si só já caracterizaria o fenômeno. "No entanto, os estudos sobre esta temática têm demonstrado que o aumento da litigância na arena política pode ser ocasionado por mecanismos institucionais, os mais diversos, ou por uma alteração no modo de interpretar dos juízes (ativismo judicial). Portanto, as causa da emergência da judicialização a lógicas peculiares, variando de país para país" (OLIVEIRA; CARVALHO, 2002, p. 18).

9 Débora Maciel e Andrei Koerner (2002) criticam a utilização da expressão, alegando que o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira deve ser estudado sem o recurso ao "conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política" (p. 131). É preciso avaliar o papel das instituições judiciais no conjunto de transformações do Estado brasileiro nas duas últimas décadas, centrando a atenção no *path* histórico desse conjunto, assim como na dinâmica organizacional das diversas burocracias que compõem o sistema judicial.

10 ADI nº 894-3DF, Relator ministro Néri da Silveira, D. J. de 30.11.93, p. 25.981.

11 O momento é oportuno para destacar que o presente trabalho não tratará de questões de cunho processual, como os mencionados dados sobre o número de Agravos e Recursos Extraordinários, e o seu cabimento. Nossa intenção é apenas ilustrar, por intermédio da análise reflexiva dos números apontados, o nosso raciocínio de cunho filosófico, sem se ater a filigranas processuais.

12 A título de ilustração: em 2007, do total de 112.938 processos distribuídos, 56.909 eram Agravos de Instrumento, e 49.708, Recursos Extraordinários, o que representa um total de 106.617 processos, percentual de 94,4% do total de processos distribuídos, segundo dados extraídos do Portal de Informações Gerenciais do STF.

13 Voto ministro Sepúlveda Pertence, ADI nº 271, p. 154.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Dez Anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova*, n. 61, p. 5-24, 2004.

_____. A Constituição Dirigente a Crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto et al. (Orgs.). *Teoria da constituição* – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 75-150.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr/jun 1999.

BERGER, Peter. On the obsolenscence of the concept of honor. In: HAUERWAS, Stanley; MACINTYRE, Alasdair (Orgs.). *Revisions*: Changing Perspectives in Moral Philosophy. Indiana: University of Notre Dame Press, 1983. p. 172-81.

BERLIN, Isaiah. Liberdade Política e Pluralismo. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 226-72.

BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 21-36.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e a análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. *Direitos republicanos, identidades coletivas e esfera pública no Brasil e no Quebec*. n. 304. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. (Série Antropologia).

_____. *Entre o justo e o solidário*: os dilemas dos direitos de cidadania no Brasil e nos EUA. n. 185. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. (Série Antropologia).

_____. *Direitos humanos e cidadania no Brasil*: algumas reflexões preliminares. n. 122. Brasília: Universidade de Brasília, 1992. (Série Antropologia).

CARVALHO, Ernani Rodrigues. A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Em ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA (ABCP), 4., 2004, Rio de Janeiro. *Trabalho apresentado*... Rio de Janeiro, 2004.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 38, p. 289–303.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva* – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. Em ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS), 25, 2001, Caxambu. *Seminário*... Caxambu, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 211, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião de promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
GALANTER, Marc. Direito em Abundância: a atividade legislativa no Atlântico Norte. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 36, p. 103–45, fev. 1993.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre, Sérvio Antonio Fabris, 1997.
HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional. In: BENDA, Ernst et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 1–15.
LOIS, Cecilia Caballero. Da União social à comunidade liberal: o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e Democracia*: entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005. p. 23–49.
MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**.** *Lua Nova*, n. 57, p. 113–33, 2002.
MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*: a Study in Moral Theory. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame, 1984.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.
OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e Privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 3, v. 48, p. 559–87, 2005.
_____. CARVALHO, Ernani. A judicialização da política: um tema em aberto. Em ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS), Grupo de Trabalho Controles Democráticos e Cidadania, 2002, Caxambu. *Paper*... Caxambu, 2002.
PAOLI, Maria Célia. Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania no Brasil. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (Org.) *Democratizar a Democracia* – os caminhos da democracia participativa, v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 373–418.
QUEIROZ, Cristina. *Os actos politicos no Estado de Direito* – o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.
_____. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial* – sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000.
RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
_____. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.
SCHMIDT, Ernani Santos. *Pensamento comunitário contemporâneo*: expressões para um referencial teórico no estudo do direito. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Ernani%20Santos%20Schmidt.pdf>. Acesso em janeiro 2007.
SOUSA, Marcelo Alvares de. *Cidadania, igualdade e solidariedade*: e o Brasil com isso? Dissertação (Mestrado) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 1999.
SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais. *Lua Nova*, n. 58, p. 37–60, 2003.
SOUSA SANTOS, Boaventura. Introdução Geral à Coleção. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (Org.). *Democratizar a Democracia* – os caminhos da democracia participativa, v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 13–27.
_____; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (Org.). *Democratizar a Democracia* – os caminhos da democracia participativa, v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39–82.
_____. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 65, p. 3–76, mai. 2003.
TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.
TAVARES, Ana Lucia de Lima. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas**.** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, n. 109, p. 71–108, jan./mar. 1991.
TAVARES, Quintino Lopes Castro. Multiculturalismo. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org). *Justiça e Democracia*: entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005, p. 89–123.
TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.
VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
_____ (Org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal* – Jurisprudência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Império da lei ou da corte? *Revista USP*, Dossiê Judiciário, São Paulo, n. 21, p. 70–7, mar./abr./mai. 1994.
WALZER, Michael. The communitarian critique of liberalism. *Political Theory*, v. 18, n. 1, fev. 1990.
_____. *Esferas da Justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Julia Maurmann Ximenes

SQN 210, Bloco G, apt. 501
Asa Norte – 70762-070
Brasília – DF – Brasil
juliaximenes@idp.edu.br

Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília (UnB)
Professora na especialização e no mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)
Advogada

JULGAMENTO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL: TODO DIA ERA DIA DE ÍNDIO

Erica Magami Yamada e Luiz Fernando Villares

RAPOSA SERRA DO SOL INDIGENOUS LAND TRIAL

RESUMO

O julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol expôs o papel do STF como legislador positivo. O recém-publicado acórdão do STF sobre o caso agrega as chamadas salvaguardas institucionais formuladas nas 19 ressalvas à ação do Poder Executivo e aos direitos dos povos indígenas apresentadas em plenária. Algumas dessas ressalvas, verdadeiros enunciados normativos, ameaçam retroceder o reconhecimento de direitos de minorias étnicas no País, na contramão de compromissos internacionais de direitos humanos assumidos, especialmente quanto à interpretação do direito originário dos índios sobre suas terras tradicionais e quanto ao não reconhecimento da organização política indígena com o controle sobre suas terras.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal; Terra Indígena Raposa Serra do Sol; povos indígenas; direitos territoriais; enunciados normativos.

ABSTRACT

The trial to demarcate the indigenous land Raposa Serra do Sol revealed the role of the STF as a positive legislator. The recently published decision on the case incorporated the so called institutional safeguards introduced by the 19 conditions to the Executive action and to indigenous peoples rights as presented during the hearings.

Some of these safeguards, actual normative statements, threaten to move backwards the recognition of minority ethnic groups in Brazil. They go against the international commitments of the State towards human rights, particularly regarding the interpretation of indigenous peopels original right to lands and the non-recognition of the indigenous political organization a capacity to control their own lands.

KEYWORDS

Brazilian Supreme Court; indigenous land Raposa Serra do Sol; indigenous peoples; territorial rights; normative statements.

Sentada, uma mulher de túnica branca e venda nos olhos, repousa em suas pernas uma leve espada. Ela está à frente do prédio do Supremo Tribunal Federal, na Praça dos Três Poderes, em Brasília, capital do Brasil. A representação modernista de Alfredo Ceschiatti[1] para "justiça" é alta, magra, calma e elegante.

Dentro do prédio de proporções relativamente reduzidas, parecendo flutuar na nobreza e dignidade de suas galerias externas, revestidas do mais branco dos mármores,

se ouve uma campainha estridente que anuncia o início da seção e a entrada dos onze ministros no plenário. Todos os presentes se levantam, para reverenciar os onze ministros e o Procurador-Geral da República. Por cima do terno, eles vestem uma toga preta e comprida, que contrasta com o tom dourado do carpete, o bege da parede de mármore e o marrom-claro da madeira das bancadas do plenário do STF.

A toga comprida, tradição de nosso Poder Judiciário, diferencia os ministros dos demais. Ainda que você participe do julgamento como advogado ou membro do Ministério Público terá que usar uma toga mais curta. Contraditoriamente, o edifício de Oscar Niemeyer envolve, aproxima e coloca quase na mesma altura os juízes e a plateia dos cidadãos. Eles se sentam no balcão em forma de "U", auxiliados pelos seus meirinhos.

Existe uma norma rígida que define o assento no plenário do STF. O presidente se senta na ponta central do balcão. Ao seu lado direito tem assento o procurador-geral da República e do lado esquerdo o secretário da seção. O último ministro nomeado senta-se na cadeira mais distante, à esquerda do presidente. O penúltimo, na cadeira mais distante, à direita. Alternam-se os demais até a cadeira mais próxima, à direita do presidente, onde fica sentado o decano.

No painel de mármore bege de Athos Bulcão, em cima da cadeira do presidente, um brasão de bronze da República do Brasil. Mais vistoso é o Jesus crucificado acima e à esquerda. A bandeira do Brasil, verde, amarela e azul quebra a monocromia desse altar.

Em um dia normal a plateia não tem mais do que cinquenta pessoas para uma lotação máxima de 376 pessoas. Mas esse é um grande dia, em que será julgado o caso que envolve a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. A plateia aguardava ansiosa o início do julgamento. A primeira fileira sempre reserva seus lugares para o Advogado-Geral da União e os advogados das partes dos processos a serem julgados. O procurador-geral do Estado de Rondônia, o senador Mozarildo Cavalcanti, o ex-ministro do STF, Francisco Rezek, e outros advogados eram os representantes do Estado de Roraima e dos fazendeiros contrários à demarcação. A favor da demarcação, a advogada indígena Joênia Wapixana, representante dos povos indígenas da Raposa Serra do Sol, advogados do Conselho Indigenista Missionário, procuradores da República do Ministério Público Federal, procuradores da Funai, representantes da Advocacia-Geral da União. Ministros, senadores, deputados, prefeitos, funcionários públicos, integrantes das forças armadas, ONGs, todos queriam acompanhar de perto a sessão. O caso, com repercussão nacional, atraiu uma grande quantidade de ilustres convidados. A figura mais festejada era a senadora Marina Silva, ex-ministra do meio ambiente e figura máxima da luta pela Amazônia. Mas quem dava colorido especial ao julgamento eram as diversas lideranças indígenas do Brasil, com toda pompa de seus trajes de gala. Suas penas e tintas contrastavam com a sobriedade reinante dos brancos em longos trajes negros.

Lotação esgotada, a fila antes da sessão começara a se formar de madrugada. Na sala ao lado, fora necessário instalar um telão para aqueles que não tinham seus lugares reservados no plenário para acompanhar o julgamento. Quase uma centena de jornalistas. Com direito ao lugar mais elevado da plateia frontal estavam cinegrafistas e fotógrafos que tudo observavam. Diversos canais de televisão, emissoras de rádio e jornais relatavam o caso em informes a cada minuto, acrescentados de relatos, expectativas, opiniões, análises e prognósticos. A TV Justiça e a Rádio Justiça, órgãos de comunicação vinculados diretamente ao STF, transmitiam ao vivo o julgamento.

Essas e outras razões tiram o STF de sua rotina, fazendo-o acordar mais cedo e dormir mais tarde. As sessões plenárias do STF são realizadas geralmente às quartas e quintas-feiras, na parte da tarde, entre as 14 e 18 horas. Porém, a complexidade do caso e sua visibilidade supõem um julgamento longo. O presidente tem a atribuição de estabelecer os dias e horários dos julgamentos, escolhendo para esse caso a primeira hora da manhã de uma quarta-feira, prevendo a duração da sessão até o dia seguinte.

Ainda que acostumados a julgamentos polêmicos e ruidosos, índios de diversas etnias e de todos os lugares do país, que prestam solidariedade aos povos da Raposa Serra do Sol, causam um estranho nervosismo ao STF, como se um enfrentamento real pudesse emergir de uma palavra mau posta. O índio ainda representa o estranho, o selvagem nu (ou de calção e havaianas), com pintura cerimonial colorida, ruidoso, com linguagem direta e aparente falta de hierarquia. Tudo a contrastar e enfrentar a sobriedade e o requinte da Corte, expondo que esses dois mundos dificilmente se conciliam, ao contrário se repelem em uma inquietante discriminação.

Mas chega a hora de exercer o poder. Todos sentados, o silêncio se impõe. O presidente lê e propõe a aprovação da ata da reunião anterior. Após a cotidiana formalidade, é iniciada a sessão ordinária, com a leitura da ordem do dia, que traz a relação dos processos a serem julgados. Passa-se, então, a palavra ao ministro relator do processo.

O ministro Carlos Ayres Britto começa a ler o relatório preparado anteriormente e distribuído aos demais ministros através da rede de comunicação interna do STF, visível nos computadores portáteis de cada ministro. O relatório traz informações do processo, como as partes envolvidas, a descrição do tipo de ação ou recurso que foi ajuizado perante o tribunal, as alegações do autor e do réu, os pedidos formulados, a posição do Ministério Público, as decisões já tomadas, etc. Tendo em vista a dificuldade do caso,[2] a leitura do relatório do caso da Raposa Serra do Sol se prolongou mais do que o costume.

Formalidade indispensável, a leitura do relatório é monótona para os ministros, ainda que acompanhada por todo o público com atenção. Antes do julgamento um sem número de audiências foi realizada com todas as partes e diversos memoriais,[3]

foram apresentados, assim como manifestações de vários órgãos da sociedade se posicionando sobre a ação. Para se ter uma ideia da visibilidade do caso narrado neste artigo, em 2008, três ministros do STF – o presidente Gilmar Mendes, o relator do processo, Carlos Britto, e a ministra Carmen Lúcia – sobrevoaram o local da controvérsia e aterrissaram na aldeia Serra do Sol, no norte do Estado de Roraima, numa espécie de diligência judicial, para conhecer de perto a região e fazer um juízo mais apurado da questão.

Lido o relatório, uma questão de ordem[4] foi colocada à resolução dos ministros antes de o relator iniciar seu voto. Decidiu-se que as entidades e pessoas que peticionaram para ingressar na ação seriam admitidas como assistentes das partes. Com isso, essas entidades conseguiram autorização para fazer sustentação oral no plenário, apresentar memoriais, mas não poderiam intervir no processo e juntar provas, evitando, assim, um desnecessário alongamento da causa, que já estava apta a ser resolvida.

Superada essa fase, foram convidados os advogados dos autores, seguidos dos advogados dos réus, para sua sustentação oral. Pela primeira vez, um indígena pôde falar do alto do púlpito com os ministros. Nascida numa aldeia do interior de Roraima a advogada Joênia Wapixana representou o seu povo e fez uma emocionada defesa no Supremo Tribunal Federal.[5] Vestia a indefectível toga preta, para ser admitida como oradora, mas seu rosto estava pintado, para lembrar a todos que sua identidade se sobrepunha ao formalismo.

Terminadas as manifestações orais das partes e do Ministério Público Federal, o ministro relator do caso profere seu voto. A leitura do voto, já redigido, pelo relator durou não menos que três horas. Conhecido pela sua proximidade às questões sociais, o ministro Carlos Britto foi absolutamente favorável à demarcação, afastando cada um dos argumentos contrários, tanto de fundo jurídico como político.

O segundo a votar, depois do relator, é o último ministro nomeado, Carlos Alberto Menezes Direito. De forma esperada[6] esse ministro pediu vista do processo, interrompendo seu julgamento. O pedido de vista é uma faculdade do ministro para analisar melhor a ação. Na prática, é utilizado para diversos fins, entre eles: o oferecimento de voto divergente ao relator na retomada do julgamento; retirar o processo do foco de atenção da sociedade ainda que de forma momentânea; falta de clareza sobre algum ponto a ser julgado; possibilidade de convencimento dos demais ministros a ser feita nos bastidores.

Pelos debates e decisões de julgamentos anteriores[7] ou pelos posicionamentos políticos ao longo das carreiras, em tese, em uma ponta estariam o ministro Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, como defensores dos direitos dos povos indígenas; de outro lado, em uma posição de restrição de direitos indígenas, os ministros César Peluso e Gilmar Mendes, e, como absolutamente contrário aos direitos indígenas, o ministro Marco Aurélio. Esperava-se dos outros ministros (Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau e Carmen Lúcia) uma posição favorável à demarcação.

O julgamento, iniciado em 27.08.2008, foi retomado em dezembro do mesmo ano, com o oferecimento do voto parcialmente divergente do ministro Menezes Direito. Ciente de que um voto contrário à demarcação contínua da Terra Indígena não seria bem recebido pela maioria do plenário, o que o colocaria numa posição desconfortável, esse ministro estabeleceu 19 condicionantes[8] – ou ressalvas – às demarcações de terras indígenas realizadas pelo Poder Executivo no cumprimento do art. 231 da Constituição.

As 19 ressalvas pretensamente procuravam conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente. Algumas são interpretações ou repetições do texto constitucional e legal (as de número 1, 2, 3, 4, 14, 15, 16, 18), outras, comandos contrários aos já estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (5, 6, 7), e em regulamentação infralegal (8, 9 e 10). Ainda, a criação de enunciados normativos pelas ressalvas 11, 12, 13, 17 e 19. Este artigo concentrará sua análise nas condicionantes que inovam o ordenamento.

Após o voto de Menezes Direito, o ministro Marco Aurélio Melo adiantou seu pedido de vista do processo e solicitou a interrupção do julgamento. No entanto, esse pedido antecipado representaria uma quebra na ordem do julgamento, pois outros ministros deveriam votar antes de Marco Aurélio Melo. Depois de acalorado debate sobre o prosseguimento ou não do julgamento, o presidente do SFT, ministro Gilmar Mendes, decidiu não acatar o pedido de vista imediatamente. Passaram a votar favoravelmente pela demarcação da Terra Indígena, nesta ordem, os ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Pelluso, atingindo o pedido de vista do ministro Marco Aurélio Mello. O julgamento foi então interrompido novamente, com previsão de se ser concluído apenas em 2009.

No terceiro dia de julgamento, 18.04.2009, o ministro Marco Aurélio Mello lê seu voto de seis horas contrário à demarcação. Como sói acontecer, Marco Aurélio tem posição radicalmente divergente dos demais. Celso de Mello, o ministro mais antigo em atividade, vota a favor da demarcação. A sessão é interrompida, o julgamento promete ser encerrado no dia seguinte.

Ao ser retomado o julgamento, Gilmar Mendes proferiu seu voto a favor da demarcação e das ressalvas. Diga-se que o único veementemente contrário às ressalvas foi o ministro Joaquim Barbosa, votando pela total improcedência da ação. Tal posicionamento coaduna-se com sua formação de membro do Ministério Público Federal, instituição aguerrida na defesa dos direitos dos povos indígenas e tradicionais. Os outros seguiram os votos do ministro Carlos Britto, "complementado" pelas condicionantes trazidas pelo ministro Menezes Direito.

Por fim, os ministros discutiram em que prazo deveria ser aplicada sua decisão, confiando ao relator a definição posterior ao julgamento e ao presidente do Tribunal Federal Regional da 1ª Região o acompanhamento e supervisão de sua execução.

1 Análise do julgamento do caso Raposa Serra do Sol

A longa descrição do julgamento da Petição n. 3.388 em Ação Popular mostra que ao STF foi submetida mais que uma questão jurídica. A disputa pelo território entre índios e não índios foi resolvida por diversas formas ao longo da história de nosso País, inclusive com reconhecimento de direitos dos indígenas desde a chegada dos primeiros colonizadores europeus. A ideia de reconhecer formalmente direitos indígenas – ainda que por vezes com fundamento humanista –, na maior parte das vezes, teve como intuito facilitar a apropriação de terras e recursos daqueles, e ainda influencia a relação do Estado com os povos indígenas[9] (YAMADA, 2009, p.14). No mais das vezes, o estabelecimento de normas, e suas interpretações, que dizem respeito a povos indígenas se dá pela necessidade de remediar situações de conflito entre índios e não índios, e não como forma de reconhecer direitos de maneira equitativa ou prevenir a violação de direitos indígenas.

A atuação do Estado brasileiro como mediador desse conflito é marco da nossa República, iniciada em decorrência da missão de um homem, o então coronel Cândido Rondon, quando do avanço das linhas telegráficas pelo interior norte do país (GOMES, 2009), e que prosseguiu com a institucionalização de uma política indigenista com a criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI) em 1910.

Caráter importante do relacionamento do Brasil com os povos indígenas foi a demarcação e garantia de seus territórios, ainda que de forma vacilante, pelo Poder Executivo ao longo do século 20. Para isso, sempre foi necessária uma definição legislativa, ainda que incompleta, dos direitos territoriais e sociais dos povos indígenas. A Constituição de 1988 veio para ampliar e tornar indiscutível a proteção aos povos indígenas, em linha com o que internacionalmente se estabeleceu como direito fundamental para eles no século 21.

O julgamento pelo STF da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo STF é o mais recente marco de reavaliação e mudança na política indigenista brasileira. É cedo para se perguntar quais as suas implicações, o que mudou. Este artigo será o primeiro trabalho acadêmico a enfrentar a questão tão recente.

O primeiro grande resultado, sem dúvida, foi garantir aos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepangue, e Uapixana o reconhecimento de suas terras, base material da sua vida, local de morada onde são desenvolvidas suas relações familiares e econômicas, e do qual retiram seu alimento e propagam sua religiosidade e cultura. Respeitou-se a tradição jurídica do reconhecimento dos territórios indígenas e da não aceitação do esbulho como forma de aquisição de propriedade.

Ainda que mantida a política do reconhecimento de um território contínuo para cinco povos indígenas, o caso Raposa Serra do Sol ganhou repercussão nacional e internacional por mostrar a dificuldade de se construir uma sociedade verdadeiramente diversa e democrática a partir do respeito e da proteção dos direitos humanos dos povos indígenas, tal como reconhecidos na Constituição brasileira. Revelou também

que os governos locais veem e promovem os indígenas como estrangeiros em seus próprios territórios, ignorando suas importantes contribuições nas relações sociais e econômicas dos estados e municípios.

Até agora nenhuma grande novidade, tendo em vista que a promulgação de uma nova Constituição não tem o condão de alterar a história de forma imediata, mas proporcionar uma ação da sociedade e do Estado para perseguir o idealizado.

A demarcação da Raposa Serra do Sol foi elevada pelo Supremo Tribunal Federal a caso paradigmático porque se fez crer que, pela primeira vez, o STF analisaria a fundo o mérito da questão de terras indígenas no país. O STF, no entanto, reafirmou de forma vacilante a aplicação da Constituição de 1988. Como em tantos outros casos pendentes,[10] a indefinição do Poder Judiciário em relação à Raposa Serra do Sol revelou que a falta de segurança jurídica de direitos administrativamente reconhecidos contribui para o agravamento da situação de conflito entre povos indígenas e ocupantes não índios. Infelizmente, o caso concreto – que pedia uma solução rápida –, importou menos que a vontade de legislar, transformando o julgamento em espetáculo, o que tem marcado as últimas decisões do Supremo.

Em cena, o STF reconheceu a legalidade do processo administrativo da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Mais que isso, não encontrou ofensa à soberania nacional ou segurança territorial na demarcação de terras indígenas em área contígua e faixa de fronteira; rechaçou a possibilidade de a demarcação de terras indígenas ameaçar o princípio federativo e o desenvolvimento da nação; e reconheceu a proteção dos povos e culturas distintas que compõem a nação brasileira.

No entanto, o STF impôs condicionantes que podem alcançar todos os povos indígenas do Brasil, com contradições que ainda revelam o espírito discriminatório que se sobrepõe ao ideal constitucional do pluralismo democrático. O voto vencedor trouxe 19 condicionantes que, em tese, poderão balizar qualquer reconhecimento de terras indígenas em nosso País. Algumas extrapolaram o papel designado ao STF pela Constituição, como se o ator pudesse inventar falas de seu personagem, modificando o roteiro constitucional.

O Poder Judiciário sempre é festejado quando rompe a clássica doutrina da separação de poderes e toma a iniciativa ao implementar direitos sociais, mediante provimentos jurisdicionais que acabam por inovar a legislação existente, complementando direitos geralmente expressos em textos de grande abertura (PINHEIRO, 2009, p. 20).[11] A questão chega ao Supremo quando do anúncio e realização de audiências públicas cujos assuntos passam pela interrupção da gravidez de feto anencéfalo; reiteradas decisões judiciais para garantir os mais diferentes medicamentos, insumos, tratamentos e produtos de saúde; cotas raciais e reserva de vagas nas universidades públicas entre outras decisões.

Mas será também festejado quando limitar esses mesmos direitos sociais, impondo restrições não previstas constitucionalmente?

Este artigo concentrará sua reflexão nas ressalvas trazidas pelo julgamento do caso Raposa Serra do Sol que inovaram o ordenamento jurídico brasileiro, deixando de lado aquelas que são interpretações ou repetições do texto constitucional e legal. O sentimento geral é que a decisão, aparentemente benéfica aos povos indígenas, embutiu no reconhecimento territorial um grande retrocesso em relação aos seus direitos, como veremos a seguir.

A maior e mais impactante das definições não está presente na enumeração das condicionantes às demarcações de terras indígenas. O reconhecimento das terras ocupadas pelos povos indígenas no dia 05.10.1988, quando da promulgação da Constituição, está no corpo da decisão. O Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski disse que essa data representaria uma espécie de "fotografia" do momento. O próprio relator, ministro Ayres Britto, chamou-a de "chapa radiográfica". Isto é, se um índio ou uma comunidade indígena reclama que determinadas terras lhes pertence, por terem sido ocupadas tradicionalmente por antepassados, em anos passados, isto só é válido se a presença dele, da comunidade indígena ou do antepassado em questão na terra reivindicada tenha ocorrido durante ou na data estipulada.

A decisão jurídica, de lógica cartesiana, ao menos trouxe a inevitável ressalva que a data da promulgação da Constituição não pode ignorar o massacre, esbulho, expulsão e remoção dos índios de suas terras tradicionais, legalizadas com títulos de propriedade ou atos jurídicos posteriores declarados nulos e extintos desde sempre pelo § 6º do art. 231.

O próprio STF já tinha se manifestado nesse sentido no Recurso Extraordinário n. 416.144-3, que reconhece a ocupação indígena anterior à Constituição se comprovado o afastamento ou expulsão dos índios das suas terras:

> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sr. Presidente, trata-se de um caso interessante, que fala um pouco dessa nossa experiência neste tema, que já se arrasta, acredito, desde a Constituição de 1891.
> Creio ser pacífico, mesmo entre os estudiosos do tema, que o art. 64 da Constituição de 1891, ao deferir aos Estados as chamadas "terras devolutas", pelo menos isso resulta dos estudos do célebre João Mendes, não teria repassado aquelas terras destinadas ao indigenato. Depois o texto de 1934, mais especificamente o texto de 1946, depois 1967, 1969, e, finalnente, o texto de 1988, todos eles enfatizaram o valor da posse indígena, inclusive os últimos enfatizando a propriedade da União e o usufruto em favor dos indígenas.
> É certo, também, isto é algo pacífico, que eventual afastamento ou expulsão dos índios das terras a eles destinadas, ou por eles ocupadas, não constituía *modus operandi* ou *faciendi* para a eliminação da propriedade – isso, parece-me, implícito, inclusive, na discussão. De modo que a União

> continuava a ser proprietária dessas terras. Também não me parece suficiente, para afastar a discussão que aqui se enceta e se coloca, a invocação daquelas famosas certidões da Funai sobre a não ocupação dessas terras pelos índios. [...]
> No caso, como bem demonstrado pela eminente Relatora, não é disso que se cuida. Em 1998, houve a definição quanto à demarcação dessas terras e, desde então, arrastam-se as discussões com sucessivas medidas de efeito suspensivo. Isso trata um pouco, também, da nossa história e, inclusive, sobre o Judiciário e a própria Administração, que parecem trabalhar um pouco com o paradigma da eternidade. Tema como este acaba por ficar indefinido.[12]

Maior temor era que o voto sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ao fixar a data da Constituição como marco fundamental, ignorasse a ressalva supramencionada, regredindo o direito indígena ao reconhecimento de seus territórios. Mas a redação do acórdão reafirmou expressamente o entendimento:

> Retração que deve ser contemporaneamente espontânea, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação dos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto judicial. Por isso é que servem as regras constitucionais de inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim, a imprescritibilidade dos direitos sobre elas.[13]

Ainda assim, essa marca temporal é bastante criticada por ser portadora do vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. Ao se fixar a data da promulgação da Constituição de 1988 de forma arbitrária, embora com certo simbolismo, concede-se um caráter quase divino à Constituição. Desconsidera-se o valor do Estatuto do Índio, sua historicidade e sua carga de tradicionalidade positiva, e soberbamente diminui-se o valor do passado indigenista brasileiro. Se interpretada de modo cabal a Constituição vira a algoz dos direitos dos povos indígenas, pois, impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas históricas do indigenismo brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios. Deixa de ser possível analisar situações como aquelas em que comunidades indígenas foram removidas por convencimento das autoridades governamentais ou que fugiram da simples aproximação do homem branco ou de outros grupos indígenas, como acontece ainda hoje com muitos grupos autônomos. A própria Constituição democrática trouxe a muitos povos a

consciência de seus direitos e a possibilidade da reivindicação de terras consideradas tradicionais, inclusive em razão do surgimento de organizações indígenas aptas e livres que puderam contestar os muitos casos de espoliação de terras indígenas ao longo do século 20 (MARÉS, 2003, p. 96).

Na prática, as tentativas de demarcação de terras Guarani, Kaingangue e tantas outras no sul e sudeste do País sofrerão com esse entendimento jurídico, aliado da antiga pressão política dos fazendeiros e políticos locais pelo não reconhecimento.

A mesma decisão que reafirma direitos territoriais dos povos indígenas exclui a ampliação de terras indígenas já demarcadas na condicionante n. 17.[14] Novamente uma sentença peremptória como essa recai no mesmo erro de não recepcionar um sem número de situações peculiares. Falar em ampliação é uma impropriedade jurídica, tendo em vista que a terra indígena é aquela definida como tal sob os parâmetros dados pelo § 1º do art. 231 da Constituição de 1988. Muitas terras indígenas foram reconhecidas pelo Estado brasileiro do Império ao governo militar. No entanto, a Constituição atual adotou um novo paradigma para o reconhecimento de terras indígenas, o que se faz exigir que todas as demarcações realizadas devam ser revistas e readequadas aos novos parâmetros, mesmo que sejam confirmadas em seus limites (VILLARES, 2009, p. 126). Não se pode falar então de ampliação, de diminuição ou de retificação em seus limites, mas de demarcação de acordo com o estabelecido constitucionalmente.

Mas o garrote com o qual se decidiu dar cabo do processo de demarcação de terras indígenas e, ao mesmo tempo, fazer regredir a política indigenista ao século 19 está nas condicionantes n. 5, 6, 7 e 11,[15] que tratam da (não) participação e consulta das comunidades indígenas nos assuntos de uso e gestão de suas terras tradicionais. A explicação mais evidente para o retrocesso é o uso de artifícios cênicos de conceder o principal, a demarcação de uma terra indígena específica, enquanto se acolhem interesses divergentes, ainda que inconstitucionais, que procuram liberar o Estado para o aproveitamento autoritário dos recursos presentes nelas.

Não se pode falar em democracia sem o profundo respeito pelo direito à informação e participação dos cidadãos nas decisões políticas, principalmente aquelas que os afetem. Os índios merecem, por sua cultura e diferenciado entendimento do mundo, ser informados e participar das decisões e ações do Estado que atingem sua vida. Esse direito lhes é conferido pela Constituição, no § 3º do art. 231, no art. 6º da Convenção 169 da OIT, e no art. 2º da Lei n. 6.001/1973. São normas voltadas aos povos indígenas que garantem procedimentos apropriados de consulta através de suas instituições representativas sobre políticas e ações governamentais. A participação e o consentimento dos povos indígenas implicam decisões com maior consenso e, portanto, com mais legitimidade.

A decisão do STF, sob pressão das Forças Armadas e dos Estados, permitiu a intervenção irrestrita do Estado em terras indígenas. De pouco resultado prático,

pois legalmente era pacífico o entendimento jurídico que possível a ampla ação do Estado nesses territórios (o Exército tem, inclusive, bases em inúmeras terras indígenas localizadas na fronteira com outros países), isso ainda dá margem ao ranço do autoritarismo tão caro ao nosso País em geral e às Forças Armadas em particular, que repudia a necessidade de negociação para suas ações, típicas de um regime democrático. Da mesma forma, viola o direito e retrocede a política com a suposição de que as comunidades indígenas não poderiam manter a autonomia de suas organizações sociais – que sempre respeitaram a estrutura de Estado brasileiro –, e decidir sobre a entrada, o trânsito e a permanência de pessoas não indígenas em suas terras, em sua casa. Direito conferido a todos e agora negado aos povos indígenas.

Se não interpretada de maneira adequada, as condicionantes n. 7, 12 e 13[16] estabelecem que as terras indígenas poderão ser cortadas por estradas, linhas de transmissão de energia, oleodutos e gasodutos, sem qualquer compensação financeira ou territorial aos povos indígenas que nelas residam. O Supremo criou uma forma de transferência de território indígena (e quis impossibilitar seu aumento) de forma gratuita aos Estados e ao governo federal. Tenta eximir o Estado e empresas concessionárias de indenizações e pagamentos pelo passivo de inúmeras obras de infraestrutura colocadas goela abaixo dos povos indígenas, quando territórios destes não estavam reconhecidos ou reconhecidos por pura arbitrariedade do Estado.

Por fim, as condicionantes n. 8, 9, 10[17] trazem a previsão de coexistência entre a demarcação de terras indígenas e as unidades de conservação da natureza. Por uma decisão do Supremo, sem nenhuma base legal e de forma arbitrária, definiu-se a competência do Instituto Chico Mendes, órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, para administrar a área de sobreposição. A decisão trouxe um retrocesso ao modelo que estava sendo negociado a duras penas ao longo dos últimos anos de administração conjunta entre os povos indígenas, a Funai e o Instituto Chico Mendes. O arranjo procurava a negociação e a compatibilidade entre os diversos regimes e usos como forma de resolver os inúmeros casos de sobreposição e da difícil relação entre povos indígenas e órgãos governamentais. O STF impôs uma vontade, a do Estado, numa alternativa teórica que esquece a história e a realidade local – ignora a comprovada e eficiente preservação ambiental em terras indígenas, independentemente de ações do órgão de defesa ambiental (BENSUSAN, 2004). Um exemplo concreto é a disputa em torno do Parque Nacional do Monte Pascoal, criado na década de 1930 tendo, dentre as justificativas, a presença do povo indígena Pataxó, hoje em permanente conflito com a administração do Parque.

Toda essa esquizofrenia se traduz no reconhecimento de um direito ainda cheio de incertezas, com incongruências e retrocessos que poderiam ser superados a partir da aplicação da Constituição e da legislação brasileiras, não fosse essa uma decisão da corte maior do país. Não se tratou no presente caso de negar validade a um enunciado normativo declarado inconstitucional. As 19 condicionantes foram criadas como

enunciados de caráter geral, sendo a maioria sobre o relacionamento futuro do Estado com os povos indígenas, inclusive em relação à questão territorial. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi utilizada apenas como pano de fundo, pois declarada plenamente válida mesmo que não tenha obedecido as 19 condicionantes (não obedeceu ao menos a de número 19),[18] além de terem como objeto problemas que não estavam presentes no caso concreto. Ainda assim, permanece a insegurança jurídica, já que a decisão deixa muitos pontos em aberto, o que força o STF a se manifestar novamente sobre o assunto.

O Supremo quis, na verdade, limitar a ação do Poder Executivo em sua responsabilidade constitucional de demarcar as terras indígenas e suplantar a inação do Poder Legislativo, que sequer aprovou em primeira votação um projeto, que tramita há mais de 15 anos na Câmara Federal, que pretende substituir o Estatuto dos Povos Indígenas, ou Lei n. 6.001, de 19.12.1973. Para tanto, talvez tenha passado a uma nova fase do controle de constitucionalidade, superando o papel da corte constitucional como legisladora negativa, a indicar a construção de soluções não expressas,[19] criando o direito e a norma abstrata, com seus artigos, alíneas e parágrafos.

Essa nova postura ultrapassa o interesse voltado às questões indígenas. Ela interessa ao funcionamento do Poder Judiciário, principalmente ao papel de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal. Fica a eterna pergunta da legitimidade dos juízes de criar o direito, agora colocada sob a óptica da limitação dos direitos sociais.

As comunidades indígenas que habitam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol aguardaram pacientemente os mais de 25 anos do procedimento de demarcação, com inúmeras interrupções judiciais, sendo um dos mais longos julgamentos do Supremo. Enquanto isso, suas terras foram invadidas; suas casas e escolas, queimadas; lideranças indígenas, mortas. Mereciam mais julgamento e menos demonstração de poder. A demora, o suspense e os finais imprevisíveis só combinam com espetáculos, não com os julgamentos do Supremo Tribunal do Poder Judiciário.

Mas, por ora, o STF sai de cena.

: ARTIGO APROVADO (28/08/2009) : *RECEBIDO EM 31/07/2009*

NOTAS

1 Nascido em Belo Horizonte, MG, Alfredo Ceschiatti (1918-1989) foi escultor, desenhista e professor na Universidade de Brasília. Tornou-se conhecido por criar obras para decoração de prédios projetados por Oscar Niemeyer,

sendo as mais conhecidas *A Justiça* instalada no STF; *Os anjos* e *Os evangelistas*, na Catedral de Brasília; e *As banhistas*, no Palácio da Alvorada.

2 É necessária uma resumida exposição para entender a complexidade do caso. O procedimento administrativo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol teve início em 1977 e passou por uma longa batalha política e judicial. Foi somente em 1993 que um grupo de técnicos da Funai apresentou uma proposta de limite territorial, um laudo antropológico e um levantamento fundiário que atestavam ter 1.678.800 hectares as terras dos povos indígenas Macuxi, Patamona, Tauperang e Uapixana da Raposa Serra do Sol. Ainda em 1993, após a aprovação e publicação do estudo de demarcação da terra indígena, a Funai encaminhou seu relatório ao Ministério de Justiça para aprovação.

Após anos sem seguimento, sobreveio o Decreto n. 1.775/96, que passou a regular os procedimentos de demarcação. Por sua força, foram apresentadas contestações por particulares e também pelo Estado de Roraima à identificação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Em dezembro de 1996 o então ministro da Justiça, Nelson Jobim – e futuro ministro do STF –, julgou improcedentes as contestações administrativas apresentadas, mas, ao mesmo tempo, excluiu a sede do município de Uiramutã e outras vilas, além de algumas propriedades de particulares da área reconhecida, determinando que os autos do procedimento demarcatório voltassem à Funai para que os limites da terra indígena fossem refeitos. Decisão essa sem qualquer fundamentação jurídica ou técnica. Após protestos das organizações e povos indígenas e dois anos de impasse o procedimento foi reenviado pela Funai ao Ministério da Justiça para reconsideração. Organizações indígenas e de direitos humanos nacionais e internacionais passaram a denunciar as graves violações e violências a que se submetiam os povos indígenas da região enquanto sua situação permanecia indefinida e aumentaram a pressão sobre os órgãos da administração para que os povos indígenas da Raposa Serra do Sol tivessem seus direitos garantidos em conformidade com o artigo 231 da Constituição Federal.

Em 11.12.1998 o Ministro da Justiça, Renan Calheiros, declarou pela Portaria MJ n. 820 ser de posse permanente dos povos indígenas a totalidade da Terra Indígena Raposa Serra do Sol; em 1999, a demarcação física foi efetuada, restando apenas o ato administrativo presidencial de homologação.

Porém, ocupantes ilegais, fazendeiros invasores e o próprio governo do Estado de Roraima insurgiram-se contra essa portaria ministerial. Ingressaram com ações judiciais na Justiça Estadual (ações possessórias), Federal (ações possessórias) e no STF (ação cautelar; ação popular; ação civil originária; ação direta de inconstitucionalidade; mandado de segurança) contra a demarcação da terra indígena. Instaurou-se, também, a usurpação deliberada da terra indígena, além da violência moral e física contra as comunidades indígenas. O clima de instabilidade se agravou quando o ato administrativo de demarcação da terra indígena foi impedido com a concessão de liminares judiciais.

As inúmeras ações possessórias, a ação popular, os mandados de segurança e os pedidos de liminares contra a demarcação da área contínua da Raposa-Serra do Sol, na primeira ou segunda instâncias da Justiça, impediram por diversas vezes o Estado brasileiro de finalizar o processo de demarcação da terra indígena.

Com a posse, em 2003, do presidente Luís Inácio Lula da Silva, cuja promessa de campanha aos povos indígenas foi finalizar a demarcação da terra Raposa Serra do Sol, aumentaram as esperanças de uma solução. Esse anúncio em favor da proteção dos índios e suas terras, por outro lado, acentuou o clima de tensão e os ataques violentos contra os índios na região.

O juiz da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima, notório opositor da demarcação, deferiu nova liminar na ação popular ajuizada em 1999 por advogados roraimenses e litisconsortes os deputados Luciano Castro (PL-RR) e Suely Campos (PP-RR), o Senador Mozarildo Cavalcanti (PPS-RR), e o índio Caetano Raposo que suspendeu novamente, ainda que de forma parcial, os efeitos da Portaria n. 820. As ações judiciais tinham como objetivo ganhar tempo para acelerar as ocupações por não índios, o que responderia aos interesses dos colonizadores da área e do Estado de Roraima. Em julho de 2004, o mesmo juiz ordenou a saída dos índios da TI Raposa Serra do Sol, reintegrando os fazendeiros na posse da terra demarcada.

A Funai, então, peticionou ao Supremo Tribunal Federal no âmbito da Reclamação n. 2388 apresentada pelo Ministério Público Federal, pedindo o sobrestamento das ações possessórias e a suspensão das medidas cautelares proferidas na ação popular. Nessa altura, ficara evidente o conflito federativo entre o Estado de Roraima e União, o que levou o STF, em outubro de 2004, a se decidir competente pelo julgamento de todas as ações que dizem respeito à demarcação da TI Raposa Serra do Sol, afastando as liminares e suspendendo as ações possessórias. A substituição administrativa da Portaria n. 820/1998 pela edição de uma nova Portaria do Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, Portaria n. 534/2005, que procurava conciliar os diversos interesses envolvidos sem deixar de reconhecer por inteiro o território indígena, possibilitou a homologação da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol através do Decreto de 15.04.2005.

Em trabalho coordenado entre os Poderes Executivo e Judiciário, a nova Portaria e a homologação possibilitaram que o STF apreciasse todos os processos judiciais sobre o caso, decidindo pela sua extinção dada a perda do objeto, ou seja, porque a Portaria n. 820 – fundamento da ação popular, das liminares e das ações possessórias – deixava de existir. Decisão depois confirmada definitivamente no julgamento das Reclamações n. 2833, 3331 e 3813 em junho de 2006. Finalmente em 2009, o STF apreciou o mérito da questão no julgamento de uma medida cautelar ajuizada pelos ocupantes quando o Poder Executivo iniciou os trabalhos de desocupação da terra indígena, colocando um ponto definitivo no caso.

3 Memoriais são esclarecimentos ofertados pelas partes antes do julgamento de uma ação por um tribunal. Não há disciplina processual a regular a sua apresentação, sendo uma simples faculdade dos litigantes, ainda que a impossibilidade de sua apresentação possa causar anulação de julgamentos (HC 85.512 do STF).

4 As questões de ordem devem ser decididas antes do pronunciamento do mérito da demanda. Independentemente da manifestação das partes, cabe ao magistrado emitir seu juízo sobre as questões de ordem, que no processo são geralmente ligadas aos pressupostos processuais e condições da ação, listados nas disposições do art. 267, § 3º, com reforço das determinações do art. 301, § 4º , ambos do Código de Processo Civil. Podendo ser listadas, entre outras, as questões sobre inexistência ou nulidade de citação; incompetência absoluta; inépcia da petição inicial; perempção; litispendência; coisa julgada; conexão; incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; carência da ação; falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

5 Impossível não transcrever uma parte de sua defesa oral: "A terra indígena não é só casa para morar, mas o local onde se caça, onde pesca, onde se caminha e onde os povos indígenas vivem e preservam sua cultura. A terra não é um espaço de agora, mas um espaço para sempre. Queremos viver conforme nossos usos e costumes. Conforme nossas tradições, num ambiente de harmonia e respeito com todos".

6 O Ministro Menezes Direito pediu vista no último caso polêmico em julgamento no STF, sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança no que se refere à utilização de células-tronco em pesquisas científicas.

7 Verificar o julgamento do MS 21.896/PB sobre a demarcação da Terra Indígena Jacaré de São Domingos, o MS 25.463/DF sobre a demarcação da Terra Indígena Ñanderu Marangatu, a ACO 312/BA sobre a Terra Indígena Caramuru Paraguassu, e os MS 21.649 e MS 24.045.

8 O Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, por meio do Decreto Legislativo n. 143 de 20.06.2002, entrando em vigor em 2003, com força de lei ordinária, segundo jurisprudência do STF e posterior Emenda Constitucional n. 45 (2004), que acrescentou um parágrafo terceiro ao art. 5º .

9 Yamada, Erika Magami. International Human Rights Law in the context of Indigenous Peoples: Moving From Legislation To Implementation: Lands rights' cases at the Brazilian Federal Supreme Court. Dissertação SJD apresentada na University of Arizona, Rogers E. College of Law, 2009, p.14.

10 Pendentes de decisão judicial são muitas as terras indígenas, com especial atenção para os casos da Terra Indígena Pataxó-Hã-Hã-Hãe que espera 27 anos por uma definição do próprio STF, Ñanderu Marangatu do povo Guarani Caiová, também pendente de julgamento no STF e, Marawãtsede do povo Xavante etc.

11 Pinheiro, 2009, p. 20.

12 STF – RE n. 416.144-3/MT, voto min. Gilmar Mendes, rel. Min. Ellen Gracie, DJ. 01.10.2004.

13 STF – PET n. 3.388, voto min. rel. Carlos Britto, DJ. 25.09.2009.

14 "17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada. 1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 123 (§ 6º da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar."

15 "5 – O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação. [...] 11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai."

16 "12 – O ingresso e permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas ou equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não."

17 "8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 – O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes."

18 A condicionante n. 19 é uma ressalva acrescida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, min. Gilmar Mendes, que exige a participação dos Estados e Municípios no processo de demarcação de cada terra indígena.

19 ADI/MC 1.949, ministro Sepúlveda Pertence, p. 193.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Mércio Pereira. Porque sou rondoniano. *Revista de Estudos Avançados*, v. 23, n. 65, pp. 173-191, 2009.
MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (org). *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
PINHEIRO, Victor Marcel. O STF e o mito do legislador negativo. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. *Jurisprudência constitucional*: como decide o STF? São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
YAMADA, Erika Magami. International Human Rights Law in the context of Indigenous Peoples: Moving From Legislation To Implementation: Lands rights' cases at the Brazilian Federal Supreme Court. Dissertação SJD apresentada na University of Arizona, Rogers E. College of Law, 2009.

Erica Magami Yamada

Advogada do Instituto Socioambiental
Doutora em Direito e Política Indígena pela Universidade do Arizona

SCLN, 210, Bloco C sala 112,
70862-530
Brasília – DF – Brasil
erimagamiyamada@gmail.com

Luiz Fernando Villares

Advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Ambiental pela USP

Rua Barão da Torre 394, ap 501
Ipanema – 22411-000
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
luizvillares@bndes.gov.br

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA – SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE [1]

Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY – SOVEREIGNTY AND CONSTITUENT POWER

RESUMO

Conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática. Eis o paradoxo: a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, inclusive os conteúdos da constituição; e o constitucionalismo significa, por sua vez, limites à soberania popular. A Constituição se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando ambos. Assim, a conjugação entre constitucionalismo e democracia remete a outra, que está na sua base, qual seja, entre soberania e poder constituinte. O artigo pretende explorar essas duas relações, a da soberania com o poder constituinte e a do constitucionalismo com a democracia, mostrando as tensões que lhe são constitutivas, sobretudo para afirmar uma concepção de democracia deliberativa defendida por Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.

PALAVRAS-CHAVE

Constitucionalismo; democracia; soberania e poder constituinte.

ABSTRACT

To conciliate democracy and constitutionalism is a complex and problematic task. There is the paradox: democracy means the people deciding relevant political issues of their community including the contents of their constitution. Constitutionalism, on its side, means to limit popular sovereignty. Constitution imposes itself as the manifestation of popular sovereignty and constituent power linking both. Thus, the conjugation of constitutionalism and democracy leads to another which is in its origin, i.e., sovereignty and constituent power. This article aims at discussing these two relations, i.e., constituent power and sovereignty and constitutionalism and democracy showing their constituting tensions in order to affirm Nino's and Gargarella's conception of deliberative democracy.

KEYWORDS

Constitutionalism; democracy; sovereignty and constituent power.

Introdução

Frank Milcheman (1999), em um debate com Jürgen Habermas ocorrido na Cardozo Law School, em 1999, a propósito do seu recém lançado livro à época, *Brennan and democracy*, inicia dizendo que:

> […] o paradoxo da democracia constitucional assume várias formas. A democracia aparece como auto-governo do povo – as pessoas de um

> país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política. O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição – law of lawmaking, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar). (p. 01)

Pois bem, conforme o próprio Michelman afirma depois, em seu *paper Excerpst from Brennan and democracy* (e este será o *leitmotiv* deste artigo), conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática. Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. Eis o paradoxo que marca a democracia constitucional e que pretendemos enfrentar na Parte 2 deste artigo, a partir das considerações que fazem Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, especialmente dos diálogos travados entre ambos na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, e entre cada um deles e alguns constitucionalistas norte-americanos na Faculdade de Direito da Universidade de Yale (Nino) e na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago (Gargarella), em torno da ideia de (ou na defesa da) democracia deliberativa.

Precede a discussão sobre o paradoxo entre democracia e constitucionalismo uma outra, sobre soberania e poder constituinte. Isso, pois partimos, neste artigo, da premissa moderna de que a soberania é popular, e, assim, cabe ao povo a tarefa de se autolegislar, fundando a ordem normativa que lhe regerá, qual seja, a Constituição. Vale dizer, o povo não somente se autoimpõe certas normas, mas exige que elas sejam respeitadas (GARGARELLA, 1996, p. 127-132); daí a necessidade de se preservar a Constituição, estabelecida como normativa ordenadora da sociedade (GARGARELLA, 1996, p. 127-128), na medida em que é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, assim vinculando ambos. Nesse sentido, sustentamos que a conjugação entre constitucionalismo e democracia remete a outra, que está na sua base, qual seja, entre soberania e poder constituinte, a qual discutiremos na Parte 1 do artigo.

Por fim, a partir da conjugação entre soberania e poder constituinte, bem como entre democracia e constitucionalismo, suas possibilidades e dificuldades, chegaremos à concepção de democracia deliberativa defendida por Nino e Gargarella, o que,

se, por um lado, esgota as pretensões deste artigo, por outro, abre um novo espaço para reflexão e discussão, o que certamente excede o nosso propósito nesta escrita.

1 Poder constituinte e soberania

A vitalidade do Estado depende da permanente possibilidade do conflito, necessitando de um soberano o qual, em face das incertezas políticas, incorpore a autoridade que é superior àquela do próprio direito (CHUEIRI, 2005, p.130). Daí a importância de se revisitar esse momento de instituição da ordem, isto é, do poder constituinte e, assim, de se reler Jean Bodin, jurista francês do século XVI que teorizou sobre a soberania. Bodin, em seu livro *De la République,* identifica a soberania como o poder absoluto e perpétuo de uma República (*apud* CHUEIRI, 2005, p. 130-131). Essas duas características, absoluta e perpétua, foram pensadas como condições fixas para o exercício do poder. Ele é perpétuo na medida em que o verdadeiro soberano permanece sempre capturado por seu poder; uma autoridade perpétua, por conseguinte, deve ser entendida como sendo aquela que dura a vida de quem a exerce. É absoluto na medida da sua incondicionalidade; se o poder é condicionado não é propriamente soberano e absoluto.

Bodin identifica o poder soberano a partir do seu lugar, o qual é ocupado pela figura do rei. Entretanto, mesmo Bodin é cuidadoso ao definir a soberania abstrata e impessoalmente. Nesse sentido, seria possível abstrair a figura do soberano tanto da imagem do governo como da imagem do parlamento ou do povo. Não por acaso, a democracia refere-se a um tipo de poder absoluto e perpétuo e, também não por acaso, o Estado de Direito foi compelido a neutralizar o poder soberano como uma tentativa de exorcizar seu pecado original (CHUEIRI, 2005, p.133-134).

Conforme Jacques Derrida (1990), o pensamento moderno tardio sobre o poder soberano – do final do século XIX até o século XX – reagiu às definições abstratas e às análises formais da soberania. A fundação da maior parte dos Estados se deu como consequência de uma situação que podemos chamar, genericamente, de revolucionária. Revolucionária no sentido de que uma nova ordem jurídica foi instaurada, e isso em um contexto terrível e de violência e não sem grande sofrimento. Como diz Derrida (1990, p. 991), as revoluções são elas mesmas ininterpretáveis e indecifráveis na sua própria violência. Exemplos claros desses momentos revolucionários transgressores, violentos e instituidores de uma nova ordem podem ser a Independência dos Estados Unidos, em 1776, a Revolução Francesa, em 1789, e também a Revolução Russa, em 1917, ainda que esta não tenha sido liberal.

Para a ciência do direito, o poder constituinte é tradicionalmente a fonte da qual a nova ordem constitucional brota. É o poder de fazer a nova Constituição, da qual os poderes constituídos adquirem a sua estrutura. Desta perspectiva, o poder constituinte instala uma ordem jurídico-constitucional totalmente nova.

Foi no calor e no entusiasmo da Revolução Francesa que um abade francês de Chartres, chamado Joseph Sieyés, desenvolveu a Teoria do Poder Constituinte, tendo em mente que toda Constituição pressupõe um poder soberano e constituinte, ao qual todos os demais poderes do Estado estão sujeitos. Esse poder soberano não está vinculado a nada senão a si próprio. Sieyés escreveu às vésperas da Revolução o livro *A constituinte burguesa – que é o Terceiro Estado?*, com claras inspirações nas obras de Locke e Rousseau. É nesta sua obra que Sieyés concebe a existência de um poder imanente à nação, superior aos poderes constituídos e impossível de ser modificado por eles, qual seja, o poder constituinte. Para Sieyés (1997, p. 117-119), a Constituição pressupõe, antes de tudo, um poder constituinte, representante da soberania popular. Ou seja, os poderes resultantes da Constituição estão e são submissos a um poder constituinte anterior, a vontade soberana popular, e, portanto, tal poder não estaria vinculado a nada mais a não ser a sua própria vontade (SIEYÉS, 1997, p. 117). No entanto, é importante destacar que a ideia de soberania, para Sieyés, fundava-se na soberania nacional, e não na soberania popular, pois para ele a idéia de povo estaria subsumida na ideia de nação. Isto porque, para o abade francês, o conceito de nação estava ligado à imagem do Terceiro Estado, e este se sobrepunha ao Clero e à Nobreza (SIEYÉS, 1997, p.118).

Contemporaneamente, o poder constituinte é rediscutido pelo filósofo político Antonio Negri (2002, p. 07-24), que o concebe de maneira bastante radical. Para ele, o poder constituinte não se manifesta apenas como fonte onipotente e expansiva que produz normas constitucionais de todo o ordenamento jurídico (NEGRI, 2002, p. 08-09). O filósofo também o considera sujeito desta produção, desta atividade igualmente onipotente e expansiva (NEGRI, 2002, p. 07-08). Negri mostra como a tarefa de ordenar o poder constituinte enquanto sujeito da política e para a política democrática é complexa. Para ele, falar de poder constituinte é falar de democracia. "E qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo, ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, a regular a política democrática" (NEGRI, 2002, p. 08).

Negri cita Burdeau (BURDEAU, 1983, p. 171) para mostrar como o poder constituinte apresenta, do ponto de vista jurídico, uma dificuldade excepcional, dada a sua natureza híbrida. A potência do poder constituinte é avessa a uma integração total em um sistema hierarquizado de normas e competências, permanecendo sempre estranho ao direito (BURDEAU, 1983, p. 171). É um poder que funda o direito, mas se opõe à sua fundação. Essa dificuldade se acentua ainda mais pelo fato de a democracia ser rebelde à constitucionalização (NEGRI, 2002, p.07-24/207-208). Vale dizer, a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado, da democracia limitada. O poder constituinte, sob a ótica jurídica, é a fonte de produção das normas constitucionais.

Paradoxalmente, é um poder onipotente, que surge do nada e organiza todo o direito. No entanto, deve ser temporalmente limitado, encerrado em uma factualidade (NEGRI, 2002, p. 07-09).

Ao compreendermos o lugar da soberania como um lugar de indistinção entre o dentro e o fora, como uma zona de inerradicável tensão, então é possível pensá-la em termos do poder constituinte sem qualquer sacrifício mútuo (CHUEIRI, 2005, p. 138). A partir disso, vale ressaltar o que asseverou Sieyés (1997, p. 117-119) ao dizer que a Constituição pressupõe um poder constituinte em primeiro lugar, isto é, a constituição pressupõe a si própria como poder constituinte, e aqui está o paradoxo da soberania.

Conforme Negri, o poder constituinte não emana de poder constituído algum; não é uma instituição do poder constituído. É, antes, um ato de escolha, a determinação radical que descortina um horizonte, ou, ainda, trata-se do radical dispositivo de algo que ainda não existe e cujas condições de existência pressupõem que o ato criador não perca suas características na criação (CHUEIRI, 2005, p. 136).

Na gramática da ciência jurídica, o poder constituinte significa onipotência, onipresença e nenhuma limitação. Entretanto, esses significados são sacrificados pela pragmática, pelo uso dessa gramática, que, ao contrário, exerce uma espécie de domesticação do poder constituinte. Dessa forma, a Constituição, criada pelo poder constituinte e para a democracia, mostra-se como obstáculo do próprio poder constituinte e da própria democracia (da soberania popular) (NEGRI, 2002, p. 07-08). Em outras palavras, o direito toma o poder constituinte como algo absoluto, onipotente, ilimitado e depois o limita, negando suas características através do estabelecimento dos poderes constituídos (NEGRI, 2002, p. 07-24).

É preciso recuperar esta ideia e esta práxis de que o povo, soberano, ao se autolegislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que regularão os seus poderes constituídos.

Façamos uma brevíssima remissão à filosofia primeira, ao livro *Theta da Metafísica*, de Aritóteles (1984, p. 181), no qual o autor se refere ao ser não como uma entidade fixa, mas como um vir-a-ser, um ser em transformação ou em movimento. A fonte desta transformação é *dynamis*, a qual não se confunde com aquilo que muda, a entidade fixa. Nesse sentido da *dynamis* aristotélica, o poder constituinte pode ser pensado não como completamente emancipado da soberania, mas como uma potencialidade constituinte. Na mesma medida em que potencialidade não (pre)domina (sobre) a atualidade ou, ao contrário, nesta se dissolve, pois ambas são modos do ser primeiro, o poder constituinte não (pre)domina sobre a soberania ou esta se dissolve naquele. A soberania retém a sua potencialidade ou seu poder constituinte, porém na forma de uma suspensão. "Por isso é tão difícil pensar 'uma constituição da potencialidade' inteiramente livre do princípio da soberania como

um poder constituinte que tenha definitivamente quebrado com o bando que o liga ao poder constituído" (AGAMBEN, 2007, p. 54).

Voltamos, então, ao problema inicial, isto é, a difícil e paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia, (re)tomada agora como a relação entre o poder constituído e o poder constituinte. Diferentemente de Negri, entendemos ser possível conceber que o constitucionalismo, em vez de frear o poder constituinte, exibe-o e o reafirma quando garante e protege os compromissos históricos e sociais conquistados ao longo do tempo. Isso acontece quando, por exemplo, o constitucionalismo institui não só a proteção, mas mecanismos de salvaguarda das minorias. Também acontece quando se respeitam e se protegem os reclamos feitos sob a forma de protestos dos grupos sociais mais necessitados. Se, por um lado, para Negri (2002), o constitucionalismo sempre se refere ao passado, por outro, ele acontece no presente, não como mera repetição do passado, mas como condição para o exercício dos direitos, isto é, como condição para a ação política, e, assim, o constitucionalismo abre perspectivas para o futuro. Ou seja, pode/deve também o constitucionalismo olhar para o presente e ter vistas ao futuro. E isso ocorre justamente nesses momentos de concretização dos compromissos históricos assumidos constitucionalmente, quando, por exemplo, garante-se que o silêncio irrompido pelos protestos das minorias vilipendiadas não será suprimido, mas ouvido.

Em um trabalho da década de 1980, o professor francês Claude Lefort (1981) se referiu à democracia como um processo constante de reinvenção de direitos. Nesse sentido, contra todas as formas de totalitarismo, ele defende uma revolução democrática, cuja principal característica é o conflito, o qual não deve, de forma alguma, ser erradicado da sociedade. Lefort (1981, p. 118) mostra como a revolução democrática operada nas sociedades contemporâneas apartou o poder do Estado, até então ligado ao corpo do rei. Diante disso, o poder aparece como um lugar vazio: aqueles que o exercem fazem-no de maneira temporária e nele a unidade não pode apagar a divisão social. É também preciso pensar o sentido dos conflitos, que supõem, ao mesmo tempo, o fato do poder e a busca de uma consideração das diferenças no direito (LEFORT, 1981, p. 62). Esses conflitos constituem cada vez mais as especificidades das sociedades democráticas modernas. Dessa forma, a democracia inaugura a experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo é dito soberano, mas também não cessa de questionar sua identidade, e esta permanecerá latente (LEFORT, 1981, p. 118).

As reivindicações feitas em forma de protesto pelas parcelas marginalizadas da sociedade (aquelas que padecem de igualdade e liberdade) não somente evidenciam os conflitos (políticos, sociais, econômicos, culturais etc.), mas demandam a todo tempo e de todas as formas uma sociedade mais justa, igualitária. Elas reafirmam a potência do poder constituinte na concreção dos direitos fundamentais e, com isso, renovam o constitucionalismo. Por isso, Lefort (1981) afirma que é preciso "explorar

os recursos de liberdade e de criatividade nos quais se abebera uma experiência que acolhe os efeitos da divisão; resistir à tentação de trocar o presente pelo futuro; fazer o esforço ao contrário para ler no presente as linhas da sorte indicadas com a defesa dos direitos adquiridos e a reivindicação dos direitos novos, aprendendo a distinguilos do que é apenas satisfação de interesse" (p. 69).

A tensão entre poder constituinte e poder constituído tem de ser entendida, neste contexto tenso, como um sinal vigoroso no sentido de uma esfera pública radicalmente democrática (CHUEIRI, 2005, p. 145). Se é o poder constituinte um impulso, ele funda a Constituição, mas nela permanece em tensão com os poderes constituídos. Esses poderes – chamemos de constitucionalismo – defenderão e resguardarão a própria constituição, não porque formalmente ela se impõe como norma fundamental (Kelsen) ou como decisão política fundamental (Schmitt), mas porque, conforme Nino (2003, p. 166-187), se a democracia possuiu um valor epistêmico, isso requer a consideração de interesses expressados em tempos e espaços próximos para preservar a convenção constitucional.[2] Talvez nos seja dado aqui a pensar (com Nino) que, ao se preservar a convenção constitucional, mantém-se o impulso constituinte. Ao valor epistêmico da democracia agrega-se algo que escapa à tradição kantiana presente nas considerações de Nino, pois está além dos procedimentos para se chegar aos melhores princípios morais, que são a própria potência ou o impulso constituinte que, de uma forma não naturalizada, mas histórica, está presente onde quer que o povo se manifeste e onde quer que haja constituição por força do poder (constituinte) popular.

Nesta *dynamis* entre poder constituinte e poder constituído, democracia e constitucionalismo, é que se pode entender que uma constituição – falemos da nossa, a brasileira de 1988 – não pode ser simplesmente datada no dia de sua promulgação, assim como o poder constituinte não pode ser datado no momento da formação da Assembleia Constituinte, em 1987. Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como um processo, como acontecimentos, isto é, lutas e reivindicações, nas quais "vontade de poder" e "vontade de Constituição", como diria Hesse (1991, p. 19–20),[3] não só tensionam o arco, mas impulsionam a flecha no sentido da constituição. Por isso, é indesejável datar o poder constituinte que deu origem à atual Constituição da República no Brasil em 1° de fevereiro de 1987; tampouco é desejável encerrá-lo no dia da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. O poder constituinte como potência constituinte se manifestou muito antes de 1° de fevereiro de 1987 e ainda está presente na própria Constituição. Vale dizer: no exemplo recente da história constitucional brasileira, o poder constituinte (como potência) remonta aos movimentos ou as ações empreendidos pela sociedade civil brasileira e iniciados em 1985 e reaparece, como força, toda vez que se pretende atingir a constituição com golpes como a convocação de uma nova assembleia nacional constituinte ou com mutações constitucionais provocadas por quem não tem competência constitucional para tanto, como, por exemplo, o poder executivo.[4]

Nesse sentido, soberania e poder constituinte, e poder constituinte e poder constituído, estabelecem uma dinâmica a qual possibilita a instauração e a manutenção de uma constituição. Vista de outra perspectiva, essa dinâmica ou esse movimento refere-se à capacidade do povo de se autolegislar e fundar a ordem normativa que lhe regerá. Ao se impor uma ordem normativa e, com isso, constituir-se como comunidade política, o povo exige, ao mesmo tempo, que tal ordem seja respeitada. Para tanto, limites são, paradoxalmente, estabelecidos à soberania popular. Daí a segunda parte deste artigo, a qual diz respeito a esta paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia.

2 Constitucionalismo e democracia

O constitucionalismo se origina nos Estados Unidos, com a ideia do *Rule of Law,* que implica na preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal (NINO, 2003, p. 16-17). Daí, o constitucionalismo adquire uma posição mais robusta, em que o governo, além de se encontrar limitado, assim está a partir de normas jurídico-constitucionais, requerendo em geral um texto escrito, ainda que tal requisito não seja absolutamente necessário. A Constituição expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser e, para isso, é protegida por processos complexos de modificação (NINO, 2003, p. 16-17). E, por ser a constituição norma, seus princípios devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo. Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática, pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário.

Assim, o poder constituinte, ao instaurar a constituição, estabelece a forma jurídica do político, a qual será defendida e garantida pela rigidez do constitucionalismo. Em outras palavras, estabelece a tensão entre o jurídico e o político, entre constitucionalismo e democracia. Na perspectiva de Negri (2002), a Constituição se apresenta como fórmula transcendente, pois se remete sempre ao processo político (poder constituinte) que a instituiu. Ela se apresenta como imanente, pois se reafirma a cada aplicação de suas normas. E, como forma e fórmula do político, nega e limita o poder expansivo, absoluto, que a construiu. Negri (2002, p. 24-26) questiona se, em vez de tentar superar esta crise subjacente da constituição, justamente por conta dessas características que a fundam, não seria melhor aceitá-la e então compreender melhor a noção de ausência de pressupostos regulatórios e plenitude de potência. O que nos interessa sublinhar é a oposição que Negri aponta entre a democracia como

forma política do poder constituinte e o constitucionalismo enquanto aquilo que o limita e, ao fazê-lo, nega a própria democracia. Entretanto, tal oposição não pode nos desiludir ou acanhar diante da articulação, ainda que precária, entre constitucionalismo e democracia. Ao contrário, partimos do pressuposto (e sobre isto é que vimos insistindo) de que a tensão entre ambos é altamente produtiva (NETO, 2007).

A constituição como expressão das conquistas históricas e, em especial, como garantidora de direitos e liberdades do sujeito foi construída ao longo do século XIX, pelos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionária.[5] Da mesma forma, a Constituição se opôs aos poderes ilimitados de quem quer que fosse (monarca ou povo), estabelecendo os parâmetros e as extensões da atuação do poder. O que se percebe com essa discussão clássica é que um dos desafios mais evidentes da teoria constitucional é compatibilizar uma Constituição relativamente estável, que assegure a proteção das liberdades e também limite o poder, com a intuição a favor de um autogoverno (GARGARELLA, 1996, p. 128).

Gilberto Bercovici (2004) mostra que, assim, a Constituição imporia limites aos poderes do soberano, agora reduzido à categoria de órgão do Estado e regido pela lei. Também imporia limites ao poder soberano do povo, na medida em que o Estado Constitucional é um Estado de poderes limitados. Diante disso, ainda que as constituições modernas e contemporâneas fossem (sejam) liberais, elas podem, ou não, ser democráticas, pois não basta elas atuarem simplesmente como limitadoras do poder (BERCOVICI, 2004). Elas também devem honrar outros compromissos: as conquistas históricas logradas, como o sufrágio universal, a vedação da tortura, o pluralismo político e a liberdade de expressão, a função social da propriedade, a garantia do devido processo legal, entre outras, sob pena de se reverem as trágicas experiências totalitárias do século XX. Daí a importância de a constituição ser sobremaneira democrática e guardar em si a ideia de potência, a carga revolucionária que leva em seu bojo e da qual fala Negri (2002, p. 07-09/426).

Porém, diferentemente do que aponta o autor italiano, pode-se conceber que é a partir da aplicação da própria Constituição, a partir da concretização dos direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático. A potência revolucionária da Constituição aparece quando ela é aplicada, quando ela é o substrato fundamental de decisões que garantem direitos e seu exercício, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, desobedecê-la.[6,7] É através da concreção da própria Constituição que a potência, a carga revolucionária da Constituição é exibida e revigorada.

Diante deste dilema, da insanável e produtiva tensão entre democracia e constitucionalismo, uma alternativa a ser explorada é a de percorrer um caminho comum às duas noções, de tal forma a ressaltar as peculiaridades e qualidades do constitucionalismo e da democracia, isto é, o fato de que um é constitutivo do outro, sem que

isso signifique necessariamente o fim da tensão ou um certo apaziguamento ingênuo entre ambos. Esse caminho comum pode ser encontrado no princípio da igualdade (GARGARELA, 2004, p. 77).

A partir das ideias de constitucionalismo e democracia, a igualdade assume importante papel, ao determinar que todas as pessoas têm a mesma dignidade moral e são iguais em suas capacidades mais elementares. Da mesma forma, todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade, vale dizer, todos merecem participar do processo decisório em pé de igualdade (GARGARELLA, 2004, p. 77). Se desta forma se presta o compromisso com a democracia, por outro lado se presta também compromisso com o constitucionalismo, na medida em que se preservam certos direitos fundamentais os quais permitem a cada um levar sua vida conforme seus ideais e, ainda, preservando uma estrutura de decisão democrática em que a opinião de cada um vale o mesmo que a do outro. Assim, a igualdade resulta no fundamento último da democracia e do constitucionalismo (DWORKIN, 2002, p. 305-369).

No entanto, há que se ressaltar que a igualdade, em especial a igualdade material (substancial), somente se concretiza quando liberdades moralmente importantes, como, por exemplo, a liberdade de expressão, de religião, de convicção, de orientação sexual, entre outras, forem constitucionalmente garantidas, protegidas e efetivadas (DWORKIN, 2000a, p. 121-123). Essas liberdades são fundamentais para decidirem em favor da igualdade, enquanto outras liberdades, como, por exemplo, a liberdade econômica, são importantes na medida de sua limitação pelo poder público (CHUEIRI; FACHIN, 2006 p. 329-330).

A noção de igualdade aqui tomada é a defendida por Ronald Dworkin (2000b, p. 124), a qual se configura em não somente assinalar um valor idêntico a cada um, mas também em igual consideração e respeito.

Nesse sentido, incorpora-se também a ideia de que, para tratar todos como iguais, é necessário fazê-lo nas medidas de suas igualdades e, da mesma forma, nas medidas de suas desigualdades. Ou seja, como expõe John Rawls (1971), implica assegurar que a vida de cada indivíduo depende das escolhas que ele fizer, e não das circunstâncias em que ele nasceu. Este ideal concebido por Rawls, em que se assegura a igualdade e a vida de cada um segundo suas escolhas, sem dúvida se mostra como um ideal regulador e que, destaque-se, está sujeito a violações por ações ou omissões do Estado e também dos particulares (GARGARELLA, 2004, p. 79). Assim, o ideal de escolha e decisão de cada um sobre sua vida deve ser observado de maneira crítica, em especial quando se trata do sistema democrático e constitucional de países periféricos e latino-americanos como o Brasil. Isso porque tal ideal de escolha e decisão leva em conta as conjecturas culturais, sociais e econômicas do sujeito, bem como deve(ria) implicar um processo mínimo de formação, informação e reflexão críticas sobre sua própria condição. Ademais, esta concepção individualista, na esteira do que se propõe

e, compartilhando da noção de igualdade proposta por Roberto Gargarella (2004, p. 79), também engloba a possibilidade de tomar decisões coletivas orientadas a remediar situações de coletividades evidentemente prejudicadas.

É a partir, sobretudo, da igualdade acima discutida (e/com liberdade) e da existência e fruição de instrumentos que facilitam e permitem atuações e decisões coletivas que se pode pensar em um processo transformador da realidade. Dessa forma, concebe-se a democracia como um processo orientado à transformação. Processo este que, conforme propõe Carlos Santiago Nino (1989), opõe-se à construção social alicerçada no *status quo* e foge da posição individual e egoísta, para atuar em favor de uma posição coletiva, fundada exclusivamente em um processo de construção e reflexão coletivas.

Aqui reside a importância da deliberação coletiva enquanto elemento essencial para a tomada de decisões de índole coletivas, já que se parte do pressuposto de igualdade e de que todos merecem igual respeito e consideração. Se o alcance dos direitos em um determinado momento passa a ser restringido, muitos problemas sociais deixam de ser resolvidos pelo direito, mas poderiam/podem/devem ser resolvidos pelo processo democrático à medida que o povo – os que são afetados por essa restrição – toma parte no processo político, no debate, no processo de decisão. Daí a defesa intransigente de Nino por uma democracia deliberativa que inclua os cidadãos no processo de tomada de decisões. Vale dizer, a democracia deliberativa rearticula soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas pelos cidadãos, na medida da inexorável, porém paradoxal relação que estabelecem entre si.

Considerações finais: democracia deliberativa

A democracia deliberativa pode conciliar, sem ignorar a tensão existente, o Estado de Direito e a soberania popular, em que é ele (Estado de Direito) condição de possibilidade da democracia (SOUZA NETO, 2006, p. 57). Nino (2003, p. 154) parte de uma concepção dialógica de democracia, na qual política e moral não se separam, mas determinam o valor da própria democracia. Assim, Nino foge de um modelo de explicação simplista e enfrenta a tensão entre constitucionalismo e democracia.

Nino (2003), a partir das considerações de Rawls e Habermas (em especial as feitas nas obras *Uma Teoria da Justiça*, de Rawls, e *Ética do discurso*, de Habermas),[8] mas diferentemente deles, entende que o conhecimento da verdade moral se dá a partir de um procedimento que privilegia a discussão e a decisão intersubjetiva. O intercâmbio de ideias e a necessidade de justificar determinada posição aos outros debatedores/participantes incrementam o conhecimento que o indivíduo possui, detecta defeitos no raciocínio e protege a sua imparcialidade. No entanto, esta prática não exclui a possibilidade da reflexão individual de também produzir soluções

corretas, ainda que este método seja o menos confiável, dada a dificuldade de manutenção da imparcialidade em tal plano (NINO, 2003, p. 162).

Dessa forma, Nino apresenta uma tese que não nega nenhuma das proposições de Rawls e Habermas, quais sejam: a de que a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio prático de qualquer indivíduo, particularmente aquele segundo o qual um princípio moral é válido se aceitável para todos os que se encontrem sob condições ideais de imparcialidade, racionalidade e conhecimento dos fatos relevantes (Rawls). Ou seja, conforme Rawls, a prática social não é relevante para as regras que definem a validade dos princípios morais (NINO, 2003, p. 162). Já para Habermas, a verdade moral se constitui pelo consenso que resulta da prática da discussão moral, desde que esta observe o requisito da imparcialidade. Assim, Nino (2003) se vale de ambas as teses para ressaltar os aspectos positivos de cada uma; entretanto, para além delas, o autor propõe o que denomina "construtivismo epistemológico" (p. 166).

Nesse sentido, Nino fundamenta o valor epistemológico da democracia na busca da verdade moral através de práticas discursivas coletivas e/ou individuais e põe em evidência a imparcialidade como requisito essencial para a busca dessa verdade. Defender a deliberação como a melhor forma de tomar decisões imparciais não significa a ilusão em busca do consenso. Ao contrário, a deliberação é muitas vezes o momento de revelação de um estado de conflito, e não o caminho para um acordo consensual (GARGARELLA, 1996, p. 40). Por isso, Carlos Nino (2003, p. 202) não pretende alcançar o consenso como resultado mais adequado ou a solução mais justa, nem mesmo quando estiverem presentes as condições ideais para o debate.

A democracia deliberativa deve ser encarada como o caminho mais confiável para transformar os interesses das pessoas, as suas preferências, e chegar ao resultado mais correto (NINO, 2003, p. 202). Nesse sentido, a democracia deliberativa possui três elementos essenciais: (i) a inclusão de todos os possíveis afetados no processo de deliberação e decisão; (ii) a deliberação como forma de expressão dos argumentos que servirão de fundamento para a decisão e como meio de correção desses argumentos; e (iii) a igualdade, já que em situações de desigualdade a deliberação coletiva perde seu valor (GARGARELLA, 2008, p. 167).

Se, de um lado, a proposta de Nino e Gargarella busca fugir das decisões utilitaristas e parciais, ao expô-las à sabatina argumentativa, de outro, não consegue escapar ao fato de que em determinados momentos nem mesmo o procedimento legítimo pode impedir tais decisões. Por isso, Nino se preocupa tanto com a defesa das minorias e com a busca e proteção de determinados valores morais, transformados em norma e impassíveis de questionamento.

É justamente nesse ponto que Nino acentua a tensão entre constitucionalismo e democracia. A democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação numa ação comunicativa e argumentativa, a fim de que sejam tomadas as decisões

moralmente mais corretas. No entanto, essas decisões não podem usurpar determinados direitos, conquistas, garantias etc. estabelecidos pela Constituição. O que diferencia Nino dos demais teóricos é que ele não pretende uma teoria que ignore ou supere essa tensão. Ao contrário, é a partir dela que se deve teorizar e com ela se deve conviver.

É justamente na constatação de Nino (2003) de que muitas vezes setores da sociedade são impedidos de serem ouvidos que o compromisso com o constitucionalismo e a democracia precisa ser levado às últimas consequências. A democracia enquanto conquista e processo de tomada de decisões insere o sujeito/povo nas discussões e deliberações, ao passo que o constitucionalismo regula este processo, estabelecendo limites, padrões e até mesmo determinações, como a representação. No entanto, muitas vezes o constitucionalismo (ao estabelecer a representação, por exemplo) representa um freio à democracia. Outras vezes, o próprio procedimento democrático deixa de incluir parcelas sociais que deveriam tomar parte na discussão. Nesta tensa conjugação, situações como as de manifestação pública e de protesto podem resgatar não somente o direito que possuem esses sujeitos marginalizados, mas também o próprio fundamento democrático que os permite e os legitima a serem ouvidos e tomarem parte no processo de discussão e decisão, reavivando, assim, o poder constituinte latente da Constituição.

As sociedades plurais requerem mais do que uma simples representação ou deliberação. É preciso uma ampla representação e uma ampla deliberação e isso só é alcançado por meio da inclusão institucional daqueles que estão à margem do processo deliberativo (GARGARELLA, 1998, p. 274). É na escuta desses reclamos e protestos que o constitucionalismo e a democracia podem e devem exercer o papel de inclusão e promover a igualdade de condições, para que esses sujeitos marginalizados se insiram no processo democrático e também tenham seus direitos concretizados.

É possível concluir, portanto, que a democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e as regras estabelecidos pela constituição. Ao mesmo tempo, a constituição só adquire um sentido perene se está situada em um ambiente radicalmente democrático. Nesse sentido, a tensa e produtiva relação entre constitucionalismo e democracia, fundada na relação entre poder constituinte e soberania, pode ser mais bem compreendida a partir da proposta de democracia deliberativa defendida por Carlos S. Nino e Roberto Gargarella, pois, longe de ignorar a tensão imanente a essa relação, pode e deve, ao contrário, potencializá-la em favor da concretização de direitos e da ampliação do rol democrático.

: ARTIGO APROVADO (01/06/2010) : *RECEBIDO EM 14/05/2010*

NOTAS

1 Uma parte das reflexões expostas neste trabalho foi apresentada por Miguel G. Godoy na I Jornada de Jóvenes Investigadores, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), em outubro de 2009.

2 Conforme Nino (2003, p.166-187), o valor da democracia está em sua natureza epistêmica, pois é o procedimento mais confiável para se chegar ao conhecimento dos princípios morais. Por esse motivo, essa visão não é uma visão perfeccionista, na medida em que pressupõe uma diferenciação entre balizas morais, limitando-se o valor epistêmico da democracia àquelas que são de natureza intersubjetiva.

3 Segundo K. Hesse (1991): "A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana". (p. 19–20).

4 Apenas como exemplos de mutação constitucional inconstitucional levada a cabo pelo Poder Executivo podemos citar: a (i) inobservância por parte de Estados e Municípios das regras constitucionais que estabelecem o pagamento de precatórios, sobretudo o dever de inclusão em seus orçamentos da verba necessária para o respectivo pagamento, conforme determina o artigo 100, § 1°, da Constituição; (ii) a desapropriação de terras sem o pagamento efetivo da indenização, conforme determina o artigo 5°, XXIV, da Constituição; (iii) o remanejamento de verbas orçamentárias sem autorização legislativa, em afronta ao disposto no artigo 5°, VI, da Constituição.

5 É importante salientar que da metade do século XIX em diante, a soberania, ao menos formalmente, é pensada como exercício do poder pelo povo e para o povo. Assim, o Constitucionalismo funciona como limitador deste poder que outrora (séculos XVI e XVIII) se centralizava nas mãos do rei.

6 Sobre a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais, ver: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* (Coimbra: Almedina, 1994).

7 Sobre a possibilidade de desobediência civil em face de normas inconstitucionais, ver: ARENDT, Hannah. *Tiempos presentes* (Barcelona: Gedisa, 2006); BELTRÁN, M. C.; CASTELLI, G. L.; ALLIONE, O. (orgs.). *Derechos humanos, exclusión y resistencia* (Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2006); BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*, 2. ed. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006); DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, 2. ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 315–42); GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona: Gedisa, 1999) e *El derecho a resistir el derecho. Miño y Dávila* (Buenos Aires: [s.n.], 2005); RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões, 3. ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 452–88); THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros ensaios*. Trad. Alex Marins (São Paulo: Martin Claret, 2003).

8 Ver RAWLS, John. *A theory of justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971); e, também, HABERMAS, Jürgen. *Theory of communicative action*, v. 1 e 2 (Cambridge: Polity Press, 1996) e *Justification and application* – remarks on discourse ethics (Cambridge; Massachusetts; London: MIT Press, 1995).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ARISTÓTELES. *The complete works*. v. 1 e 2. Metaphysics. Editado por Jonathan Barnes. Princeton: Princeton University Press, 1984.
BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.
BERCOVICI, Gilberto. Constitution and politics: a difficult relationship. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 jan. 2008.
BURDEAU, G. *Traité de sciences politiques*. v. 4. Paris: [s.n.], 1983.
CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the Law*: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Michigan: UMI, 2005.
_____; FACHIN, Melina. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo Apaziguado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006.
DERRIDA, Jacques. *Force of Law*: the mystical foundation of authority. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5–6, jul./ago. 1990.
DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
_____. *Sovereign virtue*: the Theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000a.
_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; et al. (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004.
_____. *El Derecho a la protesta*: el primer derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
_____. Full representation, deliberation and imparciality. In: ELSTER, John (Org.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 274.
_____. *La justiticia frente al gobierno*: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.
_____. *Teoría y Crítica del derecho constitucional*, tomo 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
HABERMAS, Jürgen. *Theory of communicative action*. v. 1 e 2. Cambridge: Polity Press, 1996.
_____. *Justification and application*. Remarks on discourse ethics. Cambridge; Massachusetts; London: MIT Press, 1995.
HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
LEFORT, Claude. *A invenção democrática* – os limites do totalitarismo. São Paulo: Brasiliense, 1981.
MICHELMAN, Frank. *Excerpst from Brennan and democracy*. Nova Jersey: Princenton University Press, 1999. Paper.
_____. *Brennan and democracy*. Nova Jersey: Princenton University Press, 1999.
NEGRI, Antonio. *O poder constituinte* – ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
NETO, Menelick de Carvalho. Entrevista com Menelick de Carvalho Neto. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 4, 2007.
NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*: un ensayo de fudamentación. Madrid: Ariel, 1989.
_____. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.
RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa* – que é o Terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997 (Clássicos do direito).
SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Vera Karam de Chueiri

Professora de direito constitucional dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Coordenadora do núcleo "Constitucionalismo e democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas"

Rua Conselheiro Araújo, 192, ap. 01
Centro - 80060-230
Curitiba - PR - Brasil
vkchueiri@uol.com.br

Miguel G. Godoy

Mestrando em direito do estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Pesquisador-bolsista da CAPES

Membro e pesquisador do núcleo "Constitucionalismo e democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas"

Rua Visconde do Rio Branco, 1799, ap. 122
Centro - 80420-210
Curitiba - PR - Brasil
miguelggodoy@hotmail.com

O PRIMADO DA SOCIEDADE E AS FALHAS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO [1]

Brian Z. Tamanaha

THE PRIMARY OF SOCIETY AND THE FAILURES OF LAW AND DEVELOPMENT

TRADUÇÃO *Tatiane Honório Lima* REVISÃO TÉCNICA *José Rodrigo Rodriguez*

RESUMO

O texto analisa os frutos dos esforços de Direito e Desenvolvimento para mostrar como seus resultados são discutíveis. Também examina o conjunto de conhecimentos acumulados acerca daquilo que funciona em Direito e Desenvolvimento para mostrar como ele é inconclusivo. Para fazer isso, extrai as implicações do primado da sociedade para o Direito e Desenvolvimento, abordagem que afirma estar o direito interconectado com tudo na sociedade, de tal modo que tudo importa. Essa é a percepção fundamental da investigação conduzida pela escola do *Law & Society*, morada original do trabalho que, agora, é conduzido sob o rótulo de Direito e Desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE

Direito; Desenvolvimento; *Law & Society*; América Latina.

ABSTRACT

The paper examines the fruits of the efforts of Law & Development to show how their results are debatable. It also examines the accumulated body of knowledge about what works in Law & Development to show how it is inconclusive. To do this, it draws the implications of the primacy of the Society for Law & Development, an approach that asserts that Law is interconnected with everything else in society, so everything matters. This is the fundamental insight of the investigation conducted by Law & Society, *original home of the work that now is conducted under the label of Law & Development.*

KEYWORDS

Law; Development; Law & Society*; Latin America.*

Introdução

Os esforços feitos em Direito e Desenvolvimento já se estendem por mais de meio século. Suas designações mudaram ao longo do tempo: nas décadas de 1950, 1960 e 1970, a disciplina foi denominada Movimento Direito e Desenvolvimento;[2] na década de 1980, não possuía uma designação específica; na década de 1990 e durante a virada do século, de "programas de boa governança", transformou-se em "Império do direito e Desenvolvimento". Nas últimas décadas, um modesto apoio financeiro foi fornecido por algumas agências e fundações de fomento à pesquisa; na década de 1990, o fluxo de financiamento aumentou repentina e consideravel-

mente, por meio do apoio financeiro oriundo de várias organizações, apoio esse que somou, de forma cumulativa, bilhões de dólares.[3]

Esse esforço do Direito e Desenvolvimento envolveu uma quantidade incalculável de projetos em todo o mundo, concentrando-se na melhoria da educação jurídica; implementando a reforma jurídica, a constituição ou a elaboração de códigos; transplantando leis e instituições, assim como a formação na execução da lei; combatendo a corrupção; educando leigos a respeito do Direito; fornecendo aos pobres acesso à legislação; e prestando assistência material para a criação de instituições jurídicas (incluindo elementos básicos, como suprimentos de escritório, computadores e material jurídico). Há inúmeros relatórios de projeto, estudos locais ou de Estado, nacionais ou transnacionais, bem como estudos comparativos, que abrangem desde avaliações de projetos até estudos antropológicos, relatos históricos, estudos estatísticos e amplas visões gerais.

O trabalho elaborado pelo Direito e Desenvolvimento é financiado ou realizado pelas principais instituições nacionais e internacionais, públicas e privadas, incluindo, de modo proeminente, o Banco Mundial, a Fundação Ford, a Fundação Carnegie para a Paz Internacional, a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional (USAID), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, o Departamento Britânico para o Desenvolvimento Internacional (DFID), o Banco Asiático de Desenvolvimento, a Agência de Cooperação Internacional do Japão (JICA) e muitas outras.

Quais são os frutos desse esforço dispendioso e prolongado? Há dois aspectos distintos a serem levados em conta nesta questão. O primeiro considera em que medida o Direito e Desenvolvimento foi consolidado no local. O segundo aspecto concentra-se no conjunto de conhecimentos acumulados acerca daquilo que funciona em Direito e Desenvolvimento.

Uma avaliação honesta compele a uma conclusão infeliz sobre ambos. Tendo em vista a maioria dos relatos, foram escassas as melhorias reais no direito constatadas a partir de tais esforços. Thomas Carothers (2006), diretor do projeto de Império do direito (*Rule of Law*) para a Fundação Carnegie, oferece a seguinte avaliação:

> Os efeitos desse crescente apoio ao Império do direito são, em geral, positivos, embora comumente modestos. Depois de mais de dez anos e centenas de milhões de dólares de subsídio, muitos sistemas jurídicos na América Latina ainda funcionam mal. A Rússia é, provavelmente, a única e maior beneficiária de tal subsídio, mas não está sequer caminhando visivelmente na direção correta. Os numerosos programas de Império do direito realizados no Camboja, após as eleições de 1993, malograram

> em criar valores ou estruturas suficientemente fortes para evitar o golpe de Estado ocorrido no ano passado. Os mantenedores dos subsídios ajudaram a reescrever as leis em todo o mundo, mas descobriram que a mera promulgação de leis pouco alcança sem um investimento considerável na alteração das condições de implementação e execução [...]
> Os esforços para fortalecer as instituições jurídicas básicas revelaram-se lentos e difíceis. A formação de juízes, as consultorias técnicas e outras transferências de conhecimento especializado fazem sentido no papel, mas apresentam, com frequência, somente um pequeno impacto. (p. 11–2)

Infelizmente, os problemas são piores do que essa passagem revela, porque ela omite a menção ao fracasso mais desalentador.[4] Durante o mesmo período, mais de cem milhões de dólares foram gastos em Direito e Desenvolvimento na África, com resultados que têm sido caracterizados como "bastante deprimentes" (PIRON, 2006, p. 289). Em toda a literatura sobre Direito e Desenvolvimento, há "uma forte corrente de decepção" (GARTH, 2002, p. 383–4).

Carothers (2006) também oferece uma avaliação sóbria a respeito do que se tem aprendido sobre Direito e Desenvolvimento a partir de tal esforço. Um participante de longa data confidenciou-lhe que "sabemos como fazer muitas coisas, mas, no fundo, nós não sabemos exatamente o que estamos fazendo" (p. 15). O trabalho nesse campo opera:

> [...] a partir de uma incômoda e fraca base de conhecimento em cada nível – relacionada à lógica central do trabalho, à questão referente ao local em que a essência do Império do direito realmente reside nas diferentes sociedades, a como ocorre a mudança no Império do direito e quais são os efeitos reais das mudanças que são produzidas. As lições aprendidas até agora, na maior parte dos casos, não impressiona e, muitas vezes, parecem que não foram realmente aprendidas. (p. 27)

A avaliação desencorajadora de Carothers sobre os frutos dos esforços empreendidos pelo Direito e Desenvolvimento parece ser amplamente partilhada pelos envolvidos em tal trabalho. Uma revisão de três notáveis livros recentes sobre Direito e Desenvolvimento observou que:

> Embora as contribuições feitas a estes volumes reflitam décadas de experiência prática e reflexões acadêmicas sobre as reformas jurídicas ocorridas nos países em desenvolvimento, tais contribuições são, no fim das contas, notadamente inconclusivas. Nenhum dos autores representados nestes volumes parece fortemente otimista sobre a hipótese de as reformas

> jurídicas serem capazes de promover o desenvolvimento (ao menos no início da trajetória de desenvolvimento). (DAVIS; TREBILCOCK, 2008, p. 895)

O máximo que um otimista pode dizer é que é prematuro tirar conclusões excessivamente pessimistas.[5] "Levará muitos anos, ou até mesmo décadas, antes que se torne evidente se o impacto prolongado de fato ocorre e em que medida" (GOLUB, 2008, p. 125).

Ao menos uma lição clara se destaca em meio à névoa: a sociedade é o centro de gravidade absoluto do Direito e Desenvolvimento. O termo "sociedade" é aqui usado em um sentido amplo – abrangendo a totalidade da história, a cultura, os recursos humanos e materiais, as composições religiosas e étnicas, a demografia, o conhecimento, as condições econômicas e a política. Nenhum aspecto do Direito e Desenvolvimento opera ou pode ser entendido isoladamente em relação a esses fatores circundantes. As qualidades, o caráter, os efeitos e as consequências do direito são completa e inescapavelmente influenciados pela sociedade circundante. Visto que cada contexto jurídico presente em cada sociedade envolve uma reunião única de forças e fatores, pode não haver nenhuma fórmula padrão para a regulação; uma lei que seja boa em um lugar pode apresentar efeitos ruins ou ser disfuncional em outro; consequências inesperadas podem vir a ocorrer.

Intelectuais e profissionais do Direito e Desenvolvimento reconhecem a seguinte verdade fundamental: "o contexto importa", "as condições locais são cruciais", "as circunstâncias locais configuram a maneira como as coisas funcionam" – variações dessa percepção têm se repetido tantas vezes que se pode considerá-la quase como um clichê.[6] O que tolhe os projetos de Direito e Desenvolvimento repetidamente é a "extrema inter-relação de tudo com todo o resto numa sociedade" (KENNEDY, 2006, p. 153).[7] Por razões de conveniência, chamarei tal estado de "concatenação do princípio jurídico".[8]

O reconhecimento de que o Direito está interconectado com tudo na sociedade pode facilmente conduzir a uma de duas tentações antagônicas. Visto que é impossível saber ou considerar tudo, um caminho é desistir, em desespero, frente à enormidade da tarefa. O outro caminho é dar de ombros e abrir caminho assim mesmo, usando modelos gerais no transplante de códigos jurídicos, no suporte aos tribunais e na formação de advogados, esperando o melhor. Profissionais do Direito e Desenvolvimento têm feito, em grande medida, o que o segundo caminho preconiza. Avançar é, sem dúvida, melhor do que desistir e não enfrentar o problema.

O objetivo do presente ensaio é extrair as implicações do primado da sociedade para o Direito e Desenvolvimento. Colocar as questões na perspectiva adequada ajuda, a princípio, a reconhecer que a percepção central anteriormente identificada – por exemplo, a de que o direito está interconectado com tudo na sociedade, de tal modo que tudo importa – aplica-se plenamente a todos os sistemas jurídicos.

Essa é *a* percepção fundamental da investigação conduzida pela escola do *Law & Society*, morada original do trabalho que, agora, é conduzido sob o rótulo de Direito e Desenvolvimento.[9]

1 Direito e Desenvolvimento não é um campo

Muitos daqueles que escrevem sobre Direito e Desenvolvimento parecem considerá-lo um "campo". "Com um conjunto reconhecível de atividades que compõem o domínio de assistência do Império do direito" escreve Carothers (2006, p. 28), "a assistência do Império do direito tomou o caráter de um campo de auxílio coerente". Começarei argumentando que, pelo contrário, é enganoso conceber o Direito e Desenvolvimento dessa maneira.

O Direito e Desenvolvimento é uma categoria mal construída, a qual carece de coerência interna. Cada ordenamento jurídico, em todo lugar, passa pelo desenvolvimento (ou regressão), de tal modo que não há nada de especial quanto a isso; entretanto, os múltiplos países que têm sido alvo de projetos de Direito e Desenvolvimento diferem radicalmente uns dos outros. Portanto, não existe nenhuma base unificadora exclusiva sobre a qual se possa formar um "campo". Em vez disso, o trabalho do Direito e Desenvolvimento é mais bem visto como uma aglomeração de projetos perpetuados por atores motivados e que contam com o apoio de financiamentos. Isso não significa uma caracterização cínica, mas uma descrição exata, que coloca as atividades do Direito e Desenvolvimento num plano mais adequado. Uma rápida apreciação de alguns países ajudará a reforçar esse ponto.

A Rússia é um país industrializado conduzido por um sistema de governo semiautoritário e com um exército formidável, lutando para fazer a transição de décadas de comunismo para o capitalismo global. A economia russa entrou em colapso após a transição e cresceu de forma hesitante desde então.[10] O país desfruta de amplos recursos naturais, incluindo reservas significativas de gás natural; possui uma população instruída, um significativo corpo de advogados, um pequeno grupo de ultrarricos, uma notável presença do crime organizado e uma força policial infestada pela corrupção. Além disso, a Rússia abrange uma enorme extensão territorial, indo da Europa Oriental até o Pacífico, abarcando grandes subpopulações de diferentes grupos étnicos e de religiões, culturas e línguas diversas.

O Paquistão é uma populosa nação islâmica na região montanhosa da Ásia, com fervilhantes cidades modernas, agitadas pela atividade econômica, e vastos trechos rurais em que as pessoas vivem em condições semelhantes àquelas de séculos atrás. O exército tem autonomia em relação ao Poder Executivo do governo e possui forte influência sobre os assuntos internos. Desde que o Paquistão conquistou a independência em relação ao governo britânico, em 1947, separando-se, em seguida, da Índia como uma nação islâmica, em 1956, há oscilação entre eleições democráticas e

golpes militares. Nos últimos anos, a produção paquistanesa voltada para exportação e setores de serviço tem crescido num ritmo invejável, superior àquele da maioria dos países capitalistas mais avançados, embora essa produção esteja sujeita a intermitentes atrasos. A carreira jurídica e os tribunais estão bem estabelecidos nas cidades, mas tribunais do Estado nas zonas rurais são insignificantes, corruptos e padecem de longos atrasos; e há poucos advogados para atender à população rural. Ademais, os talibãs controlam certas regiões do país situadas fora das cidades, nas quais eles impõem a marca severa da charia.[11]

Muitas nações na África Subsaariana possuem Estados fracos (ou falidos), pouco desenvolvimento ou produção industrial, instalação elétrica não confiável, uma infraestrutura inadequada de comunicação, transporte e saneamento, sistemas educacionais ruins e um serviço de saúde precário (incluindo uma devastadora epidemia de AIDS). Parte substancial da população vive em setores agrícolas empobrecidos. Os cargos governamentais são a principal fonte de emprego. Muitos países africanos possuem, relativamente, poucos advogados e juízes formados (por exemplo, com 7,5 milhões de habitantes, Ruanda é atendida por cerca de 50 advogados, 20 procuradores e 50 juízes recém-recrutados; o Maláui possui 300 advogados para 9 milhões de pessoas) (PIRON, 2006). As nações africanas, muitas delas com populações relativamente pequenas (menos de 20 milhões de habitantes), herdaram um legado colonial que combina uma mistura preocupante de tribos africanas ou grupos étnicos rivais com descendentes de colonos brancos e outros imigrantes. A tensão entre os grupos ocasionalmente irrompe em violência, como ocorreu, em grande escala, em Ruanda, no meado da década de 1990, entre os hutus e tutsis. Os países africanos têm sido assolados por guerras civis e golpes recorrentes, que refletem as rivalidades étnicas ou tribais subjacentes. Vários países possuem ricas reservas de recursos naturais, controladas por chefes de governo ou por empresas oligárquicas que possuem laços estreitos com o governo. O governo autocrático é comum, com governantes dedicados a manter o poder, transferir a riqueza e recompensar seus partidários.

Rússia, Paquistão e Ruanda possuem certos aspectos em comum – se observados sob um ponto de vista que torne todos os detalhes invisíveis. Mas o que Rússia, Paquistão e Ruanda têm em comum com Argentina, Bolívia, Chile, China, Costa Rica, Equador, Egito, El Salvador, Honduras, Maláui, Marrocos, Paraguai, Filipinas e Romênia? Todos esses países são abordados em algum detalhe no livro de Carothers (2006) sobre o Império do direito e Desenvolvimento. Também são mencionado no livro Bangladesh, Bulgária, Camboja, Indonésia, Quênia, Peru, Romênia, África do Sul, Venezuela e Vietname. A lista continua. Esses diversos países diferem entre si em praticamente todos os aspectos: população, recursos naturais, história, cultura, mistura de religiões e grupos étnicos, sistema político, grau de industrialização, produção agrícola, posição competitiva no comércio global, grau de urbanização, renda *per capita*, proporção de classe média, quantidade de advogados, remuneração

e *status* dos juízes – para citar algumas características. O único traço evidente que esses diversos países compartilham é o de que estão no escopo final dos projetos ou das investigações do Direito e Desenvolvimento.

Nenhum país capitalista avançado – América anglo-saxônica, Europa Ocidental, Japão e, mais recentemente, Coreia e Taiwan – está na lista do Direito e Desenvolvimento. A elegibilidade para o Direito e Desenvolvimento é definida em termos negativos: qualquer país que não tenha sido admitido no clube do capitalismo avançado. Um critério inteiramente negativo para inclusão priva o "Direito e Desenvolvimento" de qualidades compartilhadas sobre as quais é possível construir percepções. A capacidade de interconexão do direito na sociedade acentua esse problema e torna perigoso fazer inferências ou aplicar experiências de uma situação a outra. O sucesso ou o fracasso de um projeto de reforma jurídica na Rússia terá pouco impacto sobre o mesmo projeto em Ruanda ou nas isoladas colinas e vales do Paquistão.

Ademais, a falta de coerência interna é agravada pela profunda contestação acerca da orientação do "Direito e Desenvolvimento". As três principais maneiras de construir esta frase, retomada em ordem a seguir, são desenvolvimento jurídico, desenvolvimento econômico e jurídico e amplo Direito e Desenvolvimento.

2 Desenvolvimento jurídico

O "desenvolvimento jurídico" se concentra na criação, na expansão, na consolidação ou na melhoria da eficiência de instituições que fazem, aplicam e reforçam o direito. No contexto de desenvolvimento, o "Império do direito" frequentemente focaliza a reforma dos tribunais (treinamento, subsídio material, pesquisa).[12] Isso porque as instituições jurídicas ocupam posição central nos sistemas jurídicos e se dedicam exclusivamente a eles, e, ainda, porque os tribunais são fracos se comparados a outras instituições governamentais.[13]

A questão fundamental é que a reforma não funcionará se simplesmente focar os tribunais ou mesmo a lei. A formação de juízes por si só pouco satisfaz. Faz-se necessário um grupo de profissionais jurídicos, para lidar com casos criminais e cíveis, bem como auxiliar a desenvolver práticas jurídicas estáveis e conhecimento jurídico partilhado. O material jurídico deve estar disponível. São necessários oficiais de justiça e escreventes, para executar e registrar as medidas judiciais. Os vencimentos judiciais devem ser estabelecidos num patamar suficiente para atrair indivíduos qualificados e para diminuir a tentação de complementação dos ganhos com outras fontes de renda que comprometam sua função jurídica. Os juízes têm de resistir à influência advinda dos preconceitos, das lealdades de classe ou grupo, dos chamados da amizade ou das redes de relações expandidas, ou de outros fatores inapropriados; eles precisam ter segurança profissional e individual. Não devem estar sujeitos a intimidações ou ameaças vindas de chefes de guerra, de narcotráfico, do crime organizado,

ou de outros elementos perigosos presentes na sociedade. A comunidade deve obedecer, em geral, às decisões judiciais, as quais têm de ser apoiadas por sanções efetivas quando não houver o seu cumprimento. Os dirigentes políticos, os líderes militares, a elite econômica, a polícia e os funcionários públicos devem, em geral, respeitar as decisões judiciais, incluindo aquelas que vão contra seus interesses ou que frustram seus objetivos.

Esta lista básica de condições necessárias ao funcionamento do sistema judicial do Estado expõe a dimensão assustadora da tarefa. Cada aspecto depende de outros fatores que alcançam âmbitos para além do próprio direito. Não há uma única peça que funcione isoladamente. O modelo idealizado de funcionamento das instituições jurídicas (que nunca é perfeitamente alcançado, em nenhum sistema), que os reformadores tentam reconstruir, funciona corretamente, pois uma série de condições secundárias favoráveis também está no lugar certo, envolvendo uma confluência de fatores sociais, econômicos, culturais e políticos.

Colocando em termos mais básicos, o Império do direito existe quando funcionários governamentais e cidadãos estão, em geral, vinculados à lei e a cumprem.[14] Um componente essencial do Império do direito é a existência de uma ética prevalecente de cumprimento voluntário das decisões judiciais. Isso depende da presença de uma atitude cultural generalizada de respeito à lei e a juízes, a qual não pode ser assegurada apenas pela ameaça de coerção. As atitudes culturais, no entanto, são extremamente difíceis de serem configuradas ou alteradas deliberadamente.

A dificuldade em incentivar e defender uma atitude cultural pervasiva de respeito à lei e aos juízes é maior quando estes são vistos com desconfiança ou evitados de forma ampla – considerados corruptos, identificados com a elite, vistos como marionetes do regime, ou, ainda, como supostos favorecedores de um grupo determinado à custa de outros; ou quando a população é alienada da lei, por esta ser manchada por um passado ou presente colonial ou autoritário; ou porque a lei é escrita numa linguagem que a população não compreende ou que foi transplantada de outro local e, por isso, é considerada obscura ou estranha; ou quando os juízes são considerados inadequados; ou, ainda, quando o sistema judicial é proibitivamente caro, padece de longos atrasos e outras ineficiências etc. Se esses problemas existem, separadamente ou combinados, os tribunais do Estado podem ser ineficazes, marginalizados ou mesmo desprezados pelos cidadãos.

Um proeminente cientista político que estudou a região durante décadas observou que, na maior parte da América Latina, "o Poder Judiciário é demasiado distante, complicado, caro e lento para que os pobres sequer tentem ter acesso a ele. E se conseguem obter acesso jurídico, as provas disponíveis muitas vezes apontam para a discriminação grave e sistemática" (O'DONNELL, 2004, p. 40–1). Da mesma forma, juízes em alguns países da Ásia Oriental são vistos como tendenciosos (com maior predileção pelo Estado) ou corruptos; na Indonésia, por exemplo, onde levantamentos mostram

baixos níveis de respeito pelos tribunais,[15] as pessoas levam a maioria dos seus litígios a mecanismos comunitários informais ou a líderes religiosos.[16] Outrossim, acredita-se que mais "de 80% a 90% dos litígios diários que ocorrem na África são resolvidos por meio de sistemas não estatais, como as autoridades tradicionais" (PIRON, 2006, p. 291). O Departamento Britânico para o Desenvolvimento Internacional estima que "em muitos países em desenvolvimento, sistemas jurídicos tradicionais ou habituais são responsáveis por 80% dos casos totais" (GOLUB, 2006, p. 118), o que é, provavelmente, uma estimativa atenuada.[17]

Um estudo acerca dos esforços malsucedidos de reforma jurídica na América Latina concluiu que, "Em resumo, só se pode esperar um bom julgamento quando todos os elementos do ordenamento jurídico são reformados, quando a sociedade civil apoia ativamente a reforma, e quando a cultura política deposita grande valor num judiciário reformado" (DODSON, 2008, p. 202). Instituições jurídicas exigem estabilidade social, amplos recursos humanos, recursos econômicos suficientes, atitudes culturais favoráveis em relação à lei e estabilidade política. Na ausência dessas condições, será difícil que as reformas jurídicas tenham efeito.

Esses fatores agrupam-se de forma solidária em situações de bom funcionamento – embora cada combinação específica seja exclusiva, e uma variedade infinita de combinações possíveis possa funcionar de maneira positiva. Um agrupamento é ainda mais resiliente quando reunido (desenvolvendo-se ao longo do tempo numa sociedade determinada), mas a ausência de um agrupamento que forneça apoio aumenta a dificuldade da tarefa, pois é extremamente difícil trazer alinhadas o complemento total das vertentes de apoio. Situações disfuncionais podem equivaler a uma armadilha estrutural que malogra os esforços de reforma jurídica.[18] Essa é a concatenação do princípio de direito em ação. Muitos esforços de reforma jurídica são minados por um paradoxo tenaz: a população deve se identificar com a lei e respeitá-la, assim como respeitar os juízes, se o sistema jurídico funcionar corretamente, mas este deve funcionar corretamente se a população se identificar com a lei e respeitá-la e respeitar também os juízes.

Embora o foco desta discussão recaia sobre as reformas judiciais, os mesmos pontos se aplicam fortemente a todos os tipos de reforma jurídica. Considere o seguinte resumo sobre a reforma malsucedida das leis econômicas após o colapso do comunismo:

> Na Europa Oriental, os principais favorecidos pelo subsídio externo foram as seis maiores empresas de contabilidade (*the Big Six*) do Ocidente, que elaboraram novas leis para o Leste Europeu e instruíram milhares de habitantes locais acerca do direito ocidental. As assembleias legislativas da Europa Oriental aprovaram as leis elaboradas no Ocidente, satisfazendo as condições de auxílio elaboradas pelo Ocidente, mas as novas leis tiveram pouco efeito sobre as regras de conduta vigentes. (EASTERLY, 2006, p. 64)

Reformas jurídicas dessa natureza – em especial o transplante jurídico indiscriminado – normalmente fracassam, pois não são adaptadas às culturas e às circunstâncias jurídicas e econômicas locais: são, antes, enxertadas num ordenamento jurídico que padece de uma série de problemas sistêmicos e que, além disso, carece de recursos suficientes e de atores locais comprometidos com o sucesso do direito.[19]

Não se trata de uma visão fatalista. O desenvolvimento jurídico (e a regressão jurídica) ocorreu, muitas vezes, após uma variedade de percursos distintos, desde o crescimento orgânico ao transplante imposto ou voluntário, e não há nenhum acordo exclusivo ou padrão para um sistema jurídico funcional que atenda às necessidades de seus cidadãos. "Aquela 'condição prévia' que parece existir em quase todos os casos é a demanda nativa por reforma jurídica e judiciária, conduzida seja por uma elite (o padrão comum) ou por um amplo sentimento popular" (TROOPE, 2003, p. 393). Da concatenação do princípio de direito decorre que é essencial examinar os fatores circundantes para determinar que tipo de reforma é necessário e exequível de modo prático e lembrar que os fatores não legais importam para o sucesso das reformas, pelo menos tanto quanto os fatores legais. As perspectivas para um desenvolvimento jurídico bem-sucedido serão intensificadas por meio do estabelecimento de capacidades locais – pelo treinamento de membros da sociedade que se comprometerão com os esforços empregados na reforma jurídica a longo prazo e pelo apoio a esses membros – e do incentivo a orientações positivas em relação à lei (embora o sistema jurídico deva produzir resultados positivos para que isso se estabeleça). A maneira como se desenvolve um sistema jurídico, sua forma e seu caráter em uma determinada sociedade sempre é, fundamentalmente, uma questão local.

3 Direito e capitalismo

O desejo de facilitar o desenvolvimento econômico é a principal motivação por detrás da generosa atenção dada ao Direito e Desenvolvimento hoje. Parece que os sistemas jurídicos, nessa perspectiva, são um pré-requisito essencial para o desenvolvimento econômico sustentável. O afluxo maciço de recursos alocados ao Direito e Desenvolvimento na última década tem sido fornecido por instituições cuja principal missão é impulsionar o desenvolvimento econômico.[20] O desenvolvimento do direito se justifica, portanto, como *meio* para alcançar *fins* de desenvolvimento econômico. O pacote-padrão inclui leis sobre formação de sociedade, valores mobiliários, antitruste, operações bancárias, propriedade intelectual, transações comerciais, proteções para investidores estrangeiros e direitos de propriedade e execução do contrato. Essa foi a plataforma do Consenso de Washington, de reformas complacentes para com o mercado, ativamente promovida em todo o mundo nas décadas de 1980 e 1990.[21]

Uma designação mais precisa para essa corrente seria "direito e capitalismo", pois sua orientação é desenvolver regimes jurídicos adequados para participação na economia de mercado global. A queda do comunismo, em especial na União Soviética, com as subsequentes transições de muitas nações para economias de mercado, precipitou um clamor (dos vendedores e dos compradores jurídicos), na década de 1990, por reformas jurídicas consideradas necessárias ao capitalismo nacional e internacional. Na pressa de adotar o capitalismo global, ativos anteriormente possuídos pelo governo (companhias de serviços públicos, fábricas, recursos naturais, transporte público) foram vendidos à iniciativa privada, muitas vezes a baixos preços e para membros do próprio governo ou suas famílias, elevando o número de protestos contra a injustiça e a corrupção. Essa captura de ativos motivou demandas adicionais por melhores leis e instituições jurídicas. Além disso, a culpa pela crise financeira asiática de 1997 foi atribuída ao regulamento financeiro e à execução negligentes, reavivando a demanda por uma reforma jurídica de ordem econômica. [22]

Outra motivação para a mudança em relação ao direito foi o obstinado malogro em desenvolver grande parte das nações na África Subsaariana e na Ásia Central – o desesperador "um bilhão de pessoas pertencentes à base da pirâmide social" (COLLIER, 2007, p. 103), o *Bottom Billion*. Enquanto países ao redor do globo, principalmente a China e a Índia, progrediam de forma surpreendente em relação ao desenvolvimento econômico, aquelas nações desamparadas ficavam cada vez mais para trás. Cada fracasso tem seu próprio complexo de razões, mas a maioria desses países padeceu sob governos instáveis ou venais. Subsídios em dinheiro dados a tais países para financiar projetos de desenvolvimento econômico muitas vezes acabaram nas contas bancárias ultramarinas de funcionários do governo ou foram gastos na compra de armas para o exército (COLLIER, 2007). A melhoria do sistema jurídico proporcionou a esperança de que as restrições constitucionais e as leis anticorrupção mitigariam esse mau comportamento.

Mesmo aqueles países que experimentaram uma melhoria econômica repentina e intensa continuam a apresentar grandes quantidades de pobres, localizados nas zonas rurais ou agrupados em conjuntos habitacionais urbanos provisórios (como ocorre em Manila, Mumbai, Cidade do México). Posseiros não têm nenhum direito legal de propriedade em relação a seu domicílio, e muitos deles trabalham na economia informal (ou às escondidas); a criminalidade urbana é galopante. Acreditava-se que os direitos e a proteção jurídica ajudariam a melhorar suas condições de vida e perspectivas econômicas.

A função de apoio que o direito exerce no capitalismo tem sido um tema recorrente há mais de um século, com a contribuição inicial prolífica de Max Weber.[23] Os direitos de propriedade incentivam a atividade produtiva, permitindo que as pessoas colham os frutos de seu trabalho. O direito contratual, por sua vez, faculta às pessoas a possibilidade de realizar transações de longe e ao longo do tempo, permitindo-lhes

antever com segurança os custos e os benefícios das trocas propostas. Já o direito penal mantém a ordem social, trazendo segurança geral, resguardando as pessoas de terem de empregar esforços e recursos para proteger a si ou sua propriedade. Certeza, previsibilidade e segurança, de acordo com o exposto, são os benefícios essenciais que o direito prevê para a atividade econômica. Esse conjunto básico de ideias foi completado, na década de 1990, pelo surgimento da Nova Economia Institucional (NIE), conduzida pelo ganhador do prêmio Nobel, o historiador econômico Douglas North, o qual defendia que o desenvolvimento de instituições jurídicas, em especial a proteção da propriedade, é um acompanhante essencial do desenvolvimento econômico (NORTH, 1990).

Voz proeminente do sul, o economista peruano Hernando De Soto também ressaltou a importância dos direitos de propriedade no desenvolvimento. Ele observou, ainda, que, nos países em desenvolvimento, muitas propriedades não são oficialmente documentadas ou registradas, ou os documentos são obscuros, e, além disso, a escrituração é um processo dispendioso e demorado. Em consequência, a propriedade em questão não pode ser usada como caução para garantir empréstimos, as pessoas ficam menos propensas a melhorar a propriedade (temendo perdê-la), e o mercado para a propriedade é restringido de forma artificial. Portanto, grande parte da riqueza potencial e do capital nas sociedades em desenvolvimento encontra-se improdutivamente travado.

Parece ser uma verdade inequívoca que o direito facilita o desenvolvimento econômico. O Banco Mundial produziu estudos estatísticos detalhados os quais mostram uma correlação entre "o Império do direito" e uma série de indicadores de desenvolvimento.[24] O ex-presidente do Banco Mundial James Wolfensohn afirmou que a evidência empírica mostra uma relação causal grande e significativa entre o Império do direito aperfeiçoado e a renda das nações, o Império do direito e o letramento, e entre o Império do direito e a redução da mortalidade infantil.[25] Devido a essa crença, o Banco Mundial realocou drasticamente seu financiamento do desenvolvimento. "Há trinta anos", observou o diretor jurídico da instituição, "o banco possuía 58% de sua carteira em infraestrutura; hoje, reduziu-se para 22%, ao passo que o desenvolvimento humano e a reforma institucional e jurídica representam 52% de nosso total dos empréstimos".[26]

Não obstante, existem razões para se questionar a sabedoria dessa mudança. Embora estudos estatísticos tenham demonstrado uma correlação positiva entre Império do direito e Desenvolvimento econômico,[27] tais resultados precisam ser lidos com cautela. O "Império do direito" não é uma medida fácil, e indicadores distintos têm sido usados.[28] Ademais, as correlações encontradas não identificam as relações casuais subjacentes.[29] É possível que o desenvolvimento econômico (inicialmente estabelecendo-se em fontes informais de segurança e certeza)[30] talvez seja o que impele ou leva a uma melhoria no direito; ou talvez haja a possibilidade de que

tanto o desenvolvimento econômico como o Império do direito sejam originados por um denso complexo de fatores subjacentes o qual explica sua coincidência.[31] Ou, ainda, talvez diferentes situações ou estágios de desenvolvimento econômico e jurídico manifestem relações casuais diferentes – é fantástico imaginar que haja somente um modo de desenvolvimento econômico e jurídico que seja válido em todos os lugares e em qualquer tempo. As situações no Ocidente em que as instituições jurídicas evoluíram em sincronia com os avanços no capitalismo são radicalmente distintas daquilo que os países em desenvolvimento atualmente enfrentam na tentativa de saltar no mercado capitalista global, enquanto ainda criam os vários estágios (instáveis) de institucionalização das instituições jurídicas.

Tais possibilidades devem ser consideradas, pois, se estiverem corretas, investir dinheiro no desenvolvimento jurídico não resultará, necessariamente, no desenvolvimento econômico desejado. Um estudo recente do Banco Mundial afirmou que o crescimento do Império do direito é um dos meios "mais importantes" de aumentar a riqueza total;[32] um crescimento de 1% no índice de Império do direito contribui mais para o capital intangível do que um aumento de 1% nos anos de escolarização.[33] Se os dirigentes, apoiando-se nessa descoberta, transferirem verbas da escolarização para o desenvolvimento jurídico, cometeriam um sério erro, uma vez que os desenvolvimentos econômico e jurídico são ambos facilitados e dependentes de um conjunto substancial de cidadãos instruídos.

Os céticos a respeito da alegação de que o Império do direito é essencial para o desenvolvimento econômico são rápidos em assinalar que tal proposição é desmentida por eventos econômicos concretos. Se o "Império do direito" é concebido para incluir direitos de propriedade, execução de contrato e tribunais independentes que apliquem a lei, então se torna difícil enquadrar a conexão estabelecida com o fato de que os exemplos recentes mais espetaculares de desenvolvimento econômico – em especial a China –[34] não preenchem esses pré-requisitos jurídicos.[35] Muito da propriedade produtiva durante o *boom* na China era de propriedade coletiva. As redes de relacionamento entre empresários são mais importantes para as transações do que o direito dos contratos. China, Coreia e Taiwan fizeram avanços econômicos iniciais ignorando os direitos de propriedade intelectual (produtos de engenharia reversa, venda de falsificações ou bens pirateados).[36] As decisões judiciais na China estão sujeitas a revisão por autoridades políticas. Os juízes coreanos e taiwaneses, durante o período de *boom*, também estavam longe de ser independentes.[37]

Esses contraexemplos nos fazem lembrar que, para perceber a ligação com o desenvolvimento econômico, é necessário observar esferas diferenciadas de operação econômica e jurídica. A receita-padrão para o sucesso econômico no capitalismo global contemporâneo (no primeiro degrau de desenvolvimento econômico) é produzir bens em massa e a baixos custos para exportação. A fim de atrair investidores transnacionais que forneçam capital e tecnologia para instalações de produção, os

países devem oferecer um amplo serviço de mão de obra disciplinada a baixos salários, com instrução básica, baixos impostos, uma infraestrutura de transporte adequada e proteções para o investimento estrangeiro.[38] O último fator pode ser atendido por meio de acordos para a resolução de litígios em cortes internacionais ou em arbitragem privada – ignorando o sistema de tribunal nacional – e por meio de garantias críveis oferecidas por funcionários do governo de que as instalações produtivas e os lucros não serão expropriados (COLLIER, 2007). Deve-se notar que a proteção contra o confisco de bens por parte do governo é mais uma questão de estabilidade política e credibilidade do que de restrições legais (as quais podem ser menosprezadas). As Zonas de Processamento de Exportação (ZPEs) têm atraído, por meio dessa fórmula, investimento para diversos países menos desenvolvidos.

Os países que proporcionam tais condições – oferecendo tipos específicos de auxílio jurídico que interessam aos investidores estrangeiros – podem passar por um rápido desenvolvimento econômico, mesmo se, em geral, o sistema jurídico não satisfizer os critérios do Império do direito. Os bons resultados de desenvolvimento do Leste Asiático, ocorridos em governos semiautoritários, demonstraram que "sistemas centralizados são capazes de criar um regime estável, previsível e, portanto, de confiança para os investidores, mesmo que a corrupção seja um componente do ambiente operacional" (HAGGARD; MACINTYRE; TIEDE, 2008, p. 212).

Estes contraexemplos expõem uma questão significativa facilmente ofuscada pela ênfase dada ao Império do direito. As funções que o direito prevê ao desenvolvimento capitalista – especialmente a segurança e a certeza – talvez possam ser desempenhadas por outros mecanismos formais ou informais, em determinados contextos sociais.[39] O trabalho de De Soto demonstra que as transações econômicas de fato ocorrem com base em formulários informais de propriedade, embora o autor defenda que seria melhor a legalização da propriedade. Além disso, os estudos sugerem também que, enquanto instituições jurídicas estáveis se correlacionam de maneira positiva com o desenvolvimento econômico, uma gama de diferentes regimes jurídicos importantes pode funcionar.[40] Como demonstrado pela China, os bens imóveis não precisam ser mantidos ou alienados de forma privada com o intuito de serem usados produtivamente para fins econômicos. Por outro lado, estudos empíricos de projetos de escrituração (do tipo defendido por De Soto) mostram resultados confusos – às vezes tais projetos facilitam as atividades econômicas e, às vezes, não (DAVIS; TREBILCOCK, 2001; CROSS, 2002).

A variabilidade de sistemas jurídicos em conexão com o desenvolvimento econômico é ainda outra iteração da concatenação do princípio de direito, desenvolvido em relação ao desempenho econômico. Esse princípio é construído na NIE, a qual reconhece que as instituições jurídicas operam no interior de e são apoiadas por complexos sociais e culturais locais de normas e crenças – o desempenho econômico é, em última análise, um produto dessa totalidade. A NIE é frequentemente citada

para mostrar que o direito é necessário para o desenvolvimento econômico, mas isso ignora o ponto mais fundamental, formulado por North (1994):

> É a mescla de regras formais, normas informais e características de exequibilidade que configuram o desempenho econômico. Enquanto as regras podem ser modificadas da noite para o dia, as normas informais normalmente se alteram apenas de forma gradual. Haja vista que são as normas as responsáveis por proporcionar 'legitimidade' a um conjunto de regras, uma transformação revolucionária jamais será tão revolucionária quanto o anseio de seus defensores, e o desempenho será diferente em vez de previsto. E as economias que adotam as regras formais de outra terão características de desempenho bastante diferentes em relação à primeira economia, devido às normas informais distintas e à execução. (p. 366)

Outro colaborador da NIE, Oliver Williamson (2000) enfatiza de maneira similar que instituições jurídicas formais operam num nível mais fundamental de "enraizamento social. Esse é o lugar onde normas, costumes, modos, tradições etc. se localizam" (p. 596). As forças e as influências nesse nível mais fundamental se modificam lentamente, ao longo de décadas, por caminhos que se esquivam de esquemas deliberados ou manipulações.

Uma paira gira em torno da atual popularidade do Império do direito para o desenvolvimento. Voltar-se ao Império do direito a fim de superar fracassos no desenvolvimento econômico pode significar, na verdade, a substituição de um conjunto de problemas aparentemente intratável por outro ainda mais complicado. A melhoria do direito depende de uma multiplicidade de condições sociais, culturais, políticas e econômicas de apoio – em termos comparativos, o estabelecimento de ZPEs parece simples.

A crise econômica recente ocasionada pelas práticas arriscadas (e altamente influentes) de empresas financeiras dos Estados Unidos (bancos, casas de investimento, companhias de seguros) cria uma ironia adicional. O presidente brasileiro Luis Inácio Lula da Silva (apud PHILLIPS, 2009) observou, numa viagem recente à Índia, que "é inaceitável que nós tenhamos de pagar pela irresponsabilidade de especuladores que transformaram o mundo num cassino gigantesco e, ao mesmo tempo, que eles nos deem lições de como nós devemos governar nossos países. Nós somos vítimas de uma crise econômica gerada pelos países ricos" (p. 224). Além da ironia de que, em vista dos acontecimentos recentes, foram os regulamentos e a execução *ocidentais* que se revelaram inadequados, uma séria reflexão é conduzida acerca da hipótese de o estilo asiático neomercantilista e o nacionalismo econômico – que incluem o controle pelo Estado dos recursos naturais e a condução estatal dos fundos de investimento, bem como uma indústria voltada à exportação combinada a

vários tipos de barreiras de importação que visam proteger a produção industrial nacional – serem ou não superiores ao capitalismo de mercado ocidental e o seu pacote jurídico de apoio voltado ao rápido desenvolvimento econômico (ao menos em estágios iniciais) (PHILLIPS, 2009). Afinal, as nações ocidentais também lançaram mão de estratégias mercantilistas em seus estágios iniciais de desenvolvimento econômico (REINERT, 2007). Em *The Growth Report*, um estudo de 2008 publicado pelo Banco Mundial, constatou-se que o elemento comum às histórias bem-sucedidas de desenvolvimento dos últimos vinte anos é a presença de um Estado forte e voltado ao desenvolvimento.

4 O pacote progressista do Direito e Desenvolvimento

A terceira corrente presente no Direito e Desenvolvimento se move para além do mero desenvolvimento econômico, também abarcando outras reformas integradas (CAROTHERS, 2009). Uma abordagem abrangente do desenvolvimento foi vigorosamente promovida por Amartya Sen (2000):

> A alegação aqui não se refere tanto ao fato de que, digamos, o desenvolvimento jurídico influencia de forma causal o desenvolvimento simplesmente, mas, sim, ao fato de que o desenvolvimento como um todo não pode ser considerado separadamente do desenvolvimento jurídico. Com efeito, nessa perspectiva, a ampla ideia de desenvolvimento é uma relação funcional que reúne interesses distintos no tocante ao desenvolvimento nas esferas econômica, política, social, jurídica, entre outras. Isso é mais do que interdependência causal: envolve uma conexão constitutiva no conceito de desenvolvimento como um todo. (p. 8)

A visão de Sen inclui o desenvolvimento equitativo (uma distribuição justa da riqueza), uma rede de segurança social adequada, proteção contra a violência e a insegurança, democracia e liberdades políticas, uma mídia livre e direitos da mulher – tudo com a finalidade de auxiliar no aumento das capacidades e liberdade das pessoas. Isso coloca em questão o próprio significado de "desenvolvimento" – desafiando as suposições de que isso possa ser entendido ou mensurado exclusivamente em termos econômicos.

Quando o ritmo das reformas econômicas neoliberais retrocedeu, na virada do século, o Banco Mundial (2002, apud SANTOS, 2006) adotou gradualmente uma visão mais ampla: "o Império do direito é essencial para um desenvolvimento econômico equitativo e uma redução sustentável da pobreza [...]. Indivíduos vulneráveis, incluindo mulheres e crianças, estão desprotegidos da violência e de outras formas de abuso que agravam as desigualdades" (p. 276). As iniciativas do Direito e Desenvolvimento

começaram a lidar com um pacote mais amplo, que incluía "desenvolvimento econômico, redução da pobreza, democracia, direitos humanos, devido processo legal, equidade etc.".[41]

Em contraste ao elenco conservador da corrente direito e capitalismo anteriormente discutida, a corrente Direito e Desenvolvimento, mais ampla, é decididamente de esquerda e progressista. A ênfase no direito privado da primeira corrente conferida aos direitos de propriedade e ao direito comercial sucumbe a um maior interesse, na segunda corrente, em relação ao direito público – às proteções constitucionais e aos direitos políticos e civis. Uma tensão patente espreita logo abaixo da superfície dessas respectivas ênfases. Os defensores de uma perspectiva mais ampla são céticos quanto à disseminação descontrolada do capitalismo global: suscitam preocupações acerca de suas consequências humanas e ambientais adversas, bem como duvidam da sua imparcialidade na seleção de vencedores e vencidos e nas distribuições de benefícios.

A confusão surge porque tanto conservadores quanto progressistas estabelecem seus programas sob a égide do desenvolvimento do "Império do direito". No contexto de desenvolvimento, o Império do direito tem sido identificado com direitos de propriedade, execução de contratos, baixas taxas de criminalidade, corrupção mínima, judiciários com bom funcionamento e independentes, formalismo jurídico, limites legais a funcionários do governo, democracia, direitos civis e direitos previdenciários.[42] Esse vasto uso da expressão ameaça esvaziá-la de seu significado. Um estudo que comparou as variáveis do Império do direito comumente listadas constatou um "nível relativamente baixo de correlação tanto dentro das categorias como entre elas" (HAGGARD; MACINTYRE; TIEDE, 2008, p. 222), e, em alguns casos, elas foram correlacionadas negativamente. Tais resultados sugerem que fatores distintos, ou talvez inconsistentes, estão sendo mensurados em vários estudos que pretendem avaliar os níveis de consolidação do "Império do direito".

Há um elemento de crença e outro de oportunismo no pacote progressista de Direito e Desenvolvimento. O elemento de crença é a confiança ou esperança de que o pacote democrático-liberal seja consistente. De acordo com essa crença, existe um círculo que se reforça mutuamente, no qual o Império do direito gera bem-estar social e o capitalismo, por sua vez, gera direitos liberais. As setas causais presumivelmente seguem em todas as direções, cada uma auxiliando a outra, com o Império do direito tendo grande peso e responsabilidade ao todo.[43] Essa convicção ajuda a explicar o anseio dos Estados Unidos em promover a reforma do Império do direito na China, na esperança de que a reforma jurídica possa naturalmente "infiltrar-se em outras áreas" (STEPHENSON, 2006, p. 200), incluindo, consequentemente, uma maior democracia e os direitos humanos.

Contudo, o elemento oportunista surge quando aqueles que não compartilham dessa crença argumentam estrategicamente que sua própria parte predileta do pacote

pode ser aprimorada pegando uma carona no vagão do Império do direito. Dentro desse espírito, David Trubek (2006), um estudioso de longa data do Direito e Desenvolvimento abertamente cético em relação ao Império do direito, não obstante incita que "intelectuais progressistas devem se engajar de maneira construtiva na iniciativa do Império do direito" (p. 93–4), visto que fornece um veículo de luta aos objetivos progressistas.

A promessa de que o desenvolvimento do Império do direito traria esses outros benefícios não foi corroborada pelos eventos, ao menos não a esse extremo. Como Carothers (2009) assinala, China e Rússia adotaram de forma fragorosa o Império do direito ao mesmo tempo que controlavam rigidamente a democracia e os direitos; e os dois países não estão sozinhos. "Em todos esses países," observa o autor, "os governantes autoritários descobriram que o Império do direito funciona bem enquanto propósito alternativo à democratização, não como algo que a complementa, mas, sim, como algo que irá auxiliar a preservar o regime autoritário ou semiautoritário" (p. 54). O Império do direito – o direito estabelecendo limites ao governo – pode ser facilmente transposto para império *pelo* direito – direito como instrumento de regime de governo (STEPHENSON, 2006). Alguns países da América Latina combinam eleições democráticas, executivos poderosos, tribunais fracos e ordenamentos jurídicos severos (DODSON, 2002). Um estudiosos latino-americano fez "a pesarosa observação de que, por vezes, o Império do direito (ou, em todo caso, a retórica do Império do direito) tem sido colocado a serviço de regimes autoritários" (O'DONNELL, 2004, p. 45).

A fé inquebrantável nos tribunais como último baluarte de liberdade, democracia e direitos também padeceu com reiteradas decepções. Em um esforço de promover a promulgação de um novo código penal na Rússia, o qual previsse o devido processo legal e oferecesse proteções justas para os réus durante os julgamentos, o governo norte-americano sediou conferências e seminários de treinamento para muitos juízes e advogados (entre os "milhares") e pagou para que juízes russos participassem de seminários e jantares nos Estados Unidos na esperança de que se tornassem defensores da reforma. Contudo, quando o código entrou em vigor, a maioria dos juízes e advogados "integrou parte do coro que se opôs à reforma" (SPENCE, 2006, p. 227). Um programa patrocinado pela Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional em El Salvador, com o intuito de melhorar a administração judicial e reformar o sistema de justiça penal, "fracassou" por conta da "forte resistência à reforma" por parte dos juízes (DODSON, 2002, p. 204). As reformas no Brasil foram implementadas para conceder aos juízes independência institucional substancial, incluindo proteções contra remoção, além de salários garantidos; controle sobre pessoal, disciplina e também sobre seu orçamento. Os observadores descobriram que "um grande aumento da autonomia do judiciário levou a um nepotismo desmedido e a outras oportunidades de corrupção" (p. 215).

O judiciário foi visto como um "enclave privilegiado" (p. 215) largamente desprezado pelo público.

Os resultados dos esforços de reforma dependem de como tais esforços interagem com o complexo de fatores circundante – a concatenação do princípio de direito –, sendo que isso pode tomar qualquer direção. O resultado depende das visões culturais circundantes; depende dos incentivos em jogo (quem ganha ou perde dinheiro, *status* ou poder); e depende de muitos outros fatores. Não há duvida de que o Império do direito, a democracia, os direitos civis e o capitalismo de bem-estar social podem existir de modo que se auxiliem mutuamente, como o fazem em democracias liberais. Nada inerente ao Império do direito, no entanto, leva à reprodução desse arranjo nos países-alvo de projetos de Direito e Desenvolvimento, países os quais apresentam uma dinâmica social, cultural, econômica, política e jurídica imensamente diferente. Os direitos humanos e a democracia, quando levados a sério, dependem do Império do direito como forma de apoio; mas o Império do direito, por si só, não produz automática ou necessariamente os direitos humanos e a democracia.[44]

As pessoas envolvidas na iniciativa do Direito e Desenvolvimento já sabem disso. Poucas pessoas familiarizadas com as condições reais dos países-alvo podem acreditar esperançosamente que o Império do direito por si só possua o poder de refazer as sociedades em todo o mundo, a fim de que elas se assemelhem à visão progressista almejada. Talvez seja óbvio, embora ainda digno de nota, que muito da atividade e do discurso do Direito e Desenvolvimento – tanto nas variantes conservadoras como nas progressistas – seja a advocacia. É nela que os elementos de crença e oportunismo se encontram.

5 A iniciativa do Direto e Desenvolvimento

A análise anterior examinou os problemas dos destinatários das atividades do Direito e Desenvolvimento. Haja vista que o Direito e Desenvolvimento é mais bem compreendido não como um "campo", mas como uma coleção de atividades financiadas e promovidas por países capitalistas avançados, conforme defendido anteriormente, é igualmente essencial investigar minuciosamente os remetentes.

As atividades de desenvolvimento jurídico ascenderam no início da década de 1990, quando o Banco Mundial adotou a construção do Império do direito. No entanto, antes que isso viesse a acontecer, um grande obstáculo teria de ser superado. Uma limitação específica em relação aos gastos consta no instrumento de contrato do Banco Mundial (o documento constitutivo que criou e controla o Banco): "Empréstimos feitos ou garantidos pelo Banco servirão, exceto em circunstâncias especiais, a propósitos de projetos específicos de reconstrução ou desenvolvimento".[45] Uma outra cláusula proíbe o Banco de se engajar em atividades políticas: "O Banco e seus funcionários não deverão interferir nos assuntos políticos

de qualquer membro, nem serem influenciados em suas decisões pelo caráter político do membro ou membros envolvidos. Apenas considerações de ordem econômica serão relevantes em suas decisões".[46] Essas disposições eram adequadas ao propósito para o qual o Banco Mundial – oficialmente denominado Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – fora criado, no meado da década de 1940, em meio aos destroços trazidos pela Segunda Guerra Mundial, o de auxiliar no financiamento da recuperação econômica.[47]

No início da década de 1990, o então conselheiro geral do Banco Mundial, Dr. Ibrahim F. I. Shihata, emitiu uma série de opiniões jurídicas que reescreveram efetivamente os limites estabelecidos no instrumento de contrato restritivos do financiamento a projetos de desenvolvimento econômico, para permitir, de forma mais ampla, o financiamento de projetos relativos ao Império do direito.[48] Ele sutilmente conseguiu isso na seguinte passagem: "Em circunstâncias normais, os empréstimos e garantias do Banco destinam-se ao financiamento de projetos específicos, no sentindo amplo do termo, o que, em minha opinião, inclui todos os fins produtivos bem definidos, sejam estes fornecidos diretamente (como na indústria e na agricultura) ou indiretamente (como em infraestrutura, *desenvolvimento institucional*, serviços sociais etc.)" (EFFROS, 2001, p. 1345). Essa inclusão do apoio ao "desenvolvimento institucional" abriu as portas para o desenvolvimento jurídico.

O dinheiro do Banco Mundial, a partir de então, começou a fluir em direção aos projetos de Império do direito. Sem a atuação de Shihata, tais projetos não teriam sido possíveis com a ausência de uma emenda ao instrumento de contrato por parte dos países signatários. Isso não deve ter sido fácil de conseguir, uma vez que o Banco e as suas atividades têm sido controversos por muito tempo.

Existe uma incongruência desconcertante no fato de que os projetos voltados para a construção do Império do direito são atualmente financiados em grande escala, somando milhões de dólares, graças a uma emenda efetiva na "constituição" do Banco, forjada por seu melhor advogado (embora outros na organização indubitavelmente tenham contribuído para o valor dos projetos de reforma jurídica).[49] Os partidários de Shihata aclamam sua "flexibilidade de interpretação", considerando-a necessária para manter as atividades do Banco em sincronia com a mudança dos tempos (EFFROS, 2001). Talvez assim o seja, mas ela é duvidosa enquanto uma questão de fidelidade ao direito. Não obstante esse início desfavorável, a iniciativa de Shihata provou ser um sucesso retumbante, ao assegurar subsídio financeiro para as atividades de desenvolvimento jurídico.

Quando as portas se abriram para a reforma do Império do direito, inicialmente com uma concentração limitada aos direitos de propriedade, ao direito comercial e à reforma jurídica, esta última foi sendo gradualmente ampliada para incluir aspectos do pacote de desenvolvimento progressista. Em razão da expansão do alcance dos projetos de Império do direito e com o financiamento de projetos econômicos cada

vez mais condicionados à aceitação de exigências do Império do direito, essas ações se colocam em oposição à proibição do Banco à interferência em assuntos políticos das nações favorecidas.

Tal evento tem sido relatado não para difamar os motivos de Shihata, mas, antes, para ilustrar de forma concreta que a promoção do Império do direito é o resultado de esforços de indivíduos – bem intencionados e dedicados – que o deslocaram agressivamente para o centro da pauta de desenvolvimento. Advogados propõem, organizam e executam os projetos – consultores independentes de Direito e Desenvolvimento, fundadores ou empregados de ONGs, equipes de advogados em organizações de desenvolvimento e professores de direito. Do ponto de vista dos advogados, os projetos de Império do direito sem dúvida valem a pena. Graças ao prestígio inigualável que o Império do direito goza no discurso político global contemporâneo, as fontes de financiamento estão deslumbradas com seus projetos, fornecendo, assim, subsídio financeiro para tais atividades. Além do fascínio, o trabalho do Direito e Desenvolvimento proporciona viagens a terras exóticas, ao mesmo tempo que engaja em boas ações, auxiliando àqueles que necessitam. De modo superficial, parece ser algo notável.

Mas os participantes desse empreendimento expuseram suas falhas internas. Haja vista que os projetos são conduzidos e executados por advogados, eles naturalmente se concentram naquilo com que os advogados estão familiarizados – juízes, advogados, polícia e códigos legais. Conforme enfatizado por um crítico da reforma agrária na África, é essencial considerar a ação dos advogados – "as atividades empresariais dos profissionais jurídicos" (MANJI, 2006, p. 82) – na configuração e na orientação das atividades de Direito e Desenvolvimento. "Diferentemente dos profissionais do desenvolvimento que dominam muitas outras áreas de desenvolvimento, vários profissionais ocidentais que apoiam o Império do direito têm pouca ou nenhuma experiência prévia em sociedades subdesenvolvidas ou transicionais" (GOLUB, 2006, p. 295). Não ocorreria de modo imediato aos advogados que o próprio direito pudesse ser uma parte do problema, ou que uma solução mais eficaz pudesse existir em outra parte; eles nem saberiam facilmente onde olhar para encontrar alternativas ao direito. Muitas vezes, as pessoas enviadas são inexperientes ou desinformadas a respeito da maneira como o direito funciona em situações radicalmente diferentes. "Juízes seniores, jovens advogados ambiciosos ou policiais aposentados são geralmente colocados em posições de planejamento e gerenciamento de projetos, aconselhando as contrapartes locais ou ministrando treinamento" (PIRON, 2006, p. 294).

Outra falha comum refere-se ao fato de que as pessoas que realizam tais projetos frequentemente não conhecem muito as circunstâncias locais. Pode levar de seis meses a um ano de convívio numa sociedade para que um forasteiro adquira certo entendimento da dinâmica sócio-político-cultural, estabelecendo confiança e relacionamentos

que ajudarão no processo de implementação.[50] Um coordenador do projeto de império de direito revelou, no entanto, que em "dez anos de recrutamento e organização de consultores [...] tive, em geral, de batalhar para conseguir permissão para oferecer a eles mais de dois dias de preparação" (CHANNELL, 2006, p. 150). "Não é surpreendente, portanto, que muitos desse consultores se mostrem insuficientemente preparados para o cenário específico, embora sejam bem versados no assunto de sua especialidade" (p. 150). A rotatividade de pessoal que ocorre nas agências financiadoras e entre profissionais da área rotineiramente retiram pessoas que aprenderam a configuração da situação local e desenvolveram relações sociais, substituindo-as por pessoas que necessitam começar tudo de novo, adquirindo familiaridade e contatos (PIRON, 2006).

Projetos conduzidos dessa forma apresentam, desde o início, uma chance de sucesso drasticamente reduzida. Um profissional veterano esclareceu a falha fundamental apreendida pela concatenação do princípio de direito:

> Especialmente durante o desenvolvimento do projeto, quando a própria natureza deste é decidida, muitas agências contam com consultores visitantes em vez da equipe local. Isso pode levar a uma análise superficial a respeito do que aflige um sistema jurídico e que assuntos jurídicos confrontam os desfavorecidos. Em termos mais brandos, uma sociedade vista de um hotel é muito diferente daquela vivenciada no seu dia-a-dia. (GOLUB, 2006, p. 130)

Problemas adicionais são criados em decorrência da maneira como os projetos são financiados, concebidos e imputados.[51] Instituições doadoras, agências de desenvolvimento ou ONGs têm conduzido programas coexistentes nos mesmos países, sem coordenação ou partilha de conhecimento (CHANNELL, 2006; PIRON, 2006). O dinheiro vem em grandes lotes, que precisam ser gastos preferencialmente (ou revertidos) em algo concreto para ostentar (daí a simpatia por conferências chamativas), enquanto é mais difícil a obtenção de um fluxo contínuo de financiamento para projetos de maior duração (PIRON, 2006; GOLUB, 2006). Muitos projetos apoiados pelos Estados Unidos (através do USAID) são administrados por organizações privadas e com fins lucrativos. O processo de licitação de projetos, com grandes quantias em jogo, desencoraja a inovação (planos arriscados ou não postos em prática são menos suscetíveis de serem selecionados) e promove o sigilo no seio da comunidade de consultoria competitiva (CHANNELL, 2006). Os pedidos feitos pelas agências de desenvolvimento para doações adicionais de governos ou fontes de financiamento são amparados por exemplos de êxito do passado. Um crítico afirmou que "a tendência em alegar um enorme impacto nos projetos de reforma jurídica e judiciária é bastante difundida" (TROOPE, 2003, p. 409), embora seja difícil avaliar

os benefícios reais. Pode-se verificar mais facilmente se os projetos concretos de assistência técnica – por exemplo, a organização de seminários de treinamento para advogados e juízes, a informatização do sistema judiciário – foram concluídos com êxito no final do período do projeto, mesmo quando as melhorias reais alcançadas na realização da justiça são mínimas. Ao avaliar tais atividades, é necessário ter em mente que "a reforma jurídica é um negócio" (CHANNELL, 2006, p. 153).

Tal como indicado no início, poucas pessoas envolvidas parecem considerar que esses projetos funcionem em um sentido mais profundo, ao menos não de forma aparente. Pequenas melhorias no funcionamento institucional podem ser alcançadas, mas, em geral, o sistema jurídico encara esses esforços como algo impassível. Deve-se lembrar que, de forma similar, muitos projetos de desenvolvimento econômico fracassaram em apresentar resultados (EASTERLY, 2006). De fato, os repetidos fracassos dos esforços empregados na promoção do desenvolvimento econômico contribuíram para induzir a mudança de foco para o desenvolvimento jurídico, com base na teoria de que o desenvolvimento econômico estava sendo inibido pela ausência de uma infraestrutura jurídica facilitadora.

Logo, por que os projetos de Império do direito, com seus resultados insignificantes, continuam a receber subsídios financeiros generosos? O "Império do direito" é intangível e não pode ser apontado como uma fábrica destruída. As fábricas possuem planos arquitetônicos, são construídas num determinado período e obtêm êxito como empreendimento, ou então fecham suas portas. Por outro lado, o Império do direito não possui projeto nem estrutura padrão e, além disso, não é algo que possa ser constituído sob encomenda. Não existe nenhum calendário para se estabelecer o estado de direito, afora vagas referências a décadas ou gerações Os julgamentos acerca do valor e da eficácia dos projetos de Império do direito podem, assim, ser protelados indefinidamente.

6 Os riscos de transplantar o confronto de ideias

Tal como foi indicado há pouco, os projetos de reforma jurídica são dominados pela perspectiva do advogado. O rótulo "Direito e Desenvolvimento", reforçado pela atual popularidade da bandeira do império de direito, reforça a orientação dada pelo advogado. Isso cria cegos em situações nas quais a melhor alternativa pode estar fora das instituições jurídicas.

Outra forma de cegueira surge no plano das ideias teóricas. As duas tensões antagônicas presentes no discurso do Direito e Desenvolvimento – direito e capitalismo, o pacote progressista – refletem diretamente ideias concorrentes de conservadores e liberais (respectivamente) das sociedades capitalistas ocidentais. Essas "guerras palacianas do norte", como colocado por Garth (2002, p. 393), estão sendo exportadas para o sul e se desenvolvendo aí. Conhecidos adversários do norte debatem

sobre o mesmo conjunto de ideias em seus países enquanto transferem o campo de batalha para o terreno do Direito e Desenvolvimento.

Esses protagonistas sinceros e motivados cometem um erro grave ao não prestar atenção às consequências adversas que poderiam resultar das principais diferenças subjacentes entre sociedades exportadoras e receptoras. Um exemplo proeminente de tal cegueira de ambos os lados será oferecido para ilustrar a questão.

De grande importância na pauta dos adeptos conservadores do direito e capitalismo é a ideia de que os países em desenvolvimento precisam escriturar a propriedade e permitir que esta seja livremente alienada; isso possibilitaria empréstimos bancários para que as pessoas se engajassem em atividades empreendedoras, utilizando a terra como garantia.[52] Além disso, as pessoas fariam melhorias na propriedade, aumentando seu valor e a conduzindo a usos econômicos mais produtivos. Essa é a maneira pela qual o capital se torna disponível no Ocidente. Contudo, as coisas funcionam de maneira diferente em outros lugares. Em muitas sociedades, a propriedade é concebida e controlada de várias maneiras que não correspondem à posse absoluta pelos indivíduos. Nessas sociedades, membros de clãs e famílias detêm competências diferenciadas para usar a terra, cruzá-la, pastoreá-la, colher seus frutos, cultivá-la, e os demais devem ser consultados a respeito do que ocorre na terra. O processo de escrituração da propriedade, por sua vez, inevitavelmente extinguirá muito disso (os bancos não favorecem garantias onerosas).

Mas as consequências adversas são potencialmente piores do que isso. Em muitas sociedades, a vida da comunidade se assenta na terra e gira em torno dela de um modo que as sociedades ocidentais, desenraizadas, há muito esqueceram. Ao se permitir que a terra seja tomada e organizada pelos bancos, as relações sociais necessariamente serão perturbadas. No contexto ocidental, caso se torne inadimplente em relação ao pagamento de um empréstimo, você perderá sua casa; nessas sociedades, toda a vida social da comunidade será alterada[53] e as pessoas perderão sua principal forma de segurança social. Além disso, a posição das mulheres será adversamente afetada, pois as reivindicações pela posse da terra em muitas culturas (destarte escritura jurídica) favorecem os homens.[54] Ademais, a distribuição e a utilização da terra também mudarão, inevitavelmente, acumulando nas mãos de compradores abastados, ao passo que outros perderão a posse, o que acoasionará mais deslocamentos. Consequências adversas também acompanharão a escrituração da propriedade nas enormes cidades de construções precárias, nos guetos ou nas favelas que atualmente abarrotam os principais centros urbanos pelo mundo. Os posseiros que detêm escrituras perderão a propriedade ao se tornarem inadimplentes com relação ao pagamento de seus empréstimos, ficando, portanto, sem lar, ou se mudando para casas de parentes já populosas; compradores perspicazes colecionarão propriedades em vendas judiciais de bens hipotecados, aumentado suas propriedades de terra. Não se deve esquecer que na noção de escrituração está

implícito – adicionalmente às vantagens que a escrituração traz – que a posse da terra será perdida e redistribuída.

Essas possíveis consequências deverão ter influência considerável sobre os benefícios econômicos que aparentemente resultarão da disseminação da posse privada de propriedade. Um advogado articulado, Kenneth Dam (2006), reconhece que as sociedades de propriedade comunal passarão por mudanças significativas de escrituração, mas relata brevemente que a mesma transformação também ocorreu no início da história do Ocidente, sendo que a situação melhorou por lá. As populações dos países em desenvolvimento, compostas por muitas pessoas que não possuem qualquer identificação com os modos ocidentais, podem não achar isso tranquilizador. A (não) analogia de Dam em relação aos direitos de propriedade no Ocidente também falhou em estimar as principais implicações resultantes da introdução (súbita) não evolutiva de sistemas de taxa simples de registro de escritura em contextos repletos de regras consuetudinárias sobre a propriedade amplamente reconhecidas. O resultado é criar uma situação com múltiplos conflitos em potencial e sistemas de normas concorrenciais,[55] produzindo maior incerteza em relação aos direitos de propriedade e potencial para utilização oportuna de tais sistemas.[56]

Os habitantes locais devem ao menos ser inteiramente informados e consultados sobre as consequências sociais adversas da campanha para escrituração da propriedade. As pessoas devem ponderar acerca do tipo de desenvolvimento que almejam e o custo disso para as suas vidas e a comunidade.

A esquerda radical, por sua vez, comete um equívoco semelhante, ao também transferir suas hipóteses teóricas. Nas décadas de 1970 e 1980, teóricos jurídicos críticos de escolas de direito de elite nos Estados Unidos se engajaram numa crítica sistemática do "liberalismo jurídico". Seu argumento básico era de que o Império do direito operava sob o pretexto da neutralidade, a qual esconde o fato de que o direito mantém uma ordem social injusta a serviço da elite.[57] Os teóricos jurídicos críticos foram especialmente mordazes acerca do formalismo jurídico, criticado por ser uma falsa alegação de aplicação objetiva da lei, quando, na verdade, as normas jurídicas dão aos juízes um espaço substancial para manobras. Eles afirmam ainda que os juízes formalistas são ou iludidos ou enganadores. Iludidos, caso argumentem mecanicamente, porque possuem, na realidade, liberdade substancial; enganadores, quando se escondem detrás do raciocínio formalista vinculado a normas, para atingirem os fins preferidos. O teórico jurídico crítico David Trubek, voz proeminente no Direito e Desenvolvimento por décadas, além de outros, conduziu esse ceticismo e o antagonismo em relação ao formalismo jurídico no contexto do Direito e Desenvolvimento.[58]

Mais uma vez, isso ignora uma diferença crucial. Embora seja saudável expor os exageros do formalismo jurídico nos sistemas jurídicos ocidentais em que o direito funciona razoavelmente bem, exportar o ceticismo referente ao formalismo legal

para as sociedades em que o direito mal funciona é uma questão totalmente diferente. Visões excessivamente céticas do formalismo jurídico podem ainda impedir que um sistema jurídico decole. Um ordenamento jurídico não pode funcionar se a própria noção de vinculação a normas é entendida como fraude. Na ausência de quaisquer restrições legais, o poder possui seus meios, e a massa impotente de pessoas nos países em desenvolvimento terá pouca proteção.

Em ambos os exemplos precedentes, o da direita e o da esquerda, respectivamente, as ideias teóricas que se desenvolveram nos contextos ocidentais apresentam implicações muito diferentes quando trazidas e postas em prática em contextos de desenvolvimento. Isso é o que a concatenação do princípio de direito aconselha, e qualquer um que falhe em prestar atenção a isso inevitavelmente provocará consequências inesperadas e frequentemente indesejadas.

Os teóricos e profissionais do Direito e Desenvolvimento devem estar disciplinados pelas últimas cinco décadas dessa atividade. Após uma história contínua de resultados incertos, a humildade está em ordem. O que a humildade esconde é que a atitude norteadora no Direito e Desenvolvimento deve se pautar não apenas pela realização boas ações por meio do direito, mas, e talvez principalmente, por não causar nenhum dano via direito.

7 "Direito e Desenvolvimento" não é desenvolvimento jurídico

No início do presente ensaio, afirmou-se que seria melhor não considerar o Direito e Desenvolvimento como um "campo". O propósito não era provocar um debate estéril acerca da sua qualificação ou não para tal designação – qualquer coisa pode constituir um "campo" se um número suficiente de pessoas considerá-lo como tal –, mas ajudar a realçar uma distinção nítida entre o "desenvolvimento jurídico", que ocorre em toda parte e o tempo todo, sem que haja qualquer rótulo especial, e o "Direito e Desenvolvimento". Sugeriu-se que o Direito e Desenvolvimento é mais bem compreendido enquanto um rótulo que atribuímos a inúmeros projetos financiados e realizados por um conjunto de organizações de desenvolvimento visando a países rotulados como economias capitalistas insuficientemente avançadas, ou desprovidos de peculiaridades de democracias liberais.

Desenvolvimento jurídico não é o mesmo que "Direito e Desenvolvimento" – uma distinção que a última frase tende a ocultar. Para compreender isso, imagine como as coisas seriam se todos os projetos atuais de Direito e Desenvolvimento pelo mundo fossem interrompidos – imediatamente.

Em aspectos centrais, muito pouco mudaria. As instituições jurídicas em todos esses países dariam prosseguimento ao que elas fazem. Os atores jurídicos se ocupariam com suas atividades de consolidação do direito numa base contínua. Esses sistemas jurídicos padeceriam de muitas falhas, como acontece em todos os ordenamentos jurídicos.

Os atores inseridos nessas sociedades – governo, empresas, organizações, indivíduos – continuariam a interagir com o sistema jurídico da forma que o fazem usualmente (invocando-o, evitando-o, aderindo a ele, tentando controlá-lo ou usá-lo em seu benefício). Os atores jurídicos e não jurídicos instigariam e estimulariam o ordenamento jurídico em relação às demandas que surgem dentro da sociedade. Esse é o processo dinâmico e em curso do desenvolvimento jurídico que ocorre em toda sociedade organizada (supondo a existência de, pelo menos, um sistema jurídico que funcione minimamente).

Isso não quer dizer que nenhuma consequência resultaria com o fim do Direito e Desenvolvimento. O dinheiro que hoje se destina a projetos – vários bilhões de dólares desde 1990 – desapareceria, juntamente com a pequena legião (consideravelmente dispersa) de profissionais de Direito e Desenvolvimento. Quando repartida entre cada país ao longo do tempo, essa quantia aparentemente elevada de dinheiro é menos impressionante. Para os grandes países, a retirada desse dinheiro dificilmente teria qualquer impacto no funcionamento diário do sistema. Para países pequenos ou muito pobres, a perda financeira seria sentida, mas as consequências de tal perda dependeriam daquilo em que o dinheiro proveniente do Direito e Desenvolvimento estava sendo gasto. Os vencimentos dos funcionários do judiciário raramente são abrangidos pelo financiamento proveniente do Direito e Desenvolvimento, de modo que os ordenamentos jurídicos dos países beneficiários continuariam a operar como antes; mas certos projetos técnicos onerosos, como a informatização, não seriam realizados. Haveria menos seminários de formação jurídica conduzidos por estrangeiros, menos conferências, bem como menos viagens ao exterior voltadas a funcionários públicos locais.

Outra mudança crucial refere-se ao fato de que todos os esforços de reforma do sistema jurídico – no decurso habitual do desenvolvimento jurídico – seriam propostos, concebidos e levados a efeito pelos habitantes locais, e não pelas agências e pelos profissionais do Direito e Desenvolvimento. As atividades de desenvolvimento jurídico seriam impulsionadas pela dinâmica local, interagindo com a dinâmica externa (incluindo atores externos econômicos e políticos). A assistência de estrangeiros com *expertise* jurídica poderia ser solicitada, mas os habitantes locais teriam de propor as iniciativas e controlar o processo completamente (como ocorre no desenvolvimento jurídico nos Estados Unidos). As prioridades e os recursos locais determinariam o que precisa ser feito.

Alguns dos projetos que atualmente acontecem por meio do Direito e Desenvolvimento provavelmente seriam propostos da mesma forma. Muito do mesmo conjunto de ideias reformistas circula em toda sociedade atualmente (ideias essas promovidas por ativistas, elites, atores econômicos, advogados comprometidos com a reforma jurídica etc.). Ordenamentos jurídicos corruptos ou em mau funcionamento são lamentados universalmente. As empresas e as comunidades locais necessitam de

maneiras confiáveis e oportunas para resolver seus litígios. Os direitos dos trabalhadores e das mulheres são questões enredadas em todas as sociedades.

Mas também é provável que emergisse um conjunto diferente de projetos de desenvolvimento jurídico no lugar dos projetos hoje promovidos por meio do Direito e Desenvolvimento, e os projetos tomariam, quase que certamente, uma forma distinta. Sem desfrutar de um impulso artificial do dinheiro e da pressão vinda do exterior, os projetos de desenvolvimento jurídico necessitariam mobilizar apoio local suficiente de atores influentes para prevalecerem, em disputas regionais de caráter social/político, sobre a reforma. As prioridades e as pautas locais seriam adotadas. Os projetos seriam concebidos, conduzidos e executados por pessoas as quais entendem a situação, sabem o que é possível, compreendem quais compromissos devem ser feitos e possuem relacionamentos de longa data (capital social e político), dos quais podem lançar mão no decurso da execução. Nada disso assegura o sucesso das iniciativas de desenvolvimento jurídico – dado que ele é irregular e hesitante em todos os países –, mas esse processo consumadamente local de reforma jurídica se esquiva de muitas das principais falhas que atormentam os projetos de Direito e Desenvolvimento.

Uma implicação dessa tentativa de pensamento é que o longo registro de falhas dos projetos de Direito e Desenvolvimento nas últimas cinco décadas não implica necessariamente a constatação de que o desenvolvimento jurídico está fracassando. Em vez disso, significa que as metas do Direito e Desenvolvimento – na maioria das vezes relacionadas aos valores democráticos liberais e ao capitalismo – e os projetos não estão logrando muito êxito. No entanto, apesar dos malogros do Direito e Desenvolvimento, o desenvolvimento jurídico ainda acontece.

A China, por exemplo, é regularmente citada na literatura sobre Direito e Desenvolvimento como um fracasso, por não estabelecer tribunais independentes, pela corrupção, pelo assédio dos advogados ativistas e pelo controle partidário contínuo sobre o Poder Judiciário;[59] contudo, nos últimos 25 anos, muitas leis novas foram aprovadas, o número de casos tratados pelo sistema judicial chinês aumentou dez vezes, um código nacional está sendo preparado, o mestrado em direito é praticamente obrigatório para uma posição judicial sênior, o número de advogados em atividade profissional independente passou de zero (anteriormente todos os advogados eram funcionários do Estado) para 118 mil advogados licenciados em 12 mil empresas, e, atualmente, são movidos mais de 150 mil processos judiciais anualmente *contra* o governo.[60] Trata-se de um desenvolvimento jurídico substancial. E não é evidente que parte desse desenvolvimento possa ser atribuída aos projetos de Direito e Desenvolvimento.

Esse experimento mental ajuda a mostrar que os projetos de Direito e Desenvolvimento são intervenções externas em um ordenamento jurídico. Tal observação não é propriamente um motivo para condenação – muitas dessas iniciativas são

bem intencionadas e poderiam até ser positivas, *se* funcionassem. Ela destaca apenas um fato crucial acerca das condições de seu funcionamento e de sua probabilidade de êxito. Intervenções externas em qualquer sociedade enfrentam barreiras as quais iniciativas internamente produzidas não encontram. O direito apresenta um desafio em especial para iniciativas externas, porque está profundamente imbricado num denso complexo de ordenamentos normativos internamente desenvolvidos, de bases de poder e incentivos que podem ser praticamente invisíveis ao lado externo.[61]

Por fim, essa tentativa de pensamento deixa claro que, enquanto os projetos de Direito e Desenvolvimento são uniformemente apresentados *em* benefício dos países beneficiários e seu povo, tais projetos não são, em geral, *pelos* ou *dos* países favorecidos e seu povo. As organizações e os profissionais do Direito e Desenvolvimento devem ser convocados para justificar os projetos de Direito e Desenvolvimento (metas, planos e modos de execução) perante os habitantes locais, bem como garantir sua aceitação genuína. Caso contrário, esses projetos podem incitar resistência a mais do mesmo antigo neoliberalismo imposto pelo Ocidente. No segundo plano da iniciativa de Direito e Desenvolvimento figura a ideia de que muitas dessas iniciativas jurídicas não são consensuais, mas impostas sob a forma de condições de "boa governança" que devem ser cumpridas pelos países beneficiários, a fim de garantir os empréstimos de instituições internacionais de financiamento.[62] Historicamente, a pauta econômica e política dos doadores e seus agentes – não o altruísmo puro – tem estabelecido quais países estão aptos a obter o auxílio e quais programas serão realizados.[63]

8 Indo adiante

O "desenvolvimento jurídico" – que constrói e mantém instituições jurídicas do Estado – ocorre de maneira contínua em todas as sociedades. Contudo, ele tende a ser mais complexo e desafiador em contextos de desenvolvimento, por três razões em especial. Muitas dessas sociedades precisam enredar-se nos conflitos e nas tensões criadas pela proliferação existente de ordens concorrenciais e sobrepostas de cunho cultural, étnico, religioso e jurídico.[64] Além disso, em muitas dessas sociedades, partes significantes do direito têm sido transplantadas de outros lugares, especialmente em relação ao direito comercial, sendo, portanto, pouco familiares à vida social e ao entendimento da população, ou distantes destes.[65] Por fim, seus sistemas jurídicos são, com frequência, fracamente institucionalizados e possuem poder limitado; eles carecem de instituições jurídicas firmemente estabelecidas e as áreas fora das cidades comumente encerram uma presença jurídica pouco eficaz.

Apesar do teor altamente negativo do presente ensaio, produto do foco dado aos fracassos dos esforços empreendidos pelo Direito e Desenvolvimento, é preciso enfatizar que a mensagem deste texto *não* é rejeitar o desenvolvimento jurídico.

Cada sociedade, hoje, requer um ordenamento jurídico eficaz que possa, no mínimo, gerenciar e apoiar as atividades dos sistemas modernos econômicos e de governo. Além disso, o grande benefício do Império do direito reside no estabelecimento de restrições legais ao governo, e apenas um sistema jurídico efetivo pode fornecer esse tipo de restrição.[66] Por essas razões, o direito deve se aprimorar, e todos os esforços devem ser feitos a fim de auxiliar as instituições jurídicas a se desenvolverem de forma positiva, com a consciência de que este é um projeto infindável. Esforços contínuos de muitos habitantes locais são necessários para construir e manter um ordenamento jurídico em bom funcionamento. Um enorme obstáculo que impede tal esforço se refere ao fato de que, em diversos países, o governo (incluindo funcionários do alto escalão, legisladores e membros do judiciário) constitui uma parte importante do problema, já que tomado pela corrupção e por interesses enraizados que se beneficiam do *status quo*, embora projetos de reforma do Direito e Desenvolvimento sejam geralmente examinados pelos próprios funcionários públicos e precisem assegurar a aprovação destes, os quais se submetem a perder caso as reformas se mostrem eficazes.[67]

É essencial no Direito e Desenvolvimento ser claro a respeito da meta ou das metas principais à mão. Vamos supor, por exemplo, que a meta seja aumentar a riqueza social global através da produção de mercadorias para exportação nos mercados globais. Consultar o conhecimento histórico, teórico e estatístico acerca do direito e capitalismo pode conduzir ao erro. Mesmo se for verdade que os direitos de propriedade estão historicamente associados ao crescimento do capitalismo e que, como os estudos mostram, há uma correlação positiva entre os direitos de propriedade e o desenvolvimento econômico, não se pode deduzir necessariamente que a melhor estratégia a curto prazo para promover o objetivo de desenvolvimento econômico num determinado país seja estabelecer o sistema jurídico. Se o sistema jurídico do Estado é apreendido numa reunião de forças – uma armadilha estrutural ou corrupção institucionalizada – que inexoravelmente enfraquece os esforços de reforma jurídica, então a melhor estratégia seria driblar tal sistema e encontrar ou criar outras organizações institucionais que facilitassem as atividades econômicas. Essa opção é, às vezes, criticada por desistir do ordenamento jurídico, assegurando seu subdesenvolvimento, mas considerar alternativas não significa negligenciar a legislação do Estado. Pode-se até mesmo constatar que, à medida que o desempenho econômico de um país aumenta, o sistema jurídico também se aprimora gradualmente – talvez por conta do aumento no conjunto de pessoas instruídas, da expansão da classe média e de sua demanda por melhores serviços jurídicos essenciais, da disponibilidade de financiamento adequado a fim de apoiar as instituições jurídicas, ou ainda porque os incentivos econômicos recompensam (e, portanto, encorajam) um sistema jurídico mais confiável e eficiente. Nada disso, naturalmente, é garantido, pois o que acontece é sempre um produto da combinação

de fatores adjacentes, mas esse nexo de causalidade inverso (ou simultâneo) é tão plausível como as atuais alegações de que, melhorando o direito, o desempenho econômico também ira se aprimorar.

Uma discrepância angustiante, anteriormente mencionada, assombra a atual ênfase dada ao império de direito para o desenvolvimento econômico. Os países em desenvolvimento querem e precisam de desenvolvimento econômico *agora*. Isso é o que se espera que o Império do direito ajude a proporcionar. Existe um consenso geral, contudo, de que o estabelecimento do Império do direito é um projeto a longo prazo que ninguém sabe muito bem como realizar. Não obstante, a experiência recente confirma que pode ocorrer um progresso econômico explosivo sem a presença do Império do direito. Por exemplo, análises sugerem que as economias emergentes do BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China), as quais têm sido citadas devido aos diversos fracassos dos esforços de desenvolvimento jurídico, estão, no entanto, estabilizadas para juntas competir e talvez superar, até a metade do século, as economias ocidentais avançadas (KRAMER, 2009).

Embora haja numerosos exemplos de progresso econômico sendo aprimorados por meio de políticas deliberadas, é difícil identificar quaisquer exemplos evidentes do Império do direito prevalecendo numa sociedade pela implementação de políticas *deliberadas*. O Império do direito baseia-se, em última análise, em atitudes culturais largamente partilhadas que apoiam o direito, as quais são difíceis de inculcar quando ausentes (e mais difícil ainda quando o direito ou os juízes são vistos com desconfiança). À luz disso, é incerto embarcar na construção do Império do direito como um *meio indireto* de facilitar o desenvolvimento econômico, quando poderiam muito bem haver formas mais convenientes de promover diretamente as metas mencionadas. Novamente, isso não significa enfaticamente que o desenvolvimento jurídico deva ser interrompido. Mas insiste na ideia de que o desenvolvimento jurídico e o econômico, ao interagirem de várias maneiras integrais, são projetos separados, cada qual se baseando em seu próprio mérito.

Agora, suponhamos que as metas (além de produzirem um crescimento econômico estável) visem a estabelecer uma política democrática, proteger os direitos civis, criar condições seguras de trabalho, propiciar uma distribuição justa e equitativa da riqueza, participar de um desenvolvimento ecologicamente sustentável, bem como conferir poderes às mulheres. Há poucos motivos para se pensar que qualquer uma dessas metas serão necessariamente promovidas por projetos de reforma judiciária ou pelo fortalecimento do Império do direito. O direito numa determinada sociedade, pode ignorar qualquer uma ou todas as metas; nem se deve supor que os juízes serão complacentes em relação ao avanço delas. A fim de que tal pacote progressista se torne realidade, profundas transformações sociais, políticas e culturais devem ocorrer em muitos países. O direito pode desempenhar uma função na promoção de tais mudanças, mas a combinação de forças sociais, culturais, econômicas

e políticas será determinante. Acima de tudo, o que mais interessa na consecução desses objetivos é a advocacia. Eles podem ser promovidos de forma melhor se os ativistas trabalharem diretamente em nome de cada objetivo, em vez de depositarem suas esperanças no poder mágico do Império do direito (oportunistas que encobrem sua pauta pelo manto do Império do direito já atuam neste reconhecimento).

Por fim, suponhamos que a meta seja fornecer à população foros eficazes de resolução de controvérsias. Comumente, este é considerado *o* papel essencial dos tribunais do Estado. No entanto, é preciso ter em mente que, mesmo no Ocidente, o processo de arbitragem privada lida com uma parte substancial dos litígios. Em muitos contextos de desenvolvimento, os tribunais e o direito são fortemente problemáticos, por todas as razões descritas anteriormente. Faria sentido, portanto, investir recursos diretamente em alternativas existentes ou criar novos tribunais comunitários onde não há nenhum. Mais de 80% das pessoas nos países em desenvolvimento já levam seus litígios a tribunais não estatais; assim, apoiar tais alternativas será apenas uma questão de alinhamento à realidade. Em resposta a essas ações, as instituições jurídicas do Estado, confrontadas com um rival em potencial pelos recursos e pelo prestígio, poderiam ainda ser impelidas a melhorar seu funcionamento; ou esses diferentes sistemas poderiam, ao longo do tempo, fundir-se ou interagir de forma complementar.

A tendência de muitos, em especial os advogados, em supor que a legislação e os tribunais do Estado são a solução para os problemas enfrentados por esses países é produto de convicções ideológicas referentes ao monopólio do Estado sobre o direito. Em situações nas quais o ordenamento jurídico do Estado malogra em oferecer serviços básicos, quando as tentativas de reforma do sistema fracassam persistentemente, a solução precisa ser encontrada em outros lugares. Assim como alternativas funcionais ao direito podem satisfazer as necessidades do desenvolvimento econômico, tais alternativas podem igualmente servir a necessidades sociais, como a resolução de litígios, a manutenção da ordem e a coordenação de conduta. Os costumes e o direito consuetudinário, as normas e os grupos religiosos, e a comunidade ou as normas e os tribunais informais fazem grande parte deste trabalho em muitos lugares pelo mundo. O lugar de destaque que o direito reivindica ciosamente não deve ser um obstáculo na busca por soluções pragmáticas para problemas sociais, mesmo que isso signifique caminhar em torno de instituições jurídicas existentes.

A tendência mais recente do trabalho desenvolvido pelo Direito e Desenvolvimento já voltou suas atenções à exploração de alternativas sociais ao direito.[68] É preciso dizer que tal fato também não é uma panaceia. Algumas dessas alternativas serão corruptas ou opressivas, ou serão controladas pelos detentores do poder local, ou irão impor punições draconianas, ou irão, ainda, reforçar as desigualdades culturais ou religiosas (sistemas de castas, difamação das mulheres). Esses sistemas alternativos serão especialmente problemáticos quando normas habituais e religiosas, ou pessoas agindo em seu próprio nome, são responsáveis por causar danos ou maus-tratos, ou quando a aldeia ou

as instituições manifestam abusos de poder.[69] Com essas amplas ressalvas, alternativas não estatais que funcionem de forma a satisfazer as necessidades e os valores da comunidade podem prestar um serviço essencial às pessoas que atualmente se veem abandonadas pelos sistemas jurídicos do Estado.

Essas observações finais trarão novamente à tona por que o "Direito e Desenvolvimento" é enganoso: o próprio rótulo sugere que o direito ou o "Império do direito" possui uma capacidade especial de atingir as metas de desenvolvimento almejadas. Com certeza tal convicção trará decepções. O direito não pode, porque ele nada no mar social junto com todo o restante. O desenvolvimento jurídico não está diretamente relacionado com o desenvolvimento do Império do direito (embora este possa resultar daquele). Ninguém sabe o que é o "Império do direito" em sentido concreto, assim como ninguém sabe como chegar a ele. O desenvolvimento jurídico envolve problemas específicos, que incluem o estabelecimento e o funcionamento do direto e das instituições jurídicas, bem como esforços concretos voltados à reforma. O desenvolvimento jurídico é uma iniciativa de varejo – refere-se à melhoria do funcionamento das instituições jurídicas, fazendo que estas atendam às necessidades da população, do governo e da economia. Embora eu tenha dúvidas acerca da iniciativa do Direito e Desenvolvimento, sou otimista em relação ao desenvolvimento jurídico.

: ARTIGO APROVADO (31/05/2010) : *RECEBIDO EM 19/11/2009*

NOTAS

1 Keynote Address, Conference on the Rule of Law, Nagoya University, Japão, 13 jun. 2009.

2 Ver TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. Scholars in Self-Estrangement: Reflections on the Crisis of Law and Development Studies in the United States, em *Wis. L. Rev*. n. 4, p. 1062–102, 1974. Disponível em português em: TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina "direito e desenvolvimento" (com Marc Galanter). In: *O novo direito e desenvolvimento*: presente, passado e futuro. Textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009.

3 Ver SANTOS, Alvaro, The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development. In: TRUBEK, David. M.; SANTOS, Alvaro (eds.). *The New Law and Economic Development* (Nova York: Cambridge University Press 2006). O autor fixa exclusivamente a contribuição do Banco Mundial em $3.8 bilhões.

4 Um catálogo dos malogros comuns e persistentes pode ser encontrado em GOLUB, Stephen. A House Without a Foundation. In: CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad* (Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006).

5 Anteriormente, instiguei paciência. Ver TAMANAHA, Brian Z. The Lessons of Law and Development Studies,

Am. L. Int'l. L., v. 89, p. 470–84, 1995. Disponível em português em: TAMANAHA, Brian Z. As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento. *Revista DIREITO GV*. São Paulo: DIREITO GV, v. 5, n. 1, jan-jun 2009, pp. 187-216.

6 Um artigo que enfoca a incapacidade de reconhecer essa percepção encontra-se em ALKON, Cynthia, The Cookie Cutter Syndrome: Legal Reform Assistance Under Post-Communist Democratization Programs, *J. Disp. Resolution*, v. 327, 2002; ver, também, TROOPE, Stephen, Legal and Judicial Reform through Development Assistance: Some Lessons, *McGill*, v. 48, n. 357, p. 387-390, 2003.

7 Kennedy usa essa frase em relação à elaboração de políticas, mas ela também se aplica ao direito.

8 Um esboço do denso ambiente social em que o direito opera pode ser encontrado em TAMANAHA, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 213–21.

9 Ver FRIEDMAN, Lawrence, On Legal Development, *Rutgers L. Rev*. v. 24, n. 11, 1969.

10 Para obter uma visão geral da situação econômica da Rússia, veja EASTERLY, William, *White Man's Burden*: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and so Little Good (Nova York: Penguin Books, 2006, p. 61–75).

11 Ver CONSTABLE, Pamela, Taliban Style Justice Stirs Growing Anger, *Washington Post*, 10 mai. 2009, disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/05/09/AR2009050902518.html>.

12 Veja, por exemplo, JENSEN, Erik G.; HELLER, Thomas, *Beyond Common Knowledge*: Empirical Approaches to the Rule of Law (Stanford: Stanford UnivERSITY Press, 2003).

13 Veja, por exemplo, TAYLOR, Steven L., Democratization in Latin America, *Latin American Research Rev.*, v. 37, p. 162–72, 2002. Há aí um consenso de que os judiciários são os pilares mais fracos das democracias latino-americanas.

14 Ver TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law*: History, Politics, Theory (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

15 Ver FITZPATRICK, Daniel. Disputes and Pluralism in Indonesian Law. *Yale J. Int'l L.*, v. 22, p. 171–204, 1997. Uma soberba descrição da corrupção judicial na Indonésia pode ser encontrada em POMPE, Sebastian, *The Indonesia Supreme Court*: A Study of Institutional Collapse (Ithaca: Cornell Southeast Asia Program Publications, 2005).

16 Ver DAKOLIAS, Maria, Methods for Monitoring and Evaluating the Rule of Law, 2005, disponível em: <http://www.cilc.nl./Conference -publication-2005.pdf>.

17 Uma oferta estimada feita por uma unidade do Banco Mundial é de 90%. Ver WORLD BANK SOCIAL DEVELOPMENT UNIT, *Forging the Middle Ground*: Engaging Non-State Justice in Indonesia, mai. 2008 (paper).

18 Paul Collier desenvolve vários tipos de "armadilhas" em *The Bottom Billion*: Why the Poorest Countries are Failing and What Can be Done about It (Oxford: Oxford University Press, 2007).

19 Ver CHANNELL, Wade, Lessons Not Learned About Legal Reform, em CAROTHERS, Thomas, *Promoting the Rule of Law Abroad* (Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006, p. 137–44).

20 Ver EFFROS, Robert C., The World Bank in a Changing World: The Role of Legal Construction, *Int'l Lawyer*, v. 35, p. 1341–6, 2001.

21 Para uma excelente descrição desse programa e suas consequências nocivas, ver BRIETZKE, Paul H., The Politics of Legal Reform, *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, v. 3, n. 1, 2004.

22 Ver DAKOLIAS, Maria, Methods for Monitoring and Evaluating the Rule of Law, 2005, disponível em: <http://www.cilc.nl./Conference -publication-2005.pdf>.

23 Ver TRUBEK, David, Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development, *Yale L. J.*, v. 82, n. 1, 1972.

24 Ver KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; Massimo Mastruzzi, Governance Matters VI: Aggregate and Individual Governance Indicators, p. 1996–2006, *World Bank Policy Research Working Paper Series*, n. 4280, jul. 2007; HAMILTON, Kirk et.al., *Where is the Wealth of Nations?* Measuring Capital for the 21st Century (Washington: The World Bank, 2006).

25 Comunicado à Imprensa n. 2002/013/S, Rule of Law Central to Fighting Poverty, World Bank President Calls on Governments to Recognize the Link Between Law and Development, disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS>.

26 Robert Danino, *The Legal Aspects of the World Bank's Work on Human Rights*, out. 2006, disponível em: <http://www1.worldbank.org/devoutreach/october06/article.asp?id=386>.

27 Ver CROSS, Frank B., Law and Economic Growth, *Tex. L. Rev.*, v. 80, 2002.

28 Ver, por exemplo, AGRAST, Mark David et al., The World Justice Project Rule of Law Index: Measuring Adherence to the Rule of Law Around the World, *American Bar Association*, 2008. Para um estudo critico de tais medidas, ver THOMAS, Melissa A., *What Do the Worldwide Governance Indicators Measure?*, out. 2006, disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTWIBGOVANTCOR/Resources/1740479-114912210081/2604389-1167941884942/what_do_wgi_measure.pdf>.

29 Um dos principais criadores de tais estudos, Daniel Kaufmann, do Banco Mundial, reconhece que questões sobre causalidades permanecem não resolvidas. Ver: KAUFMANN, Daniel. *Rethinking Governance*: Empirical Lessons Challenge Orthodoxy, 11 mar. 2003.

30 Ver RODRIK, Dani, *One Economics, Many Recipes*: Globalization, Institutions, and Economic Growth (Princeton: Princeton University Press, 2007).

31 Idem.

32 Ver HAMILTON, Kirk et.al., *Where is the Wealth of Nations?* Measuring Capital for the 21st Century (Washington: The World Bank, 2006.

33 Idem.

34 Ver CLARKE, Donald; MURRELL, Peter; WHITING, Susan, *The Role of Law in China's Economic Development*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=878672>.

35 Ver GINSBURG, Tom, Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia, *Law & Soc'y Rev.*, v. 34, p. 829, 2000; UPHAM, Frank, Mythmaking in the Rule-of-Law Orthodoxy. In: CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad* (Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006).

36 Ver OHNESORGE, John K. M., Developing Development Theory: Law & Development Orthodoxies and Northeast Asian Experience, *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, v. 28, p. 219, 2007.

37 Idem.

38 Ver, em geral, FRIEDAN, Jeffry A., *Global Capitalism*: Its Fall and Rise in the Twentieth Century (Nova York: W. W. Norton, 2006).

39 Ver DIXIT, Avinash K., Lawlessness and Economics (Princeton: Princeton University Press, 2004).

40 Ver RODRIK, Dani, *One Economics, Many Recipes*: Globalization, Institutions, and Economic Growth (Princeton: Princeton University Press, 2007); DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J., Legal Reforms and Development, *Third World Q.*, v. 22, p. 21–7, 2001.

41 Ver DAKOLIAS, Maria, Methods for Monitoring and Evaluating the Rule of Law, 2005, disponível em: <http://www.cilc.nl./Conference -publication-2005.pdf>.

42 Muitos críticos se pronunciaram sobre as várias maneiras inconsistentes em que o "Império do direito" é utilizado no contexto de desenvolvimento. Ver HAGGARD, Stephan; MACINTYRE, Andrew; TIEDE, Lydia, The Rule of Law and Economic Development, *Annual Rev. Pol. Sci.*, v. 11, 2008; Kleinfeld, Rachel, Competing Definitions of the Rule of Law. In: CAROTHERS, Thomas, *Promoting the Rule of Law Abroad* (Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006).

43 Uma articulação realista das interligações de apoio pode ser encontrada em O'DONNELL, Why the Rule of Law Matters, *Journal of Democracy*, v. 15, p. 32–46, 2004.

44 Ver TAMANAHA, Brian Z., *On the Rule of Law*: History, Politics, Theory (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), capítulos 3 e 8.

45 IRBD Articles of Agreement, artigo III, seção 4, VII. O nome oficial do Banco Mundial é Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento.

46 IRBD Articles of Agreement, artigo IV, seção 10.

47 Ver FRIEDAN, Jeffry A., *Global Capitalism*: Its Fall and Rise in the Twentieth Century (Nova York: W. W. Norton, 2006).

48 Essa explicação foi retirada de uma admirável descrição de EFFROS, Robert C., The World Bank in a Changing World: The Role of Legal Construction, *Int'l Lawyer*, v. 35, p. 1341–6, 2001.

49 Ver OHNESORGE, John K. M., On Rule of Law Rhetoric, Economic Development, and Northeast Asia, *Wisc. Int'l. L. J.*, v. 25, 2007.

50 Meus dois anos de permanência em Yap corroboram isso. Ver TAMANAHA, Brian Z., *Understanding Law in Micronesia*: An Interpretive Approach to Transplanted Law (Leiden: Brill, 1993). Uma narrativa de advertência pode ilustrar a questão. Durante meu período por lá, dois consultores educacionais externos vieram a Yap para uma visita de duas semanas, entrevistaram diversos funcionários do governo (incluindo a mim, na qualidade de assessor jurídico do Departamento de Educação) e, posteriormente, redigiram um relatório descrevendo as propostas de reformas do sistema educacional. O relatório baseou-se num entendimento incorreto da verdadeira dinâmica da situação e, que eu saiba, fracassou (embora os consultores tenham ganhado uma generosa quantia pelos seus esforços).

51 Para uma ampla descrição dos esforços empregados pelos Estados Unidos, ver DE LISLE, Jacques, Lex Americana? United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond, *U. Pa. J. Int'l. Econ. L.*, v. 20, p. 179, 1999.

52 Ver DAM, Kenneth, *The Law-Growth Nexus*: The Rule of Law and Economic Development (Washington: Brookings, 2006).

53 Ver FITZPATRICK, Daniel, Disputes and Pluralism in Indonesian Law, *Yale J. Int'l L.*, v. 22, p. 171–204, 1997.

54 Para uma descrição dos danos causados às mulheres por conta da escrituração, ver MANJI, *The Politics of Land Reform in Africa*: From Communal Tenure to Free Markets (Londres: Zed Books, 2006).

55 Ver TAMANAHA, Brian Z., Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, *Sydney L. Rev.*, v. 30, p. 375, 2008.

56 Para um exemplo dessa incerteza, ver EASTERLY, William, *White Man's Burden*: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and so Little Good (Nova York: Penguin Books, 2006).

57 Ver TAMANAHA, Brian Z. *Law as a Means to an End*: Threat to the Rule of Law (Nova York: Cambridge University Press, 2006), capítulos 6 e 7.

58 Para um exemplo recente de tal ceticismo, ver TRUBEK, David M, The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future, em TRUBEK, David. M.; SANTOS, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development* (Nova York: Cambridge University Press 2006).

59 Ver THORNTON, John, Long Time Coming: The Prospects for Democracy in China, *Foreign Affairs*, v. 87, n. 2, p. 10–3, 2008.

60 Idem, p. 10–1.

61 Uma visão geral a este respeito pode ser encontrada em TAMANAHA, Brian Z., *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001). Um dos melhores estudos dos entraves que o Direito deve confrontar está presente em MOORE, Sally Falk, *Law as Process* (Boston: Routledge & Kegan Paul, 1978).

62 Ver EASTERLY, William, *White Man's Burden*: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and so Little Good (Nova York: Penguin Books, 2006), p. 146.

63 Essa questão é vigorosamente demonstrada em EASTERLY, William, *White Man's Burden*: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and so Little Good (Nova York: Penguin Books, 2006).

64 Ver, em geral, , Brian Z., Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, *Sydney L. Rev.*, v. 30, p. 375, 2008.

65 Ver: TAMANAHA, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001), capítulo 5.

66 Ver: TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law*: History, Politics, Theory (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), capítulo 11.

67 Ver: EASTERLY, William. *White Man's Burden*: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and so Little Good (Nova York: Penguin Books, 2006), capítulo 4.

68 Ver WORLD BANK SOCIAL DEVELOPMENT UNIT, *Forging the Middle Ground*: Engaging Non-State Justice in Indonesia, mai. 2008 (paper); FITZPATRICK, Daniel, Disputes and Pluralism in Indonesian Law, *Yale J. Int'l L.*, v. 22, p. 171–204, 1997; DONOVAN, Dolores A.; ASSEFA, Getachew, Homicide in Ethiopia: Human Rights, Federalism, and Legal Pluralism, *Am. J. Comp. L.*, v. 51, p. 505, 2003; RITTICH, Kerry, The Future of Law and Development: Second Generation Reforms and the Incorporation of the Social. In: TRUBEK, David. M.; SANTOS, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development* (Nova York: Cambridge University Press 2006).

69 Ver DONOVAN, Dolores A.; ASSEFA, Getachew, Homicide in Ethiopia: Human Rights, Federalism, and Legal Pluralism, *Am. J. Comp. L.*, v. 51, p. 505, 2003.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAROTHERS, Thomas. The Rule of Law Revival. Em CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad*. Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006.

_____. Rule of Law Temptations. *The Fletcher Forum of World Affairs*, v. 33, 2009.

CHANNELL, Wade. Lessons Not Learned about Legal Reform. In: CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad*. Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006.

COLLIER, Paul. *The Bottom Billion*: Why the Poorest Countries are Failing and What Can be Done about It. Oxford: Oxford University Press, 2007.

COMMISSION ON GROWTH AND DEVELOPMENT. *The Growth Report*: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development. Washington: The World Bank, 2008.

CROSS, Frank B. Law and Economic Growth. *Tex. L. Rev.*, v. 80, 2002.

DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael J. Legal Reforms and Development. *Third World Q.*, v. 22, p. 21–7, 2001.

_____. The Relationship between Law and Development: Optimists Versus Skeptics. *Am. J. Comp. L.*, v. 56, p. 895–7, 2008.

DAM, Kenneth. *The Law-Growth Nexus*: The Rule of Law and Economic Development. Washington: Brookings, 2006.

DODSON, Michael. Assessing Judicial Reform in Latin America. *Latin Am. Research Rev.*, v. 37, p. 200–2, 2002.
EASTERLY, William. *White Man's Burden*: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and so Little Good. Nova York: Penguin Books, 2006.
EFFROS, Robert C. The World Bank in a Changing World: The Role of Legal Construction. *Int'l Lawyer*, v. 35, p. 1341–6, 2001.
GARTH, Bryant G. Building Strong and Independent Judiciaries through the New Law and Development: Behind the Paradox of Consensus Programs and Perpetually Disappointing Results. *DePaul L. Rev*, v. 53, 2002.
GOLUB, Stephen. A House Without a Foundation. In: CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad*. Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006.
HAGGARD, Stephan; MACINTYRE, Andrew; TIEDE, Lydia. The Rule of Law and Economic Development. *Annual Rev. Pol. Sci.*, v. 11, 2008.
KENNEDY, David. The "Rule of Law", Political Choices, and Development Common Sense. Em TRUBEK, David. M.; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development*. Nova York: Cambridge University Press 2006.
KRAMER, Andrew E. Four Nations Seek More Diversity in Global Economic Order. *New York Times*, 17 jun. 2009.
MANJI, Ambreena. *The Politics of Land Reform in Africa*: From Communal Tenure to Free Markets. Londres: Zed Books, 2006.
NORTH, Douglass C.. Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Nova York: Cambridge University Press, 1990.
_____. Economic Performance through Time. *Am. Econ. Rev.*, v. 84, p. 359–66, 1994.
O'DONNELL, Guillermo. Why the Rule of Law Matters. *Journal of Democracy*, v. 15, p. 32–46, 2004.
PHILLIPS, Kevin, *Bad Money*: Reckless Finance, Failed Politics, and the Global Crisis of American Capitalism. Nova York: Penguin Books, 2009.
PIRON, Laure-Helene. Time to Learn, Time to Act in Africa. Em CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad*. Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006.
REINERT, Erik S.. *How Rich Countries Got Rich and Why Poor Countries Stay Poor*. Nova York: Public Affairs, 2007.
SANTOS, Alvaro. The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development. In: TRUBEK, David. M.; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development*. Nova York: Cambridge University Press, 2006.
SEN, Amartya. What is the Role of Legal and Judicial Reform in The Development Process, World Bank Legal Conference, Wash. D.C., June 5, 2000.
SPENCE. The Complexity of Success in Russia. Em CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad*. Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006.
STEPHENSON, Matthew. A Trojan Horse in China. Em CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad*. Washington D.C.: Carnegie Endowment, 2006.
TROOPE, Stephen. Legal and Judicial Reform through Development Assistance: Some Lessons. *McGill*, v. 48, p. 387-393, 2003.
TRUBEK, David M. The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future. Em TRUBEK, David. M.; SANTOS, Alvaro (Eds.). *The New Law and Economic Development*. Nova York: Cambridge University Press, 2006.
WILLIAMSON, Oliver E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *J. of Econ. Literature*, v. 38, 2000.

Brian Z. Tamanaha

PROFESSOR DA ST. JOHN'S UNIVERSITY SCHOOL OF LAW |

8000 Utopia Parkway
Jamaica, Nova Iorque
11439
tamanaha@stjohns.edu

REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, DIREITO E DESENVOLVIMENTO: OS LIMITES DO PARADIGMA *RULE OF LAW* E A RELEVÂNCIA DAS ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS

Mario Gomes Schapiro

RETHINKING THE RELATION BETWEEN STATE, LAW AND DEVELOPMENT

RESUMO

Assumindo a primazia da abordagem institucionalista na agenda contemporânea do desenvolvimento, este artigo procurará discutir alguns de seus limites, descritivos e normativos, no que tange, em especial, ao sistema financeiro. Particularmente, procurar-se-á sugerir que os programas de difusão do *Rule of Law* têm se constituído em um paradigma estreito do papel exercido pelo direito, segundo a qual cabe ao ambiente jurídico cumprir, apenas e tão somente, a função de garantidor dos interesses de investidores privados, entendidos como atores centrais de um modelo de financiamento baseado em transações de mercado. O texto sugere que o paradigma *Rule of Law*, como estratégia de promoção do desenvolvimento, tem dificuldade em lidar com a existência de alternativas institucionais de organização econômica e financeira, para além de um modelo de mercado baseado em atores atomizados e carentes de segurança jurídica. Um exemplo disso, que escapa do instrumental tradicional, é o modelo brasileiro de financiamento, que, apesar de ter vivenciado inúmeras reformas institucionais, dedicadas a elevar o nível de proteção de investidores, ainda concentra em um banco de desenvolvimento – o BNDES – grande parte do financiamento de longo prazo do país. O artigo assume, portanto, que, sim, o direito e as instituições, de fato, importam para o desenvolvimento, mas há uma variedade de possibilidades e funções a serem exercidas pelos arranjos institucionais e ferramentas jurídicas – muito além do que supõem os programas de *Rule of Law*. Uma bem sucedida organização institucional baseada em um banco de desenvolvimento é um exemplo disso.

PALAVRAS-CHAVE

alternativas institucionais; banco de desenvolvimento; *Rule of Law*; BNDES; direito e desenvolvimento; financiamento do desenvolvimento.

ABSTRACT

Taken the prevalence of institutionalist and rule of law approach in the contemporary debate on economic development, this paper intends to discuss some theoretical limits of this literature, either positive or normative, mainly in its application to discussions related to the financial sector. This article claims that the spurring of development based on rule of law programs usually assumes a very limited view of the roles played by the law. According to the prevailing view, the role played by institutions in economic development is restricted to providing legal protection for private investors, who are assumed to be the central actors of the financial system. This paper, however, takes a different path and tries to argue that there are different institutional alternatives of economic organization, which goes beyond an arrangement based on capital market and atomized shareholders. An example of that is the Brazilian financial system: in spite of recent rule of law type of reforms it is still dependent of a developmental bank – BNDES. As a conclusion, the article sustains that indeed law and institutions matter for development, but there are a variety of possible institutional arrangements and also several roles and functions to be played by legal tools, a lot broader than it is supposed by rule of law development programs. A successful institutional organization based on a development bank is an example of that.

KEYWORDS

institutional alternatives; development bank; rule of law; BNDES; law and development; development financing.

Introdução

O tema do desenvolvimento, após um período de ostracismo acadêmico e político, voltou recentemente a despertar o interesse de pesquisadores e formuladores de política pública. O retorno desta agenda tem como particularidade o relevo atribuído ao ambiente jurídico-institucional, no âmbito tanto das agências multilaterais de fomento, como dos governos nacionais. Desde meados da década de 1990, sob a rubrica de *Rule of Law*, têm se difundido, nos mais diversos países em desenvolvimento, programas de qualificação institucional, voltados a um universo variado de propósitos, que inclui desde a reforma do Poder Judiciário até a incorporação de novos códigos legislativos, passando ainda pela promoção de novas regulações no ambiente financeiro e pela adoção de boas práticas de governança corporativa. O traço comum dessa agenda, cujos desdobramentos podem ser identificados em países tão diferentes como os latino-americanos e os da África Subsaariana, é a confiança na promoção do desenvolvimento a partir da promoção de boas regras do jogo, capazes de amparar um ambiente econômico estável e seguro para as transações privadas.

Em certa medida, este renascimento parece recuperar o roteiro de análises e proposições que ficou conhecido como *Law & Development*, um campo de trabalho que já foi bastante frequentado por sociólogos do direito e *policy makers*, há não mais que quarenta anos. Ao longo da década de 1960 e no início da de 1970, estudos realizados por acadêmicos e formuladores de política norte-americanos e europeus procuravam identificar os atributos jurídico-institucionais que conformavam o funcionamento de mercados e sociedades de países periféricos, dedicando-se, ainda, a apresentar propostas de reformas institucionais, baseadas na percepção de que parte do subdesenvolvimento dessas nações se deveria justamente aos limites apresentados por este panorama. A concepção prevalecente de tais trabalhos costumava apontar que a falta de capacidade em oferecer uma resposta satisfatória ao ambiente de negócios, causada pela inadequação dos estatutos regulatórios e também pela carência de formação dos operadores do direito, seria uma importante lacuna institucional, a qual obstaculizaria o processo de desenvolvimento social e econômico destas nações (TRUBEK, 1972, pp. 2-10).

A retomada desse legado, que de algum modo tem embalado o viés dos novos estudos de desenvolvimento, traz consigo, no entanto, alguns vícios e equívocos, analíticos e propositivos, presentes desde as primeiras abordagens dedicadas às relações entre o ambiente jurídico-institucional e o desenvolvimento. Este é o caso da dificuldade demonstrada em compreender as especificidades institucionais dos países retardatários. Desde os primeiros trabalhos nesta chave, pode-se reconhecer um viés de análise que costuma identificar as singularidades institucionais como se fossem desvios, ou equívocos, para cuja solução se tem recomendado, habitualmente, a adoção de um "pacote de instituições corretas", transplantáveis de ambientes dotados de

um bem sucedido processo de desenvolvimento. Uma estratégia que, todavia, nem sempre tem alcançado os resultados esperados, seja pela resistência política encontrada nos países para a realização das reformas institucionais, seja pela carência de efetividade de tais medidas – em muitos casos –, inconsistentes com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais.

Assumindo a primazia da abordagem institucionalista na agenda contemporânea do desenvolvimento, este artigo procurará discutir alguns desses limites, descritivos e normativos, no que tange, em especial, ao sistema financeiro. Particularmente, procurar-se-á sugerir que os programas de difusão do *Rule of Law* têm se constituído em um paradigma estreito, baseando-se em uma visão monocórdica do papel exercido pelo direito, segundo a qual cabe ao ambiente jurídico cumprir a função, apenas e tão somente, de garantidor dos interesses de investidores privados, entendidos como atores centrais de um modelo de financiamento baseado em transações de mercado. O argumento central do texto sugere, portanto, que o paradigma *Rule of Law*, como estratégia de promoção do desenvolvimento, tem dificuldade em lidar com a existência de alternativas institucionais de organização econômica e financeira, para além de um modelo de mercado baseado em atores atomizados e carentes de segurança jurídica.

Desde já, é conveniente observar, entretanto, que esta análise crítica não desdenha da relevância do Estado de Direito, entendido como um arranjo moderno de limitação do arbítrio, de racionalização do poder e de preservação dos espaços de autonomia individual. Sucede, todavia, que, para além do sentido convencionalmente estipulado pelo pensamento político, a expressão *Rule of Law* tem sido utilizada como um *slogan* dos programas de desenvolvimento, conotando um tipo característico de desenho institucional associado a uma estratégia específica de promoção das economias subdesenvolvidas. É a esse aspecto que se volta este artigo.

Sendo assim, uma vez apresentados os limites dessa nova alquimia, este trabalho procurará reforçar a relevância de se considerar a relação existente entre os arranjos jurídico-institucionais e os respectivos contextos locais. Dessa maneira, será possível compreender o modelo brasileiro de financiamento, que, apesar de ter vivenciado inúmeras reformas institucionais, dedicadas a elevar o nível de proteção de investidores, ainda concentra em um banco de desenvolvimento – o BNDES – grande parte do financiamento de longo prazo do país. O artigo assume, portanto, que, sim, o direito e as instituições de fato importam para o desenvolvimento, mas há uma variedade de possibilidades e funções a serem exercidas pelos arranjos institucionais e pelas ferramentas jurídicas – muito além do que supõem os programas de *Rule of Law*.

Para tanto, este trabalho está dividido em quatro partes. A parte 1 apresenta um panorama sintético da noção de *Rule of Law* tal como tem sido concebida e empregada pelas diversas propostas de reforma institucional realizadas pelos países em

desenvolvimento nos últimos anos. A parte 2 sintetiza o sentido que tem sido emprestado ao *Rule of Law* no campo financeiro. A parte 3 se volta para uma análise do caso brasileiro, cujo modelo de financiamento corporativo tem contado, de modo significativo, com a participação direta do Estado – um dado curioso, que arrefece as expectativas e os prognósticos dos reformadores institucionais, os quais há algum tempo dedicam-se a promover o desenvolvimento financeiro do país por meio do "transplante das instituições corretas". A partir disso, a parte 4 procura discutir os limites do paradigma hegemônico (*Rule of Law*), bem como sugerir caminhos para uma abordagem alternativa, capaz de levar em conta os encadeamentos institucionais locais. Por fim, apresenta-se uma conclusão.

1 O PARADIGMA *RULE OF LAW* NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: TRANSAÇÕES PRIVADAS, GARANTIA JURÍDICA E RETRAÇÃO DO ESTADO

A partir da década de 1990, a produção intelectual e a intervenção dos governos nacionais e das agências multilaterais passaram a ter no ambiente institucional um objeto de particular interesse. De um lado, pesquisadores começaram a tematizar, com mais frequência, a relevância do entorno institucional para a promoção das transações privadas em mercados, assumindo, ainda, a sua importância para o conjunto das economias e para as expectativas de crescimento econômico. De outro, agências internacionais inauguraram uma terceira fase em sua agenda de ação. Após terem amparado obras de infraestrutura e os programas públicos de investimento em países subdesenvolvidos, e, em seguida, terem priorizado o ajuste macroeconômico dos países cujos programas de desenvolvimento enfrentavam sinais de esgotamento (*getting the prices right*), o alvo da intervenção dessas entidades passou a ser o aprimoramento institucional das nações mais pobres (*getting the institutions right*) (TRUBEK, 2006, p. 81). Desde então, só o Banco Mundial reportou um dispêndio de cerca de US$ 3 bilhões e uma participação ativa em 330 programas desta natureza (TRUBEK, 2006, p. 74). É bastante expressiva dessa inversão de prioridades a comparação apresentada por Robert Danino, então membro do *staff* diretor do Banco Mundial:[2] há cerca de 30 anos, 58% dos dispêndios do Banco eram alocados em projetos de infraestrutura, ao passo que, atualmente, essa rubrica responde por apenas 22% dos investimentos, enquanto os programas de qualificação institucional passaram a representar 52% dos desembolsos do Banco.

Este entendimento em torno do ambiente institucional e da sua relevância para a promoção dos mercados tem consolidado um novo paradigma no campo da economia política do desenvolvimento – a noção de *Rule of Law*, um conjunto definido de concepções econômicas, interpretações jurídicas e estratégias políticas para a promoção do crescimento e da modernização econômica das nações (TRUBEK; SANTOS, 2006). No caso da estratégia *Rule of Law*, esta convergência entre ideias

econômicas, noção de direito e estratégia política está associada a um determinado modelo de desenvolvimento econômico, que é baseado em transações privadas, mediadas pelas garantias jurídicas de proteção à propriedade privada e aos termos contratuais, e, ainda, é vinculado a um viés definido de políticas públicas, em que prevalece uma relação Estado-economia comprometida com a preservação dos mercados como espaços de alocação de recursos.

No âmbito das ideias econômicas, a concepção prevalecente que informa esse paradigma provém de uma apropriação dos estudos da Nova Economia Institucional (NEI), escola oriunda de uma revisão interna dos cânones da teoria econômica de matriz neoclássica, que introduziu as instituições como uma variável da análise econômica. Em relação ao *mainstream* neoclássico, os estudos de autores como Ronald Coase ou Oliver Williamson têm sugerido que, no mundo real, as trocas entre os agentes não são necessariamente instantâneas e perfeitas, e tampouco estes atores detêm uma racionalidade ilimitada. Diferentemente, os trabalhos da NEI têm procurado mostrar que nas transações econômicas não só ocorrem fricções (como os custos de transação), como a racionalidade dos agentes é limitada – a sua capacidade de decisão não é plena. Em razão disso, esses autores introduzem as instituições em suas análises, argumentando que as relações econômicas são reguladas por aparatos de coordenação, como a propriedade e o contrato. Na ausência destes, dada a incerteza, os custos de negociação e a limitação da racionalidade, os negócios podem não se consumar. Este é o caso, por exemplo, de uma troca envolvendo produtos específicos e de entrega futura: trata-se de um tipo de transação que envolve um bem singular e traz consigo um componente de imprevisibilidade, de tal modo que a sua viabilização pressupõe a mediação de um contrato de longo prazo, pois do contrário o custo de transação entre os agentes poderia ser muito significativo. Apesar de ser essa uma constatação trivial para um estudante de direito, não o era para um economista neoclássico, cujos modelos não internalizavam os elementos institucionais – a coordenação entre os agentes era, conceitualmente, uma responsabilidade do sistema de preços.

A partir da internalização das instituições como variáveis de análise, alguns estudos de viés neoinstitucionalista têm procurado ampliar o plano de observação, voltando-se a investigar a relação entre o desempenho econômico dos países e a qualidade dos respectivos ambientes institucionais. Entre estas pesquisas, é particularmente relevante o trabalho de Douglass North, notadamente o seu livro *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (1990). Partindo do pressuposto de que o ambiente institucional conforma a atuação dos agentes individuais, North argumenta que a razão do maior ou menor desenvolvimento relativo de alguns países deve-se à adoção histórica de uma estrutura de coordenação mais ou menos favorável à constituição de um ambiente impessoal, seguro e previsível para as trocas em mercado. É por esta razão, argumenta, que o nível de desenvolvimento da

Inglaterra, onde teriam se desenvolvido regras de propriedade e contrato mais favoráveis às transações privadas, é superior ao da Espanha, que teria padecido de um ambiente institucional desfavorável (NORTH, 1990, pp. 113-117). O trabalho de North, enfim, não só tem reforçado o campo da NEI, ao projetar o papel das instituições no funcionamento dos mercados, como, principalmente, tem permitido a sua associação com a economia do desenvolvimento, ao sugerir que as experiências bem-sucedidas resultam, entre outros, dos incentivos institucionais e da efetividade (*enforcement*) de sua aplicação.

A influência deste referencial de análise é bastante significativa e tem balizado diversos trabalhos dedicados às relações entre o ambiente institucional e o desenvolvimento econômico. Exemplos disso são as produções recentes de pesquisadores importantes, como Kenneth Dam (2006), Peter Evans (2005), Hernando De Soto (2000) e Adam Przeworski (2004), entre tantos outros, que partem dessa matriz institucional para a condução de suas investigações. Muito embora figurem entre esses alguns autores heterodoxos, como Evans e Przeworski, todos eles reconhecem a relevância da NEI e de North na literatura contemporânea sobre desenvolvimento e partem desse referencial para a realização de suas análises.

Apesar de trabalhos como o de North não apresentarem necessariamente argumentos normativos ou implicações de política, há uma conexão entre as abordagens da Nova Economia Institucional e o entusiasmo dos *policy makers* com estratégias de desenvolvimento baseadas na difusão de "instituições corretas" e "boas práticas de governança". Isso porque, apesar de introduzir as instituições em um debate antes exclusivamente individualista, a Nova Economia Institucional mantém, ainda, célebres pressupostos do *mainstream* econômico, tais como: (i) o individualismo metodológico e (ii) a primazia do mercado. Assim como na herança neoclássica, no âmbito da NEI a ordem natural é a ordem de mercado, de modo que as instituições são concebidas em função da necessidade de seu funcionamento (CHANG; EVANS, 2005). Isso significa que as instituições, embora tenham sido incorporadas nos referenciais de análise, são compreendidas como aparatos reguladores externos, e não como elementos constitutivos (*embedded*) dos mercados (GRANOVETTER, 1985). Comportam, portanto, operações de engenharia social.[3]

No limite, a compreensão subsocializada das instituições tem dado sustentação conceitual a programas de desenvolvimento baseados na promoção de reformas institucionais, que são implementadas com o propósito de fortalecer a estrutura de garantias e incentivos disponíveis, para assim estimular a atuação dos agentes econômicos em mercado. Partindo da constatação de que o ambiente jurídico-institucional importa, mas tratando-o como uma variável externa à dinâmica social, os formuladores de política pública têm se voltado a modular as regras do jogo, com a finalidade de garantirem uma melhor arena para os jogadores econômicos. Valem-se para tanto, entre outros, do expediente dos "transplantes institucionais", dedicados a incorporar

no ambiente jurídico-institucional de países em desenvolvimento regras e práticas bem-sucedidas em países desenvolvidos.[4]

Ao lado da prevalência da NEI, o lastro comum dos trabalhos e das políticas recentes sobre desenvolvimento é uma determinada concepção de direito, constituída a partir de uma apropriação daquilo que Milhaupt e Pistor (2008) identificam como um "legado weberiano" (p. 6). A noção de direito subjacente ao paradigma *Rule of Law* é a de um veículo promotor de garantia, previsibilidade e calculabilidade para as transações privadas. A existência de regras claras, a proteção adequada da propriedade privada, a certeza do cumprimento dos ajustes contratuais e a confiança no funcionamento célere e independente do Poder Judiciário passaram a ser consideradas como os itens necessários a serem atendidos pelos atributos jurídico-institucionais. Seriam estas, enfim, algumas das mais importantes variáveis para um bem-sucedido processo de desenvolvimento. A seguinte passagem de Milhaupt e Pistor (2008), descrevendo o senso predominante acerca da relação entre direito e desenvolvimento, indica que o emprego dado à noção de *Rule of Law* é bastante estreito e instrumental, sendo a noção vinculada à preservação (não distorção) dos espaços privados de transação econômica:

> *According to the prevailing view, law fosters economic activity (exclusively) by protecting property rights. A legal system that clearly allocates and protects property rights (a rule of law) precedes economic development and is a precondition to economic success. Once such a system is in place, it constitutes a fixed and politically neutral institutional endowment – an unchanging foundation for economic activity. The formal characteristics of legal system – in particular, whether they adhere to common law or civil law – determine how well they provide protection of property rights (especially investors' rights). The quality of property rights protections, in turn, determines economic outcomes.* (p. 4)

No âmbito dessas análises e proposições, tem-se conferido uma dupla tarefa para a regulação jurídica: de um lado supõe-se que caiba às regras jurídicas a constituição de espaços seguros para as transações entre os agentes, e, de outro, que essas regras possam proteger os particulares da atuação discricionária do Estado (DAM, 2006, p. 15). Trata-se, pois, de uma concepção sobre a função do direito a qual é coerente com o postulado econômico da NEI, subjacente a este paradigma. Na medida em que as expectativas de crescimento econômico e sucesso das nações são depositadas no funcionamento adequado dos mercados, tomados como espaços necessários e suficientes de alocação dos recursos sociais, o papel esperado do direito é que este seja capaz de promover a segurança jurídica, o que envolve, em última análise, a garantia de estabilidade nas relações entre particulares.

Em consonância com tal perspectiva de desenvolvimento, pode-se constatar, nessa agenda, uma primazia do direito privado sobre o direito público (KENNEDY,

2006, pp. 138-139). Diferentemente do contexto desenvolvimentista, entre as décadas de 1960 e 1970, em que os dispositivos de direito público dedicados a conceber o desenho do aparato institucional e encarregados de uma regulação ativa e vertical do ambiente econômico tinham a primazia no panorama jurídico-institucional, as novas políticas de desenvolvimento parecem contar com uma intervenção reguladora mais branda, fundada em dispositivos horizontais ou mecanismos de contenção da discricionariedade estatal: favorecem, com isso, os instrumentos provenientes do direito privado. Sob a égide do paradigma *Rule of Law*, portanto, a intervenção jurídica de caráter *goal-oriented*, presente, por exemplo, nas regras de planejamento econômico, tem cedido espaço para as iniciativas de autorregulação ou de regulação indireta.

As ideias econômicas neoinstitucionalistas e a concepção de direito como veículo de garantia privada balizam, enfim, o viés das políticas públicas direcionadas a promover as estratégias de desenvolvimento. Os programas governamentais formulados sob a égide do *Rule of Law* têm uma agenda de intervenção mais tímida do que as políticas desenvolvimentistas confeccionadas no contexto do *consenso keynesiano*, entre 1950 e 1980. Em vez da alteração dos preços relativos, da definição de estratégias anticíclicas de gastos públicos ou da manipulação de variáveis econômicas, com o objetivo de alterar a precificação das atividades e, com isso, estimular investimentos produtivos em setores estratégicos, o tipo padrão da intervenção do Estado, a partir da década de 1990, passou a ser de viés moderado – restrito a promover um ambiente institucional favorável à atuação de agentes privados (CHANG, 1997, pp. 710-712; KENNEDY, 2006, pp. 128-137). Em última análise, assinala Kennedy, a intervenção desenvolvimentista de abrangência macroeconômica foi suplantada por estratégias políticas implementadas no âmbito microeconômico, comprometidas com a preservação dos mecanismos de seleção de mercado (KENNEDY, 2006, p. 129).

Na realidade, a intervenção econômica do Estado, que tinha como fundamento o diagnóstico das falhas de mercado, passou a ser modulada pela noção de falhas de governo, isto é, a percepção de que as falhas proporcionadas pela regulação são tão ou mais significativas que as próprias falhas de mercado. Influenciados por uma persuasiva literatura dedicada a apontar os problemas (ou a ausência de necessidade) da atuação do Estado na economia (DEMSETZ, 1968; STIGLER, 1973; BAUMOL et al., 1982) e vivenciando a derrocada política da hegemonia keynesiana, formuladores de política e gestores governamentais, em diversos países, passaram a mitigar a participação dos Estados na organização das atividades de mercado. Em boa medida, é este formato de intervenção do Estado, menos confiante na capacidade da regulação pública e mais comprometido com a preservação dos espaços econômicos privados, que tem balizado as políticas de desenvolvimento conduzidas sob a rubrica *Rule of Law*. O Quadro 1 sintetiza os traços principais deste paradigma.

Quadro 1 – Paradigmas de Direito e Desenvolvimento

	IDEIAS ECONÔMICAS	CONCEPÇÃO DE DIREITO	INTERVENÇÃO DO ESTADO
PARADIGMA DESENVOLVIMENTISTA	• ECONOMIA KEYNESIANA; • ADMINISTRAÇÃO MACROECONÔMICA, GESTÃO DOS AGREGADOS E PRIMAZIA DA REGULAÇÃO PÚBLICA	• PREVALÊNCIA DO DIREITO PÚBLICO; • RACIONALIDADE SUBSTANTIVA – *GOAL ORIENTED*	• DIREÇÃO ECONÔMICA, PRIMAZIA DO PLANEJAMENTO E DO CONTROLE PÚBLICO SOBRE AS VARIÁVEIS ECONÔMICAS
PARADIGMA	• NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL; • ADMINISTRAÇÃO MICROECONÔMICA; • PRIMAZIA DO MERCADO COMO ESPAÇO DE ALOCAÇÃO DOS RECURSOS ENTRE PARTICULARES	• APROPRIAÇÃO DO "LEGADO WEBERIANO"; • VEÍCULO DE GARANTIA E SEGURANÇA JURÍDICA; • RACIONALIDADE REFLEXIVA (AUTORREGULAÇÃO)	• INTERVENÇÃO MODERADA, DIRECIONADA AO INCREMENTO DO AMBIENTE DE NEGÓCIOS; • PRESERVAÇÃO DO SISTEMA DE PREÇOS

A difusão do paradigma *Rule of Law*, na década de 1990, como uma fórmula *standard*, capaz de garantir novos patamares de crescimento sustentado para as economias menos desenvolvidas, foi particularmente evidente em três experiências, responsáveis pelo reaquecimento dos debates em torno das estratégias adequadas de promoção do desenvolvimento, quais sejam: (i) as reformas econômicas ocorridas nos países latino-americanos; (ii) a transição das economias soviéticas para a ordem de mercado; e (iii) as propostas de alteração institucional recomendadas pelo Banco Mundial aos países da África Subsaariana (SANTOS, 2006, p. 268). Em todos esses episódios, ainda que provenientes de fenômenos históricos diferenciados e guardando pouca identidade entre si, as estratégias recomendadas por agências internacionais e implementadas pelos governos locais tiveram uma plataforma comum: a reforma dos ambientes jurídico-institucionais. Tanto na América Latina como no Leste Europeu, ou na África Subsaariana, prevaleceu o entendimento de que a promoção de boas regras do jogo – do *Rule of Law* – na forma de promoção da segurança jurídica, de estímulo ao ambiente privado de negócios e de mitigação das ações interventivas do Estado despertaria, por si só, o desenvolvimento econômico e social dos países (KENNEDY, 2003, p. 17).

No caso da América Latina, a consolidação do paradigma *Rule of Law* foi precipitada pela crise dos programas desenvolvimentistas e pela consequente desorganização econômica registrada em boa parte de seus países, acometidos por altíssimas taxas de inflação e pela restrição na capacidade de realização de investimentos públicos. Ultrapassada a década de 1980, em uma espécie de transição desde um modelo de desenvolvimento baseado na coordenação pública e na substituição de importações, países como o Brasil e a Argentina inauguraram, na década de 1990, um

audacioso programa de reformas econômicas, orientadas para a promoção do ambiente de mercado, semelhante ao que já havia sido realizado no Chile. Os alvos principais dessas reformas foram a diminuição do *deficit* fiscal, a redução da abrangência regulatória do Estado, entendida como um fator de limitação ao florescimento de investimentos privados, e, ainda, a melhoria do ambiente de negócios, por meio de dispositivos de proteção a investidores e alterações no funcionamento judicial – considerado excessivamente moroso.

No Brasil, em particular, a condução de tais alterações contou com a realização de reformas jurídico-institucionais intensas, que pressupuseram, entre outros: (i) a promulgação de emendas constitucionais, dedicadas a alterar o papel do Estado na economia (emendas 5, 8, 9 e 19), (ii) a realização de alterações legislativas, para garantir novos marcos reguladores aos setores privatizados (Lei de Concessões, Lei das Telecomunicações, Lei do Petróleo, Lei da Energia Elétrica etc.); e, ainda, (iii) um extenso programa de desestatização, que alterou o papel do Estado no ambiente econômico (BRESSER PEREIRA, 1997, pp. 21-31). Mais recentemente, foram adotadas medidas de teor semelhante, destinadas a impulsionar o ambiente financeiro nacional, com a expectativa de reduzir o custo de captação de recursos e diversificar as fontes privadas de financiamento corporativo (STALLINGS; STUDART, 2006, pp. 222-258). Exemplos disso são as alterações legislativas dedicadas a ampliar o elenco de proteção jurídica a investidores e credores, como a nova Lei de Falências e as alterações na Lei das S.A., assim como os esforços para a criação de novos mercados autorregulados na Bovespa, com regras rígidas de governança corporativa (Novo Mercado, Nível 1 e 2 e Bovespa Mais).

As transformações institucionais ocorridas na América Latina tiveram paralelo no perfil das políticas públicas implementadas nas antigas economias socialistas, após a queda do mundo soviético. Em seus países, o objeto das reformas institucionais foi garantir uma transição destas economias, tradicionalmente centralizadas e planificadas, para uma ordem de mercado, baseada em transações privadas e apenas balizadas pelas regras postas pelo Estado. Países como a Rússia não só realizaram um extenso rol de privatizações, como também promoveram programas de transplante institucional, adotando códigos, padrões legislativos e normas de governança, sobretudo no campo financeiro e corporativo, de outros países, como os Estados Unidos, cujas economias, desde há muito, são baseadas nas operações de mercado. É ilustrativo disso o convite feito por Boris Yeltsin a professores norte-americanos de *corporate law* a que redigissem um novo código comercial para a Rússia pós-socialista (MILHAUPT; PISTOR, 2008, p. 1). Tais medidas, de acordo com Milhaupt e Pistor (2008), contaram com o amparo de agências como o Banco Mundial, as quais passaram a apoiar, técnica e financeiramente, programas que resultassem na adoção de novas leis e instituições condizentes com uma autêntica economia de mercado nesses países.

O terceiro evento neste campo, que reforçou a relevância adquirida pelas variáveis jurídico-institucionais na agenda dos programas de desenvolvimento, foi a estratégia de ação do Banco Mundial para a África Subsaariana, na década de 1990. De acordo com Santos (2006, p. 268), o diagnóstico da crise social e econômica vivenciada por aqueles países ensejou a definição de um programa de ação voltado a promover melhorias na capacidade de governança desses Estados. Para tanto, a agência dedicou-se a promover o que denominava *Rule of Law* – entendido, naquele contexto específico, como reformas institucionais no poder Judiciário, para assim garantir independência decisória e juízos técnicos e, também, uma qualificação no panorama legislativo, facilitando a promulgação de leis afinadas com uma economia baseada na livre iniciativa. Subjacente a essas medidas, figurava a concepção de que a superação dos problemas registrados entre os países africanos demandava a adoção de "instituições corretas", capazes de estimular as atividades econômicas, ao promover uma economia de mercado.

Essas três experiências relativamente recentes indicam, enfim, a prevalência atribuída ao ambiente institucional nas análises e proposições relativas ao crescimento econômico e à geração de renda das nações. Ocorre, contudo, que esta estratégia de intervenção, assentada na difusão do, assim chamado, paradigma *Rule of Law*, tem dado pouca importância às variações institucionais locais e, com isso, tem desconsiderado um fato relevante: a existência de diferentes arranjos nacionais, forjados ao longo de trajetórias históricas e materializados em uma teia complementar de leis, instituições, valores e padrões culturais – elementos que figuram subjacentes aos regimes de organização social e econômica (TAMANAHA, 2009, pp. 1-41).

É essa trama sócio-jurídica que, em muitos casos, tem tornado ineficazes as recomendações de viés *one size fits all*. Um exemplo disso têm sido as reformas institucionais conduzidas em sistemas financeiros de países em desenvolvimento, como o Brasil. Influenciadas por análises neoinstitucionalistas realizadas no campo financeiro, tais reformas têm procurado, a um só tempo, mitigar a participação direta dos agentes estatais e incrementar o ambiente jurídico de proteção dos investidores pulverizados. Os resultados, no entanto, sugerem, ao menos no caso brasileiro, algumas limitações do paradigma *Rule of Law*, seja quanto às suas concepções de economia e de direito, seja quanto às suas estratégias de intervenção política.

2 O *RULE OF LAW* NO CAMPO FINANCEIRO: PROTEÇÃO DOS INVESTIDORES E PROMOÇÃO DOS MERCADOS

No campo da organização dos sistemas financeiros, o paradigma *Rule of Law* tem permeado análises e proposições de política que procuram tematizar a relação existente entre os atributos jurídico-institucionais e o desempenho do ambiente de investimentos. Ao longo da década de 1990, acompanhando a desenvoltura deste marco teórico

e político, alguns autores, como Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Thorsten Beck, Ross Levine, Asli Demirgürç-Kunt, Andrei Shleifer e Robert Vishny,[5] passaram a realizar pesquisas dedicadas a avaliar a conexão existente entre a qualidade das regras jurídicas de proteção dos investidores e o funcionamento do mercado de capitais e dos segmentos de intermediação financeira (bancos). Essas análises constituem, desde então, uma influente linha de pesquisa conhecida por *Law and Finance*, cujos desdobramentos têm balizado iniciativas de reformas institucionais, conduzidas pelos governos nacionais e difundidas pelo Banco Mundial, no âmbito de projetos como o *Doing Business*.[6]

Os autores dedicados a esta imbricação entre direito e financiamento partem dos mesmos pressupostos que conformam o paradigma *Rule of Law*, ou seja, assumem o mercado de capitais e o segmento bancário privado como os ambientes preferenciais para as transações financeiras e atribuem ao direito um papel de garantidor dos interesses dos agentes econômicos, notadamente acionistas e credores (MILHAUPT; PISTOR, 2008, pp. 17-21). A sua premissa de análise é a de que em um ambiente inseguro, dotado de uma proteção deficiente dos direitos de investidores, ou notabilizado por regras imprecisas e sujeitas a ampla margem de controvérsias, os investidores tendem a restringir a sua disposição em prover recursos monetários, o que, enfim, pode comprometer o volume de capital disponível para as atividades de financiamento corporativo.

A razão para tanto, argumentam Shleifer e Vishny (1997), reside em um problema de agência, o qual é inerente às atividades de financiamento corporativo. A captação de recursos externos por uma empresa, seja no mercado de capitais, seja no sistema bancário, implica o estabelecimento de uma relação de agente–principal entre os tomadores e os investidores: o interesse dos investidores é recuperar o valor aportado, acrescido de rendimentos positivos, e, para isso, eles dependem do comportamento de terceiros – os administradores da firma tomadora dos recursos. Em outros termos, os investidores, ao alocarem recursos em empreendimentos, assumem o papel de *principais*, na medida em que o atendimento de seus interesses depende da atuação de outros atores – *os agentes* –, neste caso representados pelos gestores das firmas financiadas. O êxito desta relação agente–principal requer, então, uma disciplina incisiva, sob pena de os investidores (*principais*) depararem-se com a frustração de suas expectativas, causada por eventuais comportamentos oportunistas de administradores corporativos (*agentes*). Em suma, tende a haver nesta relação de financiamento um ajuste assimétrico entre investidores e tomadores, o que reclama a estipulação de dispositivos de proteção capazes de mitigar a condição de vulnerabilidade dos *principais* em relação aos *agentes* – uma função que só pode ser exercida, por sua vez, pelas regras jurídicas (DAM, 2006, p. 160).

De acordo com esta abordagem, compete ao direito o papel de mitigar os incentivos à adoção de comportamentos oportunistas, estimulando, ao mesmo tempo, a

realização de transações financeiras mutuamente benéficas. Partilhando dos mesmos postulados da NEI, os autores da *Law and Finance* tomam o direito como um elemento regulador externo, cuja função é "elevar o custo" das ações autointeressadas e predatórias, tornando-as menos interessantes do que as atuações favoráveis à realização de trocas positivas entre os agentes. A premissa dos estudos da *Law and Finance* é a de que os instrumentos regulatórios e os mecanismos de governança, se bem desenhados e efetivos, podem incentivar os administradores (*agentes*) a perseguirem os seus objetivos de modo compatível com os interesses dos demais investidores,[7] o que afinal tem como resultado agregado o fortalecimento do sistema financeiro nacional (LA PORTA et al., 2000a, p. 6; SHLEIFER; VISHNY, 1997).

Em compensação, assinalam Shleifer e Vishny (1997), ante a ausência de proteção jurídica, o custo de uma gestão oportunista tende a ser pequeno, o que poderia causar efeitos negativos não só para os agentes particulares, mas também para o conjunto do sistema financeiro. Diante da sensação de vulnerabilidade institucional, os investidores, assumidamente racionais, tenderiam a desempenhar comportamentos de autopreservação, tais como a indisponibilidade em participar das operações financeiras ou a precificação exagerada dos recursos disponibilizados (exigência de dividendos e juros expressivos para compensar o risco financeiro), o que resultaria, enfim, em um funcionamento deficiente dos mercados de crédito e de capitais. Por tal razão, para o funcionamento saudável do ambiente financeiro, são indispensáveis a previsão e a efetividade de um universo de direitos de proteção de acionistas e credores (LA PORTA et al., 2000a; SHLEIFER; VISHNY, 1997).

Essas premissas foram aplicadas em uma série de estudos empíricos, realizados por La Porta et al. (1997, 1998, 2000a), dedicados a comparar a qualidade da proteção jurídica oferecida aos investidores no âmbito dos sistemas financeiros nacionais. Partindo de um conjunto previamente definido de ferramentas jurídicas, entendidas como os direitos e as garantias mais adequados para assegurar os interesses dos investidores,[8] os autores realizaram comparações (estudos *cross-country*) entre os ordenamentos jurídicos de 49 países, previamente classificados conforme a origem de seus sistemas jurídicos: (i) *common law,* (ii) *civil law de origem francesa,* (iii) *civil law de origem germânica* e (iv) *sistema escandinavo*.[9]

Os resultados das regressões sugerem que os países de *common law* apresentam uma maior incidência das ferramentas de proteção definidas como parâmetros de análise, ao passo que os países herdeiros de uma tradição de *civil law* de origem francesa apresentariam os piores índices de salvaguarda.[10] Além disso, os países originários da *common law* gozariam de uma maior dispersão acionária e de uma maior atividade do mercado de capitais – medido pelo volume de operações de abertura de capital (IPOs) –, enquanto os países com um sistema de *civil law* francesa mostrariam uma maior concentração do capital nas sociedades, um menor volume de transações no mercado de capitais e também uma menor dimensão do mercado de crédito. A conclusão dessas

análises sugere, portanto, que os países de *common law* são titulares de sistemas financeiros mais desenvolvidos, o que seria, enfim, uma função da qualidade das ferramentas jurídicas de proteção de acionistas e credores.

Percorrendo essa mesma trajetória teórica e metodológica, no trabalho *Government Ownership of Banks*, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer (2000b) examinam a relação (supostamente) existente entre as deficiências na proteção jurídica dos investidores e a estipulação de propriedade estatal no setor bancário. Divididos os países pela origem de seus sistemas legais, os autores assinalam que os países de *common law* são os que apresentam a menor incidência de participação dos governos no setor bancário, ao passo que, nos países de *civil law* francesa, a presença direta do governo nesse segmento é a mais expressiva (LA PORTA et al., 2000b). É também nesses países que os bancos de desenvolvimento figuram com mais frequência.

As razões apresentadas para essas diferenças remontam ao argumento central dos estudos de viés *Law and Finance*: nas economias com um menor índice de *Rule of Law*, isto é, com uma menor proteção aos direitos de propriedade, prevalece a propriedade pública no setor bancário. A criação de bancos públicos é entendida pelos autores como uma espécie de *second best* institucional, isto é, uma solução alternativa introduzida por governos que são incapazes de estabelecer um ambiente institucional adequado, informado por um regime de proteção da propriedade privada e pela garantia de efetividade dos contratos. Sendo assim, ante as fragilidades da organização jurídica, o Estado compensaria as incertezas dos investidores privados, retraídos em razão da debilidade do ambiente institucional. Essa seria, no entanto, uma alternativa insatisfatória: os bancos públicos seriam mais ineficientes do que os bancos privados, e as análises estatísticas sugeririam uma correspondência negativa entre a prevalência de um setor financeiro público e o crescimento econômico dos países – as economias baseadas em bancos estatais apresentariam menores taxas de crescimento (LA PORTA et al., 2000b).

As conclusões de análises como essa têm recebido atenção e influenciado posicionamentos para além dos limites do ambiente acadêmico. A premissa de que determinado perfil de proteção jurídica dos investidores é uma variável causal para a correção de distorções no funcionamento dos mercados de crédito e de capitais e, consequentemente, para um incremento no volume das transações financeiras tem informado tanto a operação real do ambiente de negócios, como a agenda das políticas públicas. De um lado, projetos como o *Doing Business*, do Banco Mundial, ao classificarem os países conforme o nível da proteção jurídica oferecida aos agentes econômicos, valendo-se para isso dos critérios apresentados pelos estudos *Law and Finance*, têm influenciado a decisão de investidores, balizando assim o funcionamento real das economias nacionais (FABIANI, 2009, p. 42). De outro lado, as iniciativas de reformas institucionais dirigidas ao setor financeiro também passaram a incorporar esses diagnósticos, direcionando as políticas públicas para um incremento da proteção dos acionistas e credores privados, nos moldes indicados pelos estudos de La Porta et al.

(MILHAUPT; PISTOR, 2008, pp. 20-21). Em última análise, tais políticas têm perseguido uma determinada imagem modal de sistema financeiro, consubstanciada pela prevalência de investidores privados, em mercados de capitais ou de créditos.

A repercussão deste paradigma *Rule of Law* no campo financeiro também encontrou guarida no panorama brasileiro. Ao longo da década de 1990 e no início da de 2000, inspiradas nessas análises e recomendações de política, diversas alterações jurídico-institucionais no funcionamento do sistema financeiro nacional foram conduzidas, com a finalidade de permitir uma transição desde um modelo de financiamento baseado nos bancos públicos para um regime de mercado, assentado em agentes privados. Em um espaço de tempo não superior a uma década, registraram-se iniciativas bastante significativas na organização financeira nacional: boa parte dos bancos estaduais foi privatizada, o mercado bancário foi aberto para a competição externa, novas leis foram promulgadas para garantir segurança jurídica nas transações financeiras, e o mercado de capitais passou a adotar novos padrões de governança corporativa.

Como se procurará argumentar a seguir, em boa medida, o viés dessas reformas parece ter repetido esforços que já haviam sido conduzidos no país entre 1964 e 1967, quando reformadores institucionais procuraram fortalecer o mercado financeiro nacional. Tal como na década de 1960, as medidas da década de 1990 também não foram capazes de alterar o peso dos bancos públicos no financiamento corporativo brasileiro (ao menos nos aportes de longo prazo e de maior risco), a despeito do incremento de mecanismos institucionais e de regras de incentivo aos mecanismos de mercado. O BNDES, em particular, continua sendo um ator-chave na dinâmica financeira nacional, garantindo recursos de longo prazo e apresentando uma respeitável eficiência operacional, com margens expressivas de lucro anual.[11]

Este descasamento entre os diagnósticos e prognósticos dos programas de incremento institucional identificados pelo *slogan Rule of Law* e o funcionamento do ambiente financeiro nacional levarão à conclusão dos limites deste paradigma no campo do Direito e Desenvolvimento. Em particular, esta associação de ideias econômicas, concepção de direito e vetor de política não tem sido capaz de reconhecer que as economias nacionais apresentam diferentes alternativas de arranjo institucional. Em outros termos, se é verdade que o ambiente jurídico-institucional importa para o desenvolvimento econômico e para as atividades financeiras, é igualmente verdadeiro que existem diferentes modelos de organização das relações econômicas. Um deles é a propriedade estatal no segmento bancário.

3 Escapando do modelo: a prevalência do BNDES no ambiente financeiro nacional

A trajetória brasileira de financiamento corporativo destoa das análises e recomendações de política afinadas com as estratégias de promoção do *Rule of Law*, tal como

identificadas neste trabalho: a presença do Estado como agente financeiro tem sido uma característica bastante presente na organização econômica do país. Em função das falhas apresentadas pelos mercados financeiros nacionais, tanto de capitais como de crédito, seja na captação de recursos, seja na sua alocação para empreendimentos portadores de externalidades positivas para o desenvolvimento, os agentes financeiros públicos têm se responsabilizado pelo estabelecimento de mecanismos compulsórios de poupança e pelo direcionamento do crédito para os projetos corporativos identificados como estratégicos. O desempenho de atores como o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o BNH e, notadamente, o BNDES, ao longo das últimas décadas, é exemplo deste modo de organização institucional, no qual o Estado exerce um papel proeminente na mediação das relações financeiras. Desde o início da empreitada industrial até o momento presente, tem cabido ao Estado a maior parte dos financiamentos de longo prazo do país, assim como também tem sido sua responsabilidade formar a base financeira (*funding*) a qual tem dado suporte a essa forma de intervenção.

Durante o período desenvolvimentista, o mercado de capitais cumpriu um papel bastante residual na garantia dos recursos de longo prazo e só passou a ter alguma relevância a partir da década de 1970, com a promulgação da Lei do Mercado de Capitais, Lei 4.728, de 1965, com a Lei das S.A. (Lei 6.404, de 1976) e com a definição de programas de incentivo tributário aos investimentos no mercado acionário (TRUBEK et al., 1972), mesmo assim exercendo, ainda, uma função marginal no conjunto do sistema financeiro nacional. Entre 1970 e 1990, por exemplo, o volume das emissões primárias de ações não ultrapassou o patamar anual de 0,5% do PIB (MONTEIRO FILHA, 1994, p. 46), e o número de empresas listadas na BOVESPA nunca chegou a 500 companhias (MENDONÇA DE BARROS et. al., 2000, p. 30). Mesmo nos anos recentes, após um aquecimento no número de operações de abertura de capital e a criação de novos níveis de governança na BOVESPA (Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado), a dimensão das captações primárias ainda não superou, de modo consistente, o volume de recursos disponibilizados pelos agentes públicos: com exceção do ano de 2007, o volume de desembolsos do BNDES tem sido superior ao volume de recursos captado via ações e debêntures.[12]

Esta diminuta participação do mercado de capitais teve paralelo no segmento bancário brasileiro, que, da mesma forma, não desempenhou o papel de provedor de recursos de longo prazo durante a industrialização do país. Diferentemente do que ocorreu no Japão ou na Alemanha, em que os bancos substituíram a ausência do mercado de capitais na oferta de recursos financeiros industriais (ZYSMAN, 1984, p. 61), no Brasil, os bancos privados especializaram-se na intermediação financeira de curto prazo e baixo risco. Um padrão de comportamento que, apesar das alterações nas condições jurídico-institucionais, ainda perdura neste segmento (STALLINGS; STUDART, 2006, pp. 244-245). É ilustrativo disso o expressivo custo dos recursos

disponibilizados pelo segmento bancário, cuja taxa média de juros, na casa dos 50% ao ano, tem se mostrado mais adequada às operações de curto prazo do que às de longo prazo.

As carências demonstradas pelas fontes privadas nacionais, desde o início da estratégia desenvolvimentista, resultaram na constituição de um modelo alternativo de financiamento, baseado na regulação institucional do sistema bancário (SCHAPIRO, 2009, pp. 72-83), isto é, um arranjo de governança que tem contado com a participação presencial do Estado como agente financeiro. Assim como ocorrido em outros países em desenvolvimento, como Coreia do Sul, Taiwan e México,[13] foram os agentes estatais que supriram, no Brasil, ambas as ausências, a do mercado de capitais e a do segmento bancário, encarregando-se de disponibilizar os recursos necessários para os investimentos de maior risco e com prazo longo de retorno. Nessa medida, o papel desempenhado pelo direito extrapolou a função de meramente garantir os interesses de acionistas e credores privados. A sua efetiva função foi a de constituir um sistema de financiamento de longo prazo, para o que foi necessário o estabelecimento de um regime de propriedade estatal no segmento bancário, suprindo, assim, a carência do investidor privado. Desde então, o modelo brasileiro de financiamento tem sido baseado nestes dois elementos: (i) a poupança compulsória, formada por meio do poder de arrecadação do Estado e (ii) o direcionamento dos recursos pelos agentes estatais (pelos bancos públicos).

Uma das primeiras formalizações deste diagnóstico de falha do mercado financeiro nacional foi apresentada já no início da década de 1950, como conclusão dos trabalhos da Comissão Mista Brasil-Estados Unidos (1951–1953), formada por técnicos de ambos os países e estabelecida com o propósito de apresentar um estudo sobre os problemas do processo brasileiro de industrialização. Como resultado da Comissão adveio um acordo bilateral, destinado a mitigar as lacunas financeiras apresentadas pelo país: o governo brasileiro teria acesso a recursos internacionais e, em contrapartida, deveria garantir a mobilização de recursos nacionais, formando assim um volume de recursos que seria empregado em setores críticos, como o ferroviário e o elétrico (CURRALERO, 1998; MONTEIRO FILHA, 1994). A formação da contrapartida nacional contou com a adoção de um mecanismo de poupança compulsória: a Lei 1.474, de 1951, instituiu uma alíquota adicional ao Imposto de Renda, o que permitiu a formação do Fundo de Reaparelhamento Econômico. Em 1952, a Lei 1.628 instituiu a autarquia federal Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), a quem foi encarregada a administração e o gerenciamento da aplicação desses recursos, em conformidade com as diretrizes consignadas nos planos nacionais de desenvolvimento. A constituição do BNDES[14] foi, portanto, uma resposta institucional às lacunas do sistema financeiro privado e resultou, desde então, na conformação de um arranjo financeiro alternativo, baseado na captação e no direcionamento público dos recursos.

Ao longo das décadas de 1950, 1960 e 1970, o Banco se consolidou como um dos principais agentes financeiros do país, tendo sido encarregado da administração de diversos outros fundos federais, igualmente instituídos por meio de recursos tributários e destinados ao financiamento de empreendimentos industriais (LAFER, 2002). Em cada período, respondendo aos desígnios dos planos de desenvolvimento, o Banco pautou a sua intervenção financeira no atendimento das prioridades estabelecidas pelo Governo. Entre 1956 e 1961, por exemplo, durante o Plano de Metas, primeira grande iniciativa de planejamento econômico do país, o BNDES direcionou a sua intervenção aos setores de energia elétrica e siderurgia (MONTEIRO FILHA, 1994, pp. 66-82), sendo o principal agente financeiro de seus empreendimentos. Já entre 1974 e 1979, na segunda grande experiência de planejamento da economia nacional, o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), o BNDES exerceu um papel central na provisão de recursos financeiros para a indústria nacional, sobretudo nos segmentos de: insumos básicos (siderurgia, química, fertilizantes e papel e celulose); infraestrutura (energia elétrica e transportes ferroviários) e bens de capital (equipamentos mecânicos e elétricos). Nessa etapa do desenvolvimentismo, o Banco não só foi o principal provedor nacional de recursos para os empreendimentos corporativos (públicos e privados), como também o fez de modo a vincular a sua intervenção às prioridades governamentais, favorecendo os segmentos identificados como estratégicos para o programa de transformação industrial do país (CURRALERO, 1998).

Notadamente no contexto do II PND, o Banco passou, ainda, a exercer o papel de um autêntico experimentador institucional, testando novas modalidades de estruturação de financiamentos, que acabaram por se irradiar para o conjunto do sistema financeiro (SCHAPIRO, 2009, pp. 92-102). Este é o caso das operações de capital de risco, inauguradas pelo BNDES, entre 1974 e 1980, por meio de companhias subsidiárias, dedicadas a estabelecer participações societárias em empresas: a EMBRAMEC, voltada para as operações no setor de bens de capital; a FIBASE, para o setor de insumos básicos; e a IBRASA, para empreendimentos em empresas nacionais em geral. Foram as operações dessas empresas, depois reorganizadas em uma única companhia de participações – a BNDESpar –, que iniciaram no Brasil os investimentos de *private equity* e *venture capital*, o que acabou por contribuir não só para o patamar de capitalização das empresas nacionais, como também para o desenvolvimento de novos instrumentos financeiros no mercado de capitais brasileiro.

Apesar do saldo positivo dessas intervenções, as dificuldades apresentadas para o desenvolvimento do segmento financeiro privado nacional deram ensejo a algumas iniciativas de reformas institucionais, destinadas a mitigar o peso da participação estatal e a estimular um incremento do mercado de capitais e do setor bancário nacional. Na década 1960, por exemplo, notadamente entre 1964 e 1967, o Brasil vivenciou um período marcado por diversas alterações legislativas e institucionais,

cujo propósito foi o de fortalecer o ambiente financeiro, o que permitiria uma redução da dependência do Estado como agente de investimento. Na década de 1990, foram realizadas reformas de viés semelhante, igualmente orientadas a favorecer as transações financeiras privadas, voltadas, portanto, para uma diversificação do modelo brasileiro de financiamento. Em ambos os períodos, as reformas tiveram por objeto o aperfeiçoamento do ambiente de negócios, valendo-se para tanto de iniciativas destinadas a estabelecer regras de proteção aos investidores, mecanismos de governança e, ainda, a ampliação da competição, entendida como um fator de indução ao bom funcionamento dos mercados de crédito e de capitais.

Todavia, como será relatado a seguir, o resultado de ambas as iniciativas, embora palpável em alguns aspectos, não foi capaz de alterar o curso do arranjo brasileiro, que ainda conta com os agentes estatais para boa parte das captações e operações de longo prazo. Após as duas reformas (das décadas de 1960 e 1990), os bancos públicos continuam desempenhando um papel-chave na economia brasileira, sendo responsáveis pela maior parte dos financiamentos de investimentos.

3.1 As reformas financeiras da década de 1960

Na década de 1960, notadamente a partir de 1964, o diagnóstico dos formuladores de política pública era o de que o país carecia de um sistema financeiro capaz de garantir, de modo sustentável, as contínuas necessidades de investimento demandadas pelas estratégias de desenvolvimento industrial. Por tal razão, foram promulgados diplomas legislativos importantes, como a Lei do Mercado de Capitais – 4.728/65 – e a Lei do Sistema Financeiro Nacional – 4.595/64 –, que criou o Banco Central e lhe outorgou o mandato de agente regulador do segmento bancário. Foram criados ainda os bancos de investimento e de desenvolvimento (Lei 4.728/65), que deveriam cumprir o papel de agentes financeiros de longo prazo, o que viabilizaria a constituição de um novo mercado no segmento bancário. Os bancos de investimento não poderiam receber depósitos à vista como os demais bancos, mas, em compensação, poderiam realizar operações com valores mobiliários no mercado de capitais (NUSDEO, 1977, pp. 253-256). A expectativa era a de que esses bancos viessem a desempenhar o papel de agentes financeiros para os empreendimentos de alto risco e longo prazo, para o que poderiam se valer da realização de operações estruturadas, com valores mobiliários, por exemplo. O êxito de tal medida poderia resultar, portanto, em uma diversificação das fontes financeiras nacionais – era este o objetivo da política.

Os bancos públicos e as empresas estatais, até então responsáveis por boa parte dos investimentos realizados na economia brasileira, também foram objeto das reformas adotadas no período. Como parte da proposta de reforma administrativa institucionalizada no Decreto-lei 200/67, destinada a dar eficiência operacional aos agentes estatais, as empresas públicas e sociedades de economia mista passaram a

contar com uma menor dependência do governo e com um estímulo para autofinanciar as suas atividades (COUTINHO; REICHSTUL, 1977, pp. 71-72). Já os bancos públicos foram encarregados de funções específicas, para com isso reforçar a disposição de segmentar o mercado financeiro nacional: (i) ao Banco do Brasil coube o financiamento agrícola; (ii) ao Banco Nacional de Habitação (BNH), criado pela lei 4.320/64, coube a missão de alocar os fundos compulsórios do FGTS no financiamento habitacional; (iii) ao BNDES e aos bancos de desenvolvimento estaduais, coube a tarefa de garantir recursos para as atividades industriais e de infraestrutura.

As alterações introduzidas pelas reformas financeira e administrativa tiveram o propósito de mitigar o caráter Estado-centrado do desenvolvimento econômico, procurando, desse modo, reduzir a prevalência dos agentes públicos e abrir espaço para a formação de um segmento privado de investimento e financiamento. A proposta prevalecente era a de fortalecer o ambiente jurídico-institucional, de modo a aprofundar e enraizar o ambiente financeiro privado (*financial deepening*) e assim permitir uma transição desde um modelo baseado no Estado para um modelo financeiro de mercado (YAZBEK, 2007, p. 61). É por esta razão que se procurou garantir, por exemplo, autonomia financeira para as empresas estatais, que, até então, drenavam os recursos públicos, como os do BNDES, para as suas políticas de expansão.

Entretanto, apesar de alguns bons resultados obtidos na diversificação do estoque de ferramentas financeiras e no alargamento dos mercados de crédito e de capitais, que passaram a contar com novas entidades, como os bancos de investimento, as reformas institucionais do período não conseguiram superar os tradicionais constrangimentos apresentados pelo mercado privado. Essa avaliação, particularmente no que se refere ao mercado de capitais, é partilhada por consultores do mercado financeiro, que anos mais tarde se encarregariam de apresentar as bases de uma nova reforma institucional:

> A fragilidade do mercado de capitais brasileiro não é recente. Nunca, na história do capitalismo brasileiro, o mercado de capitais cumpriu um papel proeminente, alavancando recursos para investimentos de alta intensidade de capital e longos prazos de maturação. Nem mesmo após o PAEG que, reformulando toda a institucionalidade do sistema financeiro brasileiro entre 1964 e 1967, "teoricamente" criava as condições para o florescimento do mercado de capitais no Brasil. (MB ASSOCIADOS, 2000, p. 5)

Ao apresentar um balanço destas reformas, Monteiro Filha (1994, pp. 47-56) concorda com esse diagnóstico e assinala que, não obstante os esforços perpetrados por *policy makers* e gestores públicos, o mercado financeiro nacional permaneceu ainda bastante incipiente. As atividades mobiliárias seguiram desempenhando um

papel bastante restrito no universo financeiro, e o segmento bancário, inclusive os bancos de investimento, continuou a concentrar a sua atuação em operações de curto prazo e no financiamento do capital de giro das empresas – atividades de menor risco. Com isso, a parte substancial do financiamento de longo prazo permaneceu sendo exercida por meio da regulação institucional, baseada na poupança compulsória e no crédito direcionado. Não por acaso, foi o BNDES que assumiu o papel de coordenador e financiador dos investimentos industriais realizados durante o II PND, menos de dez anos após a primeira onda de reformas financeiras.

3.2 As reformas financeiras da década de 1990

Na década de 1990, foram implementadas políticas de reforma institucional com viés semelhante ao das iniciativas de diversificação financeira, ocorridas entre 1964 e 1967. Nesse segundo período, as iniciativas de alteração institucional se situaram em um marco de referência mais abrangente, que envolveu uma sucessão de reformas econômicas destinadas a alterar o modelo de organização econômica do país. Procurando reagir à crise da estratégia desenvolvimentista, as reformas do período tiveram por objeto a desestatização da economia brasileira, o que resultou em um extenso programa de privatização, responsável pela alienação de mais de 150 empresas estatais em um período inferior a uma década. Este mesmo vetor de reformas, destinado a amplificar os espaços de transação sob as regras de mercado, também teve desdobramentos no ambiente financeiro nacional.

A partir de 1994, quando as taxas de inflação atingiram um patamar de estabilidade e o sistema de preços voltou a funcionar como um agente de coordenação de mercado, foram implementados três eixos principais de reformas: (i) a reorganização do segmento financeiro público; (ii) a abertura do segmento bancário para competidores estrangeiros; e (iii) alterações legislativas e iniciativas de autorregulação no mercado de capitais.

A reorganização do segmento bancário público contou com dois programas implementados pelo Governo Federal: (i) Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (PROES) e (ii) Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais (PROEF). O primeiro dos programas, PROES, com início em 1997, teve o propósito de reduzir a participação dos estados da Federação no segmento bancário. O programa consistia em um conjunto de incentivos para que os estados viessem a privatizar os seus bancos públicos: aqueles que aderissem ao programa receberiam aportes de recursos necessários para recapitalizar as suas instituições financeiras, tornando-as aptas a serem alienadas. O resultado alcançado foi relevante: o número de bancos públicos estaduais passou de 32, em 1995, para 14, em 2003 (CINTRA, 2006; STALLING; STUDART, 2006). Alguns anos depois, em 2001, um programa semelhante foi direcionado aos bancos federais - o PROEF. No âmbito de sua execução, foram adotadas, por exemplo, novas regras

de supervisão, semelhantes às existentes para os bancos privados, e foi criada, ainda, uma sociedade de propósito específico, a Empresa Gestora de Ativos (EMGEA), que assumiu dívidas de difícil recuperação dos bancos federais, garantindo assim a solvabilidade do sistema público.[15] Como resultado do programa, os bancos federais, recapitalizados, passaram a adotar padrões de atuação e regras de governança corporativa semelhantes às das demais instituições financeiras. Um exemplo disso é o Banco do Brasil, que, em 1996, teve de contar com um aporte significativo do Tesouro Nacional e, anos mais tarde, passou a ser uma companhia listada no Novo Mercado da Bovespa – o segmento mais exigente com relação às regras de governança corporativa.

A segunda alteração institucional relevante no período foi a abertura do segmento bancário à concorrência internacional. Esta medida tinha uma inspiração semelhante às demais reformas ocorridas no período, qual seja, fortalecer os mecanismos de mercado na organização financeira. Particularmente, a internacionalização do segmento procurava responder, via ampliação da competição, a um problema crônico do setor de crédito brasileiro: o alto custo dos *spreads* nas operações de crédito. Apostava-se que a concorrência oferecida pelos bancos estrangeiros, associada ao efeito da demonstração de sua atuação na concessão de financiamentos, disciplinaria os demais atores do sistema bancário nacional, o que, afinal, resultaria em uma diminuição dos custos de captação de recursos. Entre 1996 e 2006, o número de instituições financeiras sob controle estrangeiro foi ampliado de maneira substantiva, passando de 25 para 48. Esse acréscimo do número de atores também se refletiu na composição dos ativos do setor bancário: entre 1996 e 2006, este grupo passou do patamar de 10,51% dos ativos totais para 21,70% do total.[16]

As reformas processadas no panorama bancário brasileiro, direcionadas a incrementar a parcela privada do mercado de crédito, tiveram paralelo nas modificações ocorridas no mercado de capitais. Neste segmento, foram adotados dois tipos de medidas institucionais: (i) uma nova legislação societária (Lei 10.303, de 2001) e (ii) regras de autorregulação, confeccionadas pelos próprios agentes de mercado. Ambas as medidas, destinadas a qualificar as regras de governança corporativa, apresentam uma filiação ainda mais evidente com as análises e proposições da literatura *Law & Finance*. Os documentos que referenciaram essas iniciativas adotaram as mesma premissas contidas nos trabalhos de La Porta et al. (1997, 1998) e assumiram a proteção dos investidores privados e a retração da participação estatal como as variáveis decisivas para um incremento do mercado de capitais no Brasil. Em uma passagem do documento *Desafios e Oportunidades para o Mercado de Capitais Brasileiro*, elaborado pela MB Associados (2000) para a Bovespa, a influência dessa literatura é bastante acentuada:

> Uma série de trabalhos mostra que países que oferecem maior proteção aos minoritários apresentam 1) mercados acionários relativamente maiores;

> 2) menor grau de concentração da propriedade das empresas abertas; 3) maior número de companhias abertas (normalizado pelo tamanho da população); 4) as empresas captam mais recursos através do mercado acionário; e 5) a avaliação de mercado das empresas, medida através da relação entre valor patrimonial e valor de mercado, é comparativamente maior. Baseados nas evidências mencionadas, concluímos que o principal instrumento de promoção do mercado de capitais deverá ser a governança corporativa que, de um lado, é, entre outras coisas, quem dará a segurança necessária ao investidor e, de outro, valorizará as empresas que, assim, poderão ter um custo de captação menor. (p. 10)[17]

As propostas de fortalecimento dos instrumentos de proteção dos investidores e de melhoria do ambiente de governança societária, no plano legislativo, foram incorporadas pela Lei 10.303/01, que permitiu uma reforma na Lei das S.A., dispondo, entre outros, de novos direitos para os acionistas minoritários. Além de firmar uma nova proporção entre ações com e sem direito a voto, fixando o limite de preferenciais em 50% do capital, a nova lei restabeleceu a proteção ao acionista minoritário nos casos de alienação do controle da companhia pelo majoritário (*tag along*). A redação original da Lei das S.A. autorizava as sociedades anônimas a emitir até dois terços das ações sem direito a voto, o que se entendia como prejudicial ao equilíbrio de forças intracompanhia. Já o *tag along*, embora fosse previsto na Lei 6.404/76, havia sido suprimido, em 1997, pela Lei 9.457.

No âmbito da autorregulação, a reforma legislativa foi acompanhada pela introdução de novas regras, voluntariamente adotadas pelas empresas listadas. Na realidade, foram definidos níveis diferentes de exigências regulatórias a serem atendidas pelas companhias interessadas – cada um desses níveis compõe um padrão de mercado da Bovespa. Com isso, além do mercado tradicional, a bolsa paulista estabeleceu outros três níveis de mercados de valores: os mercados de Nível 1 e Nível 2 e o Novo Mercado.[18] As regras do Nível 1 são particularmente voltadas à garantia de um patamar mais elevado de transparência; as regras do Nível 2, para além da transparência, apresentam exigências relativas ao padrão de demonstração financeira e a possibilidade de voto para os preferencialistas em algumas situações, tais como fusões e aquisições. Já o Novo Mercado reúne um conjunto mais abrangente e incisivo de regras de governança: (i) o conselho de administração das companhias listadas deve contar com no mínimo 20% de representantes independentes; (ii) 25% das ações das companhias devem ser mantidas em livre negociação no mercado (*free float*); (iii) só podem ser emitidas ações com direito a voto (não há ações preferenciais no Novo Mercado); e (iv) o *tag along* é superior ao da Lei 10.303/01 – em caso de alienação do controle, os minoritários têm direito ao mesmo valor percebido pelo controlador (*tag along* de 100%).

As reformas ocorridas no sistema bancário e no ambiente do mercado de capitais provocaram alterações no panorama financeiro nacional. A participação dos bancos públicos (estaduais e federais) nos ativos totais do segmento, por exemplo, foi sensivelmente reduzida, passando de 50,91%, em 1996, para 29,64%, em 2006, ao passo que os bancos privados passaram de um patamar de 38,28% dos ativos (em 1996) para 47,12% dos ativos totais (em 2006).[19] O volume de operações no mercado de capitais também foi incrementado: o volume de emissões primárias de ações e de títulos de dívida (debêntures) apresentou uma variação positiva nos últimos anos (até 2008). O ano de 2007, em particular, contou com um volume expressivo de IPOs na bolsa. Só no Novo Mercado foram 41 empresas, um aumento considerável em relação a 2006, quando ocorreram 23 operações desse tipo.

Entretanto, tal como ocorrido com as reformas realizadas na década de 1960, as alterações introduzidas na década de 1990, embora tenham produzido dados expressivos, não foram suficientes para alterar a característica central do modelo brasileiro de financiamento. As operações de longo prazo e alto risco ainda dependem dos agentes estatais.

3.3 A persistência do modelo brasileiro de financiamento

Apesar das reformas institucionais ocorridas na década de 1990, a maior parte do financiamento de longo prazo da economia brasileira continua sendo realizada pelos bancos estatais, em especial pelo BNDES. Dados apresentados por Stalling e Studart (2006, pp. 222-258), em um estudo comparado de sistemas financeiros latino-americanos, indicam que só o BNDES responde pela maior parte de todos os recursos de longo prazo concedidos no país. Esta percepção, associada ao fato de que o Banco do Brasil e o BNDES são ainda os principais provedores de recursos para pequenas e médias empresas, levou os autores a concluir que os agentes públicos ainda desempenham um papel-chave na economia nacional:

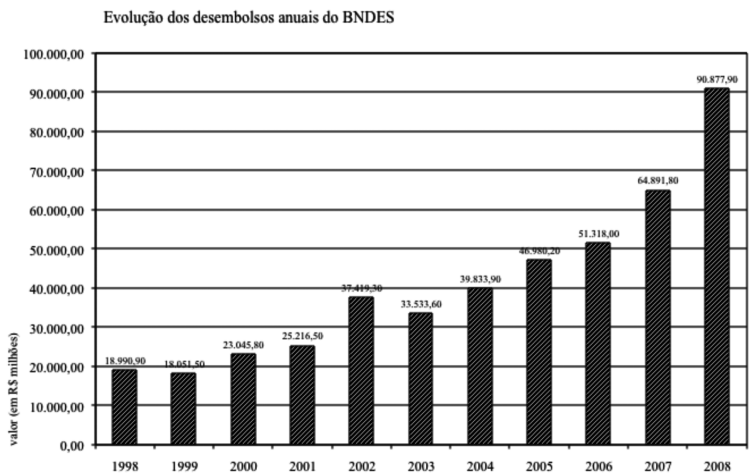
> *The public banks continue to play a vital role in Brazil, contrary to expectations. Both the government and those supporting the reforms in the 1990s believed the changes would revolutionize the credit market. In particular, they expected the entry of foreign banks to expand credit significantly and broaden access for those normally excluded, such as SMEs and poorer households. They further assumed that the public banking sector would continue to shrink because it was less competitive than private, especially foreign, banks. The results turned out differently than anticipated, however, and public banks continue to play a key role.* (p. 245)

Na realidade, muito embora os bancos privados tenham ampliado a oferta de crédito nos últimos dez anos, a maior parte dos recursos oferecidos continua a ser de curto prazo, destinados ao consumo das famílias. Este é o caso, por exemplo, do

crédito consignado, uma modalidade financeira instituída pela Lei 10.820, de 2003, que já responde por boa parte de todas as operações de crédito pessoal. Trata-se, tipicamente, de um recurso de baixo risco (garantido pela conta-salário) e com vencimento no curto prazo (CINTRA, 2006). Uma plausível justificativa para a persistência desta segmentação do mercado financeiro entre bancos públicos–longo prazo e bancos privados–curto prazo, é o elevado valor dos *spreads* cobrados pelas instituições financeiras privadas, situado no patamar de 50% ao ano (BANCO MUNDIAL, apud FABIANI, 2009, p. 14). Este fator tem tornado os empréstimos bancários públicos praticamente a única fonte viável de recursos para determinados tipos de empreendimentos.

O custo do recurso do BNDES tem como base, via de regra, a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), que é definida pelo Conselho Monetário Nacional. A TJLP é o valor que o BNDES paga para utilizar os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), um fundo de poupança compulsória, previsto pela Constituição Federal (art. 239, § 1º, Disposições Constitucionais Gerais),[20] para garantir recursos aos programas de desenvolvimento econômico. O valor arbitrado para a TJLP tem sido significativamente inferior ao dos *spreads* bancários, situando-se atualmente na faixa dos 6% ao ano. Com essa diferença no custo dos recursos, o volume de desembolsos anuais do BNDES tem apresentado um crescimento substancial, passando dos R$ 10 bilhões desembolsados em 1994 para os cerca de R$ 90 bilhões desembolsados em 2008 (Gráfico 1). Uma evolução que sugere a dimensão da participação do BNDES na economia brasileira, mesmo após a estabilização financeira e as reformas de mercado.

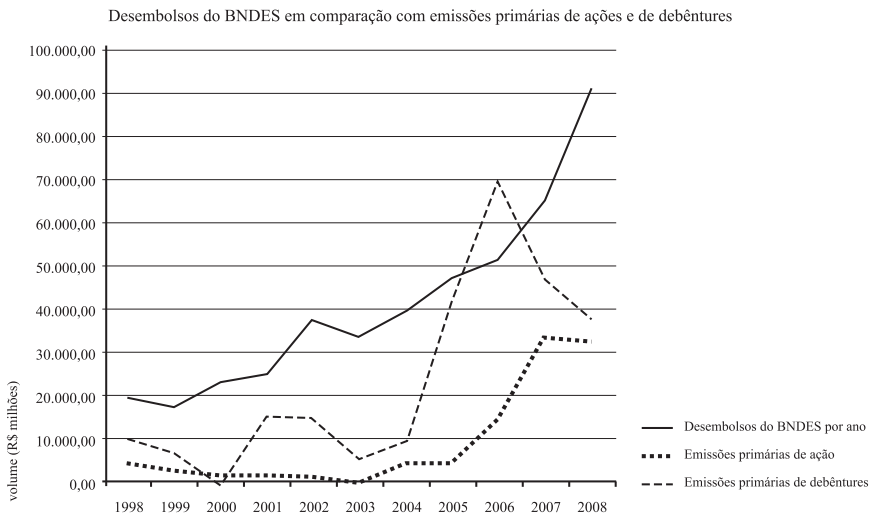
Gráfico 1 – Evolução dos desembolsos anuais do BNDES



Fonte: BNDES

Em relação à participação do mercado de capitais, muito embora os anos de 2005, 2006 e 2007 tenham registrado um comportamento ascendente no volume de operações, a sua densidade como fonte financeira ainda é questionável. Até o início desse triênio positivo, um dos temas em debate era justamente a redução do número de empresas de capital aberto, ou seja, na contramão das expectativas, empresas listadas estavam fechando o capital. Ademais, em uma perspectiva temporal mais ampla, o mercado de capitais ainda evidencia um comportamento instável (STALLING; STUDART, 2006), o que não permite uma afirmação peremptória de que tenha se constituído no ator-chave de financiamento da economia brasileira. Os dados, aliás, confirmam esta desconfiança: uma comparação do volume de recursos captados via emissão primária de debêntures e de ações com o montante desembolsado somente pelo BNDES, entre 1998 e 2008, indica justamente que a participação do banco público ainda é mais expressiva que a do mercado de capitais (gráfico 2).

Gráfico 2 – Desembolsos do BNDES em comparação com emissões primárias de ações e de debêntures



Fonte: BNDES e CVM

Os dados são ainda mais significativos se levarmos em consideração que o BNDES também é um dos maiores agentes financeiros do segmento de valores mobiliários. Como mencionado, desde o II PND, o Banco atua na aquisição de participações em empresas, seja por meio de debêntures, seja por meio de ações. A partir da década de 1990, essa forma de intervenção financeira tem sido crescente,

tendo apresentado resultados ainda mais robustos nos últimos anos, quando o Banco criou uma área específica para administrar as operações de mercado – Área de Mercado de Capitais (criada em 2005). É ilustrativo desta forma de atuação que, em 2009, o BNDES seja detentor da maior carteira de ações do país, com um valor aproximado de R$ 60 bilhões. Em número de empresas, somadas a sua participação direta e a sua participação indireta (como cotista de fundos de investimento), o Banco está presente em 306 empresas (listadas ou não) –[21] um dado relevante, se se considerar que todo o mercado de capitais conta com 435 empresas listadas.

Essa participação é, de fato, surpreendente, sobretudo para pesquisadores e formuladores de política que tomam o direito como variável de suas análises e proposições. O senso comum partilhado por acadêmicos, advogados empresariais e economistas do direito, influenciados pelo paradigma *Rule of Law*, é o de que compete às regras jurídicas uma só e mesma função: a definição de um bom ambiente de governança e a estipulação dos meios adequados de proteção dos investidores. Segundo essa leitura, ainda, o Estado é, no mais das vezes, um agente gerador de ineficiência, que impede o desenvolvimento da livre iniciativa: o funcionamento satisfatório dos mercados deve contar, portanto, com regras claras, incentivos corretos e retração da participação do Estado, que de empreendedor deve passar a ser um ator regulador indireto do ambiente financeiro.[22]

O problema desta abordagem, no entanto, é a sua dificuldade em compreender as especificidades institucionais do país, sobretudo em relação à persistente prevalência dos bancos públicos como agentes de financiamento de longo prazo. As reiteradas tentativas de fortalecer o ambiente de mercado, com a promulgação de novas leis e a estipulação de um rol formal de direitos, não têm sido capazes de alterar as características mais significativas do modelo brasileiro de financiamento.

Como se procurará argumentar a seguir, boa parte da divergência entre a compreensão do papel a ser exercido pelo direito e a realidade do panorama financeiro brasileiro deve-se a uma compreensão estreita e estática das funções exercidas pelos arranjos jurídico-institucionais. Na realidade, as premissas e recomendações da concepção prevalecente, identificada estilizadamente neste trabalho como *Rule of Law*, parecem preferir os "transplantes" aos "diagnósticos". Em outros termos, têm mais facilidade em identificar e sugerir "boas práticas" do que em compreender as especificidades locais e os correspondentes encadeamentos institucionais. Na sequência deste trabalho, uma vez apresentados os problemas da concepção prevalecente, o desafio será estabelecer algumas pistas do que pode vir a ser um paradigma alternativo de abordagem de Direito e Desenvolvimento. Uma alternativa que seja capaz de compreender as especificidades do modelo brasileiro e de apresentar um curso de alteração institucional forjado a partir das suas próprias vicissitudes e idiossincrasias.

4 Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento

A persistência dos agentes estatais no panorama financeiro brasileiro, a despeito dos esforços das reformas econômicas, parece concordar com o diagnóstico de trabalhos recentes, cujas conclusões têm apontado para os limites do *Rule of Law*, como um paradigma capaz de orientar programas bem-sucedidos de desenvolvimento econômico (TAMANAHA, 2009). Após a década de 1990, alguns pesquisadores e *policy makers* passaram a chamar a atenção a que a adoção das "instituições corretas", pelos países latino-americanos, do Leste Europeu e da África Subsaariana, não havia sido suficiente para conduzir as suas economias a patamares satisfatórios de crescimento e distribuição de renda, revelando, em muitos casos, um desempenho menos expressivo do que o apresentado por alguns países asiáticos, como a Coreia do Sul e a China, que trilharam um caminho institucional heterodoxo (SABEL, 2005, p. 4). Entre essas experiências, o panorama financeiro brasileiro é mais um caso, que reforça dois problemas críticos da agenda contemporânea de Direito e Desenvolvimento: (i) uma concepção demasiadamente estreita do papel do direito, tomado meramente como uma ferramenta de proteção a agentes privados e (ii) uma confiança exagerada no potencial das reformas jurídico-institucionais, das quais se esperava a capacidade de, por meio de leis e regulamentos formais, alterar substantivamente os atributos materiais, historicamente forjados, dos arranjos nacionais.

Com relação ao papel do direito, notadamente no ambiente financeiro, Milhaupt e Pistor (2008) sugerem que o paradigma prevalecente toma as regras jurídicas apenas e tão somente como instrumentos de proteção de agentes pulverizados em mercado e, com isso, ignora a existência de outras alternativas institucionais, as quais demandam do direito um elenco diversificado de atribuições. Para além da função de proteção individual dos interesses, as ferramentas jurídicas podem também ter outros papéis, como, por exemplo, o de garantir uma *coordenação coletiva dos agentes econômicos* ou até mesmo permitir a *organização de um sistema financeiro público*.

A função de *coordenação coletiva*, em detrimento da valorização da proteção individual, pode ser constatada em regras de governança corporativa que, em vez de privilegiarem a defesa de acionistas atomizados, estimulam as negociações entre grupos de interesse internos às companhias, como as existentes entre os administradores e os acionistas com participação em bloco, um traço típico da regulação societária alemã (PISTOR, 2005). Outro exemplo possível são as regras jurídicas, também do regime societário alemão, segundo as quais trabalhadores e acionistas são igualmente representados no conselho de administração e estimulados a empreender processos de negociação coletiva, dos quais resultam as estratégias corporativas. Em ambos os casos (negociações com acionistas em bloco e com trabalhadores), o papel principal do direito societário não é oferecer mecanismos para uma proteção individualizada da propriedade, seja de acionistas ou de credores, realizada na forma de uma litigância personalista, mas sim garantir, por meio de regras de governança,

espaços e instrumentos que estimulem barganhas entre grupos corporativos, resultando assim na representação dos interesses dos diversos *stakeholders*.

Da mesma forma, nas economias em desenvolvimento, pode-se constatar uma participação mais expressiva de empresas estatais e bancos públicos, o que revela um outro papel para o direito: o de constituir um sistema financeiro público no qual os agentes estatais é que estabelecem as mediações entre poupadores e investidores, valendo-se para tanto dos dispositivos de poupança compulsória e do direcionamento estatal dos recursos. Em última análise, a percepção de que o direito pode exercer papéis diversificados na organização de um sistema financeiro, para além da proteção da propriedade privada dos investidores, revela que a noção de "instituições corretas" é, enfim, bastante restritiva. Afinal de contas, são corretas de acordo com qual desses modelos?

Na realidade, há que se ter em conta que o direito desempenha um elenco variado de papéis, que extrapola a garantia da ordem e a proteção dos indivíduos, isto é, funções meramente regulatórias. A seguinte passagem de Tamanaha (1995) a esse respeito parece concordar com as análises de Milhaupt e Pistor (2008) e relembra os pesquisadores e *policy makers* de que o direito não é a única instância de organização social e tampouco exerce uma única função no ambiente social. A rigor, a pluralidade de papéis desempenhados pelo direito, imersa em um ambiente social composto por outras ordens normativas, como são os padrões culturais e os atributos comportamentais, conforma, nos ambientes nacionais, uma possibilidade variada de desenhos jurídico-institucionais:

> *Law (at least state law) performs many functions besides social control, including, inter alia, enabling or facilitative, performative, status conferring, defining, legitimative, integrative, distributive, power conferring, and symbolic; and there are many forms of social control besides law. For various reason we have often lost sight of both halves of this non-identity.* (TAMANAHA, 1995, p. 519)

A segunda questão suscitada pelo paradigma *Rule of Law* é a ambição exagerada dos programas de reforma institucional. As expectativa desses programas são de que (i) as alterações no panorama jurídico seriam plenamente realizáveis e de que (ii) essas alterações bastariam para conduzir os países a novos patamares de desenvolvimento. Trebilcock e Prado (2009), todavia, ao apresentarem um balanço da literatura sobre instituições e desenvolvimento nos últimos anos, indicam a crescente percepção de desapontamento quanto aos resultados alcançados, após um período de euforia em relação às possibilidades de difusão das "instituições corretas". Para os autores, uma possível explicação dos limites encontrados pelas diversas iniciativas de reformas é a resistência oferecida pela inércia institucional, isto é, a dificuldade encontrada em alterar um arranjo previamente estruturado, em função dos custos e

dos interesses envolvidos – o argumento da *path dependence* (dependência da trajetória institucional pregressa). Seja em função dos obstáculos oferecidos pelos grupos de interesse, porventura contrários a modificações nas regras do jogo, seja pelo fato de que as regras formais não são capazes *per se* de alterar hábitos e procedimentos culturalmente constituídos, o fato é que a adoção formal de novas leis e dispositivos jurídicos pode não ser nem trivial, nem suficiente. A dinâmica dos arranjos institucionais, em suma, tende a ser dependente da sua trajetória pregressa, de forma que as alterações abruptas são menos prováveis que as acomodações incrementais.

No campo financeiro, estes dois problemas – a concepção estreita do direito e a ambição dos programas de reforma – podem ser encontrados nas análises e recomendações de política que compõem a literatura *Law and Finance*. Os estudos *cross-country* e os seus desdobramentos normativos se alimentam de um elenco de direitos afinados com uma alternativa institucional bem definida, na qual prevalecem as transações financeiras atomizadas e descontinuadas. Respostas institucionais diversificadas são compreendidas, pelos autores e *policy makers*, como desvios de um padrão "correto" de organização institucional. Este é o caso, por exemplo, da interpretação oferecida por La Porta et al. (2000a) para o papel dos bancos públicos nos países asiáticos, que garantiram patamares elevados de disponibilidade de crédito nessas economias: os bancos públicos não são entendidos como resultado de um arranjo nacional, mas sim como uma patologia, um produto das falhas existentes na proteção jurídica dos investidores privados desses países. O desdobramento político desse enfoque tem balizado reformas financeiras como a conduzida no ambiente financeiro brasileiro, cujas medidas foram baseadas, como visto, no diagnóstico de que as lacunas institucionais é que representam um obstáculo ao florescimento do mercado de capitais no país. A garantia de boas leis e regras de governança satisfatórias seriam, portanto, veículos de propagação de um arranjo financeiro desenvolvido, baseado no mercado e nas atuações de poupadores individuais.

Diferentemente de tal concepção, ainda prevalecente, alguns trabalhos recentes têm procurado uma compreensão do direito e das instituições que ultrapassa os limites formais, ou seja, eles assumem que o ambiente das regras jurídicas não é descolado do restante do entorno institucional. Autores como Hall e Soskice (2001), Rodrik (2001), Sabel (2004), Milhaupt e Pistor (2008) e Tamanaha (2009), entre outros, têm procurado uma abordagem heterodoxa das relações existentes entre os arranjos institucionais e os resultados econômicos. Nesta chave, a relação entre direito e desenvolvimento não é tomada de modo formal e, menos ainda, de maneira unidirecional, o que levaria a supor, aos moldes do *Rule of Law*, que a mera existência das regras formais "corretas" ensejaria por si só bons resultados de desenvolvimento. Diferentemente disso, esses autores têm procurado um alargamento da concepção de direito e das instituições, para além da função de proteção e provisão de segurança jurídica, e têm apresentado também uma reorientação do

vetor das reformas institucionais. Mais ainda, eles compreendem que os diferentes sistemas regulatórios, regras, padrões culturais e valores fundamentais formadores de um arranjo institucional constituem entre si um encadeamento que reforça as características de funcionamento dos modelos (HALL; SOSKICE, 2001, pp. 1-68). É em razão desta diversidade dos arranjos nacionais e da dinâmica de seus encadeamentos locais que as funções exercidas pelo direito extrapolam as da concepção prevalecente e é também por este motivo que as recomendações de reforma de viés *one size fits all* apresentam o seu teor de frustração.

Nessa abordagem, que pode ser identificada como *paradigma das alternativas institucionais*, assume-se igualmente o pressuposto de que há uma correlação positiva entre o desenho de arranjos jurídico-institucionais e o alcance de bons indicadores de produtividade, crescimento e renda, mas parte-se da premissa de que esses desenhos devem ter como ponto de partida a trama social dada, concentrando-se em uma reprogramação da trajetória institucional existente. A noção de alternativas institucionais tem em conta que as economias de mercado, muito embora detenham traços comuns como a garantia da propriedade privada e a persecução do lucro nas transações comerciais, não apresentam uma conformação idêntica – um padrão único. Ao contrário, a articulação entre os grupos de interesse, o modo de funcionamento dos mercados, a forma de organização do sistema jurídico, os valores sócio-culturais prevalecentes, entre outros, conforma diferentes possibilidades institucionais de regimes econômicos e sistemas sociais (HALL; SOSKICE, 2001, pp. 1-68). Por esta razão, as reformas tendem a ser melhor sucedidas à medida que os *policy makers* forem capazes de reconhecer os encadeamentos locais e, a partir deles, estabelecer um arcabouço de regras e práticas. É o que salienta Tamanaha (2009):

> *The results of reform efforts depend upon how they interact with the surrounding complex of factors – the connectedness of law principle – and this can lead in any direction. It depends upon cultural views; it depends upon the personal incentives at play (who stands to gain or lose money, status, or power); and it depends upon many other factors. There is no doubt that rule of law, democracy, civil rights, and social welfare capitalism can exist in a mutually supporting fashion, as they do in liberal democracies. Nothing inherent to the rule of law, however, leads to the replication of this arrangement in the countries that are the targets of law and development projects, which have vastly different social-cultural-economic-political-legal dynamics.* (p. 26)

É isso que mostram os casos de sucesso discutidos por Dani Rodrik, no livro *In Search of Prosperity* (2001) e por Charles Sabel, em *Bootstraping Development* (2005). Em sintonia com as avaliações de Tamanaha, ambos os autores têm argumentado que as políticas de desenvolvimento bem-sucedidas, empreendidas por países tão diferentes

como Botsuana, Brasil e Chile, têm se valido de uma estratégia de intervenção baseada no aprendizado, no processamento e na reação do próprio arranjo institucional. Isto é, em vez de aderirem a um pacote pré-moldado de regras e desenhos institucionais, as políticas exitosas têm se valido de uma espécie de autoalavancagem (*bootstrapping*) institucional. Trata-se, portanto, de uma compreensão que toma a relação entre direito e desenvolvimento em uma dupla e conjugada perspectiva: (i) a da oferta de instituições positivas (perspectiva *top down*) e (ii) a da demanda forjada localmente (perspectiva *bottom up*) (MILHAUPT; PISTOR, 2008, pp. 40-44).

O ponto de partida deste enquadramento alternativo das medidas de reconfiguração institucional é o diagnóstico das especificidades e da dinâmica de funcionamento dos ambientes e dos arranjos, e o ponto de chegada é a reprogramação deste conjunto sem, no entanto, investir na sua descaracterização. Isso pressupõe tomar o direito não como uma dotação de fatores (*endowment*), capaz de ser transplantável de um arranjo a outro, mas como um atributo institucional socialmente incrustrado (*embedded*). Também significa admitir que as suas funções são diferentes, conforme o tipo de alternativa institucional, e impõe, por último, uma expectativa distinta com relação ao papel das reformas: menos voltadas às "adoções" e mais atentas às "gerações".

Quadro 2 – Modelos de Direito e desenvolvimento

	PARADIGMA RULE OF LAW	PARADIGMA DAS ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS
CONCEPÇÃO DE DIREITO	DIREITO COMO UMA DOTAÇÃO DE FATORES (ENDOWMENT)	DIREITO COMO UM ATRIBUTO ASSOCIADO AO ARRANJO INSTITUCIONAL (EMBEDDED)
FUNÇÃO DO DIREITO	PROTEÇÃO DE AGENTES PRIVADOS	ARIÁVEL CONFORME O TIPO DE ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL
PAPEL DAS REFORMAS INSTITUCIONAIS	QUALIFICAR INSTITUIÇÕES LOCAIS A PARTIR DA OFERTA DE INSTITUIÇÕES "CORRETAS"	QUALIFICAR INSTITUIÇÕES LOCAIS A PARTIR DE SUA REPROGRAMAÇÃO – APRENDIZADO, PROCESSAMENTO E REAÇÃO

No panorama brasileiro, a trajetória do BNDES, para além de desafiar as expectativas das reformas econômicas conduzidas aos moldes do *Rule of Law*, tem sido também um exemplo significativo do que pode ser um exercício de reprogramação institucional. Embora o Banco tenha sido constituído como um agente de apoio aos programas desenvolvimentistas, adequado ao padrão de desenvolvimento Estado-centrado e às estratégias substitutivas de importação, sua intervenção tem sido redesenhada nos últimos vinte anos. De um ator encarregado das metas inscritas nos planos governamentais de desenvolvimento, o BNDES passou a ser um agente relevante para o mercado de capitais e para as estratégias corporativas afinadas com uma economia internacionalizada.

Essa alteração de curso é particularmente visível na estipulação de novos veículos de financiamento, boa parte dos quais baseada em transações com valores mobiliários e parcerias com os demais agentes de mercado. Valendo-se de uma racionalidade bastante diferente da que balizou a sua intervenção entre 1950 e 1980, o BNDES tem atuado em convergência com os demais atores financeiros, e o resultado de sua ação não só tem garantido recursos para as empresas como também tem permitido um adensamento do mercado de capitais no país (SCHAPIRO, 2009). De um lado, o Banco tem estimulado as empresas de seu *portfolio* a incorporarem regras de governança e, tão logo seja possível, a atuar no ambiente de mercado; um exemplo disso são os investimentos de *private equity* em empresas como Lupatech S.A., Bematech S.A. e TOTVS S.A., que após um período de maturação realizaram a abertura de seu capital no Novo Mercado da Bovespa. De outro lado, o Banco tem desempenhado um papel de indutor indireto do mercado de capitais, ao atuar em parceria com fundos de investimento e investidores privados.

O destino das participações societárias realizadas diretamente pelo Banco tem coberto desde as empresas emergentes, com potencial de gerar inovações de processo e de produto, até grandes empresas, capacitadas a empreender estratégias de internacionalização. No segmento de empresas emergentes, a carteira de investimentos é composta por cerca de quarenta empresas, de setores que incluem Tecnologia da Informação, Biotecnologia, Química e Alimentos. Os investimentos em grandes empresas, por sua vez, têm favorecido os setores de Mineração, Alimentos, Tecnologia da Informação e Frigoríficos, em uma carteira com aproximadamente 185 empresas (COUTINHO, 2008).[23] Entre 2006 e 2007, foram realizadas 56 operações societárias com grandes empresas, contabilizando um montante da ordem de R$ 7 bilhões (BNDES, 2007). Nesse período, uma operação particularmente relevante e que evidencia uma estratégia de intervenção em novos patamares foi a capitalização do frigorífico JBS: por meio de um aporte de recursos da ordem de R$ 1 bilhão, estruturado na forma de subscrição de ações, o Banco apoiou a estratégia de internacionalização da empresa, que procurou ingressar no mercado norte-americano (BNDES, 2007).

No caso dos fundos, o BNDES tem atuado como cotista de fundos privados, participando de um montante de 24 fundos de *private equity* e de 14 fundos de *venture capital*, dedicados a empresas emergentes (BNDES, 2007). Neste último segmento, trata-se de uma participação expressiva, se se considerar que há 28 fundos de *venture capital* registrados na CVM (fundos sujeitos à Instrução Normativa nº 209). Essas atuações têm sido, ainda, acompanhadas de iniciativas de fomento institucional, como, por exemplo, a participação do BNDES no IPO da Nutriplant, empresa que abriu o capital no mercado de acesso da Bovespa – o Bovespa Mais. Até agora, essa foi a única operação de abertura de capital registrada neste segmento do mercado de capitais, destinado a empresas menores, como são as empresas emergentes e de base

tecnológica. A intervenção do Banco, ocorrida no momento do IPO, ou seja, em uma ocasião em que a empresa não necessitaria mais de seus recursos públicos, teve na verdade a finalidade de contribuir para o desbravamento do Bovespa Mais (SCHAPIRO, 2009). Tratou-se, enfim, de uma atuação do Banco dirigida a apoiar o mercado de capitais.[24]

A experiência recente do BNDES no segmento de valores mobiliários, tanto nas operações diretas como nas indiretas, é um exemplo significativo de que o reconhecimento das especificidades das alternativas pode permitir reprogramações institucionais bem-sucedidas. Esta trajetória indica que, partindo-se de um redesenho da propriedade estatal, em vez de apostar apenas na incorporação de um novo arranjo jurídico-institucional, podem-se obter resultados satisfatórios para as estratégias de desenvolvimento. No caso do BNDES em particular, a sua atuação no mercado de capitais tem contribuído para o desenvolvimento das operações com renda variável, garantindo assim um incremento das fontes de financiamento disponíveis na economia brasileira. Em suma, a compreensão de que o modelo brasileiro conta com agentes estatais com uma dimensão expressiva, se encarada como uma idiossincrasia local e não como um defeito, pode, enfim, permitir intervenções eficazes e portadoras de menores resistências.

Conclusão

Passados quase vinte anos do apogeu do propalado Consenso de Washington, a literatura de Direito e desenvolvimento tem sido incrementada por um bom número de produções de caráter heterodoxo. Em relação aos estudos do início da década passada, as pesquisas recentes têm procurado sugerir que as réguas e métricas que embalaram os primeiros desenhos das reformas institucionais são bastante estreitas, quando não divorciadas do funcionamento real dos ambientes nacionais. Em razão disso, concepções como as do *Law and Finance*, que tomam o Direito como uma dotação de fatores, isto é, como uma pré-condição rígida do desenvolvimento, têm enfrentado uma paulatina resistência, teórica e também de formuladores de política pública. Talvez por esta razão, ao longo da década de 2000, tenha ganhado projeção a produção de autores dedicados a refutar as fórmulas institucionais *standard*, baseados na percepção de que os arranjos nacionais comportam uma variedade de modelos e as indicações de caráter *one size fits all* tendem a ser tão sedutoras quanto potencialmente ineficazes.

Nesse panorama, um exemplo típico que confirma tais apontamentos é o do sistema financeiro brasileiro. Desde a etapa industrial, o financiamento de longo prazo do país tem sido incumbido aos bancos estatais. O mercado de capitais e os bancos privados desempenharam um papel residual e, mesmo em tempos recentes, em que se assistiu a um incremento das operações na bolsa e a uma internacionalização do

mercado bancário, os bancos públicos, e o BNDES em particular, têm continuado a desempenhar um papel-chave. Esta constatação pode gerar dois tipos de reação, cada qual afinada com um paradigma de Direito e desenvolvimento: (i) a primeira delas, aos moldes *Rule of Law*, é a de apontar os defeitos desse arranjo, excessivamente Estado-centrado, e apostar em novas e sucessivas rodadas de reformas financeiras dedicadas a ampliar a proteção privada e assim incentivar o funcionamento dos mercados; (ii) a segunda reação possível é pragmática, consiste em uma compreensão das vicissitudes do arranjo nacional e opta por um incremento institucional a partir dos encadeamentos locais – no caso concreto, isso significa utilizar o BNDES para induzir o mercado de capitais nacional e, consequentemente, o conjunto do mercado financeiro. Boa parte da literatura recente de Direito e desenvolvimento e a dinâmica do sistema financeiro nacional parecem corroborar a segunda opção.

Este segundo caminho impõe, no entanto, sobretudo para formuladores de política e pesquisadores de países em desenvolvimento, o difícil desafio de imaginar o futuro dos ambientes institucionais aceitando, em primeiro lugar, sua efetiva realidade. Isso pressupõe se desfazer dos recalques e dos impulsos à imitação das "boas práticas" e "instituições corretas". Demanda ainda alguma criatividade e, mais que tudo, uma abertura para o experimentalismo institucional.

: ARTIGO APROVADO (10/06/2010) : *RECEBIDO EM 24/08/2009*

NOTAS

1 Uma primeira versão deste trabalho foi discutida no *workshop* de pesquisa da DIREITO GV, tendo sido encaminhada para futura publicação no livro *Estado de Direito e Desenvolvimento*, coordenado por Oscar Vilhena Vieira. Pelas observações e críticas feitas naquela ocasião, agradeço aos colegas presentes, notadamente a José Rodrigo Rodriguez e Bruno Meyerhof Salama. A Silas Cardoso de Souza, agradeço pela primeira revisão; a Helena Cavalcanti, agradeço pela cuidadosa leitura e pela revisão final; e a Mariana Giorgetti Valente, pela ajuda na elaboração dos gráficos. As pessoas citadas não têm qualquer responsabilidade por este trabalho.

2 Esta comparação feita por Danino é apresentada por Brian Tamanaha em *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*.

3 Nesse sentido, há uma diferença importante entre o tratamento conferido às instituições pelos novos economistas institucionais e a abordagem do antigo institucionalismo e da sociologia econômica. Enquanto a NEI toma as instituições como externas ao mercado, os sociólogos e antigos institucionalistas concebem-nas como atributos socialmente construídos – são incrustrados na estrutura social (*embedded*). Os tipos de regras ou as formas contratuais são pré-existentes e difusos na ordem social – são os chamados elementos pré-contratuais do contrato. Para uma síntese a esse respeito, ver: Granovetter, Mark, Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, *The American Journal of Sociology*, v. 91, n. 3, 1985.

4 Para uma crítica desta abordagem que caracteriza estes programas de desenvolvimento, desconectados do primado da sociedade, ver: *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*, de Brian Tamanaha (2009, pp. 1-10).

5 Alguns dos principais trabalhos são: La Porta, et al. (1998); La Porta, et al. (1997); Shleifer e Vishny (1997); La Porta, et al. (2000a); Beck, Demirgürç-Kunt e Levine (2001); Beck e Levine (2004).

6 O projeto *Doing Business* foi iniciado em 2003 e tem o propósito de avaliar o ambiente de negócios dos países membros do Banco. O padrão de avaliação dos ambientes financeiros nacionais, em particular, segue os parâmetros dos estudos *Law and Finance*, assim como as reformas institucionais apoiadas pelo Banco Mundial assumem os critérios e a concepção de direito que embasa os estudos dos autores associados a esta linha de pesquisa. A proteção dos direitos de propriedade dos investidores e a capacidade de *enforcement* dos contratos, temas bastante frequentes nos estudos *Law and Finance*, figuram como elementos relevantes dos rankings estabelecidos pelo Banco Mundial no âmbito do *Doing Business Project*. Para outras informações a respeito, ver: Milhaupt e Pistor, *Law and Capitalism* – What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World (Chigaco: Chicago Press, 2008) e Fabiani, *Reformas Institucionais do Mercado de Crédito Bancário no Brasil (1999-2006)* – uma análise jus-sociológica (Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009).

7 A esse respeito salientam La Porta et al. (2000a): "*At the extreme of no investor protection, the insiders can steal a firm's profits perfectly efficiently. Without a strong reputation, no rational outsider would finance such a firm. As investor protection improves, the insider must engage in more distorted and wasteful diversion practices such as setting up intermediary companies into which they channel profits. Yet these mechanisms are still efficient enough for the insiders to choose to divert extensively. When investor protections is very good, the most the insiders can do is overpay themselves, put relatives in management, and undertake some wasteful projects. After a point, it may be better just pay dividends. As the diversion technology becomes less efficient, the insiders expropriate less and their privet benefits of control diminish. Firms then obtain outside finance on better terms. By shaping the expropriation technology, the law also shapes the opportunities for external finance*" (p. 6).

8 O rol é composto pelos seguintes direitos: (i) garantia dos acionistas – (1) possibilidade de votação não presencial (possibilidade de voto pelo correio, por exemplo); (2) possibilidade de negociar ações a qualquer tempo (inexigência de depósito prévio das ações, preliminarmente aos encontros de acionistas); (3) existência de voto proporcional para garantir os interesses dos minoritários; (4) proteção aos acionistas dissidentes (recompra de ações ou possibilidade de questionamentos da política corporativa); (5) preferência na aquisição de novas ações; (6) possibilidade de convocação do encontro de acionistas, ainda que com uma participação não expressiva no capital social –; (ii) garantia dos credores – (1) previsão do direito de posse sobre a garantia prestada, independente dos processos de reorganização societária; (2) concessão do direito de preferência à retenção das garantias aos seus titulares nos processos de reorganização; (3) previsão de anuência prévia dos credores para a recuperação da empresa devedora; (4) possibilidade de substituir os administradores durante a reorganização das empresas (LA PORTA et al., 1998).

9 Para justificar a sua classificação, os autores argumentam que as famílias apresentam origens distintas, o que impactou também a sua evolução. Tais famílias teriam ainda se difundidas para outros países, às custas dos processos de transplante institucional. Assim, enquanto o sistema francês teria resultado de um movimento revolucionário bastante contrário aos privilégios da magistratura e também das intenções codificadoras de Napoleão, o sistema inglês teria na sua origem a preponderância das Cortes em relação à Monarquia. A consequência dessas diferenças seria perceptível no enrijecimento do sistema francês, que teria apostado no modelo jurisdicional do juiz limitado pela codificação estrita – o "juiz boca da lei" –, ao passo que no modelo inglês a primazia dos Tribunais teria garantido um sistema mais flexível, baseado na construção do direito pelos casos julgados. Nessa toada, o sistema alemão, embora de origem *civil law*, é apresentado como um tipo próprio. Como a sua codificação teria sido formulada de modo a favorecer a incorporação de princípios, este sistema gozaria de maior maleabilidade para responder aos imperativos econômicos. Por fim, o sistema escandinavo surge como um outro gênero, identificado pelo seu menor grau de parentesco com a tradição do direito romano de Justiniano, entendido como uma herança tendente a mitigar o papel da jurisprudência em favor da positivação de leis e códigos. Os países pesquisados de cada família são os seguintes: (i) *Common Law*: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Hong Kong, Irlanda e Israel; (ii) *Civil Law* Francesa: França, Brasil, Chile, Colômbia, Egito e Espanha; (iii) *Civil Law* Germânica: Alemanha, Áustria, Japão, Coreia do Sul, Suíça e Taiwan; (iv) Sistema Escandinavo: Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia. Ver, a esse respeito, La Porta et al., Law and Finance, *Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, 1998; e Beck e Levine, Legal Institutions and Financial Development, *Working Paper 10.417*, National Bureau of Economic Research, 2004.

10 Nos países de *common law*, por exemplo, 39% dos ordenamentos nacionais admitem o voto pelo correio, ao passo que apenas 5% dos sistemas jurídicos de *civil law* de origem francesa franqueiam esta possibilidade aos acionistas - um

direito entendido pelos autores como um facilitador da representação corporativa de acionistas minoritários (LA PORTA et al., 1998).

11 O lucro líquido anual do BNDES em 2007 foi de R$ 7,3 bilhões, e em 2008, de R$ 5,3 bilhões. São dados expressivos, se se tiver em conta os valores apresentados pelo Bradesco, um dos maiores bancos privados do país. Em 2007, o lucro do Bradesco atingiu aproximadamente R$ 8 bilhões, e em 2008, R$ 7,6 bilhões. Ver a respeito: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Relacao_Com_Investidores/Desempenho/> e http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u497246.shtml. Acesso em: 15 jul 2009.

12 Este dado é apresentado no gráfico 2.

13 Para um *survey* dos bancos públicos e a sua preponderância em países em desenvolvimento, ver: NOVAES, Intermediação Financeira, Bancos Estatais e o Mercado de Capitais: a experiência internacional, em PINHEIRO; OLIVEIRA FILHO (orgs.), *Mercado de Capitais e Bancos Públicos* – análise e experiências comparadas (Rio de Janeiro; São Paulo: Contra Capa; ANBID, 2007).

14 Daqui em diante será utilizada a sigla atual do Banco – BNDES.

15 Sobre as alterações institucionais ocorridas no setor financeiro nacional, ver: Cintra, A reestruturação patrimonial do sistema bancário brasileiro e os ciclos de crédito entre 1995 e 2005. In: CARNEIRO. *A Supremacia dos Mercados* – e a política econômica do Governo Lula (São Paulo: UNESP, 2006); e Stalling e Studart, *Finance for Development* – Latin America in Comparative Perspective (Washington: Brookings Institution Press, 2006).

16 Dados do Banco Central do Brasil. Disponível em: <www.bcb.gov.br>. Acesso em: 05 jul. 2009.

17 A série de trabalhos mencionada no excerto é composta, segundo o texto da MB Associados, por: La Porta et al. (1997, 1998, 1999).

18 Estas regras podem ser obtidas em: <www.bovespa.com.br>.

19 Dados do Banco Central do Brasil. Disponível em: <www.bcb.gov.br>. Acesso em: 05 jul. 2009.

20 Diz o texto da Constituição: "Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento) § 1º - Dos recursos mencionados no "caput" deste artigo, pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor. Constituição da República Federativa do Brasil". Para uma explicação acerca do funcionamento deste fundo, ver: ARIDA, Mecanismos compulsórios e mercados de capitais: propostas de política econômica, *Texto para Discussão*, Instituto Casa das Garças, n. 8, 2005. Disponível em: <http://iepecdg.com/DISK%201/Arquivos/TPD/TPD8IEPE.pdf>.

21 Dados apresentados pela matéria de capa do jornal *Valor Econômico*, edição de 25 de março de 2009.

22 Esta abordagem é bastante recorrente. Para citar apenas um exemplo, assinala o relatório da MB Associados (2000): "[...] portanto, é fundamental a criação e o incentivo a mecanismos formais de poupança doméstica – que se baseiem no funcionamento livre dos mercados – para impulsionar o desenvolvimento e diminuir a dependência do capital externo. No passado o governo lançou mão de mecanismos oficiais e compulsórios de poupança. Esse tipo de recursos esgotou-se e a tendência é que o Estado se limite a regular mecanismos voluntários de acumulação de capitais" (p. 17).

23 Dados de setembro de 2008.

24 Foi este o tom do noticiário especializado. Em matéria do dia 20 de junho de 2008, a *Gazeta Mercantil* apresentava a possibilidade de o Banco repetir a operação da Nutriplant com outras empresas, como a Teikon e BRQ. Na matéria intitulada "BNDES pode alavancar lista do Bovespa Mais", constava a seguinte descrição: "O BNDESpar pode ser, indiretamente, o grande alavancador da Bovespa Mais, o segmento da bolsa paulista destinado às empresas de menor porte

que querem acessar o mercado de capitais. Na reunião com cerca de 200 analistas, investidores e consultores ontem na Bovespa, as interessadas na listagem Teikon e BRQ apresentaram expectativas e atuações distintas – mas com um fator comum. As duas empresas tiveram alavancagem com a entrada do BNDES na estrutura acionária, geralmente como debenturista, tomando fôlego para estudar o mercado de capitais. O banco de desenvolvimento também detém 10,79% da Nutriplant, a única empresa listada na Bovespa Mais".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIDA, Pérsio. Mecanismos compulsórios e mercados de capitais: propostas de política econômica. *Texto para Discussão*, Instituto Casa das Garças, n. 8, 2005. Disponível em: <*http://iepecdg.com/DISK%201/Arquivos/TPD/TPD8IEPE.pdf*>.

BAUMOL, William; PANZER, J.; WILLIG, D. *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure*. Nova Iorque: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

BECK, Thorsten; LEVINE, Ross. Legal Institutions and Financial Development. *Working Paper 10.417*, National Bureau of Economic Research, 2004.

BECK, Thorsten; DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; LEVINE, Ross. *Law, Politics and Finance*. Paper disponível em: <*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=269118*>.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *Relatório Anual de* 2007. Disponível em <*http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Relacao_Com_Investidores/Relatorio_Anual/RelAnual2007.html*>.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado nos Anos 90* – lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, n. 45, 1998.

CHANG, Ha Joon. The Economics and Politics of Regulation. *Cambridge Journal of Economics*, n. 21, 1997.

_____. *The Poltical Economy of Industrial Policy*, Nova Iorque: St. Martins's Press, 1994.

CHANG, Ha Joon; EVANS, Peter. The Role of Institutions in Economic Change. In: OTHER CANONS, 2000, Oslo. *Paper*... Oslo, 2000.

CINTRA, Marcos Antonio Macedo. A reestruturação patrimonial do sistema bancário brasileiro e os ciclos de crédito entre 1995 e 2005. In: CARNEIRO, Ricardo. *A Supremacia dos Mercados* – e a política econômica do Governo Lula. São Paulo: UNESP, 2006.

COUTINHO, Luciano. *BNDES*: Desempenho 2008 e Perspectivas 2009. Apresentações da alta administração do BNDES, 2009. Disponível em: <*http://www.bndes.gov.br/empresa/apresentacoes.asp*>.

COUTINHO, Luciano; REICHSTUL, Henri-Philippe. O Setor Produtivo Estatal e o Ciclo. Em MARTINS, Carlos Estevam (org.). *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec; CEBRAP, 1977.

CURRALERO, Claudia Regina Baddini. *A Atuação do Sistema BNDES como Instituição Financeira de Fomento no Período 1952-1996*. 1998. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Economia, Universidade de Campinas, Campinas, 1998.

DAM, Kenneth. *The Law-Growth Nexus* – the rule of law and economic development. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

DE SOTO, Hernando. *The Mystery of Capital*: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else. Nova Iorque: Basic Books, 2000.

DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities. *Journal of Law and Economics*, v. 11, 1968.

EVANS, Peter. Challenges of the "Institutional Turn". In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard. *The Economic Sociology of Capitalism*. Nova Jersey: Princeton Press, 2005.

FABIANI, Emerson. *Reformas Institucionais do Mercado de Crédito Bancário no Brasil (1999-2006)* – uma análise jus-sociológica. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

GRANOVETTER, Mark. Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness. *The American Journal of Sociology*, v. 91, n. 3, 1985.

HALL, Peter; SOSKICE, David. Introduction. In: HALL, Peter; SOSKICE, David. *Varieties of Capitalism* – the Institutional Foundations of Comparative Advantage. Nova Iorque: Oxford Press, 2001.

KENNEDY, David. The "Rule of Law", Political Choices, and Development Common Sense. Em TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Development* – a Critical Appraisal. Nova Iorque: Cambridge, 2006.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-de-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. Government Ownership of Banks. *Harvard Institute of Economic Research*, n. 1.890, 2000b. Discussion Paper.

LA PORTA, Rafael et al. Law and Finance. *Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, 1998.

_____. Legal Determinants of External Finance. *The Journal of Finance*, v. 52, n. 3, 1997.
_____. Investor Protection and Corporate Governance. *Journal of Financial Economics*, n. 58, 2000a.
LAFER, Celso. *JK e o Programa de Metas* – processo de planejamento e sistema político no Brasil (1956-1961). Trad. Maria Victoria Benevides. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
LEVINE, Ross. The Legal Environment, Banks, and Long-Run Economic Growth. *Journal of Money, Credit and Banking*, v. 30, n. 3, 1998.
MB ASSOCIADOS. *Desafios e Oportunidades para o Mercado de Capitais Brasileiro*. Estudos para o Desenvolvimento do Mercado de Capitais. São Paulo: Bovespa, 2000.
MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism* – What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World. Chigaco: Chicago Press, 2008.
MONTEIRO FILHA, Dulce. *Aplicação dos Recursos Compulsórios pelo BNDES na Formação da Estrutura Setorial da Indústria* – 1952-1989. Tese (Doutorado) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1994.
NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
NOVAES, Ana. Intermediação Financeira, Bancos Estatais e o Mercado de Capitais: a experiência internacional. In: PINHEIRO, Armando Castelar; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (Orgs.). *Mercado de Capitais e Bancos Públicos* – análise e experiências comparadas. Rio de Janeiro; São Paulo: Contra Capa; ANBID, 2007.
NUSDEO, Fábio. Bancos de Investimento. In: FRANCA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 10. São Paulo: Saraiva, 1977.
PISTOR, Katharina. Legal Ground Rules in Coordinated and Liberal Market Economies. *Working Paper n. 30/2005*, Columbia Law School, 2005.
POLANYI, Karl. La Economía como Actividad Institucionalizada. In: POLANYI, Karl. *Comercio y Mercado en los Imperios Antiguos*. Trad. Alberto Nicolás. Barcelona: Labor Universitaria, 1976.
RODRIK, Dani (Ed.). *In Search of Prosperity* – Analytic Narratives on Economic Growth. Nova Jersey: Princeton Press, 2001.
PRZEWORSKI, Adam. Institutions Matter? *Government and Opposition*, v. 39, 2004.
SABEL, Charles. Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth. In: *Ética protestante e o espírito do capitalismo*, 2004, Cornell. *Paper*... Cornell, 2004. Disponivel em: <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers.htm >.
SANTOS, Alvaro. The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Development* – a Critical Appraisal. Nova Iorque: Cambridge, 2006.
SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A Survey of Corporate Governance. *The Journal of Finance*, v. 52, n. 2, 1997.
SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogério. *Finance for Development* – Latin America in Comparative Perspective. Washington: Brookings Institution Press, 2006.
STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, n. 2, 1971.
TAMANAHA, Brian. An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 15, n. 4, 1995.
_____. The Primacy of Society and the Failures of Law and Development. In: INSTITUTE FOR LAW AND DEVELOPMENT, 2009, Nagoya. *Paper*... Nagoya, 2009.
TREBILCOCK, Michael; PRADO, Mariana Mota. Path Dependence Theory, Economic Development and the Dynamics of Institutional Reform. *University of Toronto Law Journal*, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1415040>.
TRUBEK, David. The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Development* – a Critical Appraisal. Nova Iorque: Cambridge, 2006.
TRUBEK, David. Toward a Social Theory of Law: an Essay on the Study of Law and Development. *Yale Law Journal*, v. 82, n. 1, 1972.
TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction. Em TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. The New Law and Development – a Critical Appraisal. Nova York: Cambridge, 2006.
WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism* – Firm, Markets, Relational Contracting. Nova Iorque: Free Press, 1985.
YAZBEK, Otávio. *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
ZYSMAN, John. *Governments, Markets, and Growth* – Financial Systems and the Politics of Industrial Change. Nova Iorque: Cornell Paperback, 1984.

Mario Gomes Schapiro

Rua Rocha, 233, 8º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
mario.schapiro@fgv.br

Professor doutor em tempo integral da Direito GV
mestre e doutor em direito econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

DESIGUALDADE DE GÊNERO: SOBRE GARANTIAS E RESPONSABILIDADES SOCIAIS DE HOMENS E MULHERES

Daniel Viana Teixeira

GENDER INEQUALITY: ON WARRANTIES AND SOCIAL RESPONSIBILITIES OF MEN AND WOMEN

RESUMO

Aborda-se a desigualdade de gênero, situando-a no contexto problemático geral da avaliação da igualdade no seio de sociedades contemporâneas, que, embora plurais, adotam concepções éticas com certo grau de homogeneidade, influenciadas pela cultura e pelo modo de vida capitalistas. Esse contexto ético sugere o âmbito das atividades produtoras de valor econômico como espaço privilegiado para a atribuição de valor social à conduta individual e a avaliação da igualdade. Propõe-se a possibilidade de ampliação desses espaços de julgamento ético, com ênfase na consideração do âmbito das atividades voltadas ao cuidado com o ambiente doméstico. Essa mudança de enfoque revela que as origens profundas das desigualdades materiais entre homens e mulheres estão além da mera discriminação motivada arbitrariamente pelo gênero. Alcançam estruturas sociais pelas quais as sociedades capitalistas moldaram a atividade humana, tanto no mercado como na família. Aborda-se o papel que a ciência jurídica pode desempenhar, em uma ordem democrática, na revisão de parâmetros ético-jurídicos, atualizando o significado do valor fundamental da igualdade em vista dos anseios e das necessidades dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE

Desigualdade de gênero; ética capitalista; pluralismo e democracia; análise jurídica e avaliação da igualdade.

ABSTRACT

It deals with gender inequality, located it in the context of the evaluation problem of equality within contemporary societies that, although pluralistic, adopt ethical views with some degree of homogeneity, influenced by capitalist culture and way of life. This context suggests the ethical framework of the activities producing economic value as a privileged space for the allocation of social value to individual conduct and evaluation of equality. It is proposed the possibility of expanding these spaces of ethical judgment, with emphasis on consideration of activities related to care of the home environment. This shift in focus shows that the origins of the profound material inequalities between men and women are beyond mere arbitrary discrimination motivated by gender. Achieve social structures in which capitalist societies shaped the human activity, both in the market and within the family. Discusses the role that jurisprudence in a democratic order can play in the review of ethical and legal parameters, updating the meaning of the fundamental value of equality in view of the wishes and needs of individuals.

KEYWORDS

Gender inequality; capitalist ethics; pluralism and democracy; jurisprudence and assessment of equality.

INTRODUÇÃO

A reflexão sobre os temas igualdade e desigualdade, sob seus diversos aspectos, envolve discussões e questionamentos que, quanto mais aprofundados, tendem a ser

frequentemente renovados e a revelar novas dimensões e possibilidades de abordagem. De modo específico, a questão da desigualdade de gênero, que foi objeto de grandes discussões no meio político e acadêmico e de variadas intervenções institucionais durante todo o século recém encerrado, não foge a essa tendência.

A dinâmica social força uma constante revisão das avaliações sobre os critérios mais justos e igualitários de distribuição, entre os sexos, das diversas responsabilidades implicadas na vida em sociedade — relacionadas à família, à comunidade, ao meio político etc. — e dos direitos e as garantias que a ordem social provê, em vista dessa distribuição e das características que definem cada sexo.

O modo como se dá tal distribuição no ambiente familiar e o acesso ao mercado de trabalho são temas centrais nas discussões sobre desigualdade entre os sexos. Neste artigo, serão abordados esses temas específicos, dentro do universo mais amplo da desigualdade de gênero, sugerindo-se uma revisão sobre o modo como têm sido comumente tratados pelos meios político e acadêmico e sobre o modo como são percebidos pelo senso comum.

Propõe-se um enfoque diferenciado sobre essas discussões, menos restrito ao aspecto econômico das relações entre os sexos, e que, ademais, contemple com bastante ênfase uma revisão dos papéis tradicionalmente desempenhados por cada um no seio da família.

Para facilitar a visualização e a compreensão dessa revisão, analisam-se as diferenças de tratamento entre os gêneros que o ordenamento jurídico brasileiro contempla na concessão de direitos sociais como a licença gestante e o benefício previdenciário do salário maternidade, diretamente relacionados ao dever social de cuidado com a primeira infância. Tal enfoque se mostrará significativamente revelador sobre a necessidade de uma abordagem renovada do tema da desigualdade entre os gêneros.

1 Sobre liberdade e igualdade

A compreensão do senso ético da maioria das democracias contemporâneas passa pela abordagem dos valores liberdade e igualdade como fundamentais e orientadores de todo o seu arcabouço jurídico e institucional. O conteúdo significativo que esses valores abstratos carregam na prática guarda relação direta com uma concepção individualista do homem e da sociedade.

Sobre o valor liberdade, adota-se a perspectiva do indivíduo para a avaliação dos modos adequados de seu exercício.[1] Deseja-se uma sociedade cuja conformação acrescente ao indivíduo maiores possibilidades de ação, seja no âmbito da autodeterminação individual (perspectiva liberal), seja no âmbito da autodeterminação coletiva (perspectiva democrática).[2]

A definição dos critérios de julgamento acerca daquilo que aumenta ou diminui a liberdade num grupo social requer a definição prévia sobre a forma de distribuição

da liberdade. Fica clara a pressuposição de um princípio igualitário como forma de distribuição desse bem, julgado importante, no contexto coletivo.[3] Uma sociedade é mais livre quando promove em igualdade a liberdade individual. Não importa simplesmente promover o aumento da liberdade, mas promovê-lo de forma igualitária para cada indivíduo.

Frequentemente, expõe-se o contraste entre propostas éticas alternativas – por exemplo, entre teorias liberais ou democráticas, de direita ou de esquerda, capitalistas ou socialistas – como orientado pela escolha entre os valores liberdade ou igualdade, tomados tais valores como fundamentais e em antagonismo irreconciliável. Tal compreensão não é rigorosamente correta, uma vez que essas teorias pressupõem um fundamento igualitário comum.[4]

O que diferencia as diversas concepções éticas não é a dicotomia oriunda da escolha entre os valores fundamentais igualdade e liberdade ou a busca de um meio-termo entre ambos. A questão fundamental que as diferencia é a escolha do âmbito ou aspecto da ordem social em que a igualdade deverá ser avaliada.

Na modernidade, a igualdade não pode ser compreendida como um princípio uniformizador que postule reduzir toda a desigualdade entre as pessoas e seus modos de vida. Reconhecer a dignidade moral dos indivíduos, concedendo igual consideração a cada um deles, importa em reconhecer a possibilidade de preferência por diferentes valores e objetivos. Implica também reconhecer que as pessoas não se diferenciam apenas por suas preferências, mas, ainda, por características e circunstâncias pessoais, como condições orgânicas e de saúde, habilidades físicas e mentais, idade, sexo, raça, além de distintos contextos sociais, ambientais, culturais e econômicos.

A própria diversidade humana coloca uma dificuldade teórica fundamental em relação à exigência de igual consideração, uma vez que é impossível dar conta de todas as especificidades e circunstâncias individuais, a fim de formular uma proposta ética abrangente. O problema que se configura consiste em como justificar a obrigação moral/jurídica/política de forma convincente e razoável para os que se submeteriam à ordem social, quando se tem uma sociedade tão diversificada e plural.

A estratégia adotada pela filosofia moral e política, em vista dessa dificuldade, varia ao longo do tempo e de acordo com o caráter da sociedade tratada. O procedimento basicamente adotado pelas diferentes teorias consiste em eleger algum aspecto da ordem social em relação ao qual se entenda fundamental o tratamento igualitário dos indivíduos e assimilá-lo à igualdade, enquanto valor a ser buscado. Esse aspecto da ordem social considerado importante para a avaliação da igualdade é denominado por Sen (2001) de "variável focal".

> As vantagens e desvantagens relativas que as pessoas têm, comparadas umas às outras, podem ser julgadas em termos de muitas variáveis diferentes, p. ex., suas respectivas rendas, riquezas, utilidades, recursos, liberdades, direitos,

> qualidade de vida, e assim por diante. A pluralidade de variáveis que podemos focalizar (as variáveis focais) para avaliar a desigualdade interpessoal faz com que seja necessário enfrentar, em nível bem elementar, uma difícil decisão com respeito à perspectiva a ser adotada. Este problema da escolha do "espaço de avaliação" [*evaluative space*] (quer dizer, a seleção das variáveis focais relevantes) é crucial para analisar a desigualdade. (p. 51)

Uma das consequências desse procedimento é que a promoção e a justificação da igualdade, em um determinado espaço de avaliação, implicam, como corolário da exigência de respeito à diversidade humana (igual consideração), aceitar a legitimidade da desigualdade nos demais aspectos sociais eticamente avaliáveis.

Por considerações dessa natureza, Sen (2001) entende como fundamental para a avaliação ética da igualdade a definição do espaço, ou da variável focal, em que esse valor será abordado, problema que pode ser expresso sob a forma da questão: *igualdade de quê?* A resposta a tal questionamento implica não somente a definição de espaços e valores considerados básicos ou essenciais num ordenamento social, em relação aos quais a igualdade deve ser buscada, mas também a justificação de desigualdades que, desde que ocorram fora do âmbito escolhido, ou seja, desde que periféricas, devem ser toleradas em nome mesmo dessa igualdade básica ou central.[5]

As diversas doutrinas morais e políticas, ao abordarem o tema da justificação da igualdade, estão simultaneamente, ainda que de modo implícito, tratando de justificar as várias formas de desigualdade dela decorrentes.

Quando se pretende expressar, em termos práticos e objetivos, o que significa a aplicação dos princípios de liberdade e de igualdade, torna-se necessário realizar diversas especificações sobre o conteúdo significativo desses valores. Tais especificações implicam decisões morais e políticas importantes para a configuração do modo de vida das sociedades e para o estabelecimento de hierarquias entre o que se considera prioritário ou fundamental e o que se considera como secundário ou indiferente.

Na busca por esses significados, parte-se da hipótese de que as sociedades democráticas contemporâneas, em sua maioria, orientam-se por concepções éticas que, por um lado, tenderam a eleger como espaço prioritário de avaliação da igualdade e exercício da liberdade aquele das relações econômicas, especialmente das relações de propriedade, trabalho e produção, e que, por outro lado, foram paulatinamente ampliando o grau de inclusividade do princípio de igual consideração.

A escolha desse espaço de avaliação decorre da adoção de um modelo de sociedade identificado com a dinâmica comportamental das sociedades capitalistas de mercado e da assimilação da lógica inerente a esse comportamento à natureza humana (TEIXEIRA, 2008; SEN 1999, 2001; MACPHERSON, 1991; POLANYI, 2000; WALLERSTEIN, 2001; WEBER, 2004).

2 Igualdade de gênero e proteção à infância: licença-maternidade versus licença-paternidade

Um dos desafios para a ampliação do grau de inclusividade do princípio de igual consideração tem sido, ainda hoje, o enfrentamento da desigualdade social entre os gêneros. Para se compreender o que os ordenamentos jurídicos querem dizer quando se reportam à igualdade de direitos sem distinção de sexo ou quando vedam o tratamento diferenciado nas relações de trabalho em razão do gênero, é preciso ter em mente esse modo de avaliar o princípio da igualdade, baseado numa pré-compreensão capitalista da sociedade sobre o ideal de felicidade e bem-estar dos indivíduos.

Essa concepção que caracteriza as sociedades democráticas contemporâneas elege como ideal uma sociedade em que os indivíduos, de modo igualitário, desfrutem da maior liberdade possível em tudo o que diga respeito às relações de trabalho, propriedade e produção, do ponto de vista positivo e do direito de não serem molestados no exercício dessa liberdade e em sua privacidade, do ponto de vista negativo.

Em uma democracia deve sempre ser possível questionar se esse ideal de felicidade corresponde de fato ao modo como cada um dos indivíduos submetidos à ordem social entende deva ser estruturada uma sociedade livre e igualitária. Embora esses indivíduos tenham ao menos uma ideia vaga sobre o que significam tais valores no contexto social em que vivem, é importante que mantenham uma postura crítica em relação a eles, de modo a constantemente atualizá-los e adequá-los aos seus reais anseios. A possibilidade de atualização desses conteúdos significativos em face da dinâmica social é o que se pode considerar a principal virtude do princípio democrático de organização social.[6]

A importância dessa avaliação reside no fato de que o modo como se compreendem os mencionados valores reflete diretamente, no caso da liberdade, sobre o tipo de atividades sociais e condutas individuais consideradas valiosas ou indesejadas e que, por isso, devem ser protegidas ou combatidas; e, no caso da igualdade, sobre o modo como se considera deva ser feita uma distribuição justa dos recursos e benefícios que a vida em sociedade provê – de todas as espécies: políticos, econômicos etc. – e dos ônus e esforços necessários para a manutenção dessa vida em comum.

Com o objetivo de iniciar uma reflexão a esse respeito, enfoca-se um importante aspecto da existência do indivíduo humano, qual seja: a fase que compreende sua gestação, seu nascimento e seus primeiros anos de vida. O ser humano, entre os seres vivos, é dos que mais carecem de cuidados nesse período de sua vida, o que o torna totalmente dependente de outros indivíduos. Para que possa algum dia exercer, plenamente e em igualdade, sua liberdade, o indivíduo, no início de seu desenvolvimento, precisa de especial proteção da sociedade.

Tradicionalmente, esses cuidados foram assumidos como obrigação (moral e jurídica) do grupo familiar, atribuídos de modo especial à mãe ou, não raro, a outras mulheres do mesmo núcleo. Aos homens foi tradicionalmente associado o papel de

provedor dos meios de subsistência e da proteção da família: aquisição de propriedade e provisões por meio de trabalho produtivo remunerado.

Em outras palavras, ao homem foi associado o papel de protagonista das atividades que a sociedade selecionou como espaço privilegiado de atribuição de valor, ou seja, aquelas relacionadas à economia de mercado; enquanto a mulher foi relegada ao espaço da privacidade domiciliar, imune e opaco à intervenção e à visibilidade externas, protagonista das atividades relacionadas à economia doméstica.[7]

Para o bem e para o mal, a dinâmica das sociedades contemporâneas tem alterado esse quadro, abrindo espaço para o exercício desses papéis por homens ou por mulheres, indistintamente. Para o bem, porque se garante à mulher maior liberdade para determinar sua existência de acordo com sua vontade, sendo-lhe hoje acessíveis maiores espaços de atuação na vida social e no mercado de trabalho. Para o mal, porque, como a sociedade atribui maior valor e recompensas a tudo o que diga respeito à economia de mercado (trabalho produtivo) e como, em tese, não há mais um segmento social específico (as mulheres) encarregado das atividades de economia doméstica (trabalho improdutivo), faz-se necessária a assunção desse encargo por novos atores. Diante desse problema, as sociedades contemporâneas têm adotado estratégias diversas, nem sempre por meio de abordagens satisfatórias no que concerne a uma justa distribuição dos ônus e das recompensas envolvidos na manutenção da ordem social entre seus diversos segmentos.

Como exemplo dessas abordagens, extraído do ordenamento jurídico brasileiro, temos a proteção social à gestação, ao nascimento e aos primeiros meses de vida do recém-nascido. Na doutrina jurídica nacional, esses temas são comumente tratados no contexto da proteção ao mercado de trabalho feminino (o que se faz com propriedade em vista do próprio texto constitucional, artigo 7º), ou seja, como direitos voltados à garantia de tratamento diferenciado à mulher, tendo em vista suas necessidades específicas, para um acesso igualitário ao mercado de trabalho. Tal é o enfoque comum dado à licença gestacional, ao benefício previdenciário do salário-maternidade, entre outros direitos relacionados à reprodução (MARTINS, 2004a, 2004b, p.593,606).

Pouco se discute na doutrina sobre a licença-paternidade, garantia de igual estatura constitucional. Do mesmo modo, são ainda incipientes as discussões sobre semelhantes direitos garantidos aos adotantes, homens ou mulheres.

É sintomático que o texto constitucional de 1988 albergue tais garantias no âmbito do seu artigo 7º, em que estão enumerados os direitos básicos dos trabalhadores em nosso ordenamento jurídico. É também revelador que a constituição, ao tratar da licença-maternidade, apresse-se em garantir, expressamente, um período mínimo de afastamento do trabalho de 120 dias, remunerado e com garantia de estabilidade no emprego (artigo 7º, XVIII), enquanto, em relação à licença-paternidade, relegue a definição de sua conformação à legislação ordinária (artigo 7º, XIX), garantindo, em

sua disposições transitórias, um período mínimo de afastamento de meros 5 dias, até que a lei em questão fosse editada (artigo 10, § 1º, do ADCT).

A Constituição, embora prodigalize em matéria de direitos humanos, prevendo já no primeiro inciso do seu artigo 5º, reservado a esse tema, a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, reflete com toda a nitidez a tradicional divisão dos papéis sociais reservados a homens e mulheres, em matéria de direitos sociais, conforme se vê no parágrafo anterior.

As garantias em tela vão evidentemente muito além da questão do acesso igualitário ao mercado de trabalho; dizem respeito, conforme já sugerido, de forma primordial, à própria viabilização da vida humana em seus primeiros (e mais difíceis) meses de vida. A ênfase e valorização que a sociedade dá a tudo o que se relacione ao âmbito da economia de mercado e da produção de valor econômico por vezes não permite enxergar as razões bem mais profundas e relevantes que, de maneira geral, efetivamente orientam o modo de vida e o comportamento dos indivíduos reais.

O tratamento diferenciado dado à mulher em matéria de licença-maternidade, em contraste com a licença-paternidade, que têm ocasião em decorrência do mesmo evento, a reprodução, reforça e institucionaliza a discriminação de papéis sociais tradicionalmente conferidos a homens e mulheres.

A discriminação vai além da questão do gênero. A licença-maternidade e o benefício previdenciário do salário-maternidade são direitos assegurados à "mulher trabalhadora", ou seja, que exerce algum trabalho remunerado ou que, ao menos, tem condições financeiras de contribuir para a previdência social, tornando-se segurada. Não há proteção institucional semelhante à "mulher dona-de-casa", que exerce as atividades não remuneradas relacionadas ao cuidado com o ambiente familiar.

Não se trata, insista-se, de mera questão de gênero. O fator de discriminação que molda o arcabouço institucional diz respeito ao modo como a sociedade atribui valor aos diversos campos da atividade humana.

Tomem-se um pouco as funções, não remuneradas, relacionadas ao cuidado com as necessidades próprias do ambiente de privacidade familiar. Tem-se em mente, especificamente, todo o trabalho (sim, trata-se de trabalho) envolvido na reprodução (gravidez, parto, amamentação, cuidados com o recém-nascido), o cuidado e a educação dos filhos (especialmente nos seus aspectos emocionais e morais), a assistência aos idosos, doentes e portadores de necessidades especiais e toda uma série de atividades concernentes, dir-se-ia, à "economia doméstica" (improdutiva), em contraposição às atividades da "economia de mercado" (produtiva).

Todas essas atividades relativas ao ambiente doméstico, pouco importa se desempenhadas por homens ou mulheres, são de suma importância para a manutenção e caracterização do modo de vida que as sociedades capitalistas consideram valioso. Contudo, o princípio de eficiência econômica implicado nessa ordem social não atribui valor relevante a essas atividades, que, tradicionalmente, posicionaram-se fora do

mercado, privilegiando apenas a atividade produtora de bens e serviços os quais podem ser objeto de negociação mercantil.

3 Crítica feminista à ação institucional para redução da desigualdade entre gêneros

A moderna filosofia moral e política ligada ao feminismo não é cega a essas distorções. Há diversas críticas sobre o modo como as instituições sociais tentam promover a igualdade e combater a discriminação entre os sexos.

Argumenta-se que, embora a grande maioria das sociedades contemporâneas tenha leis e institutos voltados à promoção da igualdade de gênero, essas garantias têm resultado prático limitado:

> Seu "impulso moral" é "conferir às mulheres acesso àquilo a que os homens têm acesso" e realmente "conseguiu que as mulheres tivessem certo acesso ao emprego e à educação, às ocupações públicas — inclusive como acadêmicas, profissionais liberais e operárias —, à carreira militar e acesso mais que trivial ao atletismo". (MacKinnon, 1987:33:35). [...] Seus sucessos são limitados, porém, pois elas ignoram as desigualdades de gênero embutidas na própria definição desses cargos. (KYMLICKA, 2006, p. 307)

Para o argumento feminista sobre a efetiva garantia de acesso igualitário entre os gêneros aos diversos espaços, atividades e posições sociais relevantes, ressalta a preocupação com a responsabilidade e o ônus do cuidado com os filhos em idade pré-escolar, função tradicionalmente desempenhada pela mulher. Essa atribuição importa num ônus social consideravelmente pesado, demandando dos indivíduos dela encarregados intensa dedicação ao longo de todo o dia, diuturnamente, por vários anos seguidos, e, de modo geral, justamente no período em que estão na plenitude de sua capacidade laborativa e no qual teriam maiores chances de sucesso na competição pelo mercado de trabalho e posições sociais de destaque.

> Considere o fato de que a maioria dos trabalhos "exigem que a pessoa, neutra quanto ao gênero, que esteja qualificada para eles seja alguém que não é guardião primário de uma criança em idade pré-escolar" (Mackinnon, 1987:37). Dado que ainda se espera que as mulheres tomem conta dos filhos em nossa sociedade, os homens tenderão a se sair melhor do que as mulheres ao competir por tais trabalhos. Isso não acontece porque haja discriminação contra as mulheres candidatas. Os empregadores podem não dar atenção ao gênero dos candidatos ou podem, na verdade, desejar contratar mais mulheres. O problema é que muitas mulheres

> carecem de qualificação relevante para o trabalho – isto é, serem livres de responsabilidades pelo cuidado dos filhos. Há neutralidade quanto ao gênero no fato de que os empregadores não atentam para o gênero dos candidatos, mas não há igualdade sexual, pois o trabalho foi definido com o pressuposto de que seria preenchido por homens que tivessem mulheres em casa, cuidando dos filhos. [...] Essa incompatibilidade que os homens originaram entre a criação dos filhos e o trabalho remunerado tem resultados profundamente desiguais para as mulheres. O resultado é não apenas que as posições mais valorizadas da sociedade são ocupadas por homens, enquanto as mulheres encontram-se desproporcionalmente concentradas no trabalho de meio período e com salário mais baixo, mas também que muitas mulheres tornam-se economicamente dependentes dos homens. (KYMLICKA, 2006, p. 308–9)

O limitado sucesso da ação institucional voltada à promoção da igualdade entre gêneros pode ser debitado ao fato de ela encarar os processos discriminatórios como orientados por escolhas motivadas arbitrariamente pelo gênero, pura e simplesmente, quando, em verdade, eles guardam relação com a própria estrutura social, moldada, ao longo dos séculos, segundo interesses, necessidades e pontos de vista primordialmente masculinos. A crítica feminista reclama uma ação institucional que alcance as causas profundas da desigualdade entre homens e mulheres, as quais deitam raízes junto às estruturas e aos códigos que regulam a distribuição, entre esses seguimentos, dos ônus e das recompensas envolvidos na manutenção da vida social – em outros termos, dos mecanismos de atribuição e manutenção de poder:

> [...] se devemos confrontar estas formas de injustiça, precisamos conceituar novamente a desigualdade sexual como um problema, não de discriminação arbitrária, mas de dominação. ... A subordinação das mulheres não é fundamentalmente uma questão de diferenciação irracional com base no sexo, mas de supremacia masculina, sob a qual as diferenças de gênero são tornadas relevantes para a distribuição dos benefícios, para desvantagem sistemática das mulheres. ... Como o problema é a dominação, a solução não é apenas a ausência de discriminação, mas a presença de poder. A igualdade requer não apenas igual oportunidade de buscar papéis definidos por homens, mas também igual poder de criar papéis definidos por mulheres ou de criar papéis andróginos, que homens e mulheres tenham igual interesse em preencher. ... a partir de uma posição de igual poder, não teríamos criado um sistema de papéis sociais que definem os trabalhos "masculinos" como superiores aos trabalhos "femininos". (KYMLICKA, 2006, p. 312–3)

Diversos países têm adotado leis que revelam uma visão diferenciada do problema da igualdade de gênero: em vez de abordarem o problema meramente do ponto de vista das condições de acesso ao mercado de trabalho e posições sociais de poder, procuram interferir na estrutura, nas responsabilidades e nas funções desempenhadas por homens e mulheres no seio do ambiente familiar. A esse respeito, merece destaque a experiência sueca.

4 O modelo sueco de licença remunerada para ambos os pais

A Suécia tem realizado um experimento social já há bastante tempo, com o objetivo declarado de induzir uma divisão mais igualitária de responsabilidades e funções concernentes à economia doméstica, em especial, estimulando os homens a se envolverem de modo mais direto com as atividades relacionadas à criação dos filhos. Assim, desde 1974, a licença-maternidade então existente foi transformada em um sistema de licença remunerada para ambos os pais (FARIA, 2002).[8]

A seguir, destacamos as principais características do sistema sueco: (a) licença remunerada de até 450 dias após o nascimento do filho ou a adoção de criança menor de dez anos; (b) cada membro do casal tem direito à metade do prazo da licença; (c) por motivo de impedimento (doença, incapacidade etc.) de um dos membros do casal, pode-se transferir todo o período de licença remunerada ao outro cônjuge; (d) por convenção, pode-se transferir a licença para apenas um dos membros do casal, exceto trinta dias intransferíveis; (e) pais solteiros, independentemente do sexo, têm direito ao período integral de licença remunerada; (f) o auxílio financeiro é concedido independentemente da existência de vínculo empregatício remunerado mantido por qualquer dos beneficiários; (g) há, ainda, a garantia de um período de dez dias de licença-paternidade, para gozo dos pais (homens), nos primeiros sessenta dias após o nascimento ou adoção (FARIA, 2002).

Nota-se um grande esforço no sentido de desvincular o gozo do benefício social de elementos como a condição de gênero e a vinculação a emprego remunerado. Concede-se uma grande flexibilidade para que o casal planeje a melhor maneira de usufruir do benefício, de acordo com suas necessidades específicas. E, por fim, há um claro esforço para estimular uma participação mais ativa do homem na criação dos filhos.

Sem desmerecer a vanguarda e os inquestionáveis avanços advindos do esforço sueco, materializado no seu sistema de licença remunerada para ambos os sexos, estudos mostram que os níveis de utilização do benefício de licença remunerada pelos homens suecos têm sido significativamente baixos se comparados com o mesmo dado referente às mulheres (FARIA, 2002).

Ao que parece, a intervenção estatal tem tido dificuldades na superação da arraigada estrutura de divisão de funções sociais entre homens e mulheres. Para Faria

(2002), o sucesso até agora limitado do experimento sueco talvez sugira uma equivocada ênfase no domínio do mercado de trabalho em lugar de uma abordagem direta sobre o seu objetivo principal, qual seja a promoção de uma maior igualdade entre homens e mulheres.

> Os dados apresentados e discutidos mostram que os benefícios relacionados à licença para os pais não conseguem fazer com que os homens passem a assumir um papel mais significativo no âmbito doméstico da criação dos filhos, isto é, que os esforços do governo sueco no sentido de promover um compartilhamento mais igualitário das tarefas ainda não tiveram o sucesso esperado. [...] Entretanto, se o sistema de seguridade para os pais implementado na Suécia é bastante "generoso" quando comparado a benefícios similares disponíveis em outras nações industrializadas, propiciando licenças longas, flexíveis e destinadas a suprir necessidades diversas, oferecendo compensações pelas perdas salariais relativamente altas, parece plausível afirmar que a ênfase do sistema recai mais sobre a possibilidade de se compatibilizar a maternidade com o trabalho remunerado do que sobre o declarado objetivo de induzir a criação de uma perfeita simetria entre os papéis assignados aos pais e às mães. (FARIA, 2002)

A questão da variável focal (SEN, 2001), ou espaço social relevante para avaliação da igualdade, novamente se coloca. Rememorando a crítica feminista, o enfoque da intervenção estatal para promoção da igualdade, nesse caso, recai sobre o espaço tradicionalmente dominado pelo homem (compatibilização da maternidade com o trabalho remunerado) de modo mais intenso do que sobre o espaço social tradicionalmente ocupado pela mulher (divisão igualitária da responsabilidade pelo cuidado com os filhos).

Uma ação mais justa para a promoção da efetiva igualdade entre os gêneros demandaria, assim, esforços ainda mais ousados. A solução do problema, além de exigir um melhor conhecimento de suas causas profundas, está a desafiar a criatividade dos que se dedicam às ciências sociais. Entre elas, a ciência jurídica pode ter importantes contribuições a oferecer a esse respeito.

5 Uma interpretação jurídica mais justa do princípio da igualdade entre os sexos

No Brasil, os mecanismos institucionais de proteção à gestação e à primeira infância, no que toca à promoção da igualdade entre os gêneros, estão muito aquém daqueles empreendidos por outros países, a exemplo da Suécia. Estes, por seu turno, apenas

começam a enfrentar o cerne dos problemas decorrentes desse tipo de desigualdade com algum sucesso, embora limitado, dada a grandeza do desafio de modificar estruturas sociais tão arraigadas.

O ordenamento jurídico brasileiro, a partir de sua Constituição, aparentemente reforça essas estruturas promotoras de desigualdade, ao garantir acesso ao benefício de licença/salário-maternidade apenas à mulher, e somente àquelas vinculadas a algum trabalho remunerado ou produtivo de valor econômico, excluindo-se a mulher dona-de-casa, dedicada ao trabalho doméstico, "improdutivo".[9] Esta, que no mais das vezes não tem condições de contribuir para a previdência social, a fim de ser alcançada pelo benefício em questão, torna-se refém de uma estrutura social que lhe impõe, entre outros, o pesado ônus de cuidar dos filhos pequenos e, ao mesmo tempo, torna-a economicamente dependente de seu cônjuge.

A mulher brasileira, ante a justa expectativa de maior liberdade e acesso aos diversos domínios da vida social, para além do ambiente doméstico, está sujeita a uma angustiante escolha — quando tenha acesso a meios contraceptivos — entre a carreira e a família.

A ciência jurídica, contudo, deve servir de instrumento de subversão democrática das estruturas sociais e enfrentamento criativo dessas desigualdades (UNGER, 2004). Dela se espera muito mais que uma mera atividade descritiva de uma realidade normativa previamente dada, mas sim o trabalho de atualização dos conteúdos significativos associados aos princípios fundamentais que alicerçam a ordem jurídica, entre os quais o da igualdade entre os gêneros.

Na esteira das teorias interpretativas associadas à chamada teoria do discurso (ALEXY, 2005; GÜNTHER, 2004; ARAÚJO, 2003; HABERMAS, 2004; MOREIRA, 2004), defende-se que a concretização do princípio democrático está a depender da existência de condições materiais básicas que possibilitem a discussão pública e acessível à participação de todos os interessados, de modo livre e igualitário, sobre os problemas que afetam a coletividade. Embora não seja possível à análise jurídica resolver definitivamente sobre o conteúdo significativo dos valores fundamentais da ordem social e sobre de que forma a sociedade deve buscar realizá-los na prática — o que somente se viabiliza legitimamente por meio de decisões, sempre provisórias e revogáveis, surgidas de procedimentos discursivos democráticos —, cabe-lhe verificar se estão presentes aquelas condições materiais mínimas necessárias à discussão pública.[10]

Está fora de questão uma interpretação jurídica do texto constitucional de 1988, que faz uma clara opção pela promoção dos direitos humanos, de que possa resultar a cristalização de desigualdades motivadas arbitrariamente por questões de gênero.

No caso da licença-maternidade, mostra-se necessária uma abordagem interpretativa diferenciada do instituto e que ressalte seu viés instrumental, voltado, por um lado, ao cumprimento de um dever de cuidado com a infância, e, por outro lado, à

garantia do direito ao estabelecimento do laço afetivo característico das relações entre pais e filhos.

De modo prioritário,[11] o instituto da licença-maternidade, antes de ser interpretado como um benefício concedido à mãe por razões de ordem natural ou fisiológica, deve ser encarado como um instrumento pelo qual se viabiliza o cumprimento do dever moral de cuidado e proteção da prole. A par do forte conteúdo de obrigação moral, é a própria Constituição Federal de 1988 que realça esse dever atribuído ora à "família", ora aos "pais" como obrigação jurídica igualitariamente direcionada a homens e mulheres. Nesse sentido, os seus artigos 205; 208, *caput* e parágrafo 3º; 226, *caput* e parágrafo 5º; 227; e 229.[12,13,14,15,16]

Não se pode conceber uma interpretação jurídica do texto constitucional de que resulte como consequência prática que a responsabilidade e o ônus pelo cumprimento dessas obrigações jurídicas primárias do núcleo familiar sejam direcionados desigualmente, isto é, mais às mulheres que aos homens, a teor do que disposto no primeiro inciso do seu artigo 5º, no qual está estatuída a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres.[17]

A não concessão aos homens de um instrumento equivalente à licença-maternidade concedida à mulher, em nossa ordem jurídica, funciona muitas vezes como uma autorização implícita para que eles se dediquem a outros objetivos e se esquivem de uma participação mais direta e de uma divisão mais igualitária do ônus decorrente do dever de cuidado com os filhos. No mínimo há uma indução, talvez indesejada, e, de todo modo, tolerada, a comportamentos desse tipo pelo seguimento masculino.

Há que se reconhecer que toda atividade que envolve o cuidado e a proteção dos filhos, além de um dever, é parte de um conjunto de realizações humanas que as sociedades, por razões de ordem cultural, valorizam como um fim em si mesmo. São atividades as quais, por si próprias e independentemente de qualquer objetivo que com elas se pretenda alcançar – como o cumprimento de um dever jurídico –, dão sentido existencial à vida dos indivíduos. Por meio delas é que se constrói muito daquilo de que são constituídos os laços afetivos entre pais e filhos.

Do mesmo modo como se pretende em relação ao mercado de trabalho, homens e mulheres devem ter a mesma liberdade de acesso a essas outras atividades de significado existencial tão valioso e tão profundo. Se a licença-maternidade possibilita às mulheres um acesso privilegiado ao contato com os filhos em seus primeiros meses de vida, igual direito deve ser concedido aos homens.

Em sentido inverso, sabemos que as posições mais importantes e mais valorizadas no âmbito do mercado de trabalho, em geral postos de direção, mas também a atividade empresarial e o exercício de mandato eletivo, exigem dedicação muito intensa do indivíduo, havendo a necessidade de um afastamento maior do ambiente familiar e das atividades a ele relacionadas. Para uma mulher que deseja ocupar essas posições sem abdicar do direito de ter uma família, talvez fosse mais conveniente que outro

membro da família pudesse utilizar os instrumentos (por exemplo, licença/salário-maternidade) que a sociedade provê para o cuidado com a prole.

A concessão desigual desses instrumentos, em função do gênero, acaba por gerar uma limitação à mulher, não vivenciada com a mesma intensidade pela população masculina em geral, na ocupação das posições mais valorizadas do mercado de trabalho. A consequência disso, revelada em diversos estudos estatísticos, é a concentração da força de trabalho feminina em postos menos remunerados ou no trabalho informal e precário.

Há que se reconhecer ainda que, para a avaliação da desigualdade de gênero, não parece ser suficiente a adoção de critérios de julgamento que privilegiem a perspectiva individual. As decisões de homens e mulheres em relação à condução de suas vidas em temas como carreira e família não levam em consideração unicamente interesses e conveniências individuais, mas também suas relações sociais, especialmente familiares. Não interessa apenas medir a desigualdade entre indivíduos isoladamente considerados, mas também entre os diversos tipos de agrupamentos sociais e familiares em que eles se inserem.

Percebe-se que as novas formas de organização familiar que a modernidade tem conhecido recebem da sociedade tratamentos diferenciados, em função de características ligadas diretamente ao critério de gênero dos seus integrantes. Sobre esse aspecto, merece destaque o tratamento jurídico dado à adoção. A legislação brasileira (artigo 392-A da CLT) prevê o direito à licença-maternidade apenas à "empregada adotante", não havendo previsão semelhante, em caso de adoção, para os homens. Para estes, a lei prevê apenas a licença-paternidade de cinco dias.

A desigualdade de tratamento se revela ainda mais dramática em relação aos homens adotantes em unidades familiares monoparentais ou decorrentes de união homoafetiva. Nesses grupos familiares em que não há a presença da mãe ou da mulher adotante, os filhos não poderão dispor do cuidado mais prolongado que se garante em famílias tradicionais, por meio da licença-maternidade. Semelhantes diferenças de tratamento podem ser percebidas em relação aos grupos familiares nos quais haja inversão dos papéis tradicionais atribuídos a homens e mulheres, como, por exemplo, uma família em que a mãe seja a provedora e o pai seja o responsável por cuidar do ambiente doméstico, ou ainda uma outra, na qual ambos sejam provedores, mas a mãe exerça atividade que não se enquadre na tradicional figura do trabalhador assalariado (empresária, executiva, exercente de mandato político etc.).

Há injustificável diferenciação de tratamento não só entre os sexos, mas ainda entre a tradicional unidade familiar – composta por um homem e uma mulher – e essas novas formas de organização do núcleo familiar, cada vez mais observadas nas sociedades contemporâneas.[18]

Uma interpretação adequada do texto constitucional, na parte em que, no seu artigo 7º, trata dos direitos dos trabalhadores, entre eles a licença à gestante e a

licença-paternidade,[19] não pode resultar no estabelecimento de desigualdades de gênero, seja pelo viés obrigacional seja pelo viés garantista, e, ainda, em função do modo de organização do núcleo familiar em que os indivíduos se inserem, a despeito de sua própria literalidade sugerir, em princípio, uma diferença de tratamento.

É possível concluir que uma interpretação do sistema constitucional efetivamente comprometida com o programa ali desenhado de superação da desigualdade e promoção dos direitos humanos não há de admitir a compatibilidade jurídica de uma lei regulamentadora do inciso XIX do artigo 7º – que trata da licença-paternidade – que conceda ao homem menos do que concedido à mulher pelo inciso XVIII do mesmo artigo 7º – que trata da licença à gestante –, ou por outra lei ampliativa posterior.

A análise do regime jurídico da licença-maternidade no Brasil revela, ainda, outro tipo de desigualdade de gênero, que ocorre de modo indireto, agora entre mulheres que exercem atividades tradicionalmente masculinas (trabalho remunerado ou produtivo de valor econômico) e aquelas que exercem atividades tradicionalmente femininas (trabalho doméstico não remunerado).

É ainda mais aguda a injustiça que decorre dessa espécie de desigualdade. Isso fica evidente quando reconhecemos que a grande maioria dos trabalhos remunerados em uma economia de mercado foi moldada na pressuposição de que o trabalhador, em especial aquele que tem filhos em idade pré-escolar, teria o suporte de algum membro da família, quem exerceria as atividades domésticas não-remuneradas, necessárias à subsistência do grupo familiar, entre as quais a guarda e o cuidado desses filhos. Em outros termos, as atividades produtivas de uma economia capitalista de mercado, geradoras de riquezas e de impostos que a sociedade tanto valoriza, sempre foram historicamente dependentes dessa "contribuição" oriunda do seio familiar, provida predominantemente pelo trabalho feminino não remunerado, e sem a qual o exercício do trabalho remunerado seria inviável ou muito dificultado.[20]

Embora o salário-maternidade figure no ordenamento jurídico (artigo 18 da Lei 8.213/91) como benefício de tipo previdenciário – de caráter contributivo e em benefício apenas dos segurados –, o dever jurídico de proteção à infância é dirigido indistintamente a todos, tenham ou não condições econômicas de contribuir com a previdência social.

Tanto a mulher trabalhadora, que tem direito ao salário-maternidade, como a dona-de-casa, que não tem, dividem com a sociedade e o Estado o dever jurídico de proteção à infância, em seus diversos aspectos. Não se justifica um tratamento diferenciado do Estado em relação a essas categorias no que concerne ao provimento de meios materiais (salário-maternidade) preordenados ao cumprimento desse dever.

Tal regime jurídico ofende a constituição que prevê a proteção à maternidade como objeto de atenção tanto do sistema previdenciário, em benefício dos respectivos contribuintes, como do sistema de assistência social, em benefício de todos os que necessitarem (artigos 201, II, e 203, I).[21]

Por outro lado, o custeio dos sistemas de seguridade social (saúde, previdência e assistência) lança mão de recursos provenientes de toda a sociedade, e não apenas daqueles que exercem trabalho remunerado. O próprio sistema de previdência social, dito de caráter contributivo, não é totalmente financiado pelas contribuições dos segurados, valendo-se de recursos oriundos de outras receitas da União.[22]

Uma interpretação jurídica mais adequada do sistema constitucional também deve afastar essa injusta disparidade de tratamento, garantindo igualitário acesso ao benefício do salário-maternidade independentemente da condição de gênero ou de contribuinte da previdência social.[23]

Conclusões

A título de conclusão deste artigo, apresentam-se os seguintes tópicos:

1. A superação das desigualdades sociais entre homens e mulheres, garantindo-se liberdade de acesso igualitário a espaços de realizações humanas tradicionalmente seguimentados em função do critério de gênero – como o espaço da família (feminino) e o espaço da economia de mercado (masculino) –, demanda uma reflexão prévia sobre os termos comparativos segundo os quais a avaliação dessa desigualdade terá lugar.
2. A promoção de uma ordem social equilibrada em termos de ônus, responsabilidades, direitos e garantias distribuídos entre homens e mulheres requer que as intervenções feitas nesse sentido procurem dar a estes seguimentos condições igualitárias não apenas no âmbito das relações de trabalho, propriedade e produção – espaço preferencial de atribuição de valor às atividades humanas nas sociedades capitalistas –, mas também no âmbito de outras relações importantes para a configuração e sustentação do modo de vida que as sociedades contemporâneas valorizam, em especial as relações familiares.
3. Em uma ordem democrática, deve ser possível aos indivíduos influir, segundo seus interesses e seu julgamento particular, sobre o modo como a sociedade deve fazer uma distribuição adequada desses recursos e desses encargos.
4. A ciência jurídica, longe de estabelecer vínculos e compromissos insuperáveis com valores, modos de vida e concepções éticas do passado, bloqueando a indução democrática que a dinâmica social exerce sobre a dinâmica político-institucional, deve estar apta a atualizar o conteúdo significativo dos valores fundamentais de nossa ordem social, de modo a manter o arcabouço jurídico-institucional em sintonia com a realidade, as demandas e os desafios vivenciados pelos indivíduos nos novos tempos.
5. A proteção à maternidade e à primeira infância por meio de direitos como a licença/salário-maternidade é, de modo geral, encarada como mera garantia de

acesso da mulher ao mercado de trabalho, do que resulta um tratamento diferenciado em função do gênero, motivada por razões fisiológicas que caracterizam o sexo feminino.

6. Entende-se que semelhantes direitos devem ser vistos, preferencialmente, como instrumentos pelos quais se viabilizam o cumprimento do dever moral e jurídico de cuidado e proteção da prole, por um lado, e a constituição de relações familiares privilegiadas sob o ponto de vista afetivo e de grande valor existencial, por outro. Os valores fundamentais que orientam nossa ordem jurídica e social não legitimam uma distribuição desigual desse dever e da liberdade de acesso a essas relações segundo o critério de gênero.

7. Defende-se que uma interpretação jurídica desses instrumentos em face do sistema constitucional brasileiro, efetivamente comprometida com a superação de desigualdades arbitrárias entre os sexos, deve garantir igual amplitude de direitos e deveres a homens e mulheres. Deve ser garantido acesso igualitário a esses instrumentos independentemente da condição de gênero ou de outras condições, especialmente econômicas, indiretamente associadas ao primeiro critério.

: ARTIGO APROVADO (26/06/2010) : *RECEBIDO EM 19/03/2010*

NOTAS

1 Para Bobbio (1994), o "nexo recíproco entre liberalismo e democracia é possível porque ambos têm um ponto de partida comum: o indivíduo. Ambos repousam sobre uma concepção individualista da sociedade" (p.45).

2 Nesse sentido, Cademartori (2006): "A diferença entre as teorias liberal e democrática reside em que a primeira tende a restringir o poder coletivo e a dilatar a esfera de autodeterminação individual, enquanto a segunda dilata a esfera de autodeterminação coletiva, restringindo a regulação heterônoma. A teoria liberal considera o problema da liberdade em função do indivíduo isolado, enquanto a teoria democrática o faz em função do individuo enquanto membro de uma coletividade. Cada teoria responde a uma pergunta diferente. A primeira, sobre o significado da liberdade para o indivíduo isolado, e a segunda, sobre o significado de liberdade para o indivíduo enquanto parte de um todo" (p.32).

3 Para Ronald Dworkin (2005), a cultura política do ocidente não se orienta por valores fundamentais distintos e irreconciliáveis, conforme sugere a dicotomia liberdade *versus* igualdade, comumente adotada para descrever o espectro de opções político-ideológicas em que se dividem as sociedades ocidentais. Para ele, qualquer teoria política que se pretenda defensável no contexto civilizatório atual deve se orientar pelo mesmo valor fundamental, a igualdade.

4 Segundo Dworkin (2005): "Acredita-se que, se a liberdade e a igualdade, estiverem em conflito, é preciso fazer uma escolha angustiante entre as duas virtudes. Um mapa conhecido dos argumentos políticos, de fato, posiciona os partidos ou grupos políticos ao longo de uma escala definida pelas escolhas que cada uma faz em tal situação. A escala vai do absolutismo da liberdade em um extremo (a liberdade não deve ceder nunca à igualdade quando estiverem em conflito) e um absolutismo inverso da igualdade no outro extremo. As opiniões mais moderadas posicionam-se

supostamente entre esses dois pólos, atribuindo pesos relativos diversos às duas virtudes políticas. Contudo essa topografia popular é, acredito, profundamente equivocada como relato de opiniões existentes em nossa cultura política. Nenhuma teoria que respeite os pressupostos fundamentais que definem essa cultura poderia subordinar a igualdade à liberdade, concebidas como ideais normativos, em hipótese alguma. Qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder" (p.169).

5 Conforme Sen (2001): "A questão importante na presente discussão é a natureza da estratégia para justificar a desigualdade por meio da igualdade. A abordagem de Nozick é um exemplo lúcido e elegante desta estratégia geral. Se uma pretensão de que a desigualdade em algum espaço significativo é correta (ou boa, ou aceitável, ou tolerável) vai ser defendida com razões (e não, digamos, atirando nos que discordam), a forma do argumento consiste em mostrar que esta desigualdade é uma conseqüência da igualdade em algum outro espaço – fundamentalmente mais importante. Dado o amplo acordo sobre a necessidade de ter igualdade na 'base', e também a conexão desse amplo acordo com a necessidade de imparcialidade entre os indivíduos [...], os argumentos cruciais têm de ser sobre a razoabilidade das 'bases' escolhidas. Por isso, a pergunta 'igualdade de quê?' não é, neste contexto, materialmente distinta da interrogação: 'qual é o espaço correto para a igualdade basal?'. A resposta que damos a 'igualdade de quê?' não somente endossará a igualdade naquele espaço escolhido (a variável focal relacionando-se com as exigências de igualdade basal), mas terá conseqüências de longo alcance sobre os padrões distributivos (incluindo as necessárias desigualdades) nos outros espaços" (p.52). A teoria política de Robert Nozick, mencionada por Sen, é classificada dentro da filosofia política contemporânea na corrente denomina "libertarismo", ao lado, por exemplo, de Friedrich von Rayek. Sua "teoria da titularidade" parte do pressuposto inicial de que as pessoas têm direitos legítimos que devem ser respeitados pelos outros. Postula que qualquer distribuição de bens e direitos livremente acordada deve ser considerada justa. Em vista disso, entende que a atuação do Estado deve ser restrita à manutenção das condições institucionais necessárias para a garantia do princípio da livre transferência dos bens legitimamente titularizados. Desse modo, considera-se injusta, por exemplo, qualquer política tributária que exceda o necessário para a manutenção de tais instituições (polícia, justiça etc.) e que se destine a manter políticas redistributivas de renda ou de prestação de serviços sociais de saúde e previdência. Para uma crítica da teoria de Nozick, ver: KYMLICKA, *Filosofia política contemporânea*: uma introdução (São Paulo: Martins Fontes, 2006) e RENAUT, *As filosofias políticas contemporâneas* (Lisboa: Piaget, 2002).

6 Essa é a pretensão das teorias democrático-deliberativas no contexto da interpretação constitucional em matéria de direitos fundamentais: "As teorias democrático-deliberativas partem de um problema fundamental: o fato do pluralismo. As sociedades contemporâneas são plurais, convivendo em seu interior inúmeras doutrinas compreensivas de caráter ético, filosófico ou religioso, *i. e.*, inúmeras concepções individuais acerca do que deve ser a vida digna, sendo inviável um consenso generalizado sobre o conteúdo das normas jurídicas e dos fins que devem ser perseguidos pelo Estado. Tendo-se em vista a impossibilidade desse amplo consenso acerca de conteúdos, grande parte das teorias democrático-deliberativas se alicerçam em concepções procedimentais da legitimidade; entendem que há, inversamente, a possibilidade de consenso a respeito das condições da democracia, que seriam neutras ou imparciais em relação às diversas doutrinas compreensivas que habitam as sociedades contemporâneas" (SOUZA NETO, 2006, p. 316). Sobre o tema ver ainda Habermas, *A inclusão do outro*: estudos de teoria política (São Paulo: Loyola, 2004, p. 277–92).

7 A esse respeito, segundo Wallerstein (2001): "Sob o capitalismo histórico, assim, como sob sistemas históricos anteriores, os indivíduos tenderam a viver suas vidas no interior de estruturas relativamente estáveis – que podemos chamar de unidades domiciliares – que partilhavam um fundo comum de renda e capital acumulado. [...] Para viver, as pessoas consideram toda a sua renda potencial, não importa de que fontes, e a avaliam comparando-a com os gastos reais que tem pela frente. [...] Para todos os fins reais, a unidade domiciliar foi a célula econômica engajada nessas atividades, geralmente – mas nem sempre, ou não exclusivamente – a partir de um grupo formado por laços de parentesco. [...] Foi no contexto dessa estrutura domiciliar que a distinção entre trabalho produtivo e improdutivo começou a ser imposta às classes trabalhadoras. O trabalho produtivo passou a ser definido como aquele que recebe remuneração em dinheiro (principalmente, trabalho assalariado) e o não produtivo como aquele que, embora necessário, constitui uma atividade de mera 'subsistência', sem produzir um 'excedente' que possa ser apropriado por alguém. [...] A diferenciação entre tipos de trabalho se ancorou na criação de papéis específicos a eles vinculados. O trabalho produtivo (assalariado) se tornou tarefa principalmente do homem/pai adulto e secundariamente de outros homens adultos mais jovens. O trabalho não produtivo (de subsistência) se tornou tarefa principalmente da mulher/mãe adulta e secundariamente de outras mulheres, além das crianças e dos idosos. O trabalho produtivo era feito fora da unidade domiciliar, no 'local de trabalho'. O trabalho não produtivo era feito dentro da unidade domiciliar. [...] No capitalismo histórico [...] houve [...] a correlação entre divisão de trabalho e valorização do trabalho. Homens e mulheres (assim como adultos, crianças e velhos) frequentemente realizaram trabalhos diferentes, mas sob o capitalismo histórico houve uma desvalorização do trabalho das mulheres (e dos jovens e velhos) e uma ênfase correspondente no trabalho masculino adulto. Enquanto, em outros

sistemas, homens e mulheres realizavam tarefas específicas (mas normalmente comparáveis), sob o capitalismo histórico o homem adulto assalariado foi classificado como 'arrimo' do grupo, aquele que ganha o pão, e a mulher adulta trabalhadora doméstica como 'dona de casa'. Assim, quando as estatísticas nacionais [...] começaram a ser produzidas, todos os arrimos foram considerados membros da população economicamente ativa, mas o mesmo não ocorreu com as donas de casa. O sexismo foi institucionalizado. O aparato legal e para-legal de diferenciação e discriminação foi quase uma decorrência lógica dessa valorização diferencial do trabalho" (p. 22–4).

8 De acordo com Faria (2002): "O sistema sueco de seguridade para os pais parece também marcar o início de uma época em que, paralelamente à ênfase dada à redução dos diferenciais econômicos e de bem-estar relativos às classes sociais, a questão de gênero passa a assumir um lugar cada vez mais destacado na agenda pública do país. O grande ingresso das mulheres no mercado de trabalho prenunciava a debilitação do tradicional modelo familiar do provedor e da dona-de-casa, e o Estado sueco começa a implementar políticas formuladas não apenas com o intuito de reduzir as diferenças nas médias salariais e nas condições de trabalho entre homens e mulheres, mas também visando a tornar mais igualitária a divisão de tarefas no âmbito doméstico". A experiência sueca tem sido também seguida, por vezes com objetivos distintos e diferenças consideráveis, por diversos países desenvolvidos: "A licença maternidade após o nascimento da criança, com compensação monetária proporcional aos rendimentos, é um benefício previsto em lei na Suécia desde 1955; essa licença maternidade original, de três meses, foi estendida para seis meses em 1962. Em 1974, a Suécia tornou-se o primeiro país do mundo a transformar a licença maternidade em um sistema de licença remunerada para os pais, capaz de beneficiar tanto a mãe quanto o pai. Em países como a Áustria, Holanda, Japão e Austrália, por exemplo, legislações similares foram introduzidas apenas no início dos anos de 1990 (OECD, 1995). Nos países nórdicos, os pais passaram a ter direito a compartilhar a licença remunerada após o nascimento da criança nos seguintes anos: Suécia (1974), Noruega e Finlândia (1978), Islândia (1980) e Dinamarca (1984). Na Escandinávia, somente na Suécia e na Noruega uma parte da licença é reservada exclusivamente para o pai (licença remunerada como um direito individual, não apenas como um direito da família); e somente na Suécia (1979) e na Finlândia (1988) os pais de crianças pequenas têm o direito de optar por uma jornada de trabalho de seis horas (com redução proporcional dos salários) (Nordic Council of Ministers, 1994)" (Faria, 2002).

9 Ressalva-se a figura do segurado facultativo, de que trata o artigo 13 da Lei 8.213/91, não engajado em atividade produtiva.

10 Há, portanto, limites claros ao trabalho da análise jurídica em seu papel de interpretação desses valores: fundamentais: "Parte-se do ponto de vista de que os ideais deliberativos da igualdade, da liberdade e da abertura só podem se concretizar se determinadas condições sociais estão garantidas a todos os participantes. [...] Mas, note-se bem: o tipo de igualdade material exigida pela democracia não é uma igualdade absoluta, mas a igualdade material relativa suficiente para que possamos deliberar quais são as diferenças que consideramos justas. Tampouco nos parece ser possível extrair do princípio democrático a conclusão de que a democracia esteja vinculada, quanto às suas finalidades, à realização de determinado projeto social igualitário. O estabelecimento de finalidades se situa no campo do dissenso político e deve ser resolvido através do princípio majoritário. Como sublinhamos, as teorias democrático-deliberativas levam a uma restrição da atividade judicial ao campo da neutralidade política, deixando em aberto à deliberação majoritária o dissenso conteudístico. O que não pode ocorrer é o Estado violar os direitos fundamentais ou deixar de implementá-los — hipótese em que estará agindo ilegitimamente, ficando justificada a ação judicial" (SOUZA NETO, 2006, p. 324).

11 A teor da literalidade do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

12 "Art. 205. *A educação, direito de todos e dever do Estado e da família*, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

13 "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) [...] § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e *zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola*."

14 "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º - Os direitos e *deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*."

15 "Art. 227. *É dever da família*, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao

respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

16 "Art. 229. *Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

17 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*, nos termos desta Constituição."

18 Para Silva (2009): "Primeiramente, é preciso destacar que a situação do pai solteiro que adota é totalmente diversa daquele que casado, adota uma criança. Isso porque em uma família binuclear (composta de pai e mãe, pode-se chamá-la assim) há, pelo menos do ponto de vista ideal, uma divisão de tarefas na promoção da adaptação familiar. Assim, o fato de um deles, no caso a mãe, poder gozar de uma licença mais ampliada, nos termos do artigo 392-A da CLT, repercute positivamente no âmbito familiar. Já em uma família monoparental, composta por um pai solteiro, a concessão de licença-paternidade de 5 dias somente, nos moldes do art. 7º, inciso XIX da CF/88 e do art. 10, inciso II do ADCT, seria extremamente prejudicial para a nova família que se forma, uma vez que não há a suposta divisão de tarefas presente na adoção feita por casais, não dispondo o pai, nessa situação, da disponibilidade de tempo necessária para cuidar daquele novo membro da família. Nessa hipótese apresentada, constata-se que o princípio da igualdade tem espaço para sua aplicação, não para igualar a licença-paternidade entre os homens, mas para igualar o prazo da licença-paternidade do solteiro que adota ao da licença-maternidade à adotante, prevista no art. 392-A da CLT. O elemento discriminador se justifica para promover a igualdade daqueles que se encontram em situação de desigualdade, em outras palavras, o solteiro que adota deve ter um prazo maior do que o casado que adota, pois deverá dispor de uma maior disponibilidade para cuidar da criança, já que não tem, mais uma vez frise-se, a princípio, como dividir seus cuidados na adaptação daquele ser no meio familiar. Assim, verifica-se que as circunstâncias materiais entre solteiro adotante e empregada adotante são semelhantes, merecendo, por isso, tratamento igualitário".

19 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...] XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil."

20 Para um aprofundamento sobre o tema, conferir Wallerstein (2001), de que destacamos o trecho a seguir: "Supondo-se que, sempre e em toda parte, um produtor que empregue trabalho assalariado prefira pagar menos do que mais, o nível salarial mais baixo que o trabalhador pode aceitar depende do tipo de unidade domiciliar em que eles se inserem. Dito de maneira mais simples: para trabalhos idênticos, com níveis idênticos de eficiência, o trabalhador assalariado inserido em uma unidade domiciliar muito dependente da renda de salários (vamos chamá-la de unidade domiciliar proletária) tendeu a buscar um patamar monetário mais alto (abaixo do qual seria irracional que ele realizasse o trabalho assalariado) do que o trabalhador assalariado oriundo de uma unidade domiciliar pouco dependente da renda salarial (vamos chamá-la unidade domiciliar semiproletária). Essa diferença no que podemos chamar de patamar salarial mínimo aceitável tem a ver com a economia da sobrevivência. Nas situações em que uma unidade domiciliar proletária dependia principalmente de renda salarial, o salário precisava cobrir os custos mínimos de sobrevivência e reprodução. [...] Nas unidades domiciliares semiproletárias, aqueles que produziam outras formas de renda real (basicamente na produção domiciliar para consumo, para venda no mercado local ou para ambos), fossem o próprio assalariado (em suas horas livres) ou outras pessoas (de qualquer sexo ou idade), criavam excedentes que contribuíam para baixar o nível salarial mínimo aceitável. O trabalho não assalariado permitia que alguns produtores diminuíssem a remuneração da força de trabalho, reduzindo assim o custo da produção e aumentando a margem de lucro. Por isso, como regra geral, os empregadores de trabalhos assalariado preferiram recrutar trabalhadores assalariados de unidades domiciliares semiproletárias, em vez de proletárias. A realidade global do capitalismo histórico mostra uma regularidade estatística surpreendente: os trabalhadores assalariados vinculam-se mais a unidades semiproletárias, e não a unidades proletárias" (p.22–6).

21 A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n. 8.742/93) prevê benefícios voltados à proteção da infância e da maternidade, mas apenas destinados a famílias de baixa renda: "Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais aqueles que

visam ao pagamento de auxílio por natalidade ou morte às famílias cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. [...] § 2º Poderão ser estabelecidos outros benefícios eventuais para atender necessidades advindas de situações de vulnerabilidade temporária, com prioridade para a criança, a família, o idoso, a pessoa portadora de deficiência, a gestante, a nutriz e nos casos de calamidade pública. § 3º O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), ouvidas as respectivas representações de Estados e Municípios dele participantes, poderá propor, na medida das disponibilidades orçamentárias das três esferas de governo, a instituição de benefícios subsidiários no valor de até 25% (vinte e cinco por cento) do salário mínimo para cada criança de até 6 (seis) anos de idade, nos termos da renda mensal familiar estabelecida no caput".

22 Nesse sentido, o art. 16, parágrafo único, da Lei 8.212/91: "Art. 16. A contribuição da União é constituída de recursos adicionais do Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual. Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual".

23 Na falta de melhor parâmetro para o valor do benefício para o trabalhador doméstico não remunerado, dever-se-ia garantir ao menos o correspondente à remuneração mínima do trabalhador comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ARAÚJO, Luiz Roberto Leite. Moral, direito e política. Sobre a teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Antônio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CADEMARTORI, Daniela M. L. de. *O diálogo democrático*: Alain Touraine, Norberto Bobbio, Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Entre marido e mulher, o Estado mete a colher: reconfigurando a divisão do trabalho doméstico na Suécia. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 17, n. 48, fev. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 jan. 2010.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. 2. ed. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges e Marilene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*: o papel do estado das classes sociais e da propriedade na democracia do século XX. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004a.

_____. *Direito do trabalho.* 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004b.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*: as origens da nossa época. 2. ed. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

RENAUT, Alain. *As filosofias políticas contemporâneas*. Lisboa: Piaget, 2002.

SILVA, Itatiara Meurilly Santos. Princípio da igualdade e o trabalho da mulher. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 68, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6731>. Acesso em 28 jan. 2010.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
TEIXEIRA, Daniel Viana. *Valores democráticos:* reflexão ética sobre os significados atribuídos à liberdade e à igualdade. 2008. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.
UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.
WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Trad. Renato Aguiar, César Benjamin e Immanuel Wallerstein. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.
WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Daniel Viana Teixeira

Rua Carolina Sucupira, 1180, ap. 1301
Aldeota –60140-120
Fortaleza – CE – Brasil
daniel.teixeira@agu.gov.br

Mestre em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor)
Procurador federal da Advocacia-Geral da União

A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA MIGRAÇÃO

Liliana Lyra Jubilut e Silvia Menicucci. O. S. Apolinário

THE NEED OF INTERNATIONAL PROTECTION IN THE AREA OF MIGRATION

RESUMO

Tem-se discutido a respeito do surgimento do Direito Internacional da Migração. Além da ausência de autonomia, é preciso ressaltar que as diferentes situações de migrações demandam diferentes proteções. Nesse sentido, o artigo aborda a diferença clássica entre migrações forçadas e voluntárias e explora o estado atual da proteção internacional existente para o caso dos migrantes trabalhadores, dos refugiados e das pessoas em condição análoga à de refugiado: os deslocados internos, os deslocados por questões ambientais e os deslocados em razão da violação de direitos econômicos, sociais e culturais e de desenvolvimento. A ausência ou insuficiência de previsão de proteção adequada no Direito Internacional para algumas das situações mencionadas faz que haja uma busca por refúgio em situações às quais isso não se aplica. A solução, nos dias atuais, não está na criação de um novo ramo do Direito, mas sim na aplicação das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos para oferecer a proteção nos casos não especificamente regulados em âmbito internacional.

PALAVRAS-CHAVE

Proteção; migração; direito internacional; migrantes; refugiados; apátridas; deslocados.

ABSTRACT

The emergence of an International Law of Migration has been discussed. Apart from the lack of autonomy, it is relevant to highlight that the different migration situations demand different kinds of protection. In this sense, this paper presents the classic difference between forced and voluntary migration, and explore the current state of the existing international protection for working migrants; refugees and other people in similar situations; internally displaced people; displaced people due to environmental reasons and displaced people due to violation of economic, social and cultural rights and lack of development. The inexistence or incipiency of adequate provisions of protection in International Law for some of the aforementioned situations results in requests for refuge when this institute does not apply. The solution nowadays does not lie in the creation of a new branch of Law, but rather in the application of International Human Rights norms to bring protection in the cases where specific international norms do not exist.

KEYWORDS

Protection; migration; international law; migrants; refugees; stateless; displaced.

Introdução

A análise jurídica da complexa temática da migração feita pela doutrina internacionalista tem demonstrado, nos últimos tempos, um esforço para sistematizar as normas de proteção internacional aplicadas às diferentes situações de migração,

agrupadas sob o Direito Internacional de Migração (CHOLEWINSKI; PERRUCHOUD; MACDONALD, 2007).[2] Essa proposta, na verdade, agrupa normas que usualmente são consideradas como parte do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional dos refugiados, do direito internacional humanitário, do direito internacional do trabalho, do direito internacional econômico e do direito internacional penal.

Há, pois, que se indagar a respeito da autonomia deste sugerido novo ramo do direito internacional, e do risco de se considerar as situações de migrantes forçados – tais como os refugiados e as pessoas forçadamente deslocadas, classicamente diferenciados dos migrantes (econômicos) em função das necessidades e demandas particulares derivadas de perseguições ou outras violações sérias, de que decorrem fortes obrigações jurídicas dos Estados de protegê-los – como sujeitas a um genérico direito internacional da migração. E, mais do que isso, deve-se indagar se o estabelecimento de um direito internacional da migração não obscurecerá as particularidades de cada tipo de migrante, em vez de aprimorar a proteção dos direitos humanos das pessoas em movimento (MCADAM, 2007).

Em face disso, o presente artigo busca definir, com respaldo na doutrina e no próprio direito internacional, quando possível, as principais situações de migrantes, a fim de verificar os instrumentos de proteção cabíveis e a necessidade de se ampliar a proteção internacional, respeitando-se as particularidades de cada grupo.

Assim, o objetivo não é exacerbar os aspectos técnicos das distinções entre os migrantes, mas, sim, a partir destas, verificar meios de se aprimorar a proteção internacional e, com isso, a proteção das pessoas em movimento.

1 O contexto da proposição de um Direito Internacional da Migração

As migrações compõem parte da história da humanidade e constituem um fenômeno que cresce a cada dia. Estima-se que haja mais de 200 milhões de migrantes internacionais no mundo hoje,[3] ou o equivalente a 3% da população mundial, e 26 milhões de deslocados internos.[4] As migrações são um tema o qual engloba aspectos jurídicos, políticos, sociais e culturais; sendo inerentemente multidisciplinar e ensejando reações profundas nas diversas sociedades. De acordo com a Organização Internacional para Migrações:

> *Migration is one of the defining issues of the twenty-first century. It is now an essential, inevitable and potentially beneficial component of the economic and social life of every country and region. The question is no longer whether to have migration, but rather how to manage migration effectively so as to enhance its positive and reduce its negative impacts.*[5]

Apesar de ser um fato do cenário internacional, verifica-se, atualmente, que não há um instrumento internacional amplo o qual regule a conduta dos Estados a respeito de todas as variáveis existentes na migração. O que há são normas internacionais que, ao regularem questões como segurança, nacionalidade, apatridia, liberdade de circulação de pessoas, unificação familiar, direitos humanos, saúde, tráfico de pessoas, refúgio, asilo, tocam na temática das migrações; ou, ainda, normas de proteção geral aos seres humanos que se aplicam também às pessoas em movimento.

Por outro lado, algumas situações de migrantes, sobretudo os refugiados e, mais recentemente, os deslocados internos, contam com sistemas de proteção internacional desenvolvidos ou em desenvolvimento e, mais do que isso, em função de sua condição diferenciada daquela dos demais migrantes, contam com a solidariedade, e até mesmo a simpatia, internacional.

O resultado é, muitas vezes, a ausência ou insuficiência de normas para solucionar as possíveis incoerências entre as normas de diversos campos, velando-se pela primazia dos direitos humanos no contexto das migrações. Além disso, essa ausência ou insuficiência normativa reflete na lacuna de mecanismos domésticos de proteção específicos, ou mecanismos domésticos que simplesmente permitam alcançar uma situação de regularidade dos imigrantes.

Em face disso, verifica-se a tendência de se buscar enquadrar todas as situações de migrantes nos poucos institutos legais internacionais específicos existentes, o que, por um lado, gera falta de utilização criteriosa das distinções entre os migrantes e, por outro lado, impede o desenvolvimento de novas formas de proteção, ao mesmo tempo que minimiza a efetividade das poucas normas existentes.

Exemplo disso é o fato de que inúmeros migrantes que deixaram seu país de origem ou de residência habitual por questões outras que o bem-fundado temor de perseguição, ou seja, que não são considerados como refugiados pelos critérios legais internacionais, busquem a proteção do refúgio, por ser este instituto um dos mais apurados na complexidade do tema da imigração.

Soma-se a este recurso indiscriminado à proteção do refúgio o fato de que, desde o atentado de 11 de setembro de 2001, vivencia-se uma tensão crescente entre normas antiterroristas e políticas migratórias, espelhadas em normas internas, com graves violações à proteção dos direitos humanos. Essa situação se agrava com a crise econômica, a xenofobia, o combate a crimes transnacionais, que acabam por minar a proteção de grupos vulneráveis de migrantes, tais como os trabalhadores migrantes, as mulheres e as crianças vítimas de tráfico, as pessoas apátridas, as pessoas deslocadas internamente e os refugiados.

Considerando os aspectos acima mencionados, verifica-se que uma tendência natural na busca de ampliação de proteção é tentar estabelecer um novo ramo do direito internacional, específico das migrações e fortemente fundado nos avanços conseguidos em prol da proteção dos refugiados. Contudo, este artigo pretende

demonstrar que a proteção do refúgio, mesmo que alargada em resultado de instrumentos como a Convenção da antiga Unidade Africana (1969)[6] e a Declaração de Cartagena (1984),[7] não deve ser utilizada para as diversas situações migratórias, sob pena de até mesmo enfraquecer o instituto e minimizar a proteção aos refugiados e aos migrantes em geral.

2 Breves considerações históricas a respeito do aparecimento da normativa internacional de proteção das pessoas em movimento

Até o século XIX, muitos países não adotavam nenhum tipo de diferença em relação aos direitos dos nacionais e dos estrangeiros, e a livre circulação entre os países era permitida. Não obstante, há exemplos de perseguições, penas de exílio, crises de fome que forçaram pessoas a se deslocarem, assim como há exemplos da promoção da migração para colonizar terras conquistadas, no contexto do colonialismo e do imperialismo.

A Primeira Guerra Mundial trouxe mudanças quanto a isso, com restrições à liberdade de residência e diferenças entre os direitos de nacionais e de estrangeiros. Também teve início nesse contexto a formação do direito internacional dos refugiados, com os desenvolvimentos na Liga das Nações (FISCHEL DE ANDRADE, 1996). A Segunda Guerra Mundial, por sua vez, gerou um enorme fluxo de pessoas deslocadas e apátridas, as quais ficaram sem condições de retornar a seu local de origem, tendo sido consideradas como refugiados.

Diante do desafio, a sociedade internacional iniciou um processo de institucionalização, a fim de conferir proteção a estas pessoas – os refugiados e apátridas – por meio do estabelecimento do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e da adoção de tratados, tais como a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 sobre o *status* de refugiados,[8] e as convenções de 1954 e 1961 sobre a apatridia.[9]

A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948),[10] documento matriz do sistema internacional universal de proteção da pessoa humana, estabeleceu em seu artigo 14 o direito de toda pessoa vítima de perseguição de procurar e de gozar asilo em outros países. Tal documento estabeleceu de maneira mais geral, no artigo 13, que todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado, assim como direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Paralelamente, desenvolveu-se a internacionalização dos direitos humanos, com a formação do sistema onusiano de direitos humanos e de sistemas regionais, tais como os sistemas interamericano, africano e europeu. No que diz respeito à migração em âmbito interamericano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)[11] determina, no artigo 8º, que toda pessoa tem o direito de fixar sua

residência dentro do território do Estado do qual é nacional, de transitar por ele livremente e de não deixá-lo, a menos que seja por sua própria vontade.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)[12] estabeleceu, no artigo 12, que: (1) todo indivíduo que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de circular livremente por ele e de livremente estabelecer sua residência dentro dele; (2) todo individuo terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do seu próprio; (3) os direitos mencionados não poderão ser objeto de restrições, salvo quando estas se encontrarem estabelecidas em lei e forem necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde e a moral pública, ou os direitos e as liberdades dos outros, e forem compatíveis com os demais direitos reconhecidos no próprio Pacto; (4) ninguém poderá ser arbitrariamente privado do direito de entrar em seu próprio país.

Verifica-se, assim, que os instrumentos internacionais consagram, no que tange à migração, a liberdade de circulação, que somente pode ser restringida em face de devido processo legal, e o direito de asilo.

De modo genérico, os instrumentos de direitos humanos estabeleceram, ainda, a ideia da universalidade dos direitos humanos, pautada no princípio da não discriminação. Assim, nacionais e estrangeiros devem ter os mesmos direitos.

Todavia, percebe-se que a situação irregular submete muitos migrantes a uma situação a qual não os permite realizar seus direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, por temerem ser localizados pelas autoridades e estarem sujeitos à consequente aplicação das medidas de efetivação de seu retorno ao país de origem.

Não obstante as medidas de restrição impostas pelos Estados à migração, esta ocorre e acaba por gerar a situação dos migrantes irregulares ou não documentados.[13] Assim, como direitos trabalhistas derivam de uma relação de trabalho, foram adotados tratados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para versar sobre a situação dos trabalhadores migrantes, e, em 1990, adotou-se no marco do sistema onusiano de direitos humanos a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias.[14]

Esse último documento, em vigor desde 2003, é bastante abrangente e garante direitos aos trabalhadores migrantes que estejam regulares ou não no país de acolhida. Contudo, a adesão internacional a ele é bastante reduzida, contando com apenas quarenta Estados-partes.[15,16]

Nacionalmente, os países podem adotar normas internas a respeito dos direitos dos migrantes (estrangeiros), devendo, contudo, respeitar as obrigações assumidas internacionalmente e os padrões mínimos internacionais. Como a proteção aos refugiados é, há muito, uma preocupação e uma obrigação internacional,[17] a maior parte dos Estados cria normas para proteger essa categoria de migrantes, o mesmo não ocorrendo com as demais. Além disso, nota-se que, em razão do contexto de crise econômica e das preocupações com a segurança nacional, os Estados têm adotado

restrições à migração. A combinação desses fatores faz que, como mencionado acima, algumas pessoas, consideradas migrantes econômicos, busquem o refúgio como forma de obter a regularidade de sua entrada e permanência no país de destino. Além disso, pela ausência de procedimentos em âmbito nacional para conferir proteção a outras pessoas que dela necessitam, mas que não se enquadram como refugiados, tais pessoas também acabam por recorrer à proteção do refúgio.

Esse uso incorreto do instituto do refúgio ocorre também no âmbito internacional, em que se discute a utilização da proteção conferida pelo refúgio em casos, por exemplo, de deslocamento internacional decorrente de desastres ambientais, indicando que o direito internacional não criou formas específicas de proteção para novos casos de migração que demandam a proteção internacional.

Verifica-se, desta feita, que não há uma proteção internacional sistematizada às pessoas em movimento, o que leva à utilização inadequada dos poucos mecanismos existentes e, na prática, à vulnerabilidade dessas pessoas. Em face disso, e objetivando contribuir para a correção dessa falha, é relevante apresentar as distinções entre as situações de migrantes, também para que seja possível avaliar quais as formas mais adequadas de se garantir, ao menos, que os direitos mais fundamentais dessas pessoas sejam respeitados. É o que se passa a fazer a seguir.

3 A clássica diferença entre migrações voluntárias e forçadas

Os estudos a respeito de população, demografia e movimento de pessoas normalmente incluem o movimento de migrantes econômicos, refugiados e pessoas deslocadas no amplo conceito de migração, sendo esta analisada como um processo. Todavia, tal inclusão não tem sido aplicada, na prática, ao termo *migrante*, que não é entendido como um termo genérico, abrangendo várias categorias, tais como os refugiados, os deslocados e os migrantes econômicos. Um migrante é, em geral, considerado como um migrante econômico ou um trabalhador migrante e se diferencia de um refugiado ou outras pessoas que foram forçadas a se deslocar por causa da intervenção de um fator externo à sua vontade.

A Carta Constitutiva da Organização Internacional para Migrações,[18] por exemplo, refere-se em momentos separados aos (1) migrantes e aos (2) refugiados, às pessoas deslocadas e outros indivíduos que necessitam de serviços internacionais de migração,[19] conforme segue:

> *Article 1*
> *The purposes and functions of the Organization shall be:*
> *to make arrangements for the organized transfer of migrants, for whom existing facilities are inadequate or who would not otherwise be able to move without special assistance, to countries offering opportunities for orderly migration;*

to concern itself with the organized transfer of refugees, displaced persons and other individuals in need of international migration services for whom arrangements may be made between the Organization and the States concerned, including those States undertaking to receive them [...]

Por um lado, essa distinção é relevante, uma vez que permite entender que a natureza e o escopo da proteção a ser garantida a um refugiado, por exemplo, sejam diferentes daqueles conferidos a um migrante trabalhador, o qual pode continuar a contar com a proteção do Estado do qual é nacional, em face do caráter complementar da proteção internacional. Mas, por outro lado, ela deveria partir da ótica das migrações em geral, e não dos migrantes, pois na realidade (1) tanto os migrantes forçados quanto os migrantes voluntários são migrantes e (2) a distinção a partir da ótica dos migrantes pode levar a processos de discriminação ou de categorização de pessoas as quais, em verdade, compartilham a mesma qualidade de dignidade inerente.

Assim, sendo a distinção entre as migrações forçadas e as migrações voluntárias relevante para o sistema atual de proteção das pessoas em movimento, uma vez que a proteção que será concedida às pessoas em cada uma dessas situações é distinta, passa-se a apontar as principais peculiaridades de cada situação.[20]

As migrações podem ser, desta feita, classificadas em migrações forçadas ou migrações voluntárias.[21] As voluntárias abrangem todos os casos em que a decisão de migrar é tomada livremente pelo indivíduo, por razões de conveniência pessoal e sem a intervenção de um fator externo. Aplicam-se, portanto, a pessoas, e membros de sua família, que se mudam para outro país em busca de melhores condições sociais e materiais de vida para si e seus familiares. Essas pessoas podem ter um *status* de migração regular ou irregular, em função de sua entrada e permanência no país de residência, tenham ou não sido observados os requisitos legais previstos no país.

Já as migrações forçadas ocorrem quando o elemento volitivo do deslocamento é inexistente ou minimizado e abrangem uma vasta gama de situações.

A situação clássica de migração forçada é o refúgio que protege as pessoas as quais tiveram ou têm de deixar seu país de origem ou de residência habitual em razão de bem-fundado temor de perseguição em função de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou de pertencimento a um grupo social, nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967; ou, no caso da América Latina, também por grave e generalizada violação de direitos humanos.

A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 trazem os direitos dos refugiados e solicitantes de refúgio e os deveres dos Estados para com eles, bem como regulamentam a proteção de outras pessoas que estejam sob o mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, como os apátridas, retornados e reassentados.[22]

Além dos refugiados, também se enquadram nas migrações forçadas as pessoas deslocadas internamente, seja por questões de conflitos armados, desastres ambientais

ou graves violações de direitos humanos. Essas pessoas continuam sob a proteção de seu Estado, o que faz que a proteção internacional seja peculiar.

Um terceiro grupo de pessoas em movimento sujeito a migrações forçadas é o dos deslocados ambientais, muitas vezes apresentados como *refugiados ambientais*. As mudanças ambientais, sobretudo as climáticas, têm provocado o deslocamento de milhões de pessoas, fenômeno que tende a se agravar. Essas pessoas, às vezes, tornam-se deslocadas internas e, outras vezes, cruzam fronteiras internacionais. Quanto a este último caso, tem-se debatido se elas poderiam se enquadrar no sistema de proteção aos refugiados, o que não parece adequado, por faltar a característica básica desse sistema, qual seja a perseguição.

As migrações forçadas englobam também pessoas as quais tiveram de se deslocar em função de situações relativas a seus direitos econômicos, sociais ou culturais. Nesses casos, pode existir uma falta de efetivação grave de tais direitos ou a realização de obras e atividades que visem mediatamente a acelerar o desenvolvimento, mas que imediatamente causam deslocamentos.

Há ainda indivíduos os quais necessitam de serviços de migração, como é o caso de pessoas que enfrentam violações de direitos humanos em seu próprio país e ainda se encontram neste país (prisioneiros políticos, por exemplo), em geral no contexto de uma situação de tensão política interna ou conflito armado não internacional, ou qualquer outra espécie atípica de migração em que o indivíduo não se caracterize como migrante, refugiado ou pessoa deslocada.

Conclui-se, portanto, que quanto a este amplo grupo é preciso diferenciar entre aqueles que podem contar com a proteção do seu país de origem ou residência e aqueles que não podem recorrer a esta proteção, a fim de se verificarem formas de aprimorar a proteção internacional de todos.

4 A proteção internacional no âmbito da migração

4.1 Os migrantes econômicos e a sua proteção internacional

Não há uma definição jurídica da palavra *migrante*. Em geral, na legislação doméstica dos Estados, referência é feita somente a *estrangeiros* e o seu direito de entrar, permanecer e trabalhar. Em âmbito internacional, existem definições variadas de *trabalhadores migrantes*, sendo relevante mencionar aquela adotada pela Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, de 1990, instrumento componente do sistema onusiano de direitos humanos.

De acordo com ela, o trabalhador migrante é aquela pessoa que desempenha uma atividade remunerada em um Estado do qual ele não é um nacional. A definição inclui os migrantes não documentados ou migrantes em situação irregular (por causa de sua entrada, estada ou trabalho), trabalhadores que atuam nas fronteiras, trabalhadores

sazonais, trabalhadores de instalações *offshore*, trabalhadores itinerantes e trabalhadores autônomos; e exclui os refugiados e apátridas, estudantes e *trainees*.[23]

Verifica-se, assim, que a proteção internacional específica é bastante precária em relação aos migrantes, o que deve ser revisto. Em face do atual cenário internacional, a adoção e a efetivação de novos mecanismos de proteção não serão viáveis. Assim, é indispensável que, por um lado, os Estados de origem dessas pessoas atuem por meio da proteção diplomática, a fim de protegê-los quando estiverem no exterior, e que, por outro lado, os instrumentos gerais de direitos humanos sejam aplicados, uma vez que são de titularidade universal e devem ser respeitados em quaisquer situações.

Dessa forma, ter-se-ia assegurado um mínimo de proteção, enquanto se tenta coadunar os interesses dos Estados com as necessidades dos migrantes e elaborar documentos mais específicos de proteção.

4.2 Os refugiados, as pessoas em condição análoga à dos refugiados e a sua proteção internacional

Como visto, os refugiados são os migrantes forçados que contam com o sistema mais completo de proteção. Tal sistema traz uma definição clara das pessoas na condição de refugiadas e dos direitos e deveres que decorrem de tal situação.

Ademais de contarem com o sistema universal previsto na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, os refugiados contam com proteção em âmbito regional, em que há a extensão da proteção a outros casos, em âmbito africano e americano.

A Convenção da antiga Organização da Unidade Africana, atual União Africana, que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África, foi adotada em 1969, sendo um instrumento regional mandatório. Ela constitui o único tratado regional a respeito de refugiados legalmente vinculante, tendo sido adotada no contexto dos conflitos que acompanharam o fim da era colonial na África e levaram a uma sucessão de movimentações de pessoas em larga escala. Esse instrumento inclui entre os refugiados qualquer pessoa que, em razão de uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira, ou de acontecimento que perturbe gravemente a ordem pública, em uma parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar seu país. Deste modo, não se exige dessas pessoas o receio fundado de perseguição.

Em 1984, um colóquio de representantes de governos e juristas adotou a Declaração de Cartagena, instrumento regional não mandatório. A Declaração recomendou que na definição de refugiado utilizada na América Latina considere-se também como tal, além das previsões universais, a pessoa que tenha fugido do seu país porque sua vida, sua segurança ou sua liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça dos direitos humanos, ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Em âmbito doméstico, cada Estado é livre para legislar internamente, ampliando a proteção conferida pelo refúgio a outras hipóteses não previstas nos instrumentos internacionais. Todavia, o direito internacional atualmente confere proteção em conformidade com o previsto na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967.

A Convenção de 1951 e seu Protocolo fornecem aos Estados-partes a base jurídica da proteção, destacando-se o princípio do *non-refoulement*, ou seja, da impossibilidade de devolução do solicitante de refúgio (enquanto pendente a sua solicitação) e do refugiado a um país em que haja risco de perseguição. Por sua vez, o ACNUR tem o mandato, previsto em seu estatuto, adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1950, de assegurar a proteção internacional aos refugiados e procurar soluções duradouras para seus problemas. O mandato do ACNUR vem sendo alargado, desde então, por meio de resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, o que inseriu sob a responsabilidade do ACNUR categorias de pessoas não abrangidas pela Convenção de 1951 e seu Protocolo: pessoas que fogem de um conflito ou de acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública (refugiados ao abrigo da Convenção Africana e da Declaração de Cartagena); refugiados sob mandato; retornados; apátridas; e, em algumas situações, as pessoas deslocadas internamente.

Todavia, a previsão de proteção pelo mandato do ACNUR não torna tais pessoas refugiados. Além disso, deve-se ressaltar que o estatuto e as resoluções da Assembleia Geral da ONU a respeito do mandato do ACNUR definem as responsabilidades e funções deste órgão, sendo ele, portanto, diferente de um tratado que vincula os Estados signatários, especificando os direitos e as obrigações das pessoas reconhecidas como refugiados.

Cumpre lembrar que os palestinos constituem um caso especial perante o direito internacional. Em 1948, foi instituído o Organismo da ONU das Obras Públicas e Socorro aos Refugiados da Palestina no Próximo Oriente (UNRWA, em sua abreviatura em inglês),[24] para prestar assistência aos palestinos que foram deslocados por ocasião da criação do Estado de Israel. O UNRWA define como refugiados palestinos todas as pessoas – e seus descendentes – que residiam na Palestina dois anos antes das hostilidades de 1948 e que perderam as suas casas e os meios de subsistência em consequência do conflito. Ao UNRWA não foi atribuído um mandato para proteger os refugiados palestinos, sendo esta responsabilidade deixada aos países no qual eles buscaram refúgio.

Os apátridas, por sua vez, são pessoas que não são consideradas por nenhum Estado, nos termos de seu ordenamento jurídico, como seu nacional. O apátrida pode ser um refugiado e, nesta hipótese, estaria sob a proteção dos instrumentos internacionais e das legislações nacionais a respeito do refúgio, mas não necessariamente se enquadra nos critérios para o reconhecimento do *status* de refugiado.

A apatridia tem estreita relação com o deslocamento, do que decorre o envolvimento do ACNUR com o tema. O deslocamento pode ser a causa da apatridia

(deslocamento seguido de redefinição de fronteiras territoriais), pode ser uma consequência da apatridia (quando a pessoa apátrida é forçada a deixar o local de residência), pode ser um obstáculo à solução duradoura dos refugiados (quando um Estado se recusa a permitir a entrada de repatriados, quando não se pode provar a nacionalidade anterior pela ausência de documentos ou mesmo de registro de nascimento).

Em âmbito internacional, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, contribui para regularizar e melhorar o estatuto dos apátridas e para assegurar que eles gozem, sem discriminação, dos direitos humanos, ou seja, a Convenção visa a garantir direitos humanos aos apátridas. Por sua vez, a Convenção sobre a Redução da Apatridia, de 1961, define formas mediante as quais pessoas apátridas podem adquirir ou conservar uma nacionalidade, por meio de laços a um Estado por nascimento ou ascendência, e visa à resolução de situações que provocam a apatridia. Contudo, nenhuma das duas convenções estabelece processo de solicitação de um *status* de permanência por razões de apatridia.

Aqui, é interessante mencionar também os asilados. Isso porque, sobretudo na América Latina, coexistem os institutos do refúgio e do asilo, ambos espécies do direito de asilo consagrado internacionalmente.

O asilo tem origens na Antiguidade Clássica e, hoje em dia, é um ato discricionário do Estado visando a proteger pessoas que sofram perseguição, geralmente políticas. Ele pode ser concedido no território efetivo do Estado (asilo territorial) ou em embaixadas, consulados ou legações (asilo diplomático).

Verifica-se, assim, que o asilo se distingue do refúgio, pois este não é discricionário, tem como base o fundado temor de perseguição e pode ser baseado em outras razões que não a opinião política.

O quadro 1 apresenta isso de forma esquemática.[25]

Quadro 1 – Semelhanças e diferenças entre asilo e refúgio

	ASILO	REFÚGIO
SEMELHANÇAS	OBJETIVOS: AMBOS VISAM À PROTEÇÃO DE INDIVÍDUOS POR OUTRO ESTADO QUE NÃO O DE ORIGEM E/OU RESIDÊNCIA HABITUAL DESSES.	
	FUNDAMENTAÇÃO: AMBOS SE FUNDAM NA SOLIDARIEDADE E NA COOPERAÇÃO INTERNACIONAIS.	
	FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: AMBOS SE FUNDAM NO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS E, CONSEQUENTEMENTE, AMBOS PODEM SER ENTENDIDOS COMO ABARCADOS PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.	
	CARÁTER: AMBOS TÊM CARÁTER HUMANITÁRIO.	
	PROTEÇÃO ASSEGURADA: A SAÍDA COMPULSÓRIA DESTAS PESSOAS FICA LIMITADA.	
DIFERENÇAS	DATA DA ANTIGUIDADE.	É POSITIVADO TÃO SOMENTE NO SÉCULO XX.
	ATUALMENTE, É PRATICADO PRINCIPALMENTE NA AMÉRICA LATINA.	TEM ABRANGÊNCIA UNIVERSAL.

TEMA DE TRATADOS REGIONAIS DESDE O SÉCULO XIX.	TEM COMO BASE TRATADOS UNIVERSAIS, SENDO SOMENTE A PARTIR DA DÉCADA DE 1960 QUE ELE PASSA A SER TEMA DE TRATADOS REGIONAIS.
HIPÓTESES DISCRICIONÁRIAS DE CONCESSÃO.	HIPÓTESES CLARAS DE RECONHECIMENTO DO STATUS DE REFUGIADO.
LIMITADO A QUESTÕES POLÍTICAS.	CINCO MOTIVOS: OPINIÃO POLÍTICA, RAÇA, RELIGIÃO, NACIONALIDADE E PERTENCIMENTO A GRUPO SOCIAL).
BASEIA-SE NA PERSEGUIÇÃO EM SI	O ELEMENTO ESSENCIAL DE SUA CARACTERIZAÇÃO É O BEM FUNDANDO TEMOR DE PERSEGUIÇÃO, OU SEJA, A PERSEGUIÇÃO NÃO PRECISA TER SIDO MATERIALIZADA
NÃO EXISTE UM ÓRGÃO INTERNACIONAL ENCARREGADO DE FISCALIZAR A PRÁTICA DO ASILO.	EXISTE UM ÓRGÃO INTERNACIONAL ENCARREGADO DE FISCALIZAR A PRÁTICA DO REFÚGIO.
NÃO EXIGE QUE O INDIVÍDUO ESTEJA FORA DE SEU ESTADO DE ORIGEM E/OU NACIONALIDADE (NA MODALIDADE DO ASILO DIPLOMÁTICO).	EXIGE QUE O INDIVÍDUO ESTEJA FORA DE SEU ESTADO DE ORIGEM E/OU NACIONALIDADE.
NÃO HÁ CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO.	TEM LIMITAÇÕES QUANTO ÀS PESSOAS QUE PODEM GOZAR DELE (CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO), PARA QUE SEJA COERENTE COM OS PRINCÍPIOS E PROPÓSITOS DA ONU, UMA VEZ QUE É UM ÓRGÃO DESSA ORGANIZAÇÃO QUE FISCALIZA A SUA APLICAÇÃO.
NÃO HÁ CLÁUSULAS DE CESSAÇÃO.	A PROTEÇÃO CONCEDIDA PELO REFÚGIO TEM PREVISÕES PARA DEIXAR DE EXISTIR (CLÁUSULAS DE CESSAÇÃO).
DECISÃO DE CONCESSÃO DE ASILO É CONSTITUTIVA.	RECONHECIMENTO DO STATUS DE REFUGIADO É DECLARATÓRIO.
DA CONCESSÃO NÃO DECORREM OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS AO ESTADO DE ACOLHIDA.	DO RECONHECIMENTO DO STATUS DE REFUGIADO DECORREM OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS AO ESTADO DE ACOLHIDA.
NÃO DECORREM POLÍTICAS DE INTEGRAÇÃO LOCAL.	DEVEM DECORRER POLÍTICAS DE INTEGRAÇÃO LOCAL DOS REFUGIADOS.

Verifica-se, assim, que, no âmbito internacional, os refugiados e as pessoas em condições análogas (com exceção dos asilados) à dos refugiados contam com proteção, existindo documentos e órgãos internacionais específicos e encarregados de assegurar o respeito aos direitos humanos destas pessoas em movimento. Como a proteção se efetiva nos territórios de Estados, há a possibilidade de aprimoramento de situações específicas, mas a proteção internacional assegurada é razoavelmente desenvolvida.

4.3 Os deslocados internos e a sua proteção internacional

No caso dos deslocados internos, as Linhas de Orientação da ONU sobre Deslocamento Interno[26] definiram como pessoas deslocadas internamente aquelas

pessoas ou grupos de população que foram forçados a fugir e abandonar as suas casas ou os seus locais de residência habitual, em razão de conflitos armados, situações de violência generalizada, violações de direitos humanos e calamidades naturais ou provocadas pelo homem, ou a fim de evitar os seus efeitos, e que não atravessaram qualquer fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado.

Os deslocados internos, uma vez que permanecem no seu próprio país de origem, não podem ser considerados refugiados – nem estavam inicialmente sob o abrigo do mandato do ACNUR. Não há nenhum tratado internacional ou agência especificamente voltada à proteção dessas pessoas. Atualmente, a proteção se faz pela abordagem conjunta (*cluster approach*) das agências que atuam em diversas áreas (como o UNICEF e a Organização Mundial da Saúde) e também pelo ACNUR, a quem foi atribuída a responsabilidade de proteção em relação aos deslocados internos.

Como os deslocados internos seguem dentro de seus Estados, a proteção internacional somente ocorre mediante a observação de alguns critérios: (1) existência de uma solicitação ou autorização da Assembleia Geral ou de outro órgão superior e competente da ONU; (2) consentimento do Estado interessado e, quando aplicável, de outras entidades envolvidas no conflito; (3) acesso à população afetada; (4) condições de segurança adequadas para o pessoal do ACNUR e seus parceiros; (5) linhas claras de obrigações e responsabilidades; (6) capacidade e recursos adequados.

A atuação das agências e dos órgãos internacionais se faz em conformidade com as mencionadas Linhas de Orientação da ONU, instrumento não mandatório, inspirado no direito internacional dos direitos humanos, no direito humanitário e no direito internacional dos refugiados. Tal instrumento consolidou os mais importantes princípios de proteção internacional aplicados às pessoas deslocadas internamente e teve como principal objetivo orientar os Estados, os atores não estatais, as organizações intergovernamentais e não governamentais a respeito do deslocamento interno. Além disso, cumpre ressaltar que, nos casos em que o deslocamento interno decorra de uma situação de conflito interno, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) entende que sua atuação é demandada, em face de seu mandato.

Nota-se que o sistema de proteção aos deslocados internos tem evoluído a partir da prática. Atualmente, conta, ao menos, com princípios reitores, que consideram a especificidade da situação dos deslocados e tentam responder às necessidades básicas dessa população, podendo ser apontados como o início de uma proteção internacional a esses migrantes.

4.4 Os deslocados por questões ambientais e a sua proteção internacional

A proteção a ser conferida aos deslocados por razões ambientais tem sido objeto de debate internacional (LOPEZ, 2007). O direito internacional do meio ambiente desenvolveu-se com normas preventivas e punitivas no que diz respeito à degradação

ambiental, e o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário tratam dos efeitos adversos da degradação ambiental nos seres humanos.

A migração resultante de um meio ambiente temporariamente ou permanente degradado é um fato incontestável; todavia, o direito internacional não tem disposições concernentes à correlação entre a degradação ambiental e a migração humana. Os poucos estudos sobre o tema focam normalmente em como a chegada de grandes levas de migrantes pode afetar o meio-ambiente, como no caso da construção de campos de refugiados, e não em como a degradação ambiental pode gerar deslocamentos.

O evento-marco no desenvolvimento de estudos a respeito da migração causada por razões ambientais foi um relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), de 1985 (EL-HINNAWI, 1985). Do ponto de vista do direito internacional, a expressão *refugiados ambientais* não é correta, pois a definição dada pelo direito internacional à palavra *refugiado* abrange critérios específicos que fazem que uma pessoa possa receber a proteção do refúgio. A Convenção de 1951 não foi redigida para abranger as pessoas deslocadas por razões ambientais, e isso não é possível ainda que se interprete o instrumento atualizando-o ao contexto atual. A principal questão ressaltada pela doutrina (KOZOLL, 2004) é que na maioria das situações não se vislumbra perseguição ou ação concertada de uma entidade identificável ou mesmo do Estado.

Diferentemente das vítimas de perseguição, as pessoas que se deslocam em razão de um desastre ambiental podem, em geral, valer-se da ajuda e do suporte do próprio governo, mesmo que tal suporte seja limitado. Isso não se confunde com a situação em que o agente perseguidor utiliza a degradação ambiental como meio de perseguição. Neste caso, a razão da perseguição pode ser uma das previstas na Convenção de 1951, e a forma de perseguição é o dano ambiental; assim, trata-se de um refugiado. Nesse sentido, deve-se estabelecer o fundado temor de perseguição.

Contudo, há a possibilidade de, em âmbito regional e nacional, conferir-se proteção por intermédio do refúgio, na medida em que organizações internacionais ou Estados estenderam a proteção conferida pelo instituto a pessoas fugindo de acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública. Essa previsão poderia ser aplicada às pessoas que deixam seu pais em razão de desastres ambientais (MCCUE, 1993).

Verifica-se, assim, a necessidade de se desenvolver um sistema próprio para os deslocados ambientais, uma vez que eles não se enquadram nas definições de refugiados, e a reforma destas parece improvável e indesejável, pois, em um cenário restritivo às migrações, as reformas podem pôr em risco a proteção já existente, minimizando as garantias aos refugiados.

4.5 Os deslocados por questões de direitos econômicos, sociais e culturais e de desenvolvimento, e a sua proteção internacional

Nos dias atuais, a diferença entre o *status* de refugiado e a situação de migrante econômico não é fácil quando se está em jogo a violação a direitos econômicos, sociais

e culturais.[27] Historicamente, há que se recordar que, em função dos conflitos ideológicos que marcaram o período da Guerra Fria e se refletiram na doutrina e na normativa internacional de direitos humanos, os direitos econômicos, sociais e culturais foram por muito tempo considerados por alguns autores e Estados como aspirações, e não direitos humanos. Todavia, cumpre buscar pelos elementos definidores do *status* de refugiado e verificar se uma pessoa deslocada por questões de direitos econômicos, sociais e culturais pode recorrer ao refúgio, ou deve ser concedido a ela outro tipo de proteção.

Ao se considerar a necessidade da existência de um fundado temor de perseguição para a caracterização do *status* de refugiado, a motivação decorrente de violação de direitos econômicos, sociais e culturais fica mais complicada, visto que a violação desses direitos ocorre mais pela negligência do que por meio de um ato formal ou de ações concertadas de um agente perseguidor. Além disso, quase sempre é difícil separar a situação de um indivíduo das condições gerais no seu país de origem ou residência habitual. Contudo, há casos em que há uma interseção entre o fato de se pertencer a um grupo social e o acesso à educação e à saúde. Mas, nesses casos, a perseguição pode ser caracterizada por pertencimento a grupo social.

No mesmo sentido, pode-se fazer uma relação com situações de indivíduos e tratados de direitos humanos que definem certos grupos, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Convenção sobre Direitos das Crianças, a Convenção a respeito dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, já mencionada, e a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. Há, além desses, outros grupos definidos por características comuns as quais levam à discriminação, como pessoas infectadas pelo vírus da AIDS, ou com outras doenças.

Há razões para considerar a privação de direitos econômicos e sociais em certos casos; por exemplo, a privação ao direito ao trabalho, à educação, à saúde como fundamento para o reconhecimento do *status* de refugiado.

O dilema dos direitos econômicos, sociais e culturais encontra-se no fato de que, se um Estado falha em prover tais direitos para toda a população por meio de políticas e programas, é difícil argumentar casos individuais, alegando que tais direitos não são realizados. O que se pode argumentar é que, em razão de suas opiniões políticas, sua etnia, ou de pertencimento a algum grupo social, esses indivíduos são privados por um agente – o Estado ou outra entidade com poder suficiente – de trabalhar, de receber educação ou tratamento de saúde. O ponto crucial é que o Estado, ou outro agente atua contra o indivíduo, e isso constitui uma perseguição.

Menos clara é a situação quando não há nenhuma ação por parte desse agente, mas sim negligência. Os Estados podem argumentar que os recursos não são suficientes para permitir a proteção de certos direitos, como, por exemplo, fornecer o tratamento para pessoas infectadas pelo HIV.

Portanto, uma solicitação de refúgio em que há direitos econômicos, sociais e culturais sendo violados pode ser atendida se houver um caso de discriminação dirigida a um grupo; caso contrário, será difícil demonstrar o fundado temor necessário para a caracterização do refúgio.

Se a violação de direitos econômicos e sociais se tornar um fundamento por si só para o reconhecimento do *status* de refugiado, poderá haver um aumento considerável no movimento internacional de pessoas em busca de um padrão de vida adequado.

A análise que poderia ser feita é a seguinte: se o Estado de origem tentou e tem tentado melhorar a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais da sua população, sem discriminação, não haveria fundamentos para alegar perseguição. Entretanto, se o Estado falha nessa tarefa, discriminando parte da população na provisão dos serviços voltados à realização desses direitos, existe argumento fundado em discriminação a determinado grupo social, motivo este previsto originalmente na Convenção de 1951 e que atendeu, por exemplo, aos ciganos vitimados durante o regime nazista.

Contudo, ainda assim uma parte de indivíduos aos quais é negado o direito ao desenvolvimento, consoante a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (1986),[28] continua sem proteção internacional.

O direito ao desenvolvimento é objeto de inúmeros debates no âmbito internacional, sendo que no âmbito da ONU lhe foi atribuída a noção de síntese de todos os direitos humanos, baseada na interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos (OLIVEIRA, 2004). Logo, quando se fala em violações graves e sistemáticas de direitos humanos, há que se indagar se a privação do direito ao desenvolvimento não poderia configurar uma situação merecedora de proteção internacional.

A situação de Estados em que se verifica ausência de instituições democráticas e níveis elevados de pobreza que alcançam a maioria da população pode resultar em algo insustentável para os indivíduos, apresentando índices altos de mortalidade infantil e materna, desnutrição e analfabetismo. Pode-se falar simplesmente: "Triste daquele que nasceu neste país!"; pode-se buscar por meio da cooperação internacional reverter o quadro de desenvolvimento do Estado – todavia, isso demanda longo prazo –; ou se pode tentar diferenciar mesmo, entre as situações de ausência de desenvolvimento, aquelas que resultam em pessoas as quais demandam proteção internacional, visto que o futuro certo com fome e doenças configura sim fator externo que compele o indivíduo à migração, mesmo não havendo uma perseguição configurada.

Nesses casos, há elementos para se argumentar a aplicação da proteção estendida nos termos da Convenção Africana de 1969 e da Declaração de Cartagena de 1984, que não demandam a existência da perseguição para a concessão da proteção do refúgio, mas somente a configuração de situações objetivas, entre as quais se destaca a vida ameaçada por violação maciça dos direitos humanos, ou ainda a relação com a ordem pública, em face de um Estado fraco e incapaz de prover o mínimo necessário para se viver.

Por fim, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais e à efetivação do direito ao desenvolvimento, cumpre mencionar o deslocamento de pessoas em função de construção de obras as quais visam ao aprimoramento da infraestrutura do país, tais como a construção de hidrelétricas de barragens ou a realização de obras de desvio do leito dos rios. Nessas situações, ter-se-ia o deslocamento em função da efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais, e não em função de sua ausência, mas, embora com fundamentos diferentes, ter-se-ia o mesmo resultado prático: a necessidade de as pessoas deixarem seus locais de residência.

Tal situação enseja um sistema de proteção distinto dos mencionados aqui, pois as pessoas deslocadas em razão dessas condições permanecem sob a responsabilidade de seus Estados, estando, assim, mais próximas da condição de deslocados internos e, consequentemente, submetidas ao sistema de proteção a estes, o qual se encontra em face de construção.

Verifica-se, assim, que tanto pela falta de efetivação quanto pela realização de obras a fim de garanti-los, há possibilidade de migrações em função de direitos econômicos, sociais e culturais, o que impõe mais uma séria de desafios à busca de proteção internacional nas migrações.

Conclusão

As realidades políticas, sociais, econômicas e ambientais estão gerando movimentações de pessoas envolvidas em situações cada vez mais complexas e sem previsão internacional de proteção, demandando a aplicação do direito internacional dos direitos humanos e dos princípios humanitários, e a criação, pelos Estados, de sistemas de proteção complementar (MCADAM, 2005).

A sociedade internacional deve se preocupar com o fato de que os critérios definidores do *status* de refugiado e as responsabilidades dos Estados vinculadas a este *status* perdem sua precisão pelo uso do instituto do refúgio para proteger pessoas não elencadas pelo Direito Internacional como passíveis de receber esta proteção específica (FELLER, 2006). Tal preocupação não deve, contudo, impedir ou prejudicar a proteção de outras pessoas em movimento, seja este fruto de migrações forçadas ou a migrações voluntárias.

Sendo a migração um dado do cenário internacional, o direito internacional deve buscar assegurar normas que coadunem os interesses dos Estados e as necessidades de proteção dos seres humanos e de todas as facetas e dimensões de sua dignidade.

Essa proteção não parece advir de um direito internacional de migrações, uma vez que as situações dos migrantes parecem muito diversas em suas causas e motivações, e os níveis de proteção existentes são bastante divergentes, o que poderia levar a injustiças caso se tratassem situações desiguais de forma similar.

As bases da proteção já existem no direito internacional dos direitos humanos. Em vez de se propugnar pela criação teórica de um ramo autônomo do direito internacional, o foco deve ser a proteção prática dos migrantes, para, a partir da realidade e do desenvolvimento fático da proteção, começar a se pensar em construções teóricas. Nesse sentido, o recurso aos mecanismos convencionais e não convencionais do sistema internacional e dos sistemas regionais de direitos humanos nos casos em que os Estados violem as obrigações assumidas em tratados de direitos humanos, no contexto das migrações, pode contribuir para o respeito à dignidade dos migrantes.

: ARTIGO APROVADO **(15/01/2010)** : *RECEBIDO EM 24/04/2009*

NOTAS

1 Os autores defendem a ideia de um regime normativo unitário para a análise jurídica do movimento humano, compreendendo que as múltiplas respostas à imigração, embora diversas, podem ser reunidas. Este livro possui uma perspectiva diferente da publicação de 2003 *Migração e Normas Jurídicas Internacionais*, que defendia a ideia de que um regime coerente de normas internacionais a respeito da migração ainda não havia emergido. Tal publicação também reflete a denominação do Departamento de Assuntos Jurídicos e Direito Internacional da Migração no âmbito da Organização Internacional para Migração (OIM).

2 A Organização das Nações Unidas divulgou recentemente que, em função da nova crise econômica global, 10 milhões de pessoas podem se tornar migrantes. Informação obtida em: *O Estado de São Paulo*, 27 de dezembro de 2008, Caderno de Economia. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/economia/not_eco299536,0.htm>.

3 Informação disponível em: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/global-estimates-and-trends>. Acesso em janeiro de 2009.

4 Informação disponível em: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/en/pid/241>. Acesso em janeiro de 2009.

5 Disponível em: <www.acnur.org/t3/portugues/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%>. Acesso em janeiro de 2009.

6 Disponível em: <http://www.unhcr.org/basics/BASICS/45dc19084.pdf>. Acesso em janeiro de 2009.

7 Ver: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c2aa10.pdf>. Acesso em janeiro de 2009.

8 Ver: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3bbb25729.pdf>; <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3bbb286d8.pdf>. Acesso em janeiro de 2009.

9 Disponível em: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/eng.htm>. Acesso em janeiro 2009.

10 Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em janeiro de 2009.

11 Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>. Acesso em janeiro de 2009.

12 Cumpre destacar que a doutrina mais moderna não utiliza a expressão *migrantes ilegais*, a fim de (1) não criminalizar uma conduta que geralmente é uma infração administrativa e (2) não estigmatizar os migrantes ao lhes imputar uma conduta ilegal.

13 Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/cmw.htm>. Acesso em janeiro de 2009. Houve também a adoção, em 2000, de um Protocolo contra o Tráfico de Migrantes por Terra, Mar e Ar, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; Tal documento ainda não está em vigor, mas pode ser visto em: <http://www2.ohchr.org/english/law/organizedcrime.htm>. Acesso em janeiro de 2009.

14 Há uma campanha da sociedade civil brasileira e de órgãos de proteção aos direitos humanos no sentido de que o Brasil ratifique tal convenção. A estimativa da OIM é de que existem 1,5 milhões de estrangeiros vivendo no Brasil e 3 milhões de brasileiros vivendo no exterior. Informações obtidas em: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/pid/444>. Acesso em janeiro de 2009.

15 Informações obtidas em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/13.htm>. Acesso em janeiro de 2009.

16 Atualmente, 147 Estados fazem parte da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967. Informação obtida em: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>. Acesso em janeiro de 2009.

17 Disponível em: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-iom/constitution/chapter-I-purposes-and-functions>. Acesso em janeiro de 2009.

18 Para tanto, ver: PERRUCHOUD, Richard, Persons falling under the Mandate of the International Organization for Migration (IOM) and to Whom the Organization may Provide Migration Services.

19 Note-se que, ainda que se utilizem os termos *migrantes forçados* ou *migrantes voluntários*, isso se fará com base no espírito do exposto anteriormente, ou seja, para distinguir os fenômenos migratórios vivenciados por essas pessoas em movimento, e não como forma de categorizar seres humanos.

20 Sobre as classificações de migrações ver: JUBILUT, Liliana Lyra, Migrações e Desenvolvimento, em AMARAL JR., Alberto do (org.), *Direito Internacional e Desenvolvimento* (São Paulo: Manole, 2005, p. 123–54).

21 Ver: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c39e1.pdf>. Acesso em janeiro de 2009.

22 Ver artigos 2º e 3º da Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Suas Famílias.

23 Disponível em: <http://www.un.org/unrwa/>. Acesso em janeiro de 2009.

24 Quadro esquemático apresentado por Liliana Lyra Jubilut em: JUBILUT, Liliana Lyra, Migrações e Desenvolvimento, em AMARAL JR., Alberto do (org.), *Direito Internacional e Desenvolvimento* (São Paulo: Manole, 2005, p. 123–54).

25 Disponível em: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/43ce1cff2.pdf>. Acesso em 2009.

26 Para mais detalhes a respeito do tema, ver: FOSTER, Michelle, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights*: Refuge from Deprivation (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

27 Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/rtd.htm>. Acesso em janeiro de 2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHOLEWINSKI, Ryszard; PERRUCHOUD, Richard; MACDONALD, Euan (Eds.). *International migration law*: developing paradigms and key challenges. Hage: T.M.C. Asser Press, 2007.
EL-HINNAWI, Esam. *Environmental refugees*, 4. ed. Nairobi: UNEP, 1985.
FELLER, Erika. Asylum, migration and refugee protection: realities, myths and the promise of things to come. *International Journal of Refugee Law*, v. 18, n. 3–4, p. 509–36, 2006.
FISCHEL DE ANDRADE, J. H. *Direito internacional dos refugiados*: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
FOSTER, Michelle. *International refugee law and socio-economic rights*: refuge from deprivation. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
JUBILUT, Liliana Lyra. Migrações e desenvolvimento. In: AMARAL JR., Alberto do (Org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. São Paulo: Manole, 2005. p. 123–54.
_____. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.
LOPEZ, Aurelie. *The protection of environmentally-displaced persons in International Law*, v. 37, p. 365–409, 2007. Disponível em: <*http://www.lclark.edu/org/envtl/objects/37-4_Volume_Index.pdf*>. Acesso em janeiro de 2009.
MCADAM, Jane. Book reviews, international migration law: developing paradigms and key challenges. *International Journal of Refugee Law*, v. 19, n. 4, p. 776–9, 2007.
_____. Complementary protection and Beyond: how States deal with human rights protection. United Nations High Commissioner for Refugees. *Working Paper n. 118*, 2005.
MCCUE, Gregory S. Environmental Refugees: applying International Environmental Law to involuntary migration. *Georgetown International Environmental Law Review*, v. 6, p. 151–2, 1993.
KOZOLL, Christopher. Poisoning the well: persecution, the environment, and refugee status. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 15, p. 271–2, 2004.
OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. *O direito ao desenvolvimento*: teorias e estratégias de implementação. 2006. Tese (Doutor em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

Liliana Lyra Jubilut

Av. Dr. João Beraldo, 1075
Bairro Saúde – 37550-000
Pouso Alegre – MG – Brasil
lljubilut@gmail.com

MESTRE E DOUTORA E EM DIREITO INTERNACIONAL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)
LL.M EM INTERNATIONAL LEGAL STUDIES PELA NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW (EUA)
PROFESSORA DE DIREITO INTERNACIONAL NA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
CONSULTORA PARA A CRIAÇÃO DO CONSELHO BRASILEIRO PARA REFUGIADOS E FOI ADVOGADA DO CENTRO DE ACOLHIDA PARA REFUGIADOS DA CÁRITAS ARQUIDIOCESANA DE SÃO PAULO EM PARCERIA COM O ACNUR E O GOVERNO BRASILEIRO

Silvia Menicucci. O. S. Apolinário

SEPN 707/907, Campus do Uniceub - FAJS, Bloco 3
Asa Norte – 70790-075
Brasília – DF – Brasil
silmenicucci@hotmail.com

MESTRE E DOUTORA E EM DIREITO INTERNACIONAL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)
PROFESSORA DE DIREITO INTERNACIONAL NO UNICEUB
EX-ADVOGADA DO CENTRO DE ACOLHIDA PARA REFUGIADOS DA CÁRITAS ARQUIDIOCESANA DO RIO DE JANEIRO EM PARCERIA COM O ACNUR E O GOVERNO BRASILEIRO

O PREÂMBULO E A PRESCRITIVIDADE CONSTITUTIVA DOS TEXTOS JURÍDICOS

Paulo de Barros Carvalho

PREAMBLE AND CONSTITUENT'S PRESCRIPTIVITY OF LEGAL TEXTS

RESUMO

Com o propósito de conhecer o direito em sua ampla dimensão e dar mais consistência ao saber jurídico, o trabalho abaixo pretende analisar a figura do Preâmbulo no universo normativo, empregando técnicas de aproximação que assumem tons de "Filosofia no Direito" e não de "Filosofia do Direito". Sabe-se bem que, dentre os muitos traços que lhe são peculiares, o direito oferece o dado da linguagem como seu integrante constitutivo. A linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito) como participa de sua constituição (direito positivo). Forte nesses pressupostos não hesito em proclamar que o estudo das fontes do direito está voltado, primordialmente, para o exame dos fatos enquanto enunciações que fazem nascer regras jurídicas introdutoras de normas no sistema. Por isso, o Preâmbulo, como enunciado normativo, não pode ser desconsiderado na feição de sua juridicidade. Na mesma linha, estão também as ementas e as exposições de motivos. Na condição de feixe de marcas deixadas no curso do processo enunciativo do direito, assumem indiscutível relevância, auxiliando e orientando a atividade do intérprete.

PALAVRAS-CHAVE

ciência do direito; direito positivo; fontes do direito; preâmbulo; ementa; exposição de motivos.

ABSTRACT

With the purpose to know the law in its large size and provide more consistency to the legal knowledge, to examine the work below the figure of the Preamble in the normative universe, employing techniques of approximation which are shades of "Philosophy in the law" and not "Philosophy of law. " It's known very well that, among the many features that are unique, the law provides the data of language as its integral constituent. The language speaks not only of the object (science of law) but also as part of their formation (positive law). These strong assumptions not hesitate to proclaim that the study of the sources of law is aimed, primarily, for the examination of facts that are born as legal rules feeders of standards in the system. Therefore, the Preamble, as set out standards, can not be disregarded in the garb of their legal status. In the same vein, are also the menus and displays of reasons. As long beam marks left during the enunciative process of law, are undisputed relevance, helping and guiding the activity of the interpreter.

KEYWORDS

science of law; positive law; sources of law; preamble; summary; explanatory memorandum.

1 FILOSOFIA DO DIREITO E FILOSOFIA NO DIREITO

Parece-me útil distinguir "Filosofia do Direito" de "Filosofia no Direito", como tem feito Tércio Sampaio Ferraz Jr. A primeira locução, utilizada para significar o conjunto de reflexões acerca do jurídico, corpo de ponderações de quem olha, de cima e por

fora, textos de direito positivo historicamente dados, compondo proposições crítico-avaliativas. A segunda, como o emprego de categorias que se prestam às meditações filosóficas, todavia inseridas nos textos da dogmática, isto é, vindas por dentro, penetrando as construções mesmas da ciência. São enunciados extrajurídicos, não necesariamente filosóficos, linguísticos ou não, mas que potencializam o trabalho do cientista do direito em sentido estrito, na medida em que são introduzidos no discurso para aumentar sua capacidade cognoscente, ao provocar novos meios de aproximação com o objeto que se pretende conhecer.

Não há neste artigo qualquer espírito emulativo, para apontar essa ou aquela proposta metodológica como a melhor: podem conviver, ambas, harmonicamente, outorgando maior rendimento ao trabalho expositivo.

O exemplo sempre foi expediente fundamental para iluminar o conhecimento. Nesse sentido, o estudo das "fontes do direito" ficou engrandecido com as categorias linguísticas de enunciação, enunciação-enunciada, enunciado e enunciado-enunciado. Da mesma forma, os elementos pragmáticos relato e cometimento, empregados para a especulação teórica sobre a norma jurídica, fortaleceram a mensagem cognoscitiva, propiciando condições mais cômodas para a compreensão das unidades normativas.

Construções desse tipo estimulam o emprego da "Filosofia no Direito", tendo em vista expandir o conhecimento e dar mais consistência ao saber jurídico.

2 INTERPRETAÇÃO E SEMIÓTICA DO DIREITO: TEXTO E CONTEXTO

Tendo o signo *status* lógico de relação que se estabelece entre o suporte físico, a significação e o significado, para utilizar a terminologia adotada por E. Husserl, pode dizer-se que toda linguagem, como conjunto sígnico que é, também oferece esses três ângulos de análise, ou seja, compõe-se de um substrato material, de natureza física, que lhe sirva de suporte; uma dimensão ideal na representação que se forma na mente dos falantes (plano de significação); e o campo dos significados, vale dizer, dos objetos referidos pelos signos e com os quais eles mantêm relação semântica. Nessa conformação, o texto (tomado aqui em sentido estrito) ocupa o tópico de suporte físico, base material para produzir a representação na consciência do homem (significação) e, também, termo da relação semântica com os objetos significados. O texto é o ponto de partida para a formação das significações e, ao mesmo tempo, para a referência aos entes significados, perfazendo aquela estrutura triádica ou trilateral que é própria das unidades sígnicas. Nele, texto, as manifestações subjetivas ganham objetividade, tornando-se intersubjetivas. Em qualquer sistema de signos, o esforço de decodificação tomará por base o texto e o desenvolvimento hermenêutico fixará nessa instância material todo o apoio de suas construções.

Na linguagem escrita, ainda que as palavras possam ser decompostas em semas e sememas, continuam sendo as unidades significativas e se dispõem em sequências que formam as associações sintagmáticas (sintagmas verbais e nominais). As associações paradigmáticas, fluindo num eixo de estruturas ausentes, já pertencem ao domínio do contexto porque não têm natureza material. Surge logo uma distinção que há de ser feita: texto no sentido estrito e texto em acepção ampla. *Stricto sensu*, o texto se restringe ao plano dos enunciados como suporte de significação, de caráter eminentemente físico, expresso na sequência material do eixo sintagmático. Mas não há texto sem contexto, pois a compreensão da mensagem pressupõe necessariamente uma série de associações que poderíamos referir como idiomáticas e extraidiomáticas. Nesse sentido, aliás, a implicitude é constitutiva do próprio texto. Haverá, portanto, um contexto de linguagem envolvendo imediatamente o texto, como as associações do eixo paradigmático, e outro, de índole não idiomáticas, contornando os dois primeiros.

Desse modo, podemos mencionar o texto segundo um ponto de vista interno, elegendo como foco temático a organização que faz dele uma totalidade de sentido – operando como objeto de significação no fato comunicacional que se dá entre emissor e receptor da mensagem –, e outro corte metodológico que centraliza suas atenções no texto como instrumento da comunicação entre dois sujeitos, tomado agora como objeto cultural e, por conseguinte, inserido no processo histórico-social, onde atuam determinadas formações ideológicas. Fala-se, portanto, numa análise interna, recaindo sobre os procedimentos e mecanismos que armam sua estrutura, e numa análise externa, envolvendo a circunstância histórica e sociológica em que o texto foi produzido.

Ora, se fixarmos o texto na sua dimensão estritamente material – que é, aliás, a acepção básica, como aquilo que foi tecido, circunscrevendo nosso interesse ao conjunto dos produtos dos atos de enunciação, o que importa ingressar na esquematização estrutural em que se manifesta –, poderemos compreender a razão pela qual os enunciados linguísticos não contêm, em si mesmos, significações. São objetos percebidos pelos nossos órgãos sensoriais que, a partir de tais percepções ensejam, intrasubjetivamente, as correspondentes significações. São estímulos que desencadeiam em nós produções de sentido. Vê-se, desde agora, que não é correta a proposição segundo a qual, dos enunciados prescritivos do direito posto, extraímos o conteúdo, o sentido e o alcance dos comandos jurídicos. Impossível seria retirar conteúdos de significação de entidades meramente físicas. De tais enunciados partimos, isto sim, para a construção das significações, dos sentidos, no processo conhecido como "interpretação".

Observando esse mesmo rigor, adverte Umberto Eco:

> É mister, porém, estabelecermos aqui uma diferença entre a mensagem como forma significante e a mensagem como sistema de significados.

> A mensagem como forma significante é a configuração gráfica ou acústica "I vitelli dei romani sono belli", que pode subsistir mesmo se não for recebida, ou se for recebida por um japonês que não conheça o código da língua italiana. Ao contrário, a mensagem como sistema de significados é a forma significante que o destinatário, baseado em códigos determinados, preenche de sentido.[1]

Para os efeitos que pretendemos, importa discernir o texto, como instância material, expresso em marcas de tinta sobre o papel ou mediante sons (fonemas), com sua natureza eminentemente física, do plano do conteúdo, do contexto, seja o idiomático, seja o contexto extraidiomático.

3 CONSTRUÇÃO DE SENTIDO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Dentre os muitos traços que lhe são peculiares, o direito oferece o dado da linguagem como seu integrante constitutivo. A linguagem não só fala do objeto (ciência do direito) como participa de sua constituição (direito positivo). Se é verdade que não há fenômeno jurídico sem prescrições escritas ou não escritas, também é certo que não podemos cogitar de manifestação do direito sem linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão.

Dessa maneira, o procedimento de quem se põe diante do direito com pretensões cognoscitivas há de ser orientado pela compreensão desses textos prescritivos. A partir do (1) contato com a literalidade textual, vale dizer, com o plano dos significantes ou com o chamado plano da expressão, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais; (2) o intérprete constrói os conteúdos significativos; (3) e ordena-os na forma estrutural de normas jurídicas, articulando essas entidades para formar um (4) domínio, cujos vínculos de coordenação e de subordinação aparecem no momento mesmo da organização dessas regras de direito como sistema.

Se retivermos a ideia de que o direito carrega sempre esses quatro planos: o das formulações literais, o de suas significações como enunciados prescritivos e o das normas jurídicas, como unidades de sentido obtidas mediante o grupamento de significações que obedecem a determinado esquema formal (implicação), dentro de estrutura hierarquizada e coordenada segundo a lógica sistêmica do direito posto – e se pensarmos que todo nosso empenho se dirige para construir essas normas a partir de um estrato de linguagem –, não será difícil verificar a gama imensa de obstáculos que se levantam no percurso gerativo de sentido ou, em termos mais simples, na trajetória da interpretação.

A tarefa do exegeta dos textos jurídico-positivos, ainda que possa parecer facilitada pela eventual coincidência da mensagem prescritiva com a sequência das fórmulas gráficas utilizadas pelo legislador (no direito escrito), oferece ingentes dificuldades,

se a proposta for a de um exame mais sério e atilado. E, sendo o direito um objeto da cultura, invariavelmente penetrado por valores, teremos, de um lado, as estimativas, sempre cambiantes em função da ideologia de quem interpreta; de outro, os intrincados problemas que cercam a metalinguagem, também inçada de dúvidas sintáticas e de problemas de ordem semântica e pragmática.

A lei, vista de certo ângulo, representa o texto, na sua dimensão de veículo de prescrições jurídicas. Constituição, emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, resoluções, decretos, sentenças, acórdãos, contratos, manifestações unilaterais de vontade e atos administrativos, como suportes materiais de linguagem prescritiva, pertencem à plataforma da expressão dos textos imperativos e, como tais, são veículos introdutórios de normas jurídicas, constituindo a base empírica do conhecimento do direito posto.

Já a norma jurídica é juízo implicacional construído pelo intérprete em função da experiência no trato com esses suportes comunicacionais. Por isso, não há que confundir norma, como complexo de significações enunciativas, unificadas em forma lógica determinada (estrutura implicacional), com a expressão literal desses enunciados, ou mesmo os conteúdos de sentido que tais enunciados apresentem quando isoladamente considerados. O plano dos significantes (plano de expressão) é o veículo que manifesta, graficamente (no direito escrito), a mensagem expedida pelo autor. Na sua implexa totalidade, constitui o sistema morfológico e gramatical do direito posto, conjunto de frases prescritivas introduzidas por fatos jurídicos que a ordenação positiva para tanto credencia.

Com propósitos analíticos, entretanto, podemos isolar frase por frase, enunciado por enunciado, compondo um domínio de significações, antes de agrupar os conteúdos segundo fórmulas moleculares caracterizadas pelo conectivo implicacional. Nesse momento intermediário, estaremos diante daquilo que poderíamos chamar de sistema de significações proposicionais. Agora, num patamar mais elevado de elaboração, juntaremos significações, algumas no tópico de antecedente, outras no lugar sintático de consequente, tudo para constituir as entidades mínimas e irredutíveis (com o perdão do pleonasmo) de manifestação do deôntico, com sentido completo, uma vez que as frases prescritivas, insularmente tomadas, são também portadoras de sentido. Formaremos, desse modo, as unidades normativas, regras ou normas jurídicas que, articuladas em relações de coordenação e de subordinação, acabarão compondo a forma superior do sistema normativo.

Colho o ensejo para reiterar que os quatro sistemas a que me referi são constitutivos do texto, entendida a palavra na sua mais ampla dimensão semântica. Nunca é demais insistir que as divisões em subsistemas respondem a cortes metódicos que os objetivos da investigação analítica impõem ao espírito do pesquisador. Com efeito, a norma jurídica é uma estrutura categorial construída, epistemologicamente, pelo intérprete, a partir das significações que a leitura do texto do direito positivo

desperta em seu espírito. É por isso que, quase sempre, não coincidem com os sentidos imediatos dos enunciados em que o legislador distribui a matéria no corpo físico da lei. Advém daí que, na maioria das vezes, a leitura de um único artigo seja insuficiente para a compreensão da regra jurídica. E quando isso acontece o exegeta se vê na contingência de consultar outros preceitos do mesmo diploma, e até a sair dele, fazendo incursões pelo sistema.

4 O DIREITO COMO LINGUAGEM EMPREGADA NA FUNÇÃO PRAGMÁTICA DE REGULAR CONDUTAS

Sob certo aspecto, torna-se até confortável transitar pelo texto do direito, dado que os enunciados prescritivos – suas unidades – encontram-se soltos, derramados por todo o conjunto, nas mais variadas estruturas frásicas.

A forma da linguagem, o texto em sentido estrito, ainda que importante, não será decisiva, principalmente no tema que nos toca no presente artigo – o preâmbulo da Carta Maior – porque o predomínio é da função em que essa linguagem é tomada e, para o subsistema do direito positivo, estará sempre voltada para a regulação das condutas intersubjetivas. A prescritividade do ordenamento jurídico reside no modo como tal linguagem é empregada, a despeito da composição sintático-gramatical que presidir seu revestimento.

Os enunciados do direito positivo não são expressões de atos de objetivação cognoscente. Não pretendem reproduzir o real-social, descrevendo-lhe os aspectos. Longe disso, o vetor semântico que os liga ao "mundo da vida" contém, invariavelmente, um dever-ser, assim no estado neutro, sem modalização, ou operando por intermédio dos functores obrigatório, proibido ou permitido, com o que se exaure o campo material das possíveis condutas interpessoais.

O dever-ser, frequentemente, comparece disfarçado na forma apofântica, como se o legislador estivesse singelamente descrevendo situações da vida social ou eventos da natureza, a ela relacionados: "A existência da pessoa natural termina com a morte [...]" (art. 6 do CC/02). A capacidade tributária passiva independe: "I – da capacidade civil das pessoas naturais [...]" (art. 126 do CTN). Em outros momentos, porém, os modalizadores deônticos vêm à tona, expressando-se, ostensivamente, na linguagem do direito posto, com o que denunciam, de forma evidente, sua função prescritiva: O tutor, antes de assumir a tutela, "é obrigado" a especializar, em hipoteca legal, que será inscrita, os imóveis necessários, para acautelar, sob a sua administração, os bens do menor (art. 1745 do CC/02). O contribuinte do ITR entregará "obrigatoriamente" em cada ano, o Documento de Informação e Apuração do ITR – DIAT, correspondente a cada imóvel, observadas datas e condições fixadas pela Secretaria da Receita Federal (art. 8º da Lei n. 9.393 de 19.12.1996).

Enquanto se movimenta entre os enunciados, para compreendê-los na sua individualidade, o intérprete dos textos jurídicos deve saber que manipula frases prescritivas, orientadas para o setor dos comportamentos estabelecidos entre sujeitos de direito. É preciso, contudo, considerá-las na forma em que se apresentam, para que seja possível, posteriormente, congregá-las e convertê-las em unidades normativas, em que o sentido completo da mensagem deôntica venha a aparecer com toda a força de sua juridicidade. "Considerá-las na forma em que se apresentam" implica, muitas vezes, a utilização da Lógica Apofântica, com o modelo clássico "S é P". Nesse intervalo, a tomada de consciência sobre a prescritividade é importante, mas o exegeta não deve se preocupar, ainda, com os cânones da Lógica Deôntico-jurídica, porque o momento da pesquisa requer, tão-somente, a compreensão isolada de enunciados que, quase sempre, se oferecem em arranjos de forma alética.

5 A PRESCRITIVIDADE DO DIREITO NO PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO

Situação que salta aos olhos no tocante à prescritividade do direito está justamente na figura do preâmbulo. Percebo que, embora revista caracteres próprios, sua existência está intimamente envolvida na totalidade do sistema jurídico-normativo, portando, dessa maneira, idêntico teor prescritivo ao das estruturas deônticas inseridas mediante artigos, parágrafos, incisos e alíneas, distribuídas na extensão do diploma. Assim, ao enunciar:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O constituinte insere nos domínios do direito posto proposições de ordem introdutória, expondo os motivos e anunciando, em tom prescritivo, o quadro sobre o qual deve o exegeta manter sua interpretação da mensagem constitucional.

Este, contudo, não tem sido o entendimento da Suprema Corte. Acolhendo a tese da irrelevância jurídica do preâmbulo, afirmou o Eminente ministro Carlos Velloso ser o referido texto enunciado estranho ao território jurídico, isto é, "[...] não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição

ideológica do constituinte".[2] E, em abono desse matiz, concluiu: "[…] não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica".[3]

Ora, em posição que se opõe pelo vértice, com o respeito e a admiração que o ilustre magistrado sem dúvida alguma merece, creio que suas asserções não devam prevalecer com a força dogmática que delas se pretende extrair. No subdomínio das significações dos enunciados, cumprem as cláusulas do preâmbulo papel prescritivo da mais elevada importância, impregnando, devido à sua hierarquia e pelo próprio efeito da derivação lógica que desencadeiam, todas as unidades normativas do direito infraconstitucional. É o que se vê no caso da "segurança", do "bem-estar", do "desenvolvimento", anunciados no preâmbulo como valores supremos a serem perseguidos por uma sociedade que se apresenta por "fraterna, pluralista e sem preconceitos".

Na amplitude dessa providência, vários são os enunciados de forte carga axiológica aduzidos no preâmbulo, todos eles partes constitutivas das formulações proposicionais disciplinadoras de condutas intersubjetivas, bastando lembrar que alguns desses magnos princípios, manipulados pelos juristas, pertencem à subclasse dos implícitos, como os primados da justiça, da segurança jurídica e da certeza do direito, que não são retomados expressamente no texto da Constituição, mas que, é certo, hão de repercutir com intensidade controlada em todas as normas do ordenamento. Esclareço logo que tal implicitude diz respeito ao corpo articulado de preceitos, pois encontram-se literalmente mencionados na declaração preambular.

Sensível a esse modo de pensar, a ministra Cármen Lúcia, na qualidade de Relatora da ADIN n. 2.649-6/DF, reconheceu a relevância e o caráter prescritivo do preâmbulo da Constituição, registrando que nele estão explícitos os valores que dominam a obra constitucional de 1988.

É intuitivo crer que a geração de sentido de uma oração prescritiva qualquer já pressupõe a atinência a esses enunciados que funcionam como se fora um texto implícito, ou melhor, um contexto a ser levado em conta no ato mesmo da atividade interpretativa das formulações legais. De fato, a circunstância de figurarem expressamente na organização do corpo textual, ou separadamente da distribuição em livros, seções, capítulos, artigos, parágrafos, incisos e alíneas, tal condição não modifica o quantum de prescritividade que o preâmbulo ostenta, pois, de todo modo, funciona como vetor valorativo, penetrando as demais regras do sistema e impregnando-lhes, fortemente, em sua dimensão semântica. Por isso mesmo é colocado no altiplano da Constituição. De lá, no lugar preciso de onde começam todos os processos de positivação das normas jurídicas, irradiam-se aqueles primados para os vários escalões da ordem legislada, até atingir as regras terminais do sistema, timbrando os preceitos que ferem diretamente as condutas em interferência intersubjetiva, com a força axiológica dos mandamentos constitucionalmente consagrados.

6 O PERFIL DO PREÂMBULO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A Lei Complementar n. 95, de 26.02.1998, dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição da República, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. E, logo no art. 3º, alude, impositivamente, às três partes básicas que compõem o estatuto:

> [...]
> I – parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;
> II – parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada;
> III – parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.
> [...]

Quer isso expressar que a lei tem de conter essas três porções de linguagem, todas elas integrantes da compostura do enunciado posto pelo legislador. Tais menções distam de ser peças optativas ou ornamentais que o autor do documento escolha segundo as inclinações de sua vontade ou ao interesse de simplificar o esquema textual. Não. A referida Lei é bem clara ao estabelecer conteúdo prescritivo a cada um daqueles incisos, deixando patente o animus imperativo das providências. E pouco importa lembrar que o legislador somente utilizou a palavra normativa na segunda parte. Ressalta à mais pura obviedade que tanto o inciso I quanto o III assumem caráter indissociável do II, formando um bloco de intenso e forte calibre deôntico. Ora, se preâmbulo é parte da lei, aplicando-se com toda a força, como ficou sobejamente demonstrado na citação do art. 3º da Lei Complementar n. 95, encaixa-se com muita propriedade o que sobre a Constituição disse Ruy Barbosa:

> Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deve atribuir meramente o valor material de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.[4]

7 RETÓRICA E PREÂMBULO

Outro argumento evocado por aqueles que desconsideram o preâmbulo como base constitutiva de direitos e deveres está em entendê-lo como texto meramente retórico, constituindo-se de enunciados que colaboram no convencimento, na persuasão dos jurisdicionados do texto da Constituição da República, sem contudo integrá-lo.

Acontece que o caráter retórico, como aspecto pragmático da linguagem, é indissociável de toda comunicação que se pretenda, de algum modo, persuasiva, não incorrendo, com essa afirmativa, no mau vezo de atribuir somente a ela o dado registro. Sim, porque toda a função linguística exige o timbre retórico, sem o qual a mensagem não se transmite do enunciador ao enunciatário. Enganam-se aqueles que admitem a retórica apenas como expediente da função persuasiva, estruturada para facilitar o convencimento de quem recebe o impacto da enunciação. Inexiste a "não retórica", de tal sorte que a contrarretórica é retórica também. Resta saber qual a intensidade e os limites de sua utilização nos diversos tipos de linguagem.

Em comentários ligeiros, os recursos a serem utilizados pelo cientista, em todo trabalho exegético de descrição, variam segundo a região ôntica do objeto a ser conhecido. Há um tipo de veemência recomendado para a região dos entes físico-naturais; outro para a dos ideais, e ainda outro para a dos culturais, levando-se em conta, nesse setor, a multiplicidade imensa das manifestações objetais. Tudo para advertir, de maneira incisiva, que não é qualquer torneio retórico que convém ao discurso da ciência do direito ou mesmo daqueles outros produzidos com o objetivo de convencer a autoridade competente ou o juiz de direito nos respectivos autos. Por outro lado, é impossível estipular o espaço de variação da possibilidade retórica no recinto do jurídico, mesmo porque um é o do direito posto, outro, o da dogmática. Simplesmente isso. Caberá à intuição, tomada aqui como órgão, aliás o mais poderoso instrumento cognoscitivo, a chamada "ciência direta", sugerir os critérios de avaliação do quantum de argumentação retórica que deve ser empregada na construção do discurso científico, evitando, por todo o modo, a logomaquia e tantas extravagâncias que rondam e ameaçam a pena de quem escreve.

Com essas modulações, pretendo deixar claro que a lógica da linguagem persuasiva ou da linguagem que prepara a decisão é a lógica da argumentação, isto é, uma lógica da interpretação para decidir ou lógica dialógica orientada para a decisão.

Sobre a Teoria da Argumentação, Tércio Sampaio Ferraz Jr.[5] tece importantes considerações que merecem detida reflexão. Assinalando que a lógica retórica se ocupa da argumentação como tipo específico de raciocínio, correspondendo a procedimentos quase lógicos, que não obedecem ao rigor exigido pelos sistemas formais, passa a estudar, um a um, os mais conhecidos modelos de procedimento, no âmbito da argumentação jurídica, sem intuito classificatório.

Revela-se de forma clara que a estrutura sintática da linguagem jurídica, em um processo de decisão judicial ou administrativa, subordina-se a valores lógicos outros que não os do discurso descritivo (verdadeiro/falso) ou prescritivo (válido/não válido)

ou ainda o da linguagem das perguntas (pertinentes/impertinentes). Os sujeitos participantes desenvolvem seus esforços no sentido de obter um fim determinado: o convencimento de quem tem o poder de decidir. E no próprio ato decisório, estará a justificativa, pela argumentação, em termos de mostrar que assim o decidiu, isto é, positivou a regra, para atender a princípios de justiça, de coerência, de segurança, de respeito à ordem jurídica vigente, entre tantos outros que poderiam ser aqui enunciados.

8 PREÂMBULO, EMENTA E EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Preâmbulo, ementa e exposição de motivos cumprem, de certo modo, o mesmo objetivo: fixam dêiticos de conteúdo que identificam aspectos relevantes da substância discursiva. Assumem o papel de enunciação enunciada e permitem o ingresso do receptor da mensagem no teor do que nela foi transmitido. As figuras são muito próximas, consubstanciando algo relevante a respeito da matéria objeto do ato de vontade do legislador, seja ele Poder Legislativo (lei), Poder Judiciário (sentença ou acórdão), Poder executivo (decreto) ou Setor Privado (contrato). A diferença fica por conta do critério mais acentuadamente axiológico do preâmbulo, em face do caráter sumular, compendial da ementa e da inclinação preponderantemente histórica e explicativa da exposição de motivos.

O tom prescritivo, todavia, está igualmente presente nas três figuras, porquanto quem legisla não está credenciado a manifestar-se de outra maneira que não seja a ordenadora de condutas. Ainda que o autor empregue meios sintáticos que sugiram a forma de relato descritivo, como é comum, sua função é, basicamente, disciplinadora de comportamentos intersubjetivos. Direi que o preâmbulo tende mais para o lado dos valores que a mensagem normativa pretende implantar, ressaltada por isso mesmo sua tonalidade retórica; ao passo que a ementa visa, antes de tudo, a resumir o produto legislado, extratando-o, reduzindo-o à sua expressão mais simples. Já a exposição de motivos costuma dar ênfase ao clima histórico-institucional em que o diploma foi produzido, discutindo, muitas vezes, as teses em confronto na circunstância da elaboração, para justificar (dar os motivos) a eleição de determinada tendência dogmática. Sua extensão é maior do que as das duas primeiras categorias, funcionando também como introdução no espírito do tema sobre o qual dispõe o estatuto. A exposição de motivos, constando da enunciação-enunciada, manifesta-se mais próxima ao processo de enunciação do "ato de fala" jurídico, enquanto o preâmbulo e a ementa nos remetem à enunciação-enunciada, porém mais inclinadas ao enunciado do que, propriamente, ao processo de enunciação.

Vale acrescentar que o descompasso entre a ementa e o conteúdo do documento normativo dá ensejo a embargos de declaração, mais um argumento que reafirma a índole de sua prescritividade.

9 SÚMULA DOMINANTE E SÚMULA VINCULANTE

Se preâmbulo, ementa e exposição de motivos são momentos interiores ao estatuto normativo, a súmula é algo a ele externo. No subsolo do direito posto, seguindo a linha de pensamento de que a realidade jurídica é composta só e somente só de normas, isto é, constitui-se, por essência, de linguagem prescritiva de condutas, vamos encontrar a súmula da jurisprudência dominante apresentando-se aos olhos do sistema positivo como veículo de autonomia apenas formal, porquanto seu conteúdo revela mecanismo de caráter unificador e sistematizante das unidades que já compõem o ordenamento. Não põe direito novo, como as sentenças e os acórdãos. Seu caráter é sistematizador daquilo que já existe. Porém, não é possível, mesmo assim, deixar de reconhecer-lhe natureza prescritiva, traço peculiar da linguagem empregada na função de comando, como certamente é o modus próprio do jurídico. Trata-se de providência que seleciona, que organiza, outorgando foros de uniformidade aos julgados sobre certas matérias, ao mesmo tempo em que aponta, com firmeza e determinação, a direção da conduta, segundo o quadro das expectativas normativas do sistema.

Ao tomar a iniciativa do procedimento sumular, o tribunal exercita competência específica, como o faz com relação aos acórdãos e demais provimentos de seu domínio de atribuições constitucionais, promovendo o compêndio, o resumo, o extrato daquilo que já está no âmbito de uma classe de julgados.

Com efeito, pensemos que as manifestações que os tribunais superiores proferem em tom de súmula tornam-se diretrizes decisórias para aqueles que lhes são hierarquicamente inferiores, ao mesmo tempo em que a sociedade as acolhe como expressão eloquente do direito que há de ser cumprido no plano das relações intersubjetivas. Além disso, a construção dos conteúdos sumulares se faz gradativamente, pela reiteração de julgamentos acumulados nos horizontes da mais legítima experiência jurídica. É a consolidação do trabalho judicante, produzindo o direito vivo, testado e compassadamente aplicado na composição de litígios sobre certos e determinados objetos do comportamento social.

Sobre o papel da súmula ordinária no direito brasileiro, instituída em 1963, ao tempo do eminente ministro Victor Nunes Leal, quando passou a constar do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nada melhor do que as palavras contidas em acórdão daquela egrégia corte, sendo relator o ilustre ministro Celso de Mello:

> A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL
>
> [...]
>
> A formulação sumular, que não se qualifica como "pauta vinculante de julgamento", há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes – função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de

> orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 – RDA 145/1-20), como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciários nas decisões que venham a proferir.[6]

Por outros torneios, eis o sentido do texto exarado pelo E. Supremo Tribunal Federal no fragmento trasladado para este artigo. E tudo quanto se disse a respeito daquela elevada corte se aplica às súmulas de consolidação de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, na mesma proporção, persegue as funções de estabilidade do sistema, de segurança jurídica, de orientação jurisprudencial, de simplificação da atividade processual e de previsibilidade decisória, uma vez que na amplitude de sua missão constitucional está o dever de uniformizar a interpretação das leis federais. Apesar de sua vocação sintetizadora, vê-se que não há como equiparar a súmula à classe de que tratamos, vale dizer, dos preâmbulos, das ementas e das exposições de motivos.

O momento epistemológico pede ajeitar-se aqui também alguns comentários acerca da súmula vinculante. Do mesmo modo que a súmula dominante, a de caráter vinculante é também norma externa aos atos que a constituem, isto é, em termos formais, é veículo normativo autônomo às normas que a instituem (decisões e julgados do Tribunal Superior). Em planos materiais, contudo, seu conteúdo vincula-se àqueles, uma vez que a súmula justamente os unifica e sistematiza para fins de composição do ordenamento. Também aqui, não põe direito novo, mas funciona como providência necessária na organização e celeridade dos julgados do Poder Judiciário.

Em comentários ligeiros, entende-se por súmula vinculante o nome dado a determinado procedimento normativo, que, seguindo a sequência de atos exigida pelo art. 103-A da CF (incluído na Constituição da República pela EC 45/2004), traz como resultado norma produzida pelo STF com efeito vinculante. Veja redação do texto constitucional:

> O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A discussão, levantada pelo dispositivo, diz muito mais à qualidade vinculante do efeito do decisório do que do próprio procedimento em si, que se encontra prescrito com hialina clareza na Carta Magna.

Posto isso, o que é *efeito vinculante*? Qual a força de eficácia jurídica que se deve atribuir a essa expressão? Firmemos que a norma expedida pelo STF, para fins de uniformizar jurisprudência reiterada, em caráter vinculante, amarra, conforme texto constitucional, *os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*. Logo, uma vez expedida e publicada na imprensa oficial, a vigência da súmula é imediata e são obrigados a respeitá-la, ao proferir suas próprias decisões, os juízes e tribunais, em sua totalidade, incluindo-se as turmas do próprio STF, no plano do Poder Judiciário; e, no âmbito executivo, a administração pública, direta ou indireta, em suas esferas federal, estadual e municipal. Note-se que a CF/88 nada diz quanto ao Poder Legislativo, que, desse modo, encontra-se fora do campo de abrangência normativa e vinculante da súmula.

Em resumo, à diferença dos procedimentos ordinários sumulares, a súmula vinculante tem duas consequências no universo jurídico: (1) é imperativa, uma vez que o STF impõe, em planos semânticos, um sentido determinado a uma dada norma, sentido esse que deve ser acolhido de forma obrigatória pelos sujeitos de direitos enunciados no art. 103-A; e (2) é coercível, tendo em vista que a sua inobservância autoriza o jurisdicionado a ingressar com reclamação, no próprio STF, sem prejuízo de futuras e eventuais sanções que podem ser previstas em lei. Eis que a condição de ser vinculante comparece aqui como elemento interior a essas súmulas, com o caráter de predicado interno (não vindo de fora). Trata-se daquilo que a distancia das chamadas Súmulas dominantes.

10 O PREÂMBULO COMO FEIXE DE MARCAS DA ENUNCIAÇÃO, MEIO EFICAZ DE ACESSO AO QUADRO AXIOLÓGICO QUE PRESIDIU A EDIÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Deixando de lado os argumentos trazidos pela teoria da irrelevância, supramencionados, quero insistir que o preâmbulo constitucional é portador de carga prescritiva como qualquer outra porção do direito posto. Distingue-se, porém, pela hierarquia. É a palavra do legislador constituinte que remete à própria instância da enunciação do Texto Maior, anunciando valores que funcionam como verdadeiros dêiticos para localizar, no tempo e no espaço, o momento e o lugar cultural em que se implantou a Constituição de 1988.

Não sobeja lembrar, quanto ao âmbito de compreensão desse cenário exegético, aquelas palavras que empreguei no prefácio do sugestivo livro do professor José Souto Maior Borges, *Ciência feliz*,[7] onde lembrei que as construções do espírito permitem à criatura humana não simplesmente existir, que é manter-se dentro dos limites físicos da natureza, sendo abrangido pelo espaço, mas sobretudo viver, que é abranger o tempo, rompendo com aquilo que nos parece ser a ordem natural das coisas, para

expandir-se livremente no infinito, onde podem fluir todos os sonhos e são acolhidas as nossas aspirações e devaneios.

Efetivamente, o homem vai além do universo físico; transcende sua própria existência para alcançar o impossível, o inefável. Encontra-se sempre em eterna busca: a procura de algo que o ultrapassa. Nesse sentido, o que o homem tem de material, como ser vivente, é-lhe muito pouco. Oferece apenas o apoio físico indispensável para as aventuras do espírito.

Basta examinar uma obra de arte qualquer: seu valor estético não descansa na base empírica que recebe o impacto do desenho e das tintas que lhe são aplicadas, mas no desempenho do artista que, na genialidade de seus traços e na combinação inusitada das cores, deixa marcas no objeto. São as marcas da enunciação no enunciado, como índices da criação artística e modo de objetivação do belo. Veem-se, nesse exemplo, os transportes do espírito humano sobrepujando as limitações da materialidade da vida, naquela síntese do ser com o dever ser, presente em toda composição do objeto da cultura.

Quero lembrar, também, que tais objetos acontecem no curso da história, arrastando consigo os dados que o passado vai acumulando. Lourival Vilanova, a propósito, refletindo sobre a porção de historicidade que os acontecimentos sociais carregam, declara com linguagem penetrante e expressiva:

> Os entes históricos são assim: num ponto do tempo, repousam todos os pontos antecedentes, que se fazem presentes sem perderem seu modo de ser pretéritos. Confluem todos para o presente, que se converte em ponto de intersecção do que já se foi com o que está por vir. Com isso, o tecido histórico vai se constituindo ponto por ponto, tornando-se cada vez mais espesso, mais resistente, mais denso.

Transmitindo essas meditações para o quadro das unidades textuais, da mesma forma que uma obra de arte, todo texto – componente do universo físico que é – transcende sua própria existência, permitindo ao intérprete alcançar o impossível: aquela camada do ideal com que o espírito humano lida com tanta naturalidade. Em toda escolha lexical, em toda combinação frásica, há um pouco de quem os executa – o ser humano – sendo depositado no corpo do material com que trabalha, as marcas de suas crenças e ideologias, suas esperanças e frustrações. E, ao ser retomado pelo exegeta, o homem volta a expandir-se livremente, eternizando-se. Nasce e renasce em todo ato de enunciação, fazendo-se presente e onipresente.

Para não perder o fio da meada e retornando à linha de raciocínio da qual partimos, quero dizer que o preâmbulo da Constituição é um admirável exemplo de matéria textual pronta para propiciar ao espírito humano suas excursões no mundo de seus sonhos, aspirações, traumas e necessidades, realizando-o ao deixar traços

das crenças e ideologias que ficaram gravadas, a ferro e fogo, na Constituinte de 88. Nessa trajetória, pode dizer-se que o preâmbulo expandiu o espírito de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. E com tais exortações fixou coordenadas relevantíssimas para a interpretação do texto constitucional.

Cabe dizer que é perfeitamente possível explicar a função discursiva do preâmbulo no direito, associando-o ao tema das fontes, sob o influxo das enérgicas influências da teoria da linguagem e, mais especificamente, dos atos de fala. Lembremo-nos de que chamo de fontes materiais aqueles fatos jurídicos produtores de normas e de fontes formais as normas que têm a missão de introduzir no sistema jurídico-prescritivo uma ou mais normas gerais e abstratas, individuais e concretas ou individuais e abstratas. Agora, as fontes formais ou veículos introdutores de normas, como parece melhor denominar, serão sempre e invariavelmente *normas concretas e gerais*, pouco importando o tipo de regras por elas inseridas no ordenamento. Comprova-se que são gerais pela circunstância de que todos haverão de respeitá-las como normas válidas insertas no sistema: foram produzidas pelo órgão competente, segundo a forma procedimental também nele (sistema) prevista. Seu teor de concretude manifesta-se na leitura do antecedente: *advêm de um fato efetivamente realizado, isto é, marcado no tempo e situado no espaço*.

Com efeito, pensemos numa sentença: o suposto invoca a competência específica do magistrado e a situação do processo, recebe um número (que é o do processo) e é proferida em determinado ponto do tempo e em certo lugar do espaço (local e data da publicação). Reúne, portanto, tudo aquilo que se requer de um fato concreto: verbo no pretérito e coordenadas espaço-temporais definidas. E como a sentença, teremos todas as demais fontes formais, sejam aquelas emanadas do Judiciário (acórdãos e outros atos de cunho jurisdicional), do Legislativo (emendas à Constituição, leis, decretos legislativos, resoluções, etc.), do Executivo (decretos, instruções ministeriais, portarias, ordens de serviço, lançamentos tributários, decisões administrativas e outros expedientes) ou, no caso, cumpre ressaltar, do constituinte originário (Constituição da República). Acrescentemos aqui a multiplicidade de atos que pertenceram também à província do ordenamento normativo e que advêm do setor privado (como os contratos, promessas unilaterais de recompensa e outras manifestações jurídicas individuais).

Em situações desse tope, há sempre um procedimento a ser seguido, previsto nas *normas de competência*. Quando se diz que norma válida é aquela produzida por órgão competente, perante o sistema, e consoante o procedimento nele, sistema, estabelecido, não nos detemos na reflexão segundo a qual *todo procedimento de elaboração normativa se apresenta como forma de realizar o próprio direito*. Não é difícil perceber que o sistema de normas, *introdutoras e introduzidas*, é o que conhecemos por direito positivo, ao passo que o conjunto de fatos aos quais a ordem jurídica atribui teor de

juridicidade, se tomados na qualidade de enunciação e não de enunciados, estarão formando o território das *fontes do direito posto*.

É precisamente no último exemplo – a enunciação pela Assembleia constituinte do preâmbulo e do texto constitucional – que Kelsen trouxe a singela, porém genial contribuição da "norma hipotética fundamental", não posta, mas pressuposta, juridicizando aquele fato – procedimento de elaboração normativa – que ficara de fora, por imprimir-lhe a feição de normatividade que lhe faltava. Ao redigir o texto do preâmbulo, a Assembleia Constituinte seguiu itinerário previsto na norma fundamental que lhe deu competência e, portanto, fundamento de validade. O preâmbulo, uma vez enunciado, torna-se norma válida, tendo em vista que é produzido por órgão competente perante o sistema e consoante o procedimento nele admitido, realizando o próprio direito. O domínio de fatos produzidos pela Assembleia Constituinte é recepcionado pela ordem jurídica na medida em que se lhes atribui teor de juridicidade. São eles tomados na qualidade de enunciação e não de enunciados, formando, nesse ponto, a região das fontes do direito posto. Fecha-se assim o conjunto, isolado na especificidade de seu objeto, uniforme porque composto tão-somente de normas jurídicas, de tal modo que nele, conjunto, não encontraremos senão descritores e prescritores, bem como suas contrapartes factuais: fatos jurídicos e relações jurídicas.

O corolário natural desse quadro de indagações é que o direito positivo, integrado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades. Ora, tudo isso aplicado ao preâmbulo não é compatível com a existência de textos que componham o direito posto sem, contudo, revestir caráter prescritivo. Figura desse jaez de forma alguma caberia ao lado de normas, coparticipando da integridade do ordenamento. Não poderia compartilhar o mesmo campo de objetos que reúne as unidades normativas, justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Se porventura estivessem, seriam formações linguísticas portadoras de uma estrutura sintática própria. E qual seria essa configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a tal pergunta, porque o preâmbulo é formado por "normas jurídicas" carregadas de intensa conotação axiológica, influindo vigorosamente sobre a orientação de todos os segmentos da ordem positiva.

11 COMANDOS DE SOBRENÍVEL – PRESCRIÇÕES SOBRE PRESCRIÇÕES

Forte nesses pressupostos não hesito em proclamar que o estudo das fontes do direito está voltado, primordialmente, para o exame dos fatos como enunciações que fazem nascer regras jurídicas introdutoras de normas no sistema. Por isso, o preâmbulo não pode ser desconsiderado na feição de sua juridicidade. Como feixe de marcas deixadas no curso do processo de enunciação do direito, assume indiscutível relevância, auxiliando e orientando a atividade do intérprete. Aliás, precisa ficar

claro que o Poder Constituinte não foi eleito para propor sugestões, emitir opiniões, tecer comentários, formular conselhos, conceber hipóteses ou elaborar proposições independentes de metalinguagem sobre o discurso de estruturação do Estado brasileiro que adveio de seu trabalho. No caso do preâmbulo, admite-se tão só a função metalinguística dentro do texto, como função de glosa, mas projetada sobre o mesmo código que está sendo empregado, vale dizer: *é prescrição sobre prescrições, preceitos de sobrenível voltados para o mister de resumir, imperativamente, aqueles mesmos dispositivos que, esparsos na amplitude do discurso constitucional, cumprem sua missão disciplinadora de comportamentos intersubjetivos.*

: ARTIGO APROVADO (28/01/2009) : *RECEBIDO EM 11/04/2008*

NOTAS

1 ECO, Umberto. *A estrutura ausente*. São Paulo, Perspectiva, 1976, p. 42.

2 STF, ADIN 2.076-5 ACRE, Tribunal Pleno, rel. min. Carlos Velloso, voto min. Carlos Velloso, p. 226.

3 *Idem*, *ibidem*.

4 BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, p. 489.

5 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito:* técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 330, 331.

6 Publicado no DJ de 24.05.2005, no AI-AgR 179.560/RJ, da 1ª turma.

7 BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Paulo de Barros Carvalho

Rua Bahia, 1233
Higienópolis - 01244-001
São Paulo – SP – Brasil
paulo@barroscarvalho.com.br

LIVRE-DOCENTE PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP)
PROFESSOR DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP) E DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)

HERNANDO DE SOTO E A SUA TENTATIVA DE SOLUCIONAR O MISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO

Laura Coutinho

HERNANDO DE SOTO AND HIS ATTEMPT TO SOLVE THE MISTERY OF DEVELOPMENT

RESENHA

DE SOTO, Hernando. *The other path*. Nova York: Harper & Row Publishers, 1989.

_____. *the mystery of capital*. Nova York: Basic Books, 2000.

O papel das instituições no desempenho da economia tem sido objeto de um intenso debate, que vem se desenrolando nas últimas décadas. Não que o tema seja novo, já que a maior parte dos autores identifica a obra de Max Weber como a matriz teórica das teorias institucionalistas atuais.[1] A partir da década de 1960, no entanto, em decorrência, em grande medida, das ideias e experiências de economistas como Ronald Coase e Douglass North, esse debate tomou um novo fôlego e ganhou lugar de destaque na agenda internacional. Como avalia Trubek,[2] a importância que hoje se dá ao Direito é resultado da "descoberta", pelos economistas, da relevância e da influência da estrutura institucional na economia. A partir daí, organismos internacionais de combate à pobreza passam a estimular e, muitas vezes, a condicionar sua ajuda à adoção de medidas de reengenharia institucional.

A obra do economista Hernando De Soto, objeto de minha análise neste texto, insere-se, portanto, em um contexto muito mais amplo de estudos acadêmicos e empíricos sobre a função das instituições,[3] muito embora sua

maior contribuição se dê em uma área bastante particular, ou seja, nas discussões sobre as razões pelas quais programas de regularização fundiária devem ser adotados como medidas de promoção ao desenvolvimento.

De Soto é autor de dois livros dedicados à compreensão do subdesenvolvimento e à elaboração de propostas para seu combate. No primeiro deles, *The Other Path,* De Soto relata a experiência que ele e um grupo de economistas realizaram em Lima, no Peru, a fim de explicar por que tantos empreendedores se mantêm na informalidade e o quanto se perde com isso. No segundo, *The mistery of capital*, De Soto busca explicar por que as tentativas de fomento ao desenvolvimento costumam fracassar e, na sequência, oferece sua alternativa às políticas comuns.

Em regra, tanto as análises quanto as críticas ao pensamento de De Soto concentram-se no seu segundo livro. Isso se dá, em parte, porque *The mystery of capital* é o seu livro de maior sucesso, mas também, e principalmente, porque é nele que De Soto detalha seu plano de combate o subdesenvolvimento e dá a sua contribuição original a este debate, ao afirmar que tais iniciativas só serão bem-sucedidas se forem capazes de reconhecer os arranjos informais que dominam, segundo ele, grande parte das economias dos países subdesenvolvidos.

Ocorre que a maior parte das ideias desenvolvidas em *The mistery of the capital* são fruto ou elaborações feitas a partir das experiências relatadas em *The other path*. Por esta razão, optei por analisar as duas obras em conjunto. A meu ver, a adoção desta metodologia traz inúmeros ganhos, pois não só permite a melhor compreensão do pensamento de De Soto, como o torna mais coerente. De fato, as ideias expostas por De Soto em *The mistery of capital* só fazem sentido se partirmos do pressuposto de que não só há uma enorme economia informal, mas que a informalidade é fruto da ineficiência das instituições, como ele afirma em *The other path*. O foco desta resenha estará, portanto, em um primeiro momento, nas observações que De Soto faz, em *The Other Path*, sobre as complexas relações econômicas e sociais existentes dentro da economia informal, para depois se concentrar nas soluções por ele propostas em *The mistery of capital*.

1 O DIAGNÓSTICO

A originalidade do pensamento de De Soto está na forma como ele conecta o fracasso da lei e das instituições jurídicas ao fracasso econômico. Em linhas muito simples, o que afirma De Soto (2000, p. 16) é que países pobres são pobres porque não conseguem enxergar sua própria riqueza, já que, segundo as estimativas do autor, 80% de sua população vive à margem da economia formal e longe, consequentemente, das estatísticas oficiais. Todo seu exercício visa demonstrar, portanto, que o combate ao subdesenvolvimento deve passar, necessariamente, por uma mudança na forma como esses países lidam institucionalmente com sua população mais pobre.

O ponto de partida de De Soto é o seu inconformismo com as justificativas

usuais dadas para explicar o subdesenvolvimento. Segundo ele, todas elas partem de ideias preconceituosas, como a de que a cultura latino-americana não privilegia o espírito empreendedor ou de que a herança colonial ainda é demasiadamente forte, impedindo o crescimento econômico. Mais do que tudo, no entanto, De Soto (1989, p. xxiii) desconfia da noção dominante de que haja uma imensa massa de pessoas vivendo na mais absoluta miséria. Para ele, a informalidade não é sinônimo, necessariamente, de pobreza. O autor afirma que há uma similitude entre a situação atual enfrentada pelos países subdesenvolvidos e aquela enfrentada pelos países europeus e pelos Estados Unidos no passado (DE SOTO, 2000, p. 105-107). Em todos os casos, continua ele, houve uma resistência da população urbana em receber os migrantes, a qual se traduziu no estabelecimento de uma série de empecilhos à fixação desses na cidade, que vão da adoção de políticas explícitas de proibição da migração à criação de uma enorme burocracia para o estabelecimento de tais indivíduos. O resultado é, porém, sempre um: essa população é condenada a viver na ilegalidade. Isso não significa, no entanto, que ela não esteja economicamente ativa.

Para comprovar suas suspeitas, De Soto (1989, p. 133) imaginou um experimento razoavelmente simples: verificar quais são os procedimentos necessários para que um pequeno empreendedor regularize seu negócio perante as autoridades peruanas. Com este fim, um grupo de economistas do Instituto para Liberdade e Democracia, o qual De Soto preside, fez alguns estudos de casos e até tentou, de fato, iniciar uma pequena confecção.

Os resultados foram espantosos, mas não surpreendentes, e confirmaram ao menos parte das ideias de De Soto. Para iniciar a pequena confecção, os economistas gastaram 289 dias e US$ 149,00 em taxas (DE SOTO, 1989, p. 134). Se considerarmos o período em que não se produziu, foram consumidos US$ 1.231,00 na regularização do empreendimento. As demais experiências revelaram resultados parecidos, mas outra questão surgiu: se seria, realmente, como também acredita o senso comum, mais vantajoso para esta parte da população permanecer na ilegalidade.

De Soto tenta, então, compreender quais são as perdas que um empreendedor informal enfrenta por não poder contar com a proteção da lei. De acordo com o autor, para evitar ser detectado, um empreendedor informal precisa manter seu negócio em pequena escala. Ele não pode fazer propaganda e ocasionalmente é obrigado a pagar propinas a agentes públicos, a fim de não sofrer sanções legais. Por outro lado, ele não vive completamente fora do sistema tributário, já que há uma série de tributos indiretos que ele também deve suportar, embora não possa contar com vários dos benefícios que o Estado proporciona. Por fim, a desobediência de regras trabalhistas, que poderia se traduzir em aparente vantagem, resulta também em perdas, uma vez que o informal só consegue contratar mão de obra pouco qualificada.

Além desses custos, que De Soto identifica como custos para se manter na informalidade, há aqueles que o informal deve suportar por não poder contar com a proteção legal. A lei tem tríplice função quando se pensa em um empreendimento econômico. Ela protege a propriedade, cria mecanismos de *enforcement* de contratos e um sistema de responsabilização civil. Ao ficar "fora da lei", o informal não pode se valer de nenhuma destas vantagens. Não possuindo títulos de propriedade, ele não pode utilizar seu imóvel para obter crédito. Há, ainda, um efeito secundário. A insegurança da posse faz que os informais não invistam nos imóveis nem se sintam estimulados a poupar para neles introduzir melhorias (DE SOTO, 1989, p. 158).

Sem contar com o Estado para fazer valer o contratado, os informais preferem realizar negócios somente com aqueles com que mantêm relações diretas, o que reduz drasticamente as suas possibilidades de contratação. Além disso, os informais não podem fazer seguros ou se valer de outros instrumentos facilitadores do comércio, como venda de ações ou títulos de crédito. Finalmente, a impossibilidade de se utilizarem regras de responsabilização civil cria temores entre os empresários, o que sempre se traduz na redução de investimentos.

Isso não significa, como observa De Soto, que os informais consigam sobreviver sem alguns destes instrumentos. Em regra, De Soto relata que eles desenvolvem sistemas paralelos, adaptando regras dos sistemas oficiais de acordo com as suas necessidades. Pendências são resolvidas por "tribunais" informais, aplicando-se regas costumeiras. Criam-se milícias responsáveis por fazer valer a lei e aplicar penas e repartições de registro que fornecerão as informações necessárias nos casos de disputa por terra.

A descrição fornecida por De Soto é bastante condizente com o que qualquer um pode observar em centros urbanos como Rio de Janeiro e São Paulo. É muito difícil negar que exista grande atividade econômica fora do mundo oficial. De acordo com dados do IBGE, há no Brasil 10.335.962 empresas informais, que empregam 13.860.868 trabalhadores; 94% destas empresas não utilizaram sistema de crédito no período de três meses imediatamente anterior à pesquisa.[4] A substituição do Estado por outras organizações, muitas vezes criminosas, também parece inquestionável. O problema está no passo seguinte que De Soto dá, ou seja, na solução proposta ao problema.

2 O REMÉDIO

Para podermos enfrentar a informalidade, alega De Soto (2000, p. 108-135), devemos olhar o passado. Como já dito, segundo ele, a situação enfrentada pelos países latino-americanos e por outras nações subdesenvolvidas na atualidade é semelhante à que a Europa e os Estados Unidos já enfrentaram. A onda migratória que leva hoje a população a procurar os grandes centros urbanos do Terceiro Mundo é igual à onda migratória que se seguiu à Revolução Industrial ou à que se deu nos Estados Unidos durante sua

colonização. Além da hostilidade dos antigos habitantes, essa população é obrigada a lidar com o fato de que as cidades e as instituições existentes não foram pensadas para lidar com a necessidade de uma massa tão grande de pessoas.

De Soto conclui, assim, que o subdesenvolvimento deve ser combatido pela reforma institucional, mas que o modelo inspirador da maioria das primeiras iniciativas com este fim era equivocado, já que calcado no modelo vigente, e não no modelo adotado pelos países subdesenvolvidos no momento em que enfrentaram os mesmos problemas que enfrentam os países subdesenvolvidos na atualidade.

A partir de uma análise sobre a evolução da legislação sobre terras nos Estados Unidos, De Soto desenha uma possível saída para os países pobres: o sistema oficial deve incorporar os costumes e as práticas vigentes. Esta solução parece ser do mais absoluto bom senso: se a lei não consegue atender às necessidades dos cidadãos dos quais regula a vida, ela deve se adaptar – e não aqueles. O problema das iniciativas desenvolvimentistas que visavam à reforma institucional foi o de ignorar a realidade de cada um dos países, buscando impingir, como adverte Trubek, um modelo-padrão a uma centena de países diferentes.

De Soto não enfrenta, no entanto, a questão do quanto se pode ceder nesta institucionalização dos costumes, a não ser por uma simples ressalva de que devemos copiar os acertos e evitar os erros cometidos neste processo, pelas nações hoje desenvolvidas. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Lei de Terras ignorou os flagrantes desrespeitos às divisas originais das reservas florestais e indígenas e legalizou a propriedade particular sobre áreas originalmente destinadas àquele fim. De Soto minimiza ou ignora o dilema que uma opção tal deveria enfrentar. Ainda que a concessão de títulos e a regularização da posse sejam capazes de trazer crescimento econômico, será que elas, de fato, poderão se traduzir em efetivos ganhos sociais? Amartya Sen, que também crê na relevância das instituições para o sucesso econômico, nega este caráter estritamente instrumental da reforma institucional e afirma que o crescimento econômico, isto é, a melhora da economia, não pode se dar com prejuízo do bem-estar da população; mas sobre isso De Soto nada fala.

De Soto também não distingue simples complicações burocráticas, que estão, de fato, por trás de muitas leis, de reais preocupações que orientam a elaboração de um ordenamento jurídico. No caso específico da ocupação do solo, que é objeto central das análises de De Soto, isso é ainda mais evidente. Restrições urbanísticas, critérios rigorosos para o loteamento de áreas, proibição de utilização de áreas ribeirinhas ou de encostas não decorrem da insensibilidade do Estado em relação aos problemas de seus cidadãos. Pelo contrário, essas ações quase sempre visam garantir a qualidade de vida dos seus habitantes. Abrir mão delas sob o pretexto de garantir o crescimento econômico pode não ser a opção que melhor atenda à

população, especialmente em longo prazo. Se a observação da experiência americana demonstra que o seu sucesso econômico passou, em um determinado momento, pela simples consolidação e aceitação, pelo poder estatal, dos costumes, ela pode servir também para demonstrar que certos erros são irremediáveis e que seu preço deverá ser pago em algum momento. Nesse sentido, pensando-se em termos culturais e ambientais e ficando só no exemplo do próprio De Soto, não se podem ignorar as graves consequências da ocupação desordenada do solo nos Estados Unidos, que levou à morte grande parte da população nativa e dizimou áreas verdes. A questão a qual De Soto não responde é se os então governantes americanos teriam escolhido regularizar tal situação se eles tivessem o conhecimento que hoje temos dos reais efeitos de sua opção.

De Soto minimiza, igualmente, as advertências que teóricos do Direito e Desenvolvimento fazem sobre a possibilidade de se transportarem instituições de um país a outro, sejam elas antigas, sejam elas contemporâneas.

Em síntese, apesar de sua inegável contribuição à compreensão da intricada relação entre lei e pobreza e, mais do que tudo, por sua tentativa honesta de olhar essa relação pelo ângulo daqueles que sofrem as consequências da lei, e não pelo ângulo daqueles que a criam, Hernando De Soto não conseguiu superar a questão central que o Estado moderno enfrenta, que é a de conciliar crescimento econômico, desenvolvimento social e preocupações ambientais.

NOTAS

1 David Trubek (RODRIGUEZ, 2009, pp. 1-50), no artigo *Max Weber sobre o direito e a ascensão do capitalismo*, demonstra a relação direta entre a obra do sociólogo e as teorias institucionalistas e desenvolvimentistas atuais.

2 Entrevista concedida à *Revista DIREITO GV* (RODRIGUEZ, 2007).

3 Ainda de acordo com Trubek, basta uma rápida observação no *site* do Banco Mundial para se perceber a magnitude e importância dada às instituições nas políticas econômicas.

4 Ver Boletim Comunicação Social de 19.05.2005, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/ noticia_impressao.php?id_noticia=366>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE SOTO, Hernando. *The other path*. Nova York: Harper & Row Publishers, 1989.

_____. *The mistery of capital*. Nova York: Basic Books, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *O novo direito e desenvolvimento*: presente, passado e futuro. Textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ (coord.). O novo direito e desenvolvimento. Entrevista com David Trubek. *Revista DIREITO GV*. São Paulo: DIREITO GV, v. 3, n. 2, jul-dez 2007, pp. 305-330.

Laura Coutinho

Mestranda em direito e desenvolvimento na DIREITO GV

Rua Goitacaz, 71, ap. 21
Santa Cecília - 01232-030
São Paulo - SP - Brasil
lauracoutinho@yahoo.com.br

TENDÊNCIAS DA ANÁLISE ANTROPOLÓGICA DO DIREITO: ALGUMAS QUESTÕES A PARTIR DA PERSPECTIVA FRANCÓFONA

Orlando Villas Bôas Filho

TRENDS IN ANTHROPOLOGICAL ANALYSIS OF LAW: SOME QUESTIONS IN THE FRANCOPHONE PERSPECTIVE

RESENHA

RUDE-ANTOINE, Edwige; CHRÉTIEN-VERNICOS, Geneviève (Coords.). *Anthropologies et droits: état des saviors et orientations contemporaines*. Paris: Dalloz, 2009.

O livro *Anthropologies et droits: état des savoirs et orientations* contemporaines consiste na primeira síntese coletiva da antropologia jurídica francófona em língua francesa e visa organizar e sistematizar o estado da pesquisa dessa área no âmbito francófono. Trata-se de uma publicação realizada sob a égide da Association Francophone d'Anthropologie du Droit (AFAD) e que agrega importantes pesquisadores da disciplina, tais como as próprias coordenadoras do trabalho e teóricos como Étienne Le Roy, Jacques Vanderlinden, Alain Rochegude, Moustapha Diop, Chantal Kourilsky-Augeven e Christoph Eberhard.

A obra, que surge em um contexto editorial cada vez mais interessado pela abordagem antropológica do direito,[1] procura definir claramente as especificidades de seu contorno. Enfatiza, nesse sentido, que pretende se distanciar das feições de um *reader*, comum no âmbito da antropologia anglófona,[2] uma vez que, segundo suas coordenadoras, ela não consiste numa compilação de artigos ou extratos de obras articulados com vistas a permitir uma abordagem introdutória a determinados assuntos.

Por outro lado, também não se trata de um manual, já que consiste na sistematização dos resultados das pesquisas dos membros da AFAD, nem de um tratado, pois renuncia expressamente a qualquer pretensão de exaustividade em relação às temáticas abordadas.

Assim, na tentativa de ordenar as pesquisas existentes, a obra enfrenta várias questões importantes, articuladas a partir de um enfoque metadisciplinar. Entre essas questões, primeiramente está a relativa à própria qualificação da abordagem antropológica acerca do direito. Desse modo, a obra se inicia com a observação de que, embora, no contexto francófono, o sintagma mais corrente para designar a disciplina seja "antropologia do direito", isso evidentemente não exclui outras possibilidades de qualificação, tais como "antropologia da juridicidade" e, sobretudo, "antropologia jurídica". Contudo, é enfatizada a necessidade de se estar atento às nuances dessas expressões, que, apesar de geralmente serem empregadas de forma indistinta, não são totalmente intercambiáveis.

A expressão "antropologia jurídica" teria como finalidade delimitar, por razões essencialmente didáticas, o campo particular de estudo de uma disciplina que, tal como a antropologia, é essencialmente holística. Nesse sentido, o qualificativo "jurídico", justaposto ao enfoque antropológico, permitiria a definição dos fenômenos por ele qualificados como pertencentes ao campo do direito. Assim, a "antropologia jurídica" não se confundiria com a antropologia do direito, aquela concebida em termos de uma etapa essencial no processo de desfiliação (*désaffiliation*) da pesquisa antropológica em relação às "ciências jurídicas" e, portanto, de negação de uma atitude ancilar a qual a tornava uma espécie de "satélite" de uma ciência principal denominada genericamente "direito" (*le Droit*).

Por outro lado, o uso do sintagma "antropologia da juridicidade", em razão de sua maior amplitude, serviria para qualificar a abordagem dos fenômenos de regulação que são tidos pelos membros das diversas sociedades como obrigatórios e, justamente por isso, sancionados – logo, jurídicos. Nesse sentido, essa expressão pretenderia estar mais desatrelada das representações ocidentais acerca do fenômeno jurídico, aceitando como direito tanto as práticas de regulação mais próximas da tradição ocidental moderna como aquelas mais distantes.

A alusão a essa pluralidade de referências visa sublinhar a riqueza das potencialidades que a análise antropológica pode proporcionar ao direito e permite, ademais, que se compreenda o motivo pelo qual o pluralismo jurídico constitui o tema essencial desse enfoque e uma questão transversal que anima as análises as quais compõem a obra em questão. Entretanto, o pluralismo constitui apenas uma das diversas temáticas que se enfeixam na obra. Como de costume, ela assume um papel de destaque (constitui, aliás, o objeto do primeiro capítulo, de autoria de Jacques Vanderlinden), o que se explica em razão da ênfase dada pela antropologia aos processos

de juridicização (*processus de juridicisation*) que a conduzem a um distanciamento da noção de uma ordem jurídica de caráter monista.

Assim, a obra procura assumir uma perspectiva pluralista e plural, pois não supõe que todos seus autores partilhem as mesmas análises e justificações, mas admite, ao contrário, que eles sustentam pontos de vista significativamente diferentes acerca da aplicação do enfoque antropológico do direito. Portanto, o livro visa apartar-se de abordagens que pretendem ser "cientificamente corretas" ou uniformizadoras.

Sua estruturação se dá a partir de uma abordagem que, por ser antropológica, privilegia um conhecimento global e generalizante acerca do homem. No entanto, baseando-se na comparação entre sociedades, sublinha a diversidade e, por essa razão, a importância da percepção acerca da singularidade e da arbitrariedade das escolhas que sustentam o direito ocidental as quais, justamente por esse motivo, não podem pretender ser expressão da racionalidade e ter validade universal. É por isso que a obra privilegia o enfoque pluralista, pois, opondo-se ao etnocentrismo e ao "ocidentalcentrismo" (*occidentalcentrisme*) que perpassam as obras dos fundadores da antropologia jurídica (tais como Morgan, Maine e Bachofen), rejeita a suposta superioridade do direito ocidental em relação ao das demais sociedades, outrora desqualificadas como "selvagens", "primitivas" ou "subdesenvolvidas".

É justamente esta refutação de uma visão estereotipada e etnocêntrica do direito que acaba por reforçar naturalmente o enfoque pluralista, direcionando a abordagem antropológica tanto às situações que expressam uma pluralidade de soluções jurídicas aplicáveis a uma mesma questão no interior de uma ordem jurídica estatal, como, a partir de uma perspectiva mais radical, às relações entre ordens jurídicas estatais e não estatais,[3] chegando mesmo a rejeitar, em alguns casos, a própria noção de "ordem jurídica" em prol de concepções articuladas ao redor da noção de "multijuridismo" (*multijuridisme*), para as quais o direito seria apenas um *folk system* entre outros.

Os oito capítulos que compõem a obra são, desse modo, descritos como "canteiros" indicativos do *work in progress* de uma antropologia compreensiva aplicada ao direito. Nesse sentido, em virtude da riqueza de temas e da multiplicidade de pontos de vista nela consignados, a presente resenha terá um caráter essencialmente descritivo, cuja finalidade é permitir ao leitor brasileiro algum contato com um campo de pesquisa que ainda é pouco ou mal explorado no país. Apesar de haver pesquisas de muito boa qualidade entre nós, tais como as de Roberto Kant de Lima (Universidade Federal Fluminense), Luís Roberto Cardoso de Oliveira (Universidade de Brasília) e Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer (Universidade de São Paulo), a produção da antropologia jurídica no Brasil ainda é tímida e, em alguns casos, bastante precária, motivo pelo qual as temáticas esboçadas a seguir podem fornecer um panorama inspirador para futuras análises.

O primeiro capítulo de *Anthropologies et droits*, intitulado "Pluralismes jurídiques", de autoria de Jacques Vanderlinden, procura mapear o conjunto de transformações fundamentais experimentadas por essa temática, considerada o paradigma central da análise antropológica do direito. Vanderlinden, autor de um ensaio seminal sobre o tema, publicado no início da década de 1970, estrutura o capítulo em três seções. Na primeira seção (Acquis anthropologique ou "état de lieux"), ele aborda a situação da concepção pluralista, centrando-se, sobretudo, em autores como M. B. Hooker, N. Rouland e J. G. Belley, sendo esses dois últimos abordados essencialmente a partir de suas contribuições para o *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*, dirigido por André-Jean Arnaud. Na segunda seção (Interrogations contemporaines), Vanderlinden analisa a variação considerável das diversas concepções de pluralismo após o último decênio do século XX, observando que as mesmas seriam, basicamente, de três ordens: (1) aquelas que se consideram específicas do pluralismo e que se articulariam ao redor de três eixos fundamentais, quais sejam: o "lugar referente ao funcionamento das ordens jurídicas", a "autonomia das ordens jurídicas" e o "centro de gravidade de produção dos mecanismos jurídicos"; (2) aquelas que rejeitam ser caracterizadas como pertencentes ao pluralismo jurídico e que se expressariam, essencialmente, no "multijurismo" (associado a É. Le Roy), no "pluralismo diatópico ou dialogal" (proposto por R. Vanchon) e nas diferentes concepções do "policentrismo jurídico" (sobretudo, S. P. Sinha); (3) as interrogações relativas à pertinência do pluralismo (sobretudo a partir do posicionamento de S. Roberts). Por fim, na terceira seção (Retour au droit), o autor centra-se especificamente na concepção do pluralismo jurídico, concluindo que a mesma seria, em si mesma, plural.

O segundo capítulo, intitulado "Norme, normativité, juridicité", redigido por Edwige Rude-Antoine, Carole Younès e Eric Millard, procura indicar, a partir de uma análise crítica de posicionamentos de diversos juristas e, em particular, das abordagens positivistas, que os antropólogos buscam transpor as concepções tradicionais do direito, visando à constituição de um saber original que preserve sua especificidade tanto em relação ao ensino jurídico clássico como em relação à antropologia geral. Nesse sentido, enfatiza-se que a concepção de normatividade seria um elemento-chave na reivindicação de tal especificidade. Assim, a partir de uma abordagem pluridimensional, a normatividade jurídica é examinada desde a distinção entre sistema prescritivo (*système de prescription*) e sistema preferencial (*système préférentiel*). Com isso, a definição de norma jurídica se tornaria mais flexível, de modo a incluir fenômenos normativos mais difusos, baseados mais na orientação das condutas que em sua prescrição. Em tal contexto, discute-se se o direito pode ser reduzido à norma ou se, ao contrário, não seria mais adequado substituir o conceito de

normatividade (considerado restritivo) pelo de juridicidade (que permitiria integrar a dimensão processual e dialógica do direito).

O terceiro capítulo, intitulado "Visions du monde, théorie des pouvoirs et représentations du droit: fondements structuraux d'une anthropologie politique du juridique", de autoria de Christoph Eberhard e Étienne Le Roy, ilustra uma leitura de tipo estrutural, sincrônica, que sublinha a ordem simbólica da sociedade. Ele é composto de duas seções. A primeira tem por objeto uma teoria do poder que visa explicar a diversidade de soluções adotadas pelas várias sociedades humanas em domínios considerados vitais e, portanto, submetidos à regulação jurídica. Trata-se de uma análise baseada essencialmente em M. Alliot, G. Balandier e P. Clastres. A segunda seção, em que se analisam os fundamentos antropológicos das representações do direito, baseia-se mais diretamente no pensamento de M. Alliot. Nessa seção, os autores também postulam uma perspectiva que se insere no âmbito de um pluralismo jurídico radical, para o qual decorreria, da diversidade de visões de mundos, uma diversidade de direitos. Assim, são enfocadas cinco visões cosmológicas, as quais engendram diferentes representações acerca do direito: as cristãs, as confucianas, as animistas, as dharmicas e a racionalidade moderna.

O quarto capítulo, intitulado "Pouvoirs, sociétés et droits", também escrito por C. Eberhard e É. Le Roy, consiste essencialmente em uma contribuição à antropologia política do direito. Trata-se de um capítulo que mantém ligação lógica com o precedente e que, sob a forma de uma análise dinâmica (tal como proposta por Le Roy na obra *Le jeu des lois*, de 1999), procura examinar a relação entre poder, sociedade e direito. Numa primeira seção, os autores, a partir de um modelo processualista, procuram romper com a ideia comum de uma antropologia direcionada apenas para os "selvagens" ou para as pequenas comunidades. Assim, é proposta uma análise a qual procura abordar os novos desafios que emergem na sociedade contemporânea, a partir de um enfoque que abrange desde formas de dominação existentes entre os Nhambiquaras, no Brasil Central, às problemáticas da globalização, passando por questões postas, por exemplo, por uma sociedade tradicional "proto-estatal", por um conselho municipal no Senegal, por uma usina na Nova Guiné pela reforma da justiça na França. A segunda seção aborda alguns dos debates centrais da teoria contemporânea dos poderes, tais como: sobre a governança, a querela entre universalismo e relativismo, os desafios da democratização em nossas sociedades etc. Esses debates evidenciam a vivacidade das lutas em domínios vitais que, por essa razão, são considerados jurídicos e também a fragilidade dos consensos que os sustentam. Tal situação impõe maior dose de responsabilidade aos cidadãos, a qual vincula-se, entretanto, a culturas jurídicas e políticas enraizadas em diferentes visões de mundo que podem ou não favorecer a mobilização dos atores.

O quinto capítulo, intitulado "Les cultures juridiques", redigido por Akuavi Adonon, Caroline Plançon e Christoph Eberhard, enfatiza que todas as sociedades humanas necessitam organizar suas relações sociais, para assegurar senão sua harmonia, ao menos sua reprodução e seu prosseguimento. Nesse contexto, analisa-se como o direito pode funcionar, em diferentes sociedades, como mecanismo essencial à tessitura da "trama da vida social". As diferentes maneiras de abordar a juridicidade refletem distintas maneiras de conceber o mundo, de estar nele e de esclarecer as relações entre direito e culturas. Assim, as noções de direito e de "jurídico" tal como compreendidas pelo ocidente não podem ser vistas como universais. Ao contrário, convém distinguir "cultura jurídica" no sentido da juridicidade ocidental e "culturas jurídicas homomorfas" (*homéomorphes*), nas quais a reprodução social não está atrelada à noção de direito e que, por vezes, inclusive, ignoram esse termo, de modo que nelas não se pode procurar senão equivalentes funcionais. Isso conduz a uma reflexão sobre a própria noção de cultura e obriga a que se enfrente o desafio posto pelo diálogo intercultural que, segundo os autores, apresenta uma dimensão antropológica e outra jurídica. O artigo, nesse sentido, é atravessado por uma análise relativa aos desafios impostos pela "aculturação jurídica", pelo diálogo intercultural e pelos debates antropológicos sobre os aportes possíveis de uma releitura das culturas jurídicas nos domínios do direito comparado, da história, da filosofia e da teoria do direito.

O sexto capítulo, intitulado "Socialisation, socialisation juridique et conscicence du droit", de autoria de Chantal Kourilsky-Augeven, procura analisar como uma "civilização" jurídica particular, no caso o Ocidente moderno, trata os modos de aprendizagem das condutas, dos conhecimentos e dos comportamentos que interferem no campo do direito. Nesse contexto, dois objetos são privilegiados. Em primeiro lugar, os fenômenos de socialização jurídica dos indivíduos no curso da infância e, em segundo lugar, os fenômenos de consciência acerca do direito, na chave do que as pesquisas norte-americanas denominam *legal consciousness*. Uma questão fundamental, entretanto, perpassa essas pesquisas: o *déficit deficit* de efetividade do direito na população. Em seu âmbito, duas hipóteses de leitura se delineiam: a primeira, que é própria ao domínio da sociologia, enfatiza a existência de uma dupla concepção do direito: de um lado, o direito encarnado na lei, considerado visível, posto que institucionalizado (*Law*), e, de outro, o direito tal como elaborado pelos indivíduos em suas práticas quotidianas (*legality*). A segunda hipótese, mais familiar aos antropólogos do direito, acentua os direitos subjetivos (*rights*) legalmente reconhecidos aos indivíduos e sua pertinência para os mesmos, em particular mediante a análise de como o indivíduo integra "o direito" em sua visão pessoal do mundo.

O sétimo capítulo, intitulado "Parenté, famille, mariage, filiation", de

autoria de Geneviève Chrétien-Vernicos e Edwige Rude-Antoine, enfatiza que os juristas e os antropólogos não abordam as questões do parentesco e da família da mesma maneira, uma vez que os primeiros enfocam a família pelo ângulo do casamento e, secundariamente, pela filiação, ao passo que os antropólogos se interessam, sobretudo, pela família, em seguida, pelo casamento e, finalmente, pela filiação em termos de um sistema. Para os juristas ocidentais, o ato de fundação da família é o casamento, muito embora os autores mais recentes enfatizem o papel substancial desempenhado pelo casal "não institucional", ou seja, caracterizado pela união livre e pelo concubinato. Assim, o direito se interessa pelo casamento essencialmente pela ótica de direitos e deveres, a qual é mais restrita que a perspectiva da antropologia. Entretanto, se os juristas enfocam a filiação em termos de um laço jurídico que liga os filhos aos seus pais, os antropólogos focalizam o parentesco como uma disciplina de base em seu campo de análise, motivo pelo qual as autoras do capítulo propõem uma reconstrução das aquisições teóricas da antropologia acerca dessa temática ao longo dos séculos XIX e XX, procurando também analisar as transformações que o processo de globalização engendra nas práticas, mentalidades e instituições relativas às relações de parentesco; transformações essas que são por elas definidas como *arcanes de la parenté postmoderne*. O pressuposto fundamental dessa análise é o de que o jurista não é capaz de responder, exclusivamente a partir de seu campo, às novas tendências que remodelam as relações de parentesco e que demandam, para sua adequada compreensão, a combinação de diversas abordagens e métodos das ciências sociais, em particular da antropologia.

O oitavo capítulo, intitulado "L'homme et l'espace au regard du Droit: rapports fonciers et dynamiques territoriales" e organizado por É. Le Roy, ressalta que, tanto para os antropólogos como para os juristas, a inscrição espacial do homem e as relações que dela decorrem sempre foram fundamentais. Para isso, indica-se a existência de dois grandes registros em que se situam os debates privilegiados acerca dessa temática. O primeiro, clássico, conduz ao direito. Trata-se da relação jurídica que funda a propriedade e a territorialidade. Nesse âmbito, a refutação ao etnocentrismo que é própria da antropologia acarreta um duplo efeito. De um lado, proíbe que se considerem como gerais as representações e os procedimentos tidos, no Ocidente, como "direito" e, de outro lado, obriga a conceber, experimentar e aplicar um novo instrumental (*outillage*) conceitual que esteja à altura dos problemas atuais, tal como a questão do desenvolvimento sustentável. O segundo registro de pesquisa concerne à extrema dificuldade de lidar com os novos desafios sociais tanto no que se refere à dinâmica dos conflitos quanto no que tange às pressões por sua resolução. Assim, a regulação das práticas humanas deve ser apreendida numa perspectiva que integre de forma indissociável o aspecto espacial assim como o

temporal, com vistas à obtenção do distanciamento indispensável à reformulação de explicações tidas como universais, tanto no que concerne ao direito de propriedade quanto no que concerne à territorialidade estatal. A inscrição espacial das práticas sociais em estruturas temporais permitiria enfocar, particularmente nas sociedades ocidentais, o entrecruzamento de representações espaciais que têm suas origens na hominização (*hominisation*)[4] ou na Revolução Neolítica, mas também sua superação na época contemporânea, sobretudo em virtude do que Bertrand Badie denomina "fim dos territórios".

Nota-se, assim, que a abordagem antropológica do direito pode oferecer uma importante contribuição para captá-lo desde múltiplas facetas que se enfeixam no âmbito de um novo contorno, decorrente das mudanças radicais experimentadas pela humanidade na passagem para sociedade atual, as quais são descritas por Michel Serres a partir do instigante neologismo *hominescência*.

NOTAS

1 Entre as obras publicadas recentemente na França destacam-se, sobretudo, as seguintes: EBERHARD, Christoph; VERNICOS, Geneviève (Eds.). *La quête anthropologique du droit*: autour de la démarche d'Étienne Le Roy (Paris: Karthala, 2006); NICOLAU, Gilda et. al. *Ethnologie juridique*: autour de trois exercices (Paris: Dalloz, 2007); SACCO, Rodolfo. *Anthropologie juridique*: apport à une macro-histoire du droit (Paris: Dalloz, 2008).

2 Ver, por exemplo: MOORE, Sally Falk (Ed.). *Law and anthropology*: a reader (Massachusetts: Blackwell, 2005).

3 Para uma preocupação semelhante a partir de outros pressupostos, ver: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo* (São Paulo: Martins Fontes, 2009).

4 Ver SERRES, Michel. *Hominescence* (Paris: Le Pommier, 2001).

Orlando Villas Bôas Filho

Mestre e doutor em direito pela Universidade de São Paulo (USP)
professor da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Largo São Francisco, 95
Centro - 01005-010
São Paulo - SP - Brasil
villasboas.orlando@gmail.com

ANOTAÇÕES

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV *(FGV-SP Law Review)* is a journal that publishes articles, book reviews and essays on several fields of Brazilian, international and global law. It also publishes research works and papers on theory of law, sociology of law, philosophy of law and history of law.

This journal is opened to different theoretical and methodological approaches, including interdisciplinary papers and articles that fall into law & society and law & economics research fields. It also reviews and publishes papers concerned with techniques for teaching law and law research methods.

The 'book reviews and essays' section aims to attract readers' attention to local and foreign books and magazines thus raising critical discussions. Books of academic interest are preferred to those primarily focused on professional use. Essays are format-free, and selected by relevance and novelty. The journal only publishes articles and papers not previously published elsewhere.

REVIEW

Every article is reviewed by the Editor, who assesses whether or not it fits the journal editorial policy. The article is then sent to two anonymous referees who evaluate qualitatively its content and style in accordance with blind peer review principles. Referees take 45 to 120 days to provide their comments, that will be forwarded to the author for acknowledgment or improvement. In this latter case, a modified text can be sent to the journal to be re-evaluated. Authors will be emailed about the status of evaluation process, being able to access referees' comments on their article. Exceptionally there can be invitations for articles made by the Editor.

SUBMISSIONS

Articles, essays and book reviews must be written in Portuguese, Spanish or English, and must not have been published elsewhere. They can be electronically sent to **revistadireitogv@fgv.br**, or mailed to **José Rodrigo Rodriguez** at: Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000. In case of submission by regular mail, author must send two printed copies, one of which with no author's identification, as well as a floppy disk with the article in Microsoft Word format (.doc).

We ask authors to inform REVISTA DIREITO GV of any financial support, private or public, and of any financial interest regarding the article that could create conflicts of interest.

Articles must have a maximum of 30 pages of 2100 characters. They must also be written according to ABNT (Brazilian Technical Norms Association) standards. Longer papers can be published subject to editor's evaluation.

Book reviews must have a maximum of 10 pages of 2100 characters, preferably without footnotes. They must have a title and do not need to be preceded by an abstract.

Suggestions for foreign books and magazines to be reviewed can be sent to the editor by email. **Essays** must have a maximum of 15 pages of 2100 characters.

Papers must be sent to the editor, according to the following guidelines:

Style

Paper size: **letter (8,5 x 11 in)**
Text editor: **Word for Windows 6.0 or higher**
Margins (left, right, top, bottom): **2 cm**
Font: **Times New Roman, size 12**
Paragraph: **left aligned; space before text: 0; space after text: 12 points; line spacing: double spacing**

Text

- Title with a maximum of 8 words, uppercase, bold, in either Portuguese and English
- Summary written in Portuguese (or Spanish), with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in Portuguese, left aligned
- Abstract written in English, with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in English, left aligned

References must be cited in the body of text, including author's last name, year and page of the publication. Complete bibliography must be presented in alphabetical order at the end of the text, according to NBR-6023.

Notes must be cut to the minimum needed and presented at the end of text, sequentially numbered, before bibliography.

Diagrams, graphs and tables must present title and source, and be placed at the end of text, after bibliography. Their position must be informed in the body of article, avoiding repetition of information in both chart and text.

Complementary information in the same file, author must inform:

- **Page 1:** Title of the article, followed by author's identification – full name, institution, position, full address, telephone and fax numbers and email.

Authors are fully and exclusively responsible for their articles.

All rights, translation included, are reserved. Submission of a paper means the cession of copyrights to **REVISTA DIREITO GV** *(FGV-SP Law Review)*, and the permission to either publish in electronic media and copy for personal research purposes. Full reproduction of articles, book reviews and essays is prohibited. Citation of parts of text without previous solicitation is allowed provided that source is properly identified.

LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. Além disso visa a divulgar ensaios relevantes para a compreensão do Direito. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *BLIND PEER REVIEW*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 120 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação. Terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo Editor da revista.

REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgv.br** ou pelo correio (aos cuidados do Editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez,** Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000). Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um disquete com o artigo em formato Word.

Solicita-se que o autor do texto informe à revista qualquer financiamento ou outros benefícios de fontes comerciais ou não, além de interesses financeiros que o autor possa ter que criem conflitos de interesses em relação ao trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Formatação
- Folha: **Carta (letter)**
- Editor de texto: **Word for Windows 6.0 ou posterior**
- Margens: **esquerda, direita, superior e inferior de 2 cm**
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda**

Texto a primeira página do artigo deve conter:
- Título, com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês)
- Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em português
- Resumo em inglês, com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em inglês
- Em seguida, deve ser iniciado o texto do artigo

Referências devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas seqüencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares
no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:
- **página 1:** título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, fone, fax e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

Os direitos, inclusive os de tradução, são reservados. A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a **REVISTA DIREITO GV**. Permite-se cópias para fins de pesquisa pessoal ou uso acadêmico. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 6 n. 1 jan-jun 2010

Reflexões sobre o ensino do direito

ESTÁGIO DE DOCÊNCIA, PRÁTICA JURÍDICA E DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA
DENISE PIRES FINCATO: 029

POOPER E O PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM PELA RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS
HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES: 039

O ENSINO DO DIREITO NA FRANÇA
MICHEL MIAILLE E FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA: 059

A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE ESTUDOS DE MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NEMESC)
CARLOS ALBERTO DE SALLES, DANIELA MONTEIRO GABBAY, ERICA BARBOSA SILVA, FERNANDA TARTUCE, LUIS FERNANDO GUERRERO, MARCO ANTONIO LORENCINI: 067

"QUEM SOU EU PARA DISCORDAR DE UM MINISTRO DO STF?" O ENSINO DO DIREITO ENTRE ARGUMENTO DE AUTORIDADE E LIVRE DEBATE DE IDEIAS
VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E DANIEL WEI LIANG WANG: 095

O STF e a Constituição

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CIDADANIA À LUZ DA INFLUÊNCIA COMUNITARISTA
JULIA MAURMANN XIMENES: 119

JULGAMENTO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL: TODO DIA ERA DIA DE ÍNDIO
ERICA MAGAMI YAMADA E LUIZ FERNANDO VILLARES: 143

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA – SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE
VERA KARAM DE CHUEIRI E MIGUEL G. GODOY: 159

ARTIGOS

O PRIMADO DA SOCIEDADE E AS FALHAS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO
BRIAN TAMANAHA: 175

REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, DIREITO E DESENVOLVIMENTO: OS LIMITES DO PARADIGMA RULE OF LAW E A RELEVÂNCIA DAS ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS
MARIO GOMES SCHAPIRO: 213

DESIGUALDADE DE GÊNERO: SOBRE GARANTIAS E RESPONSABILIDADES SOCIAIS DE HOMENS E MULHERES
DANIEL VIANA TEIXEIRA: 253

A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA MIGRAÇÃO
LILIANA LYRA JUBILUT E SILVIA MENICUCCI. O. S. APOLINÁRIO: 275

O PREÂMBULO E A PRESCRITIVIDADE CONSTITUTIVA DOS TEXTOS JURÍDICOS
PAULO DE BARROS CARVALHO: 295

RESENHAS

HERNANDO DE SOTO E A SUA TENTATIVA DE SOLUCIONAR O MISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO
LAURA COUTINHO: 313

TENDÊNCIAS DA ANÁLISE ANTROPOLÓGICA DO DIREITO: ALGUMAS QUESTÕES A PARTIR DA PERSPECTIVA FRANCÓFONA
ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO: 321

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005