

Revista DIREITO GV 21

v. 11 n. 1 JAN-JUN 2015
ISSN 1808-2432

FGV DIREITO SP

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITORA-CHEFE
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

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 BADIN; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

REDAÇÃO
BRUNO BORTOLI BRIGATTO (ASSISTENTE EDITORIAL)
CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS (REVISÃO)

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 350 EXEMPLARES DOADOS
LIVRARIAS: 250 EXEMPLARES À VENDA

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: AGOSTO 2015
TIRAGEM: 600 EXEMPLARES

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

v. 11 n. 1 JAN-JUN 2015

FGV DIREITO SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

APOIO:

CNPq Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação

CAPES

Ministério da Educação

GOVERNO FEDERAL BRASIL PÁTRIA EDUCADORA

REVISTA DIREITO GV / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. - VOL. 1, N. 1 (MAI. 2005) - SÃO PAULO : FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2005- .
V. ; 24 CM.

SEMESTRAL: 2005- .
EDITORES: JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005/2014; CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014- .
PUBLICADA EM: SÃO PAULO: FGV-DIREITO SP, 2005- .
ISSN 1808-2432

1. RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO. 2. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 3. DIREITO - PERIÓDICOS. I. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. II. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO.

CDU 34
CDD 340

A REVISTA DIREITO GV ADOTA A LICENÇA CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO-NÃOCOMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL, EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DE SUA FONTE.



CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3799-2172
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

SUMÁRIO

EDITORIAL

EDITORIAL: **007**

ARTICLES

ARTIGOS

TAX EXCHANGE OF INFORMATION AND INTERNATIONAL COOPERATION IN BRAZIL

TAX EXCHANGE OF INFORMATION AND INTERNATIONAL COOPERATION IN BRAZIL

HELOISA ESTELLITA E FREDERICO SILVA BASTOS: **013**

FREEDOM OF SPEECH AND HATE SPEECH

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO

JÚLIO CÉSAR CASARIN BARROSO SILVA: **037**

INTERPRETATIVE AND EFFECT ADDITIVES PRECAUTIONARY MEASURES IN CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW: A CRITICAL ANALYSIS OF ITS APPLICATION

MEDIDAS CAUTELARES INTERPRETATIVAS E DE EFEITOS ADITIVOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA APLICAÇÃO

LUCAS DE LAURENTIIS E HENRIQUE GALKOWICZ: **065**

NEW LAW OF PORTS: LEGAL CHALLENGES AND INVESTMENT PROSPECTS

NOVA LEI DOS PORTOS: DESAFIOS JURÍDICOS E PERSPECTIVAS DE INVESTIMENTOS

ANA CLAUDIA FARRANHA, CONRADO DA SILVEIRA FREZZA E FABIANA DE OLIVEIRA BARBOSA: **089**

THE MORALITY OF CONFLICT IN SOCIAL THEORY: ELEMENTS FOR A NORMATIVE APPROACH IN SOCIOLOGICAL RESEARCH

A MORALIDADE DO CONFLITO NA TEORIA SOCIAL: ELEMENTOS PARA UMA ABORDAGEM NORMATIVA NA INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA

DAVID WILSON DE ABREU PARDO E ELIMAR PINHEIRO DO NASCIMENTO: **117**

"FISCAL PRACTICE" AND THE NORMATIVITY OF REPEATED PRACTICES OF PUBLIC ADMINISTRATION: A SYSTEMIC ANALYSIS OF TAX LAW

COSTUME FISCAL E A NORMATIVIDADE DAS PRÁTICAS REITERADAS DA ADMINISTRAÇÃO: UMA LEITURA SISTÊMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO

RAFAEL KÖCHE: **141**

RIGHTS AS TRUMPS AND BALANCING: RECONCILING THE IRRECONCILABLE?

RIGHTS AS TRUMPS AND BALANCING: RECONCILING THE IRRECONCILABLE?

JOÃO COSTA NETO: **159**

DISCIPLINE OR RESOCIALIZATION: PUNITIVE RATIONALITIES, PRISON WORK AND PENITENTIARY POLICY

DISCIPLINA OU RESSOCIALIZAÇÃO? RACIONALIDADES PUNITIVAS, TRABALHO PRISIONAL E POLÍTICA PENITENCIÁRIA

BRUNO AMARAL MACHADO E MARCOS AURÉLIO SLONIAK: **189**

TAKING THE POLITICAL RIGHTS SERIOUSLY: INELEGIBILITIES AND CONTROL OF CONVENTIONALITY

LEVANDO A SÉRIO OS DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS: INELEGIBILIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JÚNIOR E RODRIGO MIOTO DOS SANTOS: **223**

BIOPOLITICS AND HOMO SACER IN A TORTURE CENTER IN CHILE

BIOPOLITICS AND HOMO SACER IN A TORTURE CENTER IN CHILE

HUGO ROJAS CORRAL: **257**

A CRITICISM OF THE ENLIGHTENMENT: UNIVERSAL RIGHTS, REGIONAL HIERARCHIES AND RECOLONISATION

O IILUMINISMO NO BANCO DOS RÉUS: DIREITOS UNIVERSAIS, HIERARQUIAS REGIONAIS E RECOLONIZAÇÃO

GUILHERME LEITE GONÇALVES: **277**

NATIONALISMS AND RIGHTS OF INTERNATIONAL MIGRANTS IN THE ARGENTINE TERRITORY: THE CASE OF THE AUTONOMOUS CITY OF BUENOS AIRES

NACIONALISMOS Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES EN EL TERRITORIO ARGENTINO: EL CASO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

ANAHI PATRICIA GONZÁLEZ: **295**

DOSSIER: ***LAW AND HISTORY***

DOSSIÊ: **DIREITO E MEMÓRIA**

FIFTY YEARS OF A CLASH: THE DISPUTE BETWEEN RIBEIRO DA COSTA AND COSTA E SILVA REGARDING THE REFORMATION OF BRAZIL'S SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1965)

CINQUENTA ANOS DE UM CONFLITO: O EMBATE ENTRE RIBEIRO DA COSTA E COSTA E SILVA SOBRE A REFORMA DO STF (1965)

RAFAEL MAFEI RABELO QUEIROZ: **323**

EDITORIAL

A Fundação Getulio Vargas tem como missão "contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do País, para a melhoria dos padrões éticos nacionais, para uma governança responsável e compartilhada, e para a inserção do país no cenário internacional".

Passados 10 anos da primeira edição da REVISTA DIREITO GV, temos a oportunidade de avaliar as realizações e êxitos da Revista até aqui e refletir sobre qual papel ela desempenhará nos próximos anos frente à importante missão da FGV. Esta reflexão mais ampla, ligada aos propósitos últimos da Revista, precisa estar conectada com uma discussão realista sobre os desafios diários de produzir um periódico jurídico de qualidade no Brasil e como torná-lo conhecido e atrativo para uma comunidade de leitores, autores e pareceristas ampla e qualificada.

Há 10 anos, quando a FGV DIREITO SP estava em seu nascedouro, decidiu-se por criar um periódico jurídico que acolhesse o que houvesse de mais inovador no pensamento jurídico brasileiro e internacional e para se pensar e repensar as instituições jurídicas pátrias. Por isso, a REVISTA DIREITO GV nasceu generalista em temas, abordagens teóricas e metodológicas, mas com o propósito de não se perder em generalidades e em lugares-comuns da pesquisa jurídica tradicional.

O que se observa é que nesses 10 anos os textos publicados tinham em comum algumas preocupações fundamentais. A primeira preocupação foi abrir a Revista para abordagens interdisciplinares e para metodologias marcadamente empíricas, até então com pouca expressão dentro do Direito. Em se tratando de Sociologia, História e Filosofia do Direito, a preferência sempre foi por publicar artigos que ampliassem e modificassem as pautas de pesquisa, metodologias e referenciais teóricos estabelecidos. Aqui, o desafio foi fugir das meras resenhas bibliográficas ou de apresentação do estado da arte de um determinado campo, debate ou autor, sem nenhum aporte crítico.

Nos artigos de dogmática jurídica, a preferência foi por publicar textos que discutissem criticamente as características e as fronteiras do pensamento dogmático, ou trouxessem novas ideias para o enfrentamento e resolução de questões jurídicas novas e complexas. Nesses anos, a Revista buscou trabalhos que fugissem do modelo tradicional de pesquisa jurídica cuja forma de argumentação muitas vezes se assemelha a uma petição ou parecer jurídico, bem como que se afastassem do manualismo repetitivo e estéril.

Em linha com as pautas de pesquisa desenvolvidas pelos programas de mestrado *strictu sensu* e pelos núcleos e grupos de pesquisa da FGV DIREITO SP, nos últimos anos a Revista passou a intensificar sua preferência pela produção acadêmica que se enquadra nos campos de pesquisa Direito e Desenvolvimento (*Law & Development*), Direito e Sociedade (*Law & Society*) e Direito e Economia (*Law & Economics*), e também por artigos sobre ensino jurídico, sendo mais um espaço de fortalecimento do compromisso da FGV DIREITO SP com a transformação e aprimoramento do ensino jurídico no Brasil.

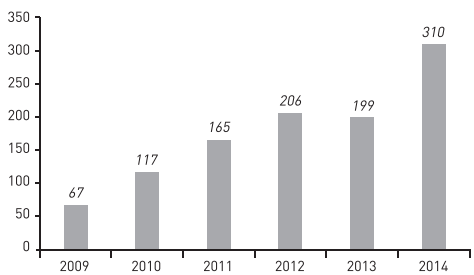
DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201501

O que une todas as pautas de pesquisa da FGV DIREITO SP e que nos remete à missão da FGV é o compromisso com o aperfeiçoamento e a universalização do Estado de Direito no Brasil, a especial atenção dada à elaboração de diagnósticos e produção de dados empíricos sobre a interpretação e aplicação das leis e propostas de alterações do ordenamento jurídico brasileiro, bem como à qualificação das instituições responsáveis pela interpretação e aplicação do Direito.

A REVISTA DIREITO GV pretender ser um bem público que une a FGV DIREITO SP à comunidade acadêmica brasileira e internacional no avanço desses compromissos e pautas de pesquisa.

No que concerne aos desafios diários de produzir um periódico jurídico de qualidade no Brasil, parece-nos conveniente analisar o desempenho da Revista nesses anos, especialmente entre 2009 e 2014, por meio de alguns dados quantitativos. Com a ampliação da pesquisa jurídica brasileira ocorrida nos últimos 10 anos, a Revista passou a receber um número cada vez maior de artigos por ano, o que fez aumentar de maneira significativa a competitividade na seleção, possibilitando um aumento crescente na qualidade do que é publicado.

Artigos recebidos por ano



Como é possível observar, fechamos o ano de 2014 com um número recorde de 310 submissões de artigos inéditos, entre nacionais e estrangeiros. O constante crescimento no número de submissões indica a consolidação da REVISTA DIREITO GV como um dos periódicos mais importantes na área do Direito no Brasil.

Este aumento, no entanto, impõe diversos desafios. Um desafio diz respeito ao aperfeiçoamento dos mecanismos internos de gerenciamento de cada etapa do processo de avaliação dos artigos, tais como, recebimento e avaliação preliminar (*desk review*), processo de dupla avaliação cega por pares (*double blind peer review*), envio das avaliações aos autores etc. Para auxiliar na superação desses desafios, até o final de 2015, a REVISTA DIREITO GV implementará um **sistema de submissão *online*** de artigos e gestão de pareceres.

Entendemos que a implantação do sistema de submissão *online* será fundamental para dar mais agilidade a cada etapa do processo de avaliação, diminuindo seu tempo total. Sabemos que o aumento no número de artigos submetidos e a complexidade do processo de avaliação, especialmente a etapa de *double blind peer review*, não podem tornar o tempo entre a submissão e a publicação excessivamente longos, sobretudo diante da conhecida premência de produtividade acadêmica que recai sobre professores e pesquisadores nos dias atuais.

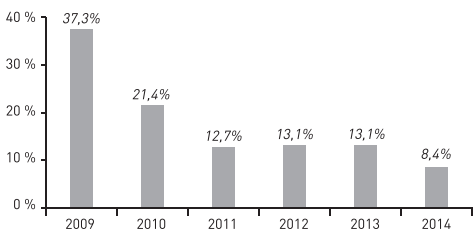
Com relação às nossas preocupações com a qualidade das publicações e com adoção dos mais altos padrões de ética acadêmica, a partir de abril de 2015, começamos a utilizar sistematicamente o *software* de rastreamento de similaridades **iThenticate**, usado por diversas publicações nacionais e internacionais de renome. Todos os arti-

gos submetidos à Revista são analisados pelo *software,* que indica porcentagens de semelhança entre textos disponíveis na internet. Com isso, o processo de submissão torna-se mais seguro, evitando-se a avaliação de artigos que não sejam inéditos ou que apresentem altos índices de plágio ou autoplágio.

Além disso, entendemos que o aumento nas submissões permite uma seleção e triagem cada vez mais rígida na etapa de *desk review* realizada pela editora, de forma que sejam enviados, para a etapa seguinte – *double blind peer review* –, apenas os artigos que sigam estritamente a Política Editorial da Revista e que tenham as características substantivas discutidas anteriormente (ou seja, artigos com verdadeiro potencial para publicação).

Hoje, tendo dois números e uma média de 26 artigos publicados por ano, 8,4% dos artigos recebidos são publicados (2014).

Artigos publicados *vs.* recebidos por ano



Com este balanço sobre o passado e reflexão sobre o futuro, convidamos a todos para a leitura deste novo número da Revista.

Boa leitura!

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editora-Chefe

EDITORIAL

The Getulio Vargas Foundation (Fundação Getulio Vargas – FGV) has as its mission, "to contribute to the socio-economic development of the country, the improvement of national ethical standards, a responsible and shared governance, and the presence of the country in the international arena."

Ten years since the first edition of DIREITO GV LAW REVIEW (REVISTA DIREITO GV) we have the opportunity to evaluate its performance and accomplishments until now and reflect on the role that the publication will have in the years ahead in the context of FGV's important mission. This broader reflection, connected to the ultimate purposes of the journal, needs to be linked with a realistic discussion of the daily challenges of producing a high-quality law journal in Brazil and how to make the publication well known and also attractive for a broad and qualified community of readers, authors and reviewers.

When the Getulio Vargas Foundation's São Paulo Law School (FGV DIREITO SP) was founded 10 years ago, the decision was made to create a law journal that would both include more innovative Brazilian and International juridical scholarship and would help think and rethink Brazil's legal institutions. Therefore, DIREITO GV LAW REVIEW was created in order to be generalist regarding its themes, theoretical and methodological approaches, without becoming lost in the platitudes and truisms of traditional legal research.

It can be observed that during these 10 years the published texts have shared some fundamental concerns. The first one was to open the journal to interdisciplinary approaches and for studies based on empirical methodologies, until then uncommon in legal scholarship. Regarding sociology, history and philosophy of law, the journal's preference was always to publish articles that would amplify and modify the research agenda, as well as methodological and theoretical references. The challenge was to escape from simple bibliographic digests or non-critical presentations of the state of the art regarding a certain field, debate or author.

In legal doctrine our preference was to publish articles that would critically discuss the features and borders of legal thinking, or that would bring novel ideas to solve new and complex juridical questions. Throughout the years, the journal sought both works that were far from the traditional model of legal research, whose reasoning frequently is similar to a petition or a legal opinion, as well as research that escaped from the sterile and repetitive style of Brazilian black letter law books.

Aligned with the research themes developed by FGV DIREITO SP's masters programs, research centers and study groups, in the last few years the journal started to intensify its preference for publishing research related to Law & Development, Law & Society and Law & Economics. In addition, the publication also took an interest in articles on legal education, which is one more vehicle for the strengthening of FGV DIREITO SP's commitment to the transformation and improvement of legal education in Brazil.

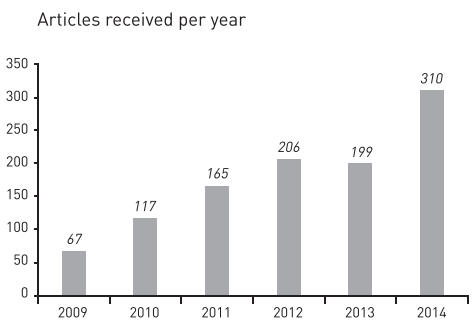
What unites FGV DIREITO SP's research themes, and reminds us of FGV's mission, is the commitment to the advance and universalisation of the Rule of Law in Brazil and the special attention given to the elaboration of diagnostics and production of empirical data about the interpretation and application of statutes and proposals of alterations of the Brazilian legal ordering, as well as the qualification of

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201501

institutions responsible for the interpretation and application of the Law doctrine.

DIREITO GV LAW REVIEW intends to be a public good, which connects FGV DIREITO SP with the Brazilian and international academic community in order to advance these commitments and research subjects.

Regarding the daily challenges of producing a high-quality legal journal in Brazil, this seems an opportune moment to analyze, through some quantitative data, how the journal has been performing over the years, particularly between 2009 and 2014. With the expansion of Brazilian juridical research in recent years, the journal has started to receive a larger number of articles per year, which has significantly increased the competitiveness of the selection process, enabling a rise in the quality of what is published.



As illustrated above, we closed the year of 2014 with a record number of 310 submissions of unedited articles, both national and foreign. The constant growth in the number of submissions indicates the consolidation of DIREITO GV LAW REVIEW as one of the most important legal publications in Brazil.

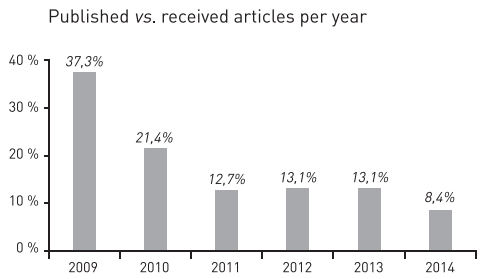
However, this growth imposes several challenges. The first one concerns the improvement of internal mechanisms of managing every stage of the article-selection process, including the receiving process, desk review, double blind peer review, sending the reviews to the authors, etc. To help overcome these challenges, until the end of 2015 DIREITO GV LAW REVIEW will implement a ***system of online submission*** *to better manage articles and reviews.*

The implementation of an online submission system will be decisive in providing more agility to each stage of the evaluation process, reducing its total time. We know that the increase in the number of submitted articles and the complexity of the evaluation process, particularly the stage of double blind peer review, cannot lead to an excessive lengthening of the time between submission and publication, especially in the face of the well-known pressures of academic productivity that burden professors and researchers today.

Regarding our concerns with the quality of publications and the adoption of the highest standards of academic ethics, since April 2015 we have been systematically using ***iThenticate****, a software adopted by several well-known national and international journals. All the articles submitted to the journal are analyzed by the software, which points out the similarities percentages of texts available on the Internet. With this, the submission process becomes safer, avoiding the evaluation of articles that were already published or that present evidence of plagiarism or self-plagiarism.*

Furthermore, we understand that the increase in submissions allows desk review to be stricter. Thus, only the articles that rigorously follow the journal's editorial policy, and that contain the substantive features previously discussed (meaning articles with a real potential of publication) proceed to the next stage of double blind peer review.

Currently, with two issues and an average of 26 articles published per year, 8,4% of the submitted articles are published (2014).



With these reflections about the past and the future, we invite you to read this new issue.

Enjoy your reading!

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editor-in-Chief

SUBMITTED 24.07.2013 | APPROVED 18.03.2014

TAX EXCHANGE OF INFORMATION AND INTERNATIONAL COOPERATION IN BRAZIL *

Heloisa Estellita e Frederico Silva Bastos

O INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIAS E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL

ABSTRACT

Globalization and internationalization of companies are phenomena that need to be considered by modern tax administrations. In many situations, such as tax evasion, harmful tax competition and money laundering, domestic statutes seem to be ineffectual in a global dimension. To cope with that, new forms of regulation and regulators emerge. Under this view, an effort towards signing international treaties, conventions and agreements seems to be a feasible solution. The Brazilian legal framework contains principles and rules that make international cooperation and exchange of information (EOI) with other countries possible. Furthermore, the Brazilian tax administration has wide-ranging access powers to obtain information for international exchange purposes and has the tools to coercively produce such information. Brazil is following the right path to implement international exchange of information standards. However, there are some obstacles that need to be fixed for a more efficient implementation of these mechanisms. This article examines some topics of the Brazilian legal and institutional framework on the tax exchange of information, such as a new model of approach of the tax administration, the tax transparency agenda and the international agreements on EOI matters, the Brazilian Supreme Court rulings under

RESUMO

A globalização e a internacionalização das empresas são fenômenos que precisam ser considerados pelas modernas administrações tributárias. Fiscalizar e combater a evasão fiscal, o planejamento tributário agressivo e a lavagem de dinheiro somente com medidas domésticas tende a ser inócuo em uma dimensão global. Para lidar com esse cenário, novas formas de regulação e reguladores são exigidas. Sob este ponto de vista, um esforço no sentido de assinar tratados internacionais, convenções e acordos parece ser uma solução viável. O arcabouço legal brasileiro contém princípios e regras que tornam a cooperação internacional e o intercâmbio de informações (EOI) com outros países possíveis. Além disso, a administração tributária brasileira tem amplos poderes de acesso para obter informações para fins de intercâmbio internacional, assim como conta com ferramentas para produzir coercitivamente tais informações. Nesse contexto, o Brasil tem realizado grandes esforços para adequar suas instituições e legislações aos padrões internacionais no que tange à troca de informações tributárias. No entanto, existem alguns obstáculos que precisam ser observados para uma execução mais eficaz destes mecanismos. Nesse sentido, este artigo se propõe a analisar algumas questões importantes referentes à moldura jurídica e institucional brasileira no intercâmbio de informações

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201502

BANK SECRECY AND THE RIGHTS OF BRAZILIAN TAXPAYERS REGARDING EOI.

KEYWORDS
GLOBALIZATION; TAX EVASION; EXCHANGE OF INFORMATION; INTERNATIONAL COOPERATION; TAX ADMINISTRATION.

TRIBUTÁRIAS, TAIS COMO, A MUDANÇA DE PARADIGMA NA ATUAÇÃO DAS ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS, A AGENDA DA TRANSPARÊNCIA FISCAL E OS ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA EOI, AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS DOS CONTRIBUINTES BRASILEIROS EM RELAÇÃO AO EOI.

PALAVRAS-CHAVE
GLOBALIZAÇÃO; EVASÃO FISCAL; INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES; COOPERAÇÃO INTERNACIONAL; ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

1 LAW, GLOBALIZATION AND TAX ADMINISTRATION

Current commercial operations perform in an environment where geographical boundaries are becoming less important. The phenomenon of globalization shortens distances and spreads information across the globe. In this context, the global competition among companies intensifies, especially in relation to reducing costs, taxation and in expanding into new markets.

Taxation is likely to be one of the main factors determining the movement of goods, capital, and man power (BLOCH; HEILEMANN, 1946, p. 1159). The mobility of people and information has led to harmful competitive practices[1] on a global scale, damaging countries' ability to effectively enforce their tax and corporate laws. Thus, the ease of allocating people and investments and a significant lack of coordinated action between countries, make harmful tax competition, money laundering, CFC's (Controlled Foreign Corporation) and tax evasion very difficult to be controlled solely by domestic tax administrations.

Globalization and internationalization of companies are phenomena that need to be considered by modern tax administrations. While in the past fiscal policies were established in each country solely for domestic troubleshooting, with globalization and the free movement of capital, there is a sensitive change in how different tax systems and tax administrations interact with each other.

The current network society[2] is subjected to a new model of legal system, in which a high level of information sharing is a key feature. The traditional legal tools are placed under discussion by the transformation of the States' relation in a global framework (RODOTTÀ, 2003, p. 1), in which domestic laws seem to be ineffectual. To cope with that, new forms of regulation and regulators emerge.

State sovereignty, citizenship, territory and jurisdiction are legal concepts that were built in the past and accompanied modernity allowing the construction of many national legal systems (RODOTTÀ, 2003, p. 1). These traditional concepts, however, are being challenged by constant scientific and technological innovation, as well as by a global network that surrounds and significantly reduces geographic boundaries.

Under this view, an effort in signing of international treaties, conventions and agreements seems to be a feasible solution not only to adopt common and harmonized standards, but mainly to regulate singularities, that alone, cannot be concentrated only in the domestic dimension, as is the case of harmful tax competition, double taxation, tax fraud, and money laundering (BLOCH; HEILEMANN, 1946, p. 1169).

Trying to solve these issues only on the domestic level tends to be ineffective, given that globalization of economic activity undermines local legislative interventions and requires a more harmonious and shared action. In light of this scenario, one realizes the importance of supranational bodies in the study of Exchange of Information (EOI) on tax matters and the formulation of proposals that can be implemented jointly by the international community.

In this context, this article provides a short overview of the exchange of information in tax matters in a global perspective, examines the Brazilian institutional and legal framework supported by the international transparency agenda, its compliance with international agreements and conventions, and the specialized doctrine. It argues that some tools for efficient EOI in tax matters are limited either by local regulation or rulings of the Brazilian Supreme Court in connection to bank secrecy and individual privacy.

2 The exchange of information in tax matters: an overview

One of the main challenges for international tax law nowadays is how to ensure full effectiveness of domestic tax law regarding transactions with other countries and the consequent movement of capital. The first requirement for legal effectiveness is the knowledge, by the tax administration, about the economic operations of a specific taxpayer, otherwise it cannot apply and enforce the relevant provisions – it is a matter of efficacy and legality. The second requirement is a thorough knowledge of the whole economic transaction, as opposed to simply the domestic part of it – this is a matter of transparency. A point to stress is that, for the law to be fully applicable, regulation and efficient enforcement information is essential (GRECO, 2011, p. 177).

To illustrate the importance of the exchange of information and transparency in this global scenario, we quote one of the conclusions of the *Second Conference on the Fight against International Tax Fraud and Evasion by promoting Transparency and Exchange of Information in Tax Matters* (BERLIN – June 23, 2009):

> They emphasized that transparency and Exchange of information in tax matters are the basis for a fair competition in a global economy and an equitable tax burden weighing on honest taxpayers. They confirmed that the fight against any form of tax offences is a shared responsibility of all countries and territories.[3]

Although it seems excessive to say that "we are our data" (RODOTTÀ, 2003, p. 10), it is nevertheless true that our social representation is increasingly entrusted to information disseminated in multiple personal or public databases and profiles. Therefore, a main issue of the exchange of information among different nations is to find a balance between, on one hand, giving and obtaining information that assists the enforcement of tax and criminal law and, on the other hand, respecting legality, fundamental rights and not jeopardizing other interests that each nation may have (BLOCH; HEILEMANN, 1946, p. 1169).

The main path encountered by the international community to seek this balance was by way of international treaties, conventions and agreements and global organizations that contributed to the standardization of some practices, so as to contribute to greater efficiency of the exchange of information between tax administrations. With international cooperation through treaties, agreements and conventions, nations commit themselves, amongst other things, to exchange information. According to the practice of information exchange, it is possible to stress five main methods used to do so in tax matters: (i) Automatic Exchange; (ii) Spontaneous Exchange; (iii) Exchange Upon Request; (iv) Simultaneous Tax Exchange; and (v) Tax Examinations Abroad.

Certain international organizations and forums can be identified for having already developed significant projects in the area of exchange of information on tax matters, namely: the Organization for Economic Co-operation and Development – OECD,[4] the United Nations – UN, G20 – Finance Ministers Group, Global Forum on Transparency and Exchange of Information, the Pacific Association of Tax Administrators – PATA, and the Joint International Tax Shelter Information Center – JITSIC.

A precursor of projects on exchange of information is the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. In 1963, the OECD drafted the first version of this model tax convention,[5] already including the possibility of the exchange of information (article 26[6]). From hereinafter, all subsequent Model Tax Conventions updates provide for this possibility.

One of the most important initiatives in this area is the *Global Forum on Transparency and Exchange of Information*, also created by the OECD, with the active participation of the G20 Finance Ministers. This Forum has 108 member countries,[7] as well as nine international organizations acting as observers.[8] It aims to establish international standards for tax cooperation and to ensure that all participating jurisdictions offer the same standard of international cooperation in tax matters. This international standard is outlined in the document's Terms of Reference[9] and is evaluated through a Peer Review Group.[10] To assist the evaluation, the Peer Review Group has developed ten essential elements of transparency and exchange of information for tax purposes.[11]

TABLE 1 – **THE 10 ESSENTIAL ELEMENTS OF TRANSPARENCY AND EXCHANGE OF INFORMATION FOR TAX PURPOSES**

A. AVAILABILITY OF INFORMATION

A.1. JURISDICTIONS SHOULD ENSURE THAT OWNERSHIP AND IDENTITY INFORMATION FOR ALL RELEVANT ENTITIES AND ARRANGEMENTS IS AVAILABLE TO THEIR COMPETENT AUTHORITIES.

A.2. JURISDICTIONS SHOULD ENSURE THAT RELIABLE ACCOUNTING RECORDS ARE KEPT FOR ALL RELEVANT ENTITIES AND ARRANGEMENTS.

A.3. BANKING INFORMATION SHOULD BE AVAILABLE FOR ALL ACCOUNT-HOLDERS.

B. ACCESS TO INFORMATION

B.1. COMPETENT AUTHORITIES SHOULD HAVE THE POWER TO OBTAIN AND PROVIDE INFORMATION THAT IS THE SUBJECT OF A REQUEST UNDER AN EOI AGREEMENT FROM ANY PERSON WITHIN THEIR TERRITORIAL JURISDICTION WHO IS IN POSSESSION OR CONTROL OF SUCH INFORMATION.

B.2. THE RIGHTS AND SAFEGUARDS THAT APPLY TO PERSONS IN THE REQUESTED JURISDICTION SHOULD BE COMPATIBLE WITH EFFECTIVE EXCHANGE OF INFORMATION.

C. EXCHANGING INFORMATION

C.1. EOI MECHANISMS SHOULD PROVIDE FOR EFFECTIVE EXCHANGE OF INFORMATION.

C.2. THE JURISDICTIONS' NETWORK OF INFORMATION EXCHANGE MECHANISMS SHOULD COVER AL RELEVANT PARTNERS.

C.3. THE JURISDICTIONS' MECHANISMS FOR EXCHANGE OF INFORMATION SHOULD HAVE ADEQUATE PROVISIONS TO ENSURE THE CONFIDENTIALITY OF INFORMATION RECEIVED.

C.4. THE EXCHANGE OF INFORMATION MECHANISMS SHOULD RESPECT THE RIGHTS AND SAFEGUARDS OF TAXPAYERS AND THIRD PARTIES.

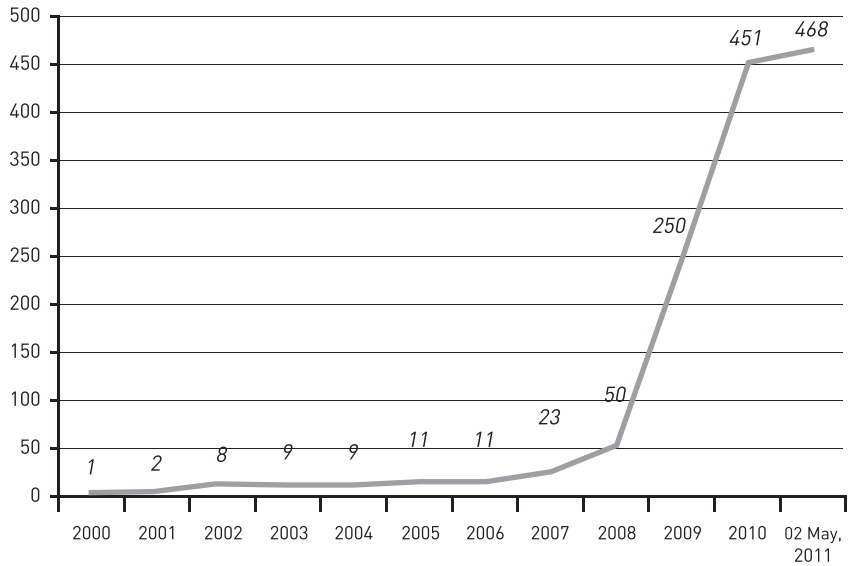
Source: (OECD, 2012).

In addition to these essential transparency elements, further conditions for an effective exchange of information are: (i) reliable information, (ii) foreseeability that tax provisions and information of a requesting jurisdiction is (iii.a) available, or can be (iii.b) made available, in a (iv) timely manner (OECD, 2012, p. 28).

Another important and complementary legal instrument that has been used to establish effective exchange of information between nations is the OECD Model of Agreement on the Exchange of Information on Tax Matters. The Tax Information Exchange Agreement – TIEA is intended to establish the standard of what constitutes effective exchange of information for the OECD's purposes. It is a more specific

instrument than Double Tax Conventions and has been signed by an ever-growing number of countries in the last few years (ZAGARIS, 2010, p. 48-50).

GRAPH 1 – **TIEAS SIGNED ANNUALLY**[12]



Source: (OECD, 2011).

The Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSIC is another international organization that has also successfully developed standards for information sharing between tax administrations. Created in 2004, through an initiative of the tax administrations of Australia, Canada, United Kingdom and the United States, it aims to improve enforcement on harmful tax planning and information exchange in real time among tax authorities. The intention is to maximize the coordination of laws and fiscal policies of member countries and to combat double taxation and tax evasion. The work of these agents is done through the exchange of information and *Joint Audits.*[13] It is noteworthy that the Joint Audit is also positive for the taxpayer because he/she presents records and explanations only once and receives a unified position of the tax administrations involved. Thus, the coordinated and harmonious action among tax administrations ensures certainty and predictability, along with more effective coercion to tax offenses.

Recently, the United States Internal Revenue Service – IRS has started a new policy to enforce and control tax evasion by American citizens using the exchange of information between financial institutions and the government. The Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA, that will enter into force in 2013,[14] sets forth that the so-called Foreign Financial Institutions – FFIs and Non Financial Foreign Entities – NFFEs worldwide shall monitor and report to the U.S. tax authorities information on financial transactions of "U.S. persons" (citizens, companies, and U.S. corporations) residing or acting outside the United States. This new tax policy determines the application of a penalty to taxpayers who refuse to authorize such procedures. The penalty is to withhold 30% of any payment to be made to the account holder or U.S. investor, and a financial institution that does not comply or does not comply properly in reporting the information will also be subjected to withholding 30% on payments receivable from U.S. sources.[15] Countries like France, Germany, Italy, Spain, Japan, Switzerland, Canada, Denmark, Finland, Guernsey, Ireland, Isle of Man, Jersey, Mexico, Netherlands and Norway[16] have already signed bilateral agreements to implement FATCA regulation for financial institutions at a domestic level.

In sum, the work of these organizations and tax administrations reflect a new paradigm in the tax administration, allowing a network action presented by a high level of information sharing. It encourages the States themselves act in order to coordinate their actions and promote more transparency and enforcement in the international level.

3 Brazilian institutional and legal framework on exchange of information for tax purposes

In recent years, Brazil has been establishing itself as a country that remodels and reconfigures its position towards a global scenario that increases its political and economic power. It developed a suitable environment for the internationalization of numerous Brazilian companies and also for many foreign companies that started to operate in the Brazilian market.

For this reason, the country is beginning to convert its role to assume a relevant economic and political position. In the words of John Prideaux, from The Economist, "Brazil used to be all promise. Now it is starting to deliver" (PRIDEAUX, 2009). This panorama is suggestive, but is also a clear indication that the tax administration and legal structure must be prepared to deal with global issues. To illustrate this argument, the Brazilian Tax Justice Seminar, organized by the Brazilian Council for Economic and Social Affairs, concluded that about $300 to $400 billion dollars have been remitted abroad without Brazilian government taxation.[17] This information highlights how important is the exchange of information on tax matters in order to prevent and prosecute tax evasion and money laundering. Accordingly, we will examine

some points of the Brazilian legal and institutional framework on the exchange of information.

First of all, Brazil's competent authority to deal with information exchange, federal taxes, as well as customs control, including efforts in counteracting money laundering, is the Secretariat of the Federal Revenue Service of Brazil (*Secretaria da Receita Federal do Brasil* – RFB), which is subordinated to the Minister of Finance. Nevertheless, the RFB, according to article 198 of the National Tax Code – CTN, cannot exchange information for tax purposes unless they have a legal basis for doing so.

In spite of such provisions, Brazil has been signing Double Tax Conventions, which includes international exchange of information clauses, since the late 1960s (OECD, 2012, p. 7). Overall, Brazil has concluded 30 Double Tax Conventions – DTCs[18] and seven Tax Information Exchange Agreements – TIEAs.[19] Moreover, Brazil has recently signed the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters during the signing ceremony held at the G20 Summit in Cannes, France, in November 2011 (OECD, 2012, p. 61).

The Brazilian EOI legal framework contains principles and rules that make international cooperation and exchange of information with other countries possible. Under the Brazilian Constitution, one may find a guiding principle of cooperation between nations for the purpose of humanity progress (article 4º, IX).[20] Moreover, and in a more specific sense, the Brazilian Tax Code provides for rules about international and domestic exchange of information. In its heading, Article 199[21] provides for the exchange of information among the Federal Government, States, and Municipalities in the interest of national tax administration.[22] Accordingly, an exclusive subdivision, entitled COCIF[23] (*Coordenação-Geral de Cooperação e Integração Fiscal*) was set up within the RFB to coordinate the domestic tax integration among these three levels of the Federation.

In 2001, Complementary Law (*Lei Complementar*) n. 104 amended article 199 adding a sole paragraph to make it clear that Brazil can also mutually exchange tax information with other countries through international treaties, agreements and conventions. Reassuring the enforcement of these international instruments, the National Tax Code also provides, in article 98, that Double Tax Conventions (as well as other treaties in tax matters) prevail over the national legislation. Similarly to what happens in the national scenario, there is a subdivision of the Secretariat of Federal Revenue Service to deal specifically with international technical cooperation on tax matters, namely DIRIN[24] (*Divisão de Relações Institucionais Internacionais*).

These recent changes in the National Tax Code are part of the implementation of the Brazilian commitment to the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes guidelines (OECD, 2012, p. 18). As a member of this Forum since 2009, Brazil is engaged in implementing an international standard of transparency and exchange of information in tax matters. All members of the Global Forum,

as well as jurisdictions identified as relevant to its work, are being evaluated under these international standards of transparency and EOI. This process is undertaken in two phases. Phase 1 reviews the quality of a jurisdiction's legal and regulatory framework for the exchange of information. Phase 2 reviews the practical implementation of that framework. Brazil was evaluated under the Phase 1 Peer Review requirements in the first half of 2011, and the Phase 2 Peer Review was launched on July 17th, 2012 (OECD, 2012, p. 5).

The Peer Review Report – Phase 1 stresses that RFB has significant information resources at its disposal, including ownership, identity, bank and accounting information both for domestic purposes and in response to a request from another jurisdiction by means of an international treaty (OECD, 2012, p. 49). In addition, the RFB has wide-ranging access powers to obtain information for international exchange of information purposes, and measures to coerce the production of such information.[25] The RFB may also summon individuals and legal entities, taxpayers or not, and other related parties, to show books, documents and to provide any information required by the RFB in the exercise of its duties, within a stipulated period of time.[26] In principle, there are no restrictions to the RFB's powers to directly interrogate individuals or seize documents.[27] However, in the case of search and seizure of documents in private residences or professional premises, a court order is needed.[28]

The OECD conclusion about Brazilian legal and regulatory framework in Phase 1 Peer Review is the following:

> The legal and regulatory framework for the availability of information is in place in Brazil. Ownership and identity information is maintained by relevant entities and arrangements. In addition, much information is filed with governmental authorities, in particular the tax authorities and the Public Trade Registrar. Similarly, a good framework exists which requires full accounting records, including underlying documentation, to be kept for at least five years (which corresponds to the statute of limitations period). Full bank information, including all records pertaining to account holders as well as related financial and transaction information, is available in Brazil. In addition, the tax authorities also collect certain bank data every year, such as the identity of all bank account holders and the monthly global amounts in deposit or saving accounts (OECD, 2012, p. 7).

The OECD Brazilian report informs that Brazil has many sources of information and also some enforcement mechanisms[29] that compel taxpayers to provide information comprising civil, commercial, tax, regulatory and criminal (specifically in the sense of money laundering) laws. Brazilian tax authorities have a significant amount of ownership information at their disposal, which is kept up to date on a yearly basis

(OECD, 2012, p. 25). According the OECD Phase 1 Peer Review, it is clear that Brazil has a complete database:

> In respect of ownership and identity information, the comprehensive obligations consistently imposed on domestic and foreign companies, partnerships and foundations ensure that information is available either in the hands of public authorities (i.e. the Public Trade Registrar, the Civil Registry Office, the CVM, the BACEN, the RFB, etc.), the entity itself (articles of incorporation or shareholder register) or custodians (i.e. financial institutions and other entities supervised by the CVM). These obligations are complemented by the anti-money laundering legislation and rules concerning regulated activities (OECD, 2012, p. 19).

Therefore, the Brazilian legislation and institutional framework supports the EOI policies allowing availability, access of reliable information and powers to obtain information under civil, commercial, tax, regulatory, and criminal laws, where necessary.[30]

4 Exchange of information and confidentiality

International Information Exchange Instruments[31] must contain confidentiality provisions that spell out specifically to whom the information can be disclosed and the purposes for which the information can be used. It must be noted that the joint application of the general domestic rules on confidentiality, in combination with the confidentiality provisions contained in Brazil's exchange of information agreements, would lead to the conclusion that information exchanged with foreign authorities may only be disclosed to persons or authorities, including courts and administrative bodies, concerned with the assessment, collection, prosecution, enforcement of the tax law in question or in criminal proceedings related to such taxes (OECD, 2012, p. 72).

The Brazilian Constitution[32] does not expressly provide for bank confidentiality,[33] but it protects the right to privacy as a fundamental right, even though this information may be provided to foreign competent authorities. Thus, there are no restrictions on the access to bank records (financial statements and other information) where (i) access is required during the course of a tax procedure[34] and (ii) such examination is considered indispensable under a valid EOI request (OECD, 2012, p. 56). In particular, some bank information is already available to the RFB due to an automatic hand over of data by banks and financial institutions (OECD, 2012, p. 47).[35]

Yet, as a general rule, when the requested information is not in the possession of the RFB, it might summon the taxpayer to provide it or directly request the holder of this information to do so, without having to notify or obtain the consent of the person under assessment or investigation.

By way of exception, the RFB needs to first summon the taxpayer to provide bank information[36] because of the fundamental rights clause established in the Brazilian Constitution. Nevertheless, the taxpayer is not informed as to the reason why this information has been demanded.[37] If the taxpayer, within a given timeframe, does not provide the information, Brazilian tax authorities can request it directly from financial institutions.[38] It is important to stress that bank secrecy cannot be the basis for declining a request to provide information. A refusal based on a domestic tax interest[39] requirement is not consistent with the international standard (OECD, 2012, p. 65).

Under Decree-Law n. 4.657/42, article 17, the Brazilian Tax Administration may decline an exchange of information request only if the disclosure of such information would be contrary to national sovereignty, public order or the principle of morality (OECD, 2012, p. 76).

Regarding criminal law, the anti-money laundering framework in Brazil is based on Law n. 9.613/98, which sets out the legal measures, such as the definition of money laundering crimes, preventive measures, the system for reporting suspicious activities, and the procedures for international cooperation. This law is the result of several international initiatives, such as the Vienna Convention, the Palermo Convention, the UN Convention against the Financing of Terrorism, the UN Convention against Corruption, and the FATF 40+9 Recommendations, among others (OECD, 2012, p. 16).

The Brazilian Financial Intelligence Unit[40] (COAF), an agency within the Ministry of Finance, is actively involved in international initiatives related to the prevention of money laundering and financing of terrorism (OECD, 2012, p. 17). Since 2001, Complementary Law n. 105/01 introduced new rules on bank secrecy and extended the access powers of the COAF. In addition, Law n. 10.701/03 provided COAF with a broader authority to obtain information from third parties and created a national register of bank accounts (OECD, 2012, p. 17).

4.1 Brazilian Supreme Court decision on bank secrecy

Despite the abovementioned rules providing the RFB with wide powers to have access to bank records, the Brazilian Supreme Court recently delivered a ruling demanding a court order authorizing the disclosure of such records by banks.

Although a set of lawsuits seeking the declaration of unconstitutionality of Complementary Law n. 105/2001 are pending before the Brazilian Supreme Court,[41] in regards to individual suits analyzed by the Court, the most recent decision was in favor of the taxpayer.

In Extraordinary Appeal n. 389.808,[42] the plenary of the Court, by a tight majority of 6 to 4, ruled that the provision granting the RFB with powers to directly access bank records for tax purposes violated constitutional rules.

In that case, the company was under tax assessment by the RFB, in which the authority was seeking bank records directly from financial institutions based on the

provisions set up in Complementary Law n. 105/2001 and relevant regulation. The aim of requesting such information would be the assessment of whether the taxpayer was in debt with the RFB regarding some federal taxes. The tax authorities, as grounds to seek the disclosure of such information, neither raised allegations of tax evasion, nor sought to prove the commencement of a criminal investigation.

The Court held that direct access to bank records by government bodies violates constitutional provisions regarding privacy protection, and shall only be enforced by means of a court order authorizing the disclosure of such information.

Even though the decision was taken in an individual suit, and, therefore, has no binding effects with respect to any other Brazilian courts or persons not a party in the specific case, it expresses the latest position of the highest Brazilian Court on the matter.

That means that, although Complementary Law n. 105/2001 is still in force allowing tax authorities to obtain bank information directly from financial institutions, if the taxpayer challenges such requests before the Judiciary, there is a chance that he/she might be granted an injunction to halt the sharing of the information, until a court order is issued to allow the disclosure to the RFB.

As the Supreme Court clearly stated, its decision does not deprive tax authorities from having access to bank records whatsoever, but only that, in view of the constitutional right to privacy, the disclosure must be granted by a court order. It is evident that such a decision has effects on the international exchange of information for tax purposes where the taxpayer challenges the disclosure of bank records by way of an injunction. The decision also indicates that any treaty, cooperation agreement or tax administration policy, such as FATCA, allowing direct exchange of information of taxpayer's bank data might have its constitutionality challenged before the Supreme Court on the same grounds presented on the extraordinary appeal mentioned above.

5 National development status in tax information exchange and international cooperation

Brazil continues to expand its network and its infrastructure of exchange of information instruments and some new Double Tax Conventions and Tax Information Exchange Agreements are under different stages of negotiation. In addition to that, Brazil recently signed the multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters in November 2011.

It must be noted, however, that the timeframe to bring signed treaties into force by way of ratification can take several years in some cases. An example is the tax information exchange agreement between Brazil and the United States of America that was signed in March 2007 and ratified only in March 2013, clearly under pressure and with the view of the provisions arising from FATCA[43] (ZAGARIS, 2013, p. 1).

Accordingly, one of the recommendations made by the Global Forum is that Brazil ensures the ratification of signed treaties expeditiously (OECD, 2012, p. 8).

Nevertheless, there are a number of recent positive developments in the Brazilian legal and regulatory framework, relevant for exchange of tax information purposes. First, Decree n. 6.022/07 introduced in 2007, an electronic database that contains substantial tax and accounting records and other information of interest for the tax administrations of the Brazilian States and the RFB, as well as records on tax assessments on transactions performed by taxpayers. The project is known as SPED[44] – Electronic Tax Bookkeeping System and it is formed by two sub-projects: SPED-Accounting and SPED-Tax. SPED-Accounting[45] aims to replace company's account paper records for the obligation to transmit it in digital platform.[46] SPED-TAX is applicable to all taxpayers subject to ICMS[47] (State Tax) on the circulation of goods and services and/or to IPI (Federal Tax)[48], who must submit, in digital means and on a monthly basis, all relevant information concerning their activities and transactions relevant for the determination of these taxes (OECD, 2012, p. 18).

Another Brazilian initiative is the Electronic Invoice – NF-e.[49] It is a document electronically issued and stored, aiming to document transactions performed by the circulation of goods and services. Non-compliance is punished with fines up to 50% of the amount of the transaction imposed on the issuer and/or recipient of the NF-e (OECD, 2012, p. 18).

A Normative Instruction by the Brazilian Revenue Service (RFB n. 811/2008[50]) created the Declaration of Information on Financial Transactions (DIMOF). This report must be submitted by financial institutions electronically, twice a year, and must contain the monthly global amounts in deposit or savings and the taxpayer's identity. It is, thus, an important tool to keep the Brazilian tax administration database complete and updated.

These tools (SPED, NF-e and DIMOF) provide many benefits to the tax administration, as paper cost reduction, standardization of information among the different federative units, tax fraud reduction, simplification and streamlining of procedure, fast access to information, increased productivity by eliminating the auditor steps to collect the files, reduction of administrative costs, improving the quality of information and the ability to cross between the accounting and tax data.[51]

Apart from these domestic efforts, Brazil is also concerned with improving the international exchange of information on tax matters in accordance with Global Forum standards. For this reason, the Inter-ministerial Decree n. 236/2012 was issued to establish a taskforce[52] to coordinate the Brazilian actions to suit the Global Forum standards. Additionally, Brazil has sought to increase its EOI agreements network and sought to review some treaties and conventions that do not foresee the exchange of information.

6 The use of MLATs to obtain information for tax purposes

While specific instruments of tax information exchange (both bilateral and multilateral) are not in force, the cooperation in criminal matters is open to the exchange of information for tax related offenses.[53]

Brazilian Law criminalizes tax evasion mainly under the provisions made by Law n. 8.317/90, according to which offenses of tax fraud can attract sentences from 2 to 5 years in prison, plus a fine. Tax evasion in connection to social securities taxes is also a criminal offense under the provisions of articles 168-A and 337-A of the Brazilian Penal Code, with penalty ranging from 2 to 5 years imprisonment, plus a fine.

Even prior to the ratification of the Brazil-US TIEA in 2013, co-operation between Brazil and United States in criminal matters was already efficient and effective under the terms of the Mutual Legal Assistance Treaty Brazil-U.S. (Decree n. 3.810/01).[54] Although the agreement works solely for criminal matters, when it comes to tax fraud investigations, it was already a useful tool for obtaining evidence relevant to tax assessment, including bank records, from Brazil to the U.S. and vice versa.

The MLAT has already been used in some cases involving Brazilian nationals who were holding assets in US banks without declaring them to national authorities, which, besides amounting to a tax fraud offense, also constitutes a financial crime under Brazilian Criminal Law (Law n. 7.462/83). The US authorities have spontaneously sent bank records to Brazil, which were produced in criminal investigations and trials for the financial crimes and also shared with tax authorities for the sake of assessing the relevant taxes on income owed by Brazilian nationals.

This path could already have been taken to cooperate with US authorities when investigating tax fraud or tax evasion where relevant information was held by Brazilian nationals or authorities. A mutual legal assistance request under the Brazil-US MLAT will be dealt with by the Brazilian Central Authority (within the Ministry of Justice) in an efficient and expeditious way, especially where the request is solely for obtaining public records or serving documents, as the liaison will be direct between central authorities. However, if the request implies measures restricting fundamental rights, like searches and seizures, then a court's ruling will be required. The same applies, according to the latest precedent of our Supreme Court abovementioned, in connection to the disclosure of bank records, where a court order will be needed and shall be issued based on a demonstrated need and adequacy of the evidence vis-à-vis the constitutional right to privacy.

Although some multilateral agreements (like the UN Convention on Transnational Organized Crime[55]) contain a specific provision that prohibits denial of assistance on the grounds that it involves handing out bank records, the U.S.-Brazil MLAT does not contemplate such prohibition. Nevertheless, Brazilian courts have affirmed, in more than one occasion, the validity of the assistance provided by Brazilian authorities

comprising the disclosure of bank data made either by means of bilateral agreements or multilateral agreements.[56]

Brazilian courts have also affirmed the possibility of sharing information gathered in domestic investigations or criminal proceedings with authorities abroad, including bank records and tax information as happened, for instance, in an incoming request from Belgium, regarding investigations related to money laundering with precious stones.[57] It must be noted that it is a common practice in Brazil that investigations involving suspicion of the commitment of tax offenses (solely or together with other offenses, like money laundering or financial crimes) are developed by the police in close cooperation with tax authorities, who usually participate in the collection of evidence, either during the execution of search and seizure warrants or during the analysis of bank records and other documents relevant for the investigation. This evidence is generally further shared and used by the tax authorities for the assessment and collection of taxes, and, as seen, can be the subject of mutual legal assistance requests with for authorities overseas.

The renowned case of a Brazilian F-Indy racer is a good example of how tax evasion investigations can lead to the exchange of information in tax matters. He was indicted, tried and finally acquitted of various counts of income tax evasion in 2008. The prosecution charged him with defrauding the United States by using an offshore shell corporation to fraudulently conceal income received from two sources from the IRS. His attorney was also accused of participating and facilitating the schemes that led to the tax evasion.[58] In this case, Brazilian and U.S. authorities worked closely during the investigation phase that was partly developed in Brazil. The Brazilian police and the Prosecution's Office helped US prosecutors and IRS authorities in the gathering of evidence, like witnesses' statements and bank records, under the Brazil-U.S. MLAT provisions.

With the ratification of the Brazil-US TIEA, in March 2013,[59] the exchange of information in tax matters between these countries tends to increase, as a legal tool is now in force providing grounds for close co-operation. The Agreement's scope comprises not only relevant information for tax authorities, but also for criminal purposes[60] – investigation and prosecution of tax fraud and evasion –as clearly provided by article I. It shall also expedite exchange of information between tax authorities, especially considering that, in contrast with what happens with MLAs for criminal matters, the competent authorities for the Brazil-U.S. TIEA enforcement are the Minister of Finance, the Secretary of Federal Revenue or their authorized representatives (article IV, n. 1). This means that the central authority in charge of executing the requests already holds the information to be exchanged, as opposed to the Central Authority for assistance in criminal matters that must seek the information requested from law enforcement bodies or courts. One important feature provided by the agreement is the requirement, burdening the requesting State, to demonstrate that it

was "unable to obtain the requested information by other means, except where recourse to such means would give rise to disproportionate difficulty" (article V, n. 1). If this requirement sounds like a higher standard to provide co-operation compared to requests made in other matters, it may, on the other hand, facilitate the obtaining of a court order granting access to bank records in Brazil, as the grounds of need will be given beforehand with the request itself.

6.1 Rights of defendants and targets

As for the safeguard of the defendant/targets' rights if assistance is requested by the U.S. government from Brazil in criminal matters, some interesting issues arise, mainly in connection to due process safeguards of the target.[61]

As already mentioned, if the request is solely for obtaining public records or serving documents the liaison will be direct between central authorities (CA). But if the request implies measures restricting fundamental rights then a court's ruling will be required and some important difficulties are posed by the lack of domestic legislation regulating the granting and execution of MLA and TIEA requests in Brazil.

However, if the request is presented by means of letters rogatory containing, for instance, a judicial order for the obtaining of bank records or the seizure of assets this request will be sent to the Superior Tribunal of Justice – STJ that has issued a resolution regulating the defendant's rights during the execution of the letter rogatory. These rights encompass the right to be given notice of the request (before or after its execution, depending on the nature of the evidence to be gathered), the right to private or public counsel, the right to intervene and object to the request, the adjudication by the Special Chamber of the Court (15 judges sitting) and the right to appeal against the granting or the execution of the request.

If the request, however, comes within the direct assistance in criminal matters framework, as is the case of Brazil-U.S., it will be sent to the Brazilian central authority, which will send it to the General Attorney and then to a local Prosecutor to file the request before a first instance judge. This will happen in cases regarding evidence gathering, which, in Brazil, depends on judicial intervention, such as taking witness statements for trials, disclosure of bank records, access to electronic and oral communications and, of course, assets freezing. The same standards shall be applied under the TIEA recently passed, as the guarantees mentioned hereto apply whenever a criminal offense is under investigation or prosecution.

It is here that the lack of legislation in Brazil, regulating international assistance in criminal matters, shows its importance.[62] As the STJ resolution, being an internal regulation of that Court, is not binding upon other judges who will deal with the requests, no provision grants procedural due process rights like those granted within that Court. Therefore, the target will not be given notice of the request, a public defense attorney will not be appointed, and no objection to the request will be submitted.

The absence of legislation has left the first instance judge with considerable discretion to determine the parameters that will be applied in relation to the due process clause. This has resulted in considerable uncertainty as to how, and if, that defendant's/suspect's rights will be protected. In short, because of the lack of legislation, procedural due process rights are not protected within the direct assistance tool.[63]

One of the problems arising from this situation is what is usually referred to as the "black hole" in the MLA. Consider, for example, a request coming from the U. S., aiming to obtain the bank records of an individual or corporation in Brazil. As mentioned, a ruling of a judge will be needed,[64] and one based on well-grounded elements of suspicion of the possible commission of a crime and the strict need for the measure to proceed with the investigation. If a Brazilian judge in a MLA grants the order with no observation of the local legal requirements, and the person is not allowed to object to the request before the records are turned over to the U. S. authorities, it will no longer be possible to argue the inadmissibility of this evidence, since Brazil no longer has jurisdiction and in the U. S. there is no need for a judicial ruling based on such strict requirements for the lifting of the bank secrecy veil.

Another important issue regarding the lack of local regulation is the impossibility to argue the violation of the public order in granting the request. As the individual does not participate in the granting and execution of the request, he/she cannot challenge the MLA's legality on the grounds of, for example, politically motivated prosecution or public order violation (*order public*).[65]

For the same reason, the lack of domestic regulations, the same challenges shall be expected regarding requests made under the Brazil-U.S. TIEA.

Final remarks

Brazilian legislation and institutional framework support the EOI policies. The RFB has wide-ranging access powers to obtain information for international exchange purposes and has legal tools to coerce the production of such information, including assets ownership, identity, bank and accounting data.

Brazil is clearly making attempts to join the international community, as its efforts against tax evasion through the exchange of information in tax matters show. It has ratified 30 Double Tax Bilateral – DTB, and signed seven Tax Information Exchange Agreements –TIEAs.[66] It has also launched a taskforce to work with the aim of meeting the international standards draw by the Global Forum.

Brazilian tax authorities have wide and timely electronic access to relevant information for tax assessment and collection, and this access shall increase with three electronic initiatives taken in the last few years. SPED, NF-e and DIMOF are digital tools that provide the tax administration, in some cases in real time, with a wide range

of information relevant to the assessment and collection of taxes. This information can further be exchanged with foreign tax authorities.

These tools, in addition to the information already given by taxpayers, financial institutions and non-financial institutions to the tax administration bodies, provide the Brazilian authorities with all the information needed to swiftly grant assistance requests from tax authorities overseas.

Although Complementary Law n. 105/2001 grants the RFB with wide powers to have access to bank records, the Brazilian Supreme Court recently delivered a ruling demanding a court order to the disclosure of such records by banks. In an Extraordinary Appeal, the plenary of the Court ruled that the provision granting the RFB with powers to direct access to bank records for tax purposes is in conflict with constitutional rules protecting individual privacy and shall only be enforced by means of a court order authorizing the disclosure of such information. If a mutual legal assistance request is made seeking such kind of information, either under an MLAT or a TIEA, a court ruling will be needed.

Nevertheless, we conclude that Brazil is following the right path to implement the international exchange of information standards. Its next steps shall note that the timeframe to bring the treaties signed into force is not yet satisfactory, and the harmonization of Brazilian legislation with the Supreme Court's decision on bank secrecy is of paramount importance to adequate the EOI instruments with the constitutional right to privacy.

NOTES

***** This paper was written on the occasion of the International Tax Enforcement Conference organized by the TAXATION – A Section of the American Bar Association, the IBA – Tax Committee, and the TEI – Tax Executives Institute, Inc., held on November 8-9, 2012, in New York, NY. The article submitted at the event was reviewed and updated for this publication.

1 For further information: OECD (1998) – Harmful Tax Competition: an emerging global issue, OECD Publishing.

2 For further information: CASTELLS, Manuel. The rise of the Network Society. Oxford: Blackwell, 2000.

3 Second Conference on the Fight against International Tax Fraud and Evasion by promoting Transparency and Exchange of Information in Tax Matters – Berlin – June 23, 2009.

4 Brazil is not yet a member of the OECD. In May 2007, though, OECD countries agreed to offer a programme of "enhanced agreement" to Brazil, among other countries (see: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>).

5 OECD Draft Double Taxation Convention on Income and Capital (1963).

6 Article 26 – Exchange of Information:

"1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2.

2. Any information received under paragraph 1 by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, the determination of appeals in relation to the taxes referred to in paragraph 1, or the oversight of the above. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. Notwithstanding the foregoing, information received by a Contracting State may be used for other purposes when such information may be used for such other purposes under the laws of both States and the competent authority of the supplying State authorizes such use.

3. In no case shall the provisions of paragraphs 1 and 2 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation:

a) to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practice of that or of the other Contracting State;

b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State;

c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process or information the disclosure of which would be contrary to public policy (*ordre public*).

4. If information is requested by a Contracting State in accordance with this Article, the other Contracting State shall use its information gathering measures to obtain the requested information, even though that other State may not need such information for its own tax purposes. The obligation contained in the preceding sentence is subject to the limitations of paragraph 3 but in no case shall such limitations be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because it has no domestic interest in such information.

5. In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in an agency or a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person".

7 Andorra, Anguilla, Antigua and Barbuda, Argentina, Aruba, Australia, Austria, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belgium, Belize, Bermuda, Botswana, Brazil, British Virgin Islands, Brunei Darussalam, Canada, Cayman Islands, Chile, China, Colombia, Jersey, Kenya, Korea, Latvia, Liberia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Macao (China), Malaysia, Malta, Marshall Islands, Mauritania, Mauritius, Mexico, Monaco, Montserrat, Morocco, Nauru, Netherlands, New Zealand, Nigeria, Niue , Norway, Cook Islands, Costa Rica, Curacao, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Dominican Republic, El Salvador, Estonia, Finland, Yugoslavia Republic of Macedonia, France, Georgia, Germany, Ghana, Gibraltar, Greece, Grenada, Guatemala, Guernsey, Hong Kong (China), Hungary, Iceland, India, Indonesia, Panama, Philippines, Poland, Portugal, Qatar, Russia, St. Kitts and Nevis, St. Lucia, Sint Maarten, St. Vincent and the Grenadines, Samoa, San Marino, Saudi Arabia, Seychelles, Singapore, Slovakia, South Africa, Spain, Sweden, Switzerland, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkey, Turks and Caicos Islands, United Arab Emirates, Ireland, Isle of Man, Israel, Italy, Jamaica, Japan, United Kingdom, United States, U.S. Virgin Islands, Uruguay, Vanuatu, European Union. Available at <www.oecd.org/tax/transparency/Information520Brief_27%20June%202012.pdf>.

8 Asian Development Bank, Commonwealth Secretariat, European Bank for Reconstruction and Development, European Investment Bank, Inter-American Development Bank, International Finance Corporation, International Monetary Fund and World Bank. For further information: <www.oecd.org/tax/transparency/Information520Brief_27%20June%202012.pdf>.

9 See: <www.oecd.org/tax/transparency/Information520Brief_27%20June% 202012.pdf>.

10 Furthermore at: <www.oecd.org/tax/transparency/Information520Brief_27%20June% 202012.pdf>.

11 See: <www.oecd.org/tax/transparency/Information520Brief_27%20June% 202012.pdf>.

12 Further information available at: <www.oecd.org/tax/transparency>.

13 Joint Audits consist of a process where two or more countries gather together to audit a multinational company.

14 Further information available at: <http://www.deloitte.com/view/en_US/us/Services/tax/930c9948e681a210VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm>.

15 Further information available at: <http://www.kpmg.com/br/pt/estudos_analises/artigosepublicacoes/paginas/release-fatca.aspx>.

16 Further information available at: <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1759.aspx>.

17 *Conselho de Desenvolvimento Econômico. Anais do Seminário Internacional sobre Justiça Fiscal*. August 10, 2011, p. 34.

18 Argentina; Austria; Belgium; Canada; Chile; China; Czech Republic and Slovakia; Denmark; Ecuador; Finland; France; Germany (agreement not in force since December 1st, 2006); Hungary; India; Israel; Italy; Japan; Korea; Luxembourg; Mexico; Netherlands; Norway; Peru; Philippines; Portugal; South Africa; Spain; Sweden; Ukraine. Further information available at: <http://www.receita.fazenda.gov.br/principal/ingles/Acordo/DuplaTributDefault.htm>.

19 The agreement between Brazil and United States of America (20/03/2006) was brought into force by Decree n. 8.003, issued on May 15, 2013. However agreements between Brazil and, United Kingdom (28/07/2012), Uruguay (24/10/2012), Bermuda (29/10/2012), Jersey (28/01/2013), Guernsey (06/02/2013), and The Cayman Islands (19/03/2013) are still pending ratification by the Brazilian Congress (available at: <http://eoi-tax.org/jurisdictions/BR#agreements>.

20 *"Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade [...]."*

21 See article 37, XXII, Brazilian Constitution.

22 *"Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos."*

23 Instruction n. 203 of Ministry of Finance: *"Art. 50. À Coordenação-Geral de Cooperação e Integração Fiscal – Cocif compete gerenciar e integrar as atividades relacionadas com o planejamento, coordenação, desenvolvimento e avaliação da execução das ações de cooperação e integração da gestão fazendária e com a troca de informações e dados fiscais entre a RFB e as administrações tributárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e outros organismos estatais, acompanhar a execução e avaliar protocolos e convênios, elaborados em articulação com as áreas operacionais da RFB, além de coordenar e alocar as atividades das gerências sob sua subordinação. Art. 51. Às Gerências de Cooperação e Integração Fiscal – Gcif1, 2 e 3 compete, em ações específicas, gerenciar e integrar as atividades relacionadas com o planejamento, coordenação, desenvolvimento e avaliação da execução das ações de cooperação e integração da gestão fazendária e com a troca de informações e dados fiscais entre a RFB e as administrações tributárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e outros organismos estatais".*

24 Instruction n. 203 of Ministry of Finance *"Art. 150. À Divisão de Relações Institucionais Internacionais – Dirin compete: I – elaborar propostas, conduzir e coordenar as negociações relativas a acordos e convênios de cooperação técnica internacional em matérias tributária e aduaneira; II – em articulação com as demais áreas da RFB: a) acompanhar e avaliar as atividades a serem desenvolvidas no âmbito dos acordos e convênios de cooperação técnica internacional de que trata o inciso I; b) planejar, coordenar e avaliar a visita ao País de delegações oriundas de outros países e de organismos internacionais [...]".*

25 National Tax Code, under article 197, provides an exception for professional secrecy with regard to "facts that the holder is legally obliged to keep confidential due to his or her position, function, ministry, activity or profession". This exception only applies to persons subjected to professional secrecy duties, such as attorneys, physicians and clerics.

26 Law n. 2.354/54, article 7; Decree-Laws ns. 5.844/43, article 123, and 1.718/79, article 2; and National Tax Code, articles 195 and 197; RIR/99, articles 927 and 928.

27 Law n. 9.430/96, article 35; RIR/99, article 915.

28 See article 5, Brazilian Constitution.

29 Decree-Law n. 486/69, article 4; National Tax Code, articles 173, 174, 195, and 197; Complementary Law n. 123/06, article 26, II; Normative Instruction RFB n. 983/09, article 27; Law n. 9.613/98.

30 Decree-Law n. 486/69, article 4; National Tax Code, articles 173, 174, 195, and 197; Complementary Law n. 123/06, article 26, II; Normative Instruction RFB n. 983/09, article 27; Law n. 9.613/98.

31 Which are provided in Article 26 of the OECD Model Tax Convention and Article 8 of the OECD Model TIEA.

32 See article 5, XII, Brazilian Constitution.

33 Until 2001, bank confidentiality was protected under article 38 of Law n. 4.595/64.

34 This information covers investigations in both civil and criminal tax cases.

35 A set of articles addressing tax and bank confidentiality in Brazil can be found at: Saraiva Filho; Guimarães (2011).

36 See Decree n. 3.724/01, article 4, paragraph 2.

37 See Decrees ns. 70.235/72, article 7, and 7.574/11, article 33.

38 See Complementary Law n. 105/01 and Decree n. 3.724/01, article 3, X.

39 The absence of domestic tax interest rule happens when a contracting party can only provide information to another contracting party if it has an interest in the requested information for its own tax purposes.

40 Originally named *Conselho de Controle de Atividades Financeiras* – COAF.

41 ADIs ns. 2.386 (2001), 2.390 (2001), 2.397 (2001), 4.006 (2008), and 4.010 (2008).

42 Decision taken on 15 December 2010.

43 Zagaris calls attention to the fact that, in terms of enforcement cooperation, there is a historic wide range of subjects between US and Brazil, such as memorandum of understanding on securities enforcement and commodities futures cooperation, a customs cooperation agreement, a mutual assistance in criminal matters treaty, framework agreement on cooperation in the peaceful uses of outer space, an extradition treaty, an air transport agreement, an agreement regarding defense cooperation, an antitrust enforcement cooperation agreement and a strong cooperation against drug trafficking (see ZAGARIS, 2013, p. 1).

44 Originally named: *Sistema Público de Escrituração Digital*.

45 For further more: <http://www1.receita.fazenda.gov.br/sistemas/sped-contabil/o-que-e.htm>.

46 Only companies and partnership taxed under the actual profit regime are obliged to adopt the SPED-Accounting.

47 Tax of circulation of goods and services.

48 Tax of industrialized goods.

49 Originally named: *Nota Fiscal Eletrônica*.

50 Updated by Normative Instruction RFB n. 1092/2010.

51 See: <http://www1.receita.fazenda.gov.br/sobre-o-projeto/beneficios.htm>.

52 The taskforce will comprise representatives of the FRB, Council for Financial Activities Control – COAF, Brazilian Central Bank, Securities Exchange Commission – CVM, Secretary of Justice, Federal Police and Trade Registration National Department – DNRC.

53 For a general overview of the Brazilian legal framework on mutual legal assistance in criminal matters, see: Sousa (2008, p. 297-325).

54 Brazil also has other bilateral agreements in criminal matters with Switzerland, France, China, Colombia, Italy, Canada, Spain, among others.

55 Brazil has ratified this Convention and it entered into force on the domestic level by way of the Decree n. 5015, of March 12, 2004. Article 18, par. 8, says: "States Parties shall not decline to render mutual legal assistance pursuant to this article on the grounds of bank secrecy".

56 Superior Tribunal of Justice, CR 438/Belgium, CR 998/Italy.

57 Superior Tribunal of Justice, CR 2069, May 2007.

58 A press release from the DOJ can be found at: <http://www.justice.gov/tax/txdv08884.htm>.

59 Decree n. 8.003, May 15, 2013.

60 Zagaris stresses that both countries decided that such agreement would be a legal tool to prevent, investigate and prosecute tax crimes, since the United States is one of the main sources for Brazilian tainted money. Cf. Zagaris (2013, p. 2).

61 A comprehensive examination of the due process safeguards in the field of mutual legal assistance in criminal matters in Brazil can be found in Bechara (2011).

62 For some particular aspects of this issue, see: Madruga (2005, p. 291-311).

63 Before coming to this conference and in order to have a broader view of the various courts practice in Brazil, I interviewed some Brazilian judges used to receiving legal assistance requests and it became apparent that in practice their judicial discretion generally leads to there being little or no application of procedural due process rights on behalf of targets/defendants.

64 This issue was recently discussed in a polemic Brazilian case regarding a money laundering investigation, in which a State's Prosecutor requested, directly through the Brazilian CA, via MLAT, bank information of some people investigated in the US. These people filed an injunction against the request and obtained a ruling from a State Court of Appeals forbidding the request because, among other reasons, there was no judicial authorization for this discovery in Brazil. The Prosecutor filed a further injunction before the STJ, but this court never reached a final decision as the case was quashed in the first instance on other grounds (see STJ, SS 2382, 2011).

65 For further discussion on the imbalance between prosecution and defense's ability to use the U.S.-Brazil MLAT see: Zagaris (2010); and also Aras (2010, p. 321-400). A broader view regarding human rights in international cooperation in criminal matters can be found in Hoek (2005).

66 Comprehensive information can be found at: <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#agreements>.

REFERENCES

ARAS, Vladimir. O sistema de cooperação penal Brasil/EUA. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 321-400, 2010.
BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.
BLOCH, Henry; HEILEMANN, Cyril. International Tax Relations. *The Yale Law Journal*, v. 55, n. 5, 1946.
CASTELLS, Manuel. *The rise of the Network Society*. Oxford: Blackwell publishers. 2000.
CONSELHO de Desenvolvimento Econômico. *Anais do Seminário Internacional sobre Justiça Fiscal*. August, 10, 2011.
GRECO, Marco Aurélio. Troca de Informações Fiscais. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). *Sigilo Bancário e Fiscal* – Homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. Belo Horizonte: Forum, p. 175-187, 2011.
HOEK, Aukje A. H. van, LUCHTMAN, Michiel J. J. P. *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*. Ultrecht: Ultrecht Law Review, v. 1, issue 2 (December) 2005.
MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade media da cooperação jurídica internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 54, p. 291-311, 2005.
OECD. *Harmful Tax Competition: an emerging global issue*, OECD Publishing, 1998.
_____. *The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* (Background Information Brief, OECD, Paris, 2 May 2011), p. 16, 2011.
_____. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Review: Brazil 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*, OECD Publishing, 2012.
RODOTTÀ, Stefano. *Conferência:* Globalização e Direito. Procuradoria-Geral Do Município do Rio de Janeiro – PGM. 11 mar. 2003.
SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
SOUSA, Carolina Yumi. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 71, p. 297-325, 2008.
PRIDEAUX, John. The Economist. *Brazil takes off*. November 12, 2009.
ZAGARIS, Bruce. *International white collar crime:* cases and materials. New York: Cambridge, 2010a.
_____. U.S.-Brazil and international evidence gathering: the need for a fair balance. Roundtable at Barbosa, Müssnich e Aragão, São Paulo, September 1, 2010b.
_____. Brazil-U.S. TIEA Takes Effect and Presages Significant New Tax Enforcement Cooperation. Tax Notes International. June 24, 2013.

Heloisa Estellita

São Paulo – SP – Brazil
heloisa.estellita@fgv.br

Professor of Law at Getulio Vargas Foundation's São Paulo Law School.
Ongoing post-doctoral research at Ludwig-Maximilians Universität München.
Doctor of Laws, University of São Paulo.
Master of Laws, UNESP - São Paulo State University.
Bachelor of Laws, University of Ribeirão Preto.

Frederico Silva Bastos

São Paulo – SP – Brazil
frederico.bastos@gvmail.br

Attorney.
Professor of the Graduate Program at Getulio Vargas Foundation's São Paulo Law School.
Master of Laws, Getulio Vargas Foundation's São Paulo Law School.
Former researcher at Center for Fiscal Studies (NEF).

RECEBIDO EM 29.07.2013 | APROVADO EM 18.03.2014

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO *

Júlio César Casarin Barroso Silva

FREEDOM OF SPEECH AND HATE SPEECH

RESUMO

Tomando decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos como *corpus* empírico e ponto de partida deste trabalho. Abordamos aqui dilemas da liberdade de expressão ou, mais especificamente, a espinhosa questão normativa de como tratar as chamadas expressões de ódio (racismo, machismo, homofobia ou outras formas de intolerância) em um regime democrático: censurar expressões intolerantes implica impedir o acesso de parte do *demos* à esfera pública. No entanto, expressões de ódio podem afetar gravemente os direitos, as oportunidades ou mesmo a integridade física de minorias.

Ao rejeitar tanto o livre curso de expressões de ódio quanto a proibição *tout court* de toda e qualquer expressão que possa ser considerado intolerante, tentamos oferecer parâmetros normativos para a regulação desse gênero de discurso.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade de expressão; expressão de ódio; Suprema Corte; democracia.

ABSTRACT

Taking United States Supreme Court's decisions as the empirical basis and point of departure of this paper, my intention here is to approach a classical dilemma of free speech: the normative problem of how to handle with hate speech in a democratic system. Censoring this kind of speech prevents part of the demos to get into the public sphere. On the other hand, hate speech can seriously damage rights, opportunities and even physical integrity of minorities.

By rejecting both comprehensive liberalization and complete ban of every of intolerant expressions, what I try to offer here is some reflection on normative guidelines to the regulation of this kind of speech.

KEYWORDS

Freedom of speech; hate speech; Supreme Court; democracy.

Introdução

Este artigo procura oferecer uma reflexão sobre um problema clássico de acomodação de liberdades fundamentais e um conhecido dilema da teoria política liberal: o

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201503

problema da tolerância para com os intolerantes. Mais especificamente, nosso interesse primordial diz respeito à conveniência de se estender a liberdade de expressão a discursos com conteúdo intolerante.

Para tanto, tomamos a experiência constitucional estadunidense como ponto de partida. As razões para isso residem não apenas na sofisticação de uma discussão que desconhece as fronteiras acadêmicas entre o direito constitucional e a teoria política, mas também no aspecto exemplar que a liberalização discursiva assumiu naquele país, inclusive para com aquilo que podemos chamar de expressões de ódio, tratadas pelo direito constitucional estadunidense com uma permissividade sem paralelo em outras experiências democráticas, que costumam excluir da proteção à liberdade de expressão ao menos certas categorias de expressões abertamente racistas.

Se, por um lado, o sistema estadunidense parece-nos inadequado, por razões que veremos adiante, tampouco nos parece defensável a criminalização *tout court* de toda e qualquer forma de expressão intolerante. A questão, portanto, é oferecer parâmetros normativos que permitam preservar simultaneamente a liberdade de expressão e a dignidade de minorias.

Dada a importância da experiência estadunidense na construção de nossos próprios argumentos, seria proveitoso passarmos em revista os principais parâmetros de proteção constitucional à liberdade de expressão naquele país antes de entrarmos em nosso tema substantivo.

1 A liberdade de expressão nos Estados Unidos

Nas sínteses de David Strauss (2003, p. 36-38) e de Cass Sunstein (1995, p. 5-14), a proteção constitucional à liberdade de expressão nos Estados Unidos envolve duas questões distintas: uma diz respeito ao *valor da expressão*, e outra inquire sobre a *neutralidade da regulação*.

Quanto ao *valor da expressão*, há expressões de "alto valor", que gozam de proteção constitucional plena, e expressões de "baixo valor", que contam com uma proteção menos efetiva. A linha que as separa, contudo, é pouco precisa, e a Suprema Corte jamais conseguiu dotá-la de clareza. A expressão que se mantém no centro da proteção constitucional não pode ser regulada, ou, em alguns casos, exige, para que se possa regulá-la, a condição da iminência de causar um dano muito significativo. Outras formas de expressão estão localizadas na periferia do sistema constitucional de proteção. Por terem "baixo valor", podem ser reguladas, mas mesmo nesse caso se exige uma justificativa razoável e plausível, menos exigente que a exigida pela expressão de "alto valor". A expressão claramente política, qualquer que seja a sua natureza, como dissemos, está no centro da proteção constitucional: trate-se de um discurso comunista, ultraliberal ou mesmo de um discurso carregado de ódio racial feito por um membro da *Klu Klux Klan*, ou ainda de uma passeata neonazista em uma

cidade repleta de sobreviventes dos campos de concentração nazistas, a expressão goza de imunidade. Diz o cânone da Primeira Emenda (o dispositivo da Constituição que protege a liberdade de expressão) que o remédio para as expressões perniciosas é mais discussão, e não menos.[1] Tal centralidade do discurso político e do direito de criticar o governo é o resultado direto do caso *New York Times v. Sullivan*, e também de *Brandenburg*.[2] A regra resultante da combinação desses dois casos é, como disse Rawls, a de que em uma sociedade livre não podemos difamar o governo não porque sejamos de alguma forma proibidos de fazê-lo, mas "porque tal crime não existe" (RAWLS, 2000, p. 412).

Contudo, outras formas de expressão têm menos valor. A expressão comercial, por exemplo, goza de alguma proteção constitucional, mas comerciais enganosos podem sofrer intervenção governamental. A difamação de figuras privadas tampouco goza de muita proteção (contraposta à difamação de "figuras públicas", que pertence ao grau mais alto de proteção: no caso de a difamação dirigir-se a pessoas que não se encaixem na definição de figuras públicas, é bem mais fácil ao difamado processar seu difamador). Já a expressão qualificada como obscena[3] está fora do âmbito constitucional de proteção, em tese. A definição atual de obscenidade é de 1973, do caso *Miller v. Califórnia,*[4] e é a expressão que simultaneamente apele a "interesses lascivos", seja "patentemente ofensiva" e "desprovida de valor social" (o que exclui a arte, a ciência e a política). Mas esses critérios são entendidos de forma tão estrita que na prática se tornaram pouco efetivos (do ponto de vista da censura). Aquele que deseja publicar pornografia não tem um motivo forte para temer ser censurado.

O fato de a expressão de baixo valor ser definida em termos muito mais precisos que a expressão de alto valor faz com que não seja necessário ao falante demonstrar que sua expressão pertence à categoria superior: basta demonstrar que não pertence às categorias inferiores para que adquira o nível mais alto de proteção de modo automático. Não é preciso demonstrar que a expressão é artística, política ou científica: uma vez que não se trate de ameaça, por exemplo, ela estará protegida.

A outra questão diz respeito à *neutralidade da regulação*. De acordo com a tipologia desenvolvida pela Corte, uma regulação pode ser "neutra quanto a conteúdo", "baseada no conteúdo" ou "baseada no ponto de vista", em ordem crescente de presunção de inconstitucionalidade. Uma restrição é neutra quanto ao conteúdo quando este é completamente indiferente aos propósitos da restrição. A proibição de uso de alto-falantes nas imediações de hospitais, por exemplo, é neutra quanto ao conteúdo, pois a restrição aplica-se não importa o conteúdo da mensagem que se transmitiria pelos alto-falantes. A restrição baseada no conteúdo, por sua vez, pode não ser injusta no sentido de atingir um dos lados da discussão: a proibição de discutir a legitimidade de uma guerra no interior dos quartéis (que é um tipo de restrição aceita), ou de discutir questões raciais ou o divórcio em qualquer lugar, por exemplo, são discussões baseadas no conteúdo, mas recaem tanto sobre aqueles que

defendem o divórcio quanto sobre aos que a ele se opõem. Já as discussões baseadas no ponto de vista restringem a expressão de um dos lados de uma discussão, proibindo a crítica à participação do país em uma guerra, ou a defesa dos direitos civis plenos para homossexuais.

No sistema constitucional contemporâneo nos Estados Unidos, a forma que a restrição assume, claro, é importantíssima para definir sua legitimidade. Essa questão deve ser superposta ao problema do valor da expressão, embora sejam reciprocamente independentes. Restrições neutras quanto ao conteúdo podem valer mesmo para expressões do mais alto valor, como expressão política. Sunstein (1995, p. 12-13) exemplifica com uma proibição hipotética de distribuição de panfletos em aeroportos, e, por se estar próximo de uma eleição, a proibição acaba atingindo os voluntários que fazem panfletagem por seu candidato preferido. É perfeitamente possível (embora isso não seja absolutamente certo) que as cortes sustentem a proibição, dentro do sistema contemporâneo. Podemos imaginar ainda restrições sobre expressão de pequeno valor baseadas no ponto de vista: imaginemos que o governo penalize com mais rigor ameaças feitas, digamos, a militantes do Partido Verde, depois de uma onda de assassinatos de militantes desse partido. Temos uma expressão não protegida (ameaça) sobre a qual recaem restrições baseadas no ponto de vista que são aceitáveis.

A presunção mais forte de inconstitucionalidade, como se pode imaginar, recai sobre as restrições baseadas no ponto de vista, embora a inconstitucionalidade não seja automática, como podemos perceber pelo exemplo anterior. As restrições feitas com base no conteúdo também contam com uma forte presunção de inconstitucionalidade, embora não tão forte quanto a que pesa sobre as restrições baseadas no ponto de vista. Em algumas áreas determinadas, restrições baseadas no conteúdo são perfeitamente aceitáveis, como as restrições à publicidade enganosa, ou à difamação (exceto no caso de "pessoas públicas"), ou à obscenidade (significativamente, nenhuma dessas restrições é baseada no ponto de vista). Mas restrições baseadas no conteúdo sobre expressões de alto valor são presumivelmente inconstitucionais.

Já as restrições neutras quanto ao conteúdo podem eventualmente ser consideradas constitucionais, desde que submetidas a alguma técnica de sopesamento entre os interesse em jogo. Mas é sempre necessário ter certa prudência com relação a essas regras. Restrições aparentemente neutras quanto ao conteúdo podem afetar de modo desproporcional determinados grupos políticos, o que nos pode levar a concluir por sua inconstitucionalidade. Uma eventual proibição de que se usem as ruas e avenidas como palco de protesto – neutra quanto ao conteúdo, em tese – pode atingir de forma desproporcional os grupos políticos para os quais esse tipo de manifestação é crucial. Na prática, portanto, pode tratar-se de uma restrição baseada no ponto de vista disfarçada de neutra quanto ao conteúdo. Como disse David Rabban, banqueiros não precisam de encontros de massa e de entregar folhetos para se fazerem ouvir,

mas os trabalhadores sim, já que essa podia ser a única possibilidade de expressão do grupo: "oradores de caixote" normalmente "não têm dinheiro ou conexões sociais para alugar outro local" (RABBAN, 1997, p. 110).

2 O ÓDIO COMO PROBLEMA POLÍTICO: RACISMO, HOMOFOBIA E MISOGINIA

O reconhecimento de que a proteção à expressão política constitui o "significado central da Primeira Emenda" no sistema contemporâneo de liberdade de expressão nos Estados Unidos teve uma dimensão igualitária evidente, ao estender a proteção constitucional a todo o espectro político, independentemente de avaliações de mérito sobre o conteúdo do discurso. Entretanto, a sobrevivência de grupos com convicções abertamente racistas coloca um novo desafio ao problema da igualdade política. Reprimir a expressão desses grupos – argumenta-se – seria amputar o leque político de uma de suas alas, impedindo o acesso de parte do espectro ideológico à esfera pública deliberativa. No entanto, dar-lhes livre curso pode causar sérios danos a integrantes de grupos étnicos e sociais minoritários. Críticos do modelo atual de liberdade de expressão nos Estados Unidos veem a permissibilidade com que tais expressões são tratadas como um instrumento de corrosão da liberdade, da igualdade política e mesmo da integridade física das minorias agredidas.[5]

Antes de passarmos à discussão do tema, apresentaremos os casos judiciais que moldaram o tratamento judicial contemporâneo da questão nos Estados Unidos.

2.1 CASOS-CHAVE ENVOLVENDO RACISMO E EXPRESSÕES DE ÓDIO

Um caso importante foi *Beauharnais* v. *Illinois*.[6] Uma lei estadual de Illinois criminalizava a publicação ou exibição de publicação que retratasse "depravação, criminalidade, lubricidade ou falta de virtude de um grupo de cidadãos, de qualquer raça, cor, credo ou religião" ou que expusesse "qualquer raça, credo ou religião a desprezo, escárnio, vilipêndio" e que por isso fosse capaz de produzir a "quebra de paz ou distúrbios". Joseph Beauharnais foi condenado por organizar uma manifestação instando as autoridades públicas municipais de Chicago a impedir "a invasão de bairros brancos pelos '*niggers*' (um termo terrivelmente depreciativo para referir-se a afro-descendentes) e a impedir a 'mistura' destes – associados em um panfleto a 'agressões, estupros, roubos, facas, armas de fogo e maconha' – com a 'raça branca [*sic*]'". O juiz Frankfurter, falando pela Corte em uma decisão tomada por estreita maioria de 5 a 4, apoiou a lei de Illinois. Não o fez, contudo, em nome de alguma concepção de igualdade ou com o intuito de proteger a minoria atacada no panfleto, mas baseando-se na histórica exclusão da difamação (*libel*) da categoria de expressão constitucionalmente protegida, na necessidade de deferência judicial ao Poder Legislativo em se tratando de matéria controversa e complexa e, fundamentalmente, nos riscos que expressões de ódio poderiam trazer à coesão e à harmonia social.[7]

A decisão de Frankfurter encontrava respaldo em decisões anteriores da Corte e na tradição do sistema jurídico estadunidense, que excluíam a categoria de *Fighting Words*[8] da proteção conferida pela Primeira Emenda. O caso que colocou definitivamente essa categoria de expressão fora da proteção conferida pela Primeira Emenda foi *Chaplinsky v. State of New Hampshire*.[9] Chaplinsky, fiel da confissão "Testemunhas de Jeová", usando a calçada como espaço de proselitismo religioso, causou tumulto ao afirmar que qualquer tipo de religião organizada era uma "fraude". Sendo levado à delegacia, chamou o delegado de "maldito fascista" e de "farsante amaldiçoado por Deus", razão pela qual foi condenado e recorreu à Suprema Corte reivindicando liberdade de expressão. Sua condenação foi mantida com base em que suas palavras não eram "a parte essencial de nenhuma exposição de ideias", o que diminuía seu valor, considerado menor em face do "interesse social na ordem e na moralidade". As "palavras de luta" são entendidas, portanto, como uma categoria estreitamente definida de expressões que, na qualidade de mero insulto, podem causar uma briga por constituírem nada mais do que um chamado à violência física. Para se encaixar nessa definição, contudo, uma expressão deve ter baixíssimo apelo deliberativo, por assim dizer, *i.e.,* não pode ter chance de ser entendida como um convite à troca de ideias. Suprimir expressões com estas características ainda é considerado aceitável – ao menos em tese – já que isso não representaria o banimento de nenhuma ideia em particular (no jargão constitucional estadunidense, seria "neutro quanto ao conteúdo"). Mencionamos esta categoria pelo fato de que muitas vezes ela se relaciona, se superpõe e se confunde com o que podemos chamar de expressões de ódio. Entretanto, O'Brien afirma que na prática dos tribunais a categoria de *fighting words* é tão estreitamente definida e aplicada que ela pode ser considerada carta fora do baralho do sistema (O'BRIEN, 2005, p. 479).

Não podemos deixar de mencionar ainda um caso cujo mérito não chegou a ser decidido pela Suprema Corte, mas que se tornou emblemático do quão longe se leva a tolerância para com expressões de ódio com base na centralidade da expressão política. É o caso de Skokie, subúrbio de Chicago cujos cidadãos são em grande parte de origem judaica, entre os quais se contava, à época dos eventos aqui narrados (na década de 1970) número significativo de sobreviventes do Holocausto (estima-se que um número entre 7.000 e 8.000 sobreviventes da *Shoah* emigraram para Skokie) (REICH, 2013). Foi aí que, provocativamente, o Partido Nazista dos Estados Unidos decidiu fazer uma manifestação, marchando pela cidade portando suas suásticas e outros símbolos de ódio. Apesar dos esforços jurídicos e políticos das autoridades locais para impedir a manifestação, o Partido Nazista recebeu a permissão do Sétimo Circuito da Justiça Federal estadunidense para realizá-la (LEWIS, 2007, p. 160).[10] A marcha acabou não se realizando por decisão dos neonazistas, que a transferiram para Chicago. O que nos interessa aqui, contudo, é o fato de que o Judiciário a autorizou com base na liberdade de expressão. Lewis informa ainda que a conhecida organização de defesa dos

direitos civis (*American Civil Liberties Union* – ACLU) enfrentou uma crise por conta desse caso, uma vez que a direção da organização (frequentemente libertária *tout court* em se tratando de liberdades civis) apoiou o suposto direito dos nazistas de marchar pela cidade, o que levou muitos membros da entidade a se desfiliarem em protesto. A direção, contudo, não arredou o pé de sua posição.

Mais recentemente, o caso *R. A. V. v. City of Saint Paul,*[11] no qual a Corte considerou unanimemente inconstitucional uma lei local da cidade de Saint Paul (em Minnesota) que tratava de expressões de ódio, é que constitui o paradigma fundamental. Os fatos que deram origem a R. A. V. foram os seguintes: Robert A. Viktora, um adolescente branco, foi condenado por ter queimado, com outros amigos, uma cruz de madeira no quintal de uma família negra. Como se sabe, a queima de cruzes é nos Estados Unidos uma forma de manifestação política de grupos racistas, defensores da "supremacia branca" e da segregação racial, sendo frequentemente associada à *Ku Klux Klan* (KKK). Mas ao mesmo tempo em que traduz uma manifestação política, racista e, no nosso entender, abjeta, mas uma manifestação com conteúdo claramente político, enfim, a queima de cruzes é muitas vezes usada como "advertência", ou, fazendo as pazes com o léxico e chamando as coisas pelo nome que têm, como ameaça a negros e a membros de outras minorias que desafiam as regras de separação racial defendidas pela KKK e por grupos similares.

Não sabemos se a ação se resumiu a uma brincadeira de mau gosto de adolescentes desocupados ou se se tratava de uma ameaça real à família negra. Mas as circunstâncias do caso concreto interessam-nos menos aqui do que a decisão da Corte e a moralidade política que a sustenta. O fato é que os adolescentes foram presos e julgados por violação de uma lei local de 1989 que criminalizava a exibição de cruzes ardentes, suásticas e quaisquer símbolos capazes de produzir "raiva, alarme e ressentimento em outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero" (*apud* O'BRIEN, 2005, p. 499). Um tribunal juvenil estadual anulou a condenação pelo fato de que a lei reprimia uma gama demasiado ampla de manifestações, o que lhe atestaria a inconstitucionalidade. A Suprema Corte do estado de Minnesota reverteu essa decisão, mantendo a condenação e afirmando que o tipo de manifestação coibida pela lei era apenas aquela que estava fora do âmbito de proteção da Primeira Emenda, ou seja, expressões que pudessem ser qualificadas como "palavras de luta" e expressões capazes de produzir "ação ilegal iminente" (categorias historicamente desprotegidas pela Primeira Emenda). A Corte Estadual afirmou que "a queima de uma cruz é em si mesmo um símbolo cabal de violência e ódio baseados em noções virulentas de supremacia racial. É responsabilidade, e talvez até mesmo obrigação das diversas comunidades enfrentar semelhantes noções em todas as formas nas quais elas se manifestarem" (*apud* O'BRIEN, 2005, p. 499). A lei de Saint Paul seria constitucional porque não bania a queima de cruz *per se*, e sim a queima de cruz capaz de criar raiva, alarme ou ressentimento por meio de viés racial, sexual, religioso ou étnico. Viktora apelou

então à Suprema Corte com a esperança de reverter essa decisão, o que conseguiu através de uma decisão unânime (O'BRIEN, 2005, p. 499-500).

Finalmente, não poderíamos deixar de abordar os ruidosos casos que envolvem os códigos de expressão estabelecidos por diversas universidades nos Estados Unidos com o intuito de coibir o racismo nos *campi*.

2.2 Os códigos universitários de regulação da expressão

Em abril de 1989, estudantes da Universidade de Michigan depararam-se com mensagens racistas na sala de aula, segundo as quais os esforços intelectuais de *niggers* eram "desperdício". Pouco tempo depois, a mesma universidade foi o espaço de circulação de panfletos que declaravam "aberta a temporada de caça aos negros". Um mês mais tarde, uma aluna africana do *Smith College*, em Massachusetts, encontrou uma mensagem sob a porta de seu quarto na qual se lia: "*Nigger* africana, você quer bananas? Volta para a floresta".[12]

Em resposta a este e a outros casos, um número significativo de universidades estadunidenses adotou códigos de conduta que estabeleciam restrições a expressões racistas e a outras formas de expressões de ódio em seus *campi* (LEWIS, 2007, p. 163), o que desencadeou clamorosa controvérsia pública. Não tardou até que um juiz federal, Avern Cohn, declarasse inconstitucional o código de expressão da Universidade do Michigan.[13]

Stanford, uma universidade privada, foi uma das instituições que adotaram um código como esses, o qual alvejava expressões que: 1) tivessem a intenção de insultar ou estigmatizar indivíduos com base em raça, sexo, cor, religião, deficiência, orientação sexual ou origem étnica ou nacional; 2) fossem dirigidas diretamente ao(s) indivíduo(s) que ela insulta ou estigmatiza; e 3) fizessem uso de palavras insultantes ou de luta ou símbolos não verbais "comumente entendidos como expressão de ódio direto e visceral ou desprezo por seres humanos com base em seu sexo, raça etc." (*apud* COHEN, 1993, p. 208). Pelo código, as expressões seriam reguláveis se e somente se essas três condições fossem simultaneamente satisfeitas. Tal exigência tornaria eventuais restrições à expressão raras e evitaria exageros persecutórios.

Muito embora o objetivo desses regulamentos fosse inicialmente o de combater o assédio contra minorias nos *campi*, acabaram por alvejar outros tipos de expressão. A Universidade de Massachusetts em Amherst acrescentou outra lista de categorias protegidas em seu próprio código, que incluía "idade, estado civil, condição de veterano de guerra". O centro acadêmico fez campanha para que o código protegesse ainda as pessoas de expressões que as insultasse quanto a "cidadania, cultura, condição quanto ao HIV, língua, situação parental, inclinação política e gravidez" (LEWIS, 2007, p. 163). A inclusão de tantas categorias protegidas contra expressões que pudessem causar raiva teve o condão de expor a campanha a certo ridículo, o que a fez minguar de forma definitiva poucos anos mais tarde, quando o Código de Stanford foi invalidado

judicialmente, não muito tempo depois de o código da Universidade de Michigan ter sido declarado inconstitucional por uma corte federal.

2.3 Neutralidade, igualdade política e liberdade de expressão

Apesar de decisões judiciais lenientes para com expressões de ódio racial como algumas das mencionadas acima serem em certo sentido perturbadoras para aqueles que acreditamos na igualdade humana fundamental como valor normativo e princípio de legitimidade política, devemos reconhecer que o fundamento de tais decisões está longe de ser tolo ou pouco sofisticado. O que as sustenta não é necessariamente um liso endosso ideológico dos juízes ao racismo dos acusados, mas sim uma racionalidade inteiramente compatível com o sistema de ampla liberdade de expressão vigente nos Estados Unidos e com uma concepção de democracia que, a seu modo, não deixa de ser inclusiva, já que é baseada em um entendimento da igualdade política que, embora não seja o nosso nem nos pareça o mais justo, reconhecemos defensável.

A partir de agora, portanto, discutiremos os argumentos frequentemente levantados no debate em torno da conveniência ou não da supressão de expressões de ódio. Como dissemos, o eixo das discussões reside tanto no problema da centralidade das expressões políticas quanto na ideia de neutralidade do Estado e na concepção de igualdade política abraçada por suas instituições.

Comecemos pelos caso mais específico, o das universidades, instituições nas quais vige uma lógica especial no que se refere à liberdade de expressão. Como argumenta Sunstein, não é possível levar adiante a tarefa educacional se não se estabelecem certos controles de expressão que não seriam aceitáveis em outros contextos: os programas dos cursos estabelecem limites aos tópicos em discussão em sala de aula, por exemplo; além disso, um professor pode exigir que os alunos se tratem entre si e tratem a ele, professor, com certo nível de respeito e de urbanidade. Evidentemente, essas restrições à expressão que a universidade está autorizada a colocar em prática não justificam outro gênero de controle. A universidade não pode, por exemplo, estabelecer uma ortodoxia política "oficial", expulsando os alunos que não a abraçam. Eventuais restrições baseadas no conteúdo podem ser adotadas desde que se relacionem com o propósito educacional da instituição (SUNSTEIN, 1995, p. 197-208).

Nossa questão agora, portanto, é se não podemos incluir entre os controles legítimos que uma universidade pode exercer a restrição a certas expressões de ódio no seu interior. Será que não pode exigir que todos os alunos tratem os colegas como membros iguais da comunidade universitária, uma vez que expressões de ódio podem comprometer a capacidade de aprendizado dos estudantes oriundos de minorias? Com Sunstein, acreditamos que uma abordagem como esta é perfeitamente possível de ser sustentada, mesmo no contexto do sistema constitucional estadunidense, desde que as expressões de ódio censuradas fossem estreitamente definidas de forma a se encaixarem nos propósitos educacionais da instituição. Mais do que propriamente restrições

de expressões de ódio, a Universidade pode impor a uma obrigação de decência e civilidade no trato interpessoal no interior dos *campi* (SUNSTEIN, 1995, p. 197-208). Isso justificaria restrições mais amplas do que as que se aceitam fora das universidades. Mesmo no sistema constitucional pós-*R. A. V.*, uma universidade deveria poder regular, em bases suficientemente neutras, a) uma categoria estreitamente definida de insultos a grupos específicos e enumerados, como negros, mulheres e homossexuais, ou b) uma categoria estreitamente definida de insultos dirigidos a indivíduos envolvendo raça, sexo e orientação sexual. Sob a lei corrente, a restrição "a)" é baseada no ponto de vista, o que a faz mais problemática do que a lei derrubada por *R. A. V.*, já que tenta silenciar um lado do debate. A restrição "b)" é uma restrição baseada no conteúdo, não no ponto de vista. Mas é seletiva no mesmo sentido que a lei invalidada no caso *R. A. V.* O que as tornaria aceitáveis é a sua aplicação restrita ao âmbito universitário. E esta é uma base suficientemente neutra (SUNSTEIN, 1995, p. 199).

Contudo, subordinar a aplicação desse princípio de supressão às necessidades educacionais não deve ser apenas uma formalidade: evitaria que ele fosse utilizado contra os propósitos do aprendizado, contra a liberdade de cátedra e protegeria o próprio conteúdo disciplinar contra exageros da correção política, como os narrados por Lewis, que afirma que um professor de direito em Harvard foi alvo de protestos por citar uma sentença do ex-juiz da Suprema Corte Robert H. Jackson, o qual, por sua vez, citava uma linha de um poema de Lord Byron no qual o poeta afirma que Julia, "jurando que jamais consentiria, consentiu" ["*swearing she would ne'er consent, consented*"] (LEWIS, 2007, p. 164). Ou evitaria que estudantes do curso de Letras pudessem exigir o banimento de Shakespeare, por exemplo, por se sentirem ofendidos por seu antissemitismo (pela forma como o personagem Shylock é retratado em *O Mercador de Veneza*) ou por sua islamofobia (por retratar o muçulmano negro Otelo como um assassino da própria esposa, e pela forma pouco gentil com que a mãe de Calibã, uma árabe muçulmana, é descrita por Próspero em *A Tempestade*) (FISK, 2008).

Mas como podemos avaliar o padrão estabelecido em *R. A. V.* para regular a discussão pública no tumulto da vida política e social que corre fora dos muros e dos critérios específicos das universidades? Neste ponto, temos de fazer uma avaliação mais técnica e presa ao debate específico sobre a lei e a Constituição dos Estados Unidos, mas podemos também dar a essa avaliação um caráter mais amplo (embora nem sempre as tecnicalidades do sistema estadunidense sejam eludíveis).

No que toca especificamente à queima de cruzes, um argumento frequentemente levantado é o de que este tipo de gesto não é expressão, mas conduta, o que lhe tiraria a proteção oferecida pela Primeira Emenda e pela liberdade que, no final das contas, é apenas de *speech*, termo que se aplicaria apenas a palavras e, no máximo, a imagens, mas não a gestos. A simplicidade e a singeleza deste argumento podem parecer sedutoras à primeira vista, mas não creio que subsista a uma análise mais cuidadosa. Se o aceitássemos, teríamos de aceitar – à revelia do bom senso, do direito constitucional

e do escopo de proteger a expressão que tenha cunho político – que uma ampla gama de gestos expressivos simplesmente não goza de proteção. Que motivo teríamos para reivindicar uma regulação da expressão política que não protegesse a queima de uma bandeira, a participação em uma passeata, o uso de uma peça de vestuário que porta determinada mensagem? Como ressalta Sunstein, sob a perspectiva madisoniana e sua valorização dos pontos de vista sobre assuntos e temas públicos, a diferenciação entre palavras e conduta expressiva parece artificial e arbitrária (SUNSTEIN, 1995, p. 181). Mesmo condutas cujo significado político não seja evidente ou imediato, como a dança, por exemplo, precisam de uma base sólida para serem restringidas, e "base sólida", nesse caso, significa uma justificativa "suficientemente neutra" (SUNSTEIN, 1995, p. 182).

Vemos que a exigência de neutralidade se repete com insistência nos julgamentos da Suprema Corte. A prevenção contra restrições baseadas no ponto de vista é muito forte. Se tomamos outro exemplo de "conduta expressiva" que, ao menos em seu aspecto exterior, guarda alguma semelhança com a queima de cruzes, a saber, a queima de bandeiras, veremos que a Suprema Corte invalidou uma lei do Texas que criminalizava a queima da bandeira estadunidense.[14] A sentença afirmava que a razão dada para a proibição era ilegítima, pois "o governo não tem uma razão para a regulação que seja independente da objeção governamental às ideias que a queima de bandeira traz" (a síntese é de SUNSTEIN, 1995, p. 182). Assim, parece que se tivermos uma razão mais robusta e mais neutra do que nosso desgosto pela ideia de racismo e segregação embutida na queima da cruz, talvez possamos ganhar terreno neste ponto.

Na decisão do caso *R. A. V.*, a suposta ausência de neutralidade da lei de Saint Paul foi decisiva para a anulação da condenação dos rapazes e para a declaração da inconstitucionalidade da lei. Na sentença, o juiz Antonin Scalia afirmou que mesmo em uma categoria não protegida de expressão, como "palavras de luta", o governo não estava autorizado a romper suas obrigações de neutralidade, penalizando a expressão de determinadas palavras com base em seu conteúdo ou ponto de vista (SUNSTEIN, 1995, p. 190). Não nos parece que esse argumento possa ser levado às últimas consequências. Se tentamos aplicar o argumento de Scalia a outra das categorias periféricas de expressão, como a expressão comercial, vemos que a tese é frágil. Do contrário, o governo não teria legitimidade para restringir a propaganda de cigarro, por exemplo, que mais do que uma restrição de conteúdo é uma restrição de ponto de vista. Por que motivo então uma categoria como "palavras de luta" não pode ser regulada como a expressão comercial? Ao que tudo indica, a lei de Saint Paul foi invalidada em *R. A. V.* por criminalizar não apenas palavras de luta, mas um espectro muito amplo condutas e expressões, abrindo a porta para censuras *partisan* fora do círculo da categoria desprotegida de expressão. Suponhamos que uma lei proíba a queima de cruzes que produza raiva ou ressentimento *se e somente se* a expressão em questão é também regulável sob padrões existentes de "palavras de luta". Em *Beauharnais*, por

exemplo, uma regulação de expressão racista foi aceita, embora muitos questionem a validade de *Beauharnais* depois de *New York Times v. Sullivan*, já que em *Sullivan*[15] a Corte subordinou a lei de difamação (*libel*) às exigências de um debate público robusto (SUNSTEIN, 1995, p. 185). Expressões de ódio, entendeu a corte na festejada decisão, contêm ideias políticas que não podem ser suprimidas apenas porque são ofensivas.

Mas voltemos ao incontornável tema da neutralidade. Uma das motivações "neutras", no caso, seria, por exemplo, a de proteger a propriedade da família negra cujo quintal foi invadido pelos adolescentes racistas, com base no mesmo princípio que nos permitiria chamar a polícia se alguém entrasse em nossa casa e tentasse pichar nossas paredes. Queimar uma cruz no quintal de alguém já é proibido pela lei penal ordinária por violar o direito de propriedade, e podia justificar uma condenação criminal dos rapazes.[16] Mas o que estava em questão, nesse caso, é se era legítimo considerar a mensagem trazida pela queima da cruz um crime adicional (DWORKIN, 1996, p. 204).

Em uma sociedade em que uma parcela mais ou menos significativa do espectro político recusa-se renitentemente a aceitar a ideia normativa de igualdade humana fundamental, o sistema de liberdade de expressão se confronta com um dilema: censurar sua expressão significa extirpar uma parcela do *demos* do sistema de expressão protegida, e sob certo aspecto, deixa de manifestar-se neutro em face do mesmo debate político. No entanto, permitir-lhes a expressão pode trazer consequências terríveis não só para a "harmonia social", como disse Frankfurter em *Beauharnais*, mas também para o ambiente igualitário que é condição imprescindível para que membros de minorias historicamente discriminadas e excluídas do processo político se sintam à vontade para participar desse processo. Em outras palavras, alguém deixará de ser tratado como igual, em algum sentido. Ou racistas, misóginos e homofóbicos são silenciados com base no ponto de vista do que dizem, ou se correrá o risco de criação de um ambiente político tão tenso no que se refere às divisões étnicas da sociedade que a participação das minorias pode tornar-se bastante difícil, entre outros possíveis danos.

Por ora, contudo, concentro-me na questão: o Estado viola a neutralidade ao penalizar os cidadãos que expressam rejeição à ideia de igualdade humana fundamental? A resposta a esta questão depende da concepção de neutralidade que se abrace. Robert Post, por exemplo, considera que uma moralidade política apoiada na neutralidade não pode endossar a censura de expressões racistas. Isso porque a igualdade humana fundamental é entendida por ele como uma perspectiva particular:

> Na área de igual proteção [...] o governo federal tem, há quarenta anos, procurado inculcar de modo agressivo e em âmbito nacional valores particulares de igualdade. Mas a imposição legal desses valores só adquire legitimidade democrática precisamente pelo fato de que a Primeira Emenda

> estabeleceu uma arena de discurso público dentro da qual eles [os ideais de igualdade] podem ser livremente encampados ou rejeitados. (POST, 1995a, p. 278)

Post talvez tivesse razão se (e somente se) a aceitação ou não dos "valores particulares de igualdade" no âmbito da expressão não tivesse nenhum impacto sobre os direitos de outras pessoas, particularmente sobre os direitos das minorias insultadas. Parece plausível, no entanto, dar rédea solta a racistas para que insultem seus concidadãos em termos raciais não afete a distribuição social dos direitos? Em uma sociedade em que esses insultos são completamente livres, minorias raciais podem sentir-se constrangidas de ir à escola (a menos que seja uma escola segregada), falar em público ou até mesmo andar na rua (a menos que seja no gueto).

Em passagem de *A justiça como equidade*, Rawls rebate a acusação de que a sua concepção de liberalismo político não seja suficientemente neutra, uma vez que nela não há espaço para *todos* os modos de vida possíveis, e seus argumentos podem ajudar-nos aqui. Para Rawls (2003, p. 218-219), determinadas doutrinas abrangentes do bem "podem ser desencorajadas" em uma sociedade liberal justa, seja por "entrar em conflito direto com os princípios de justiça", seja por não conseguirem angariar seguidores "nas condições de um regime constitucional justo". Exemplo desse último caso seria, para Rawls, o de uma religião que "só possa sobreviver se puder controlar o aparato do Estado e puder praticar a intolerância" (idem). Como exemplo do primeiro caso, Rawls menciona concepções de bem que imponham "a repressão ou a degradação de certas pessoas por motivos, digamos, raciais, étnicos ou perfeccionistas" (idem). Uma sociedade justa em termos rawlsianos não seria "neutra" no sentido de que essas concepções de bem teriam ali livre curso, mas isso "não parece" ser uma injustiça, segundo Rawls, já que "é impossível evitar a existência de influências sociais que favoreçam algumas doutrinas em detrimento de outras" (idem), arrematando que "nenhuma sociedade pode incluir em si todos os modos de vida" em razão do "espaço limitado" do "mundo social" (idem).

Em uma sociedade justa, doutrinas assim "podem perdurar, mas sempre entre segmentos relativamente pequenos da sociedade" (RAWLS, 2003, p. 218), ou seja, continuaria a haver cidadãos que sustentam convicções racistas e intolerantes. O uso da força repressora do Estado contra esses cidadãos, contudo, não se justifica, em nosso entender, simplesmente por sua insistência em manter convicções como estas. Justifica-se, isso sim, no caso de que tentem colocar suas convicções em prática, privando outros cidadãos de seus direitos constitucionais, ameaçando-os, ou mesmo os ferindo. Neste caso, como disse Sebastião Nascimento em um texto não publicado,

> defender a inércia das instituições repressivas diante da injustiça parece um tipo de minimalismo perverso. [...] [o avanço d]a política de implementação

> de direitos fundamentais depende também do refinamento dos instrumentos jurídicos de controle e repressão das condutas que limitam a liberdade. (NASCIMENTO, 2007, p. 3)

Temos, portanto, outra questão em mãos: a expressão de pontos de vista racistas e intolerantes é inofensiva, devendo ser tolerada, ou é capaz de causar danos sérios aos membros de minorias, privando-os de seus direitos constitucionais, devendo ser banida? No caso de sermos capazes de atestar uma relação mais ou menos direta entre a expressão de ódio e um dano físico ou uma privação de direitos à pessoa ou ao grupo social ao qual o ódio em questão se dirige, o banimento do racismo e da intolerância pode atender à mais exigente concepção de neutralidade. Mas este não parece ser um problema passível de ser resolvido unicamente no plano da abstração. Devemos olhar para os efeitos que a expressão de ódio racial causa nas minorias alvejadas por ela de forma um pouco mais atenta às circunstâncias concretas em que a vitimização se dá.

No caso específico da queima de cruzes não há espaço para dúvidas. Como já dissemos, não se trata apenas da expressão corriqueira de uma crença ou opinião qualquer: no contexto político e histórico dos Estados Unidos, uma cruz ardente é uma ameaça séria capaz de aterrorizar aqueles a quem se dirige. Por essa razão, Sunstein argumenta que uma preocupação mais forte com a equidade dos cidadãos dificilmente pode ser considerada uma violação da equidade: "Não há nada de *partisan* ou ilegítimo no reconhecimento de que um tipo especial de dano é causado por esse gênero de palavras de luta" [referindo-se à ação levada a cabo em *R.A.V.*] (SUNSTEIN, 1995, p. 192). No sistema estadunidense, as bases legais para tanto existem. Afinal, o caso *Beauharnais* ainda não foi explicitamente revogado, e, ainda que de forma duvidosa e incerta, pode sustentar o impedimento de *libel* de certos grupos sociais (SUNSTEIN, 1995, p. 198). Aliás, a própria Constituição dos Estados Unidos – que a Suprema Corte tem como missão defender – não é neutra no sentido preconizado por esse tribunal em *R.A.V.* Há ali um conjunto de provisões que inscreveram a igualdade no frontispício constitucional, como as emendas pós-Guerra Civil que aboliram a escravidão, eliminaram a cidadania de segunda classe e garantiram aos ex-escravos os direitos políticos plenos (As Emendas n. XIII, XIV e XV, respectivamente). Sunstein afirma que, se *R.A.V.* está certa, então a festejada lei dos direitos civis é inconstitucional, já que proíbe a demissão de um empregado em razão de sua etnia (embora seja permitido demiti-lo por um sem-número de razões). De acordo a racionalidade estabelecida em *R.A.V.*, esse tipo de proibição não poderia ser considerada neutra, já que é capaz de "penalizar" alguém por suas convicções políticas. Não é perfeitamente possível imaginar um empregador branco que, por convicções segregacionistas, demita seu empregado negro? Algumas ações desse tipo têm certamente alguma dimensão expressiva (SUNSTEIN, 1995, p. 197). Entretanto, a mesma racionalidade que proíbe de demissões discriminatórias de mulheres e de negros pode ser invocada para

proteger esses grupos, bem como homossexuais, de insultos e de intimidações, e pode fazê-lo em bases aceitavelmente neutras, porque compatível com a pluralidade social e política. Talvez seja por essas razões que a Corte em *Virgina v. Black,*[17] de 2003, indicou que uma lei criminalizando a queima de cruzes poderia ser apoiada, desde que feita com adequação e precisão em sua técnica legislativa, de modo a ficar claro que ela tinha como alvo a intimidação e a ameaça, preservando a mera expressão política (O'BRIEN, 2005, p. 484).

Uma expressão racista é capaz de provocar um intenso e doloroso sofrimento emocional nos grupos atingidos por ela. A lei de Saint Paul penalizava a expressão justamente com base nesse estado subjetivo, falando em "ressentimento" e em "raiva". Contudo, se aceitamos a proposição de que a expressão capaz de causar algum tipo de incômodo na audiência dá causa à proibição, teríamos que grande parte da dissensão política poderia ser censurada, o que faz dessa asserção, pelo menos nesse nível de generalidade, um critério inaceitável para a regulação da liberdade de expressão. Jeremy Waldron, um crítico da liberalidade com que o sistema constitucional estadunidense trata expressões de ódio, rejeita o caráter subjetivista e psicologizante associados à punição de expressões "ofensivas"[18] exatamente por essa razão. Aceitar uma *rationale* como essa é perigoso para a liberdade de expressão porque se sentir ofendido é um efeito frequente e previsível da expressão veemente de discordâncias que deve ter seu lugar no debate público de temas candentes. Inspirando-se em passagem de *Sobre a liberdade*, de Mill, e preocupado com a liberdade de discussão pública, Waldron alerta-nos que aquilo que pode parecer simples vituperação nem sempre o é. Pode tratar-se "não da opressão da individualidade de outrem, mas do exercício da nossa própria individualidade" (WALDRON, 2012, p. 225-6). E a objeção de Waldron não é importante apenas para proteger uma ampla liberdade de expressão, mas também uma ampla liberdade religiosa: dado que as diferentes crenças religiosas são *mutuamente* "blasfemas", "heréticas", "irreverentes" e "ofensivas" (WALDRON, 2012, p. 127), a liberdade religiosa "não significa nada se não há o direito de ofender: isso é claro" (WALDRON, 2012, p. 130).

Mas podemos requalificar a questão da ofensa do seguinte modo: a raiva e o ressentimento que expressões racistas causam não seria de um tipo muito especial, portanto, capazes de justificar a censura? Será que atos de expressão que causam ressentimento ou raiva em virtude de, digamos, raça, credo ou sexo não poderiam sujeitar-se a um controle mais forte do que o ressentimento provocado por outros tipos de divisão? Sunstein parece endossar essa tese, reivindicando a especificidade e a legitimidade da censura de expressões que ecoam exclusões com certo lastro histórico, quando afirma que "só a obtusidade permitiria a alguém afirmar que a palavra 'fascista' ou 'porco' ou mesmo 'branquelo' ['*honky*'] produz os mesmos sentimentos que a palavra '*nigger*'" (SUNSTEIN, 1995, p. 186). A teoria constitucional estadunidense, tal como entendida hoje, não reconhece, contudo, nenhuma diferença qualitativa entre as expressões acima.

Que base teórica podemos mobilizar para justificar essa diferença? Não poderia ser, a nosso ver, a de que essa forma de ressentimento é mais intensa do que outras formas de ressentimento, causados, por exemplo, por antagonismos esportivos, porque isso seria o mesmo que aprofundar o caráter psicologizante do argumento, o que constitui um de seus pontos débeis. Recorrendo à própria história da sociedade em que o problema ocorre, agressões verbais contra minorias étnicas e expressões racistas em geral podem ser entendidas como meros prelúdios de coisas mais graves, como violência física, por exemplo, ou "exclusão, ou subordinação que não podem ser plausivelmente reduzidos a uma simples ofensa" (SUNSTEIN, 1995, p. 186). O problema, então, não é o ressentimento ou a raiva que a expressão produz nos ouvintes, mas o fato de que para além do sofrimento emocional, o que está em jogo é toda uma rede de direitos e oportunidades dos membros de minorias com um histórico de exclusão, direitos esses que podem ser ameaçados se os membros da maioria perpetradora da exclusão encontram livre curso para expressar seu ódio. Neste caso, a sensação de raiva que a expressão cause nas vítimas do ódio não chega a ser irrelevante, mas não é central. Outra vez, a relevância penal da questão advém de seus efeitos sobre o conjunto de direitos e de oportunidades das vítimas, e não exclusivamente de um estado psicológico determinado. Insultos racistas proferidos em uma universidade, por exemplo, podem ter o objetivo e o efeito de intimidar membros de minoria e lograr de fato sua exclusão do ambiente universitário, o que constitui uma privação séria de oportunidades e de direitos. Isso não pode ser de modo algum comparado ao ressentimento sentido por um cidadão que é insultado por sua calvície, ou ao ressentimento que se sente durante acalorada discussão política. Uma vez mais recorrendo a Sunstein, a diferença é que minorias historicamente discriminadas podem sentir-se mais do que ofendidas diante de expressões desse tipo. "Pessoas confrontadas com expressões de ódio podem experimentar uma forma de 'silenciamento' no sentido de que se tornam relutantes em expressar-se e não são ouvidos quando o fazem" (SUNSTEIN, 1995, p. 186).

Uma contrarrazão forte a este argumento é que mesmo que nos limitemos a essa forma limitada e historicamente justificada, por assim dizer, de restrição a "ofensas", ainda assim esse critério poderia autorizar a censura de parte importante do debate público contemporâneo. A discussão sobre política externa, por exemplo, ou sobre aborto, serviço militar obrigatório, política criminal e previdenciária e muitos outros temas candentes pode facilmente tocar em questões raciais e "provocar raiva ou ressentimento com base na raça", para usar a expressão da lei antidiscriminatória da cidade de Sant Paul (SUNSTEIN, 1995, p. 186).

Thomas Streeter (1995, p. 32-33) propõe uma questão – cuja formulação ele credita ao crítico literário afro-estadunidense Henry Louis Gates – capaz de nos ajudar neste ponto fornecendo-nos uma razão adicional pela qual a pura e simples ofensividade não pode dar causa a censura. Imaginemos que as expressões de ódio a seguir

sejam dirigidas a membros de minorias étnicas beneficiários de uma política de cotas para a entrada em universidades públicas em um país ou região com um forte histórico de exclusão e de racismo:

> **Expressão *A*:**
> "Sai da minha frente, animal selvagem!"
>
> **Expressão *B*:**
> "Fulano: se você tem dificuldade para acompanhar as aulas aqui, deveria perceber que a culpa não é sua. Isso corre simplesmente pelo fato de você ser beneficiário de uma política equivocada e prejudicial de ação afirmativa que coloca estudantes negros pouco qualificados, pouco preparados e frequentemente pouco talentosos em ambientes educacionais exigentes como este. Os objetivos da política igualitária podem ser bem-intencionados, mas dado que testes de aptidão revelam que afro-americanos estão quase um degrau inteiro abaixo da média, mesmo descontadas as disparidades socioeconômicas, os objetivos estão profundamente mal conduzidos. A verdade é que provavelmente você não pertence a este lugar, e tua experiência na faculdade será uma longa descida ladeira abaixo".

Diante de ambas as expressões, e reconhecendo de antemão que as duas são extremamente racistas, pergunta-se: qual delas é mais ofensiva e mais dolorosa para a vítima? Acreditamos que não haveria muita controvérsia quanto ao reconhecimento de que o segundo discurso agride mais, fere mais, é capaz de causar mais dano psicológico a um aluno membro de uma minoria que entrou na universidade pelas portas de um sistema de ação afirmativa. Esse gênero de expressão é mais ofensivo e causa mais dano porque, enquanto no exemplo em que o insulto é mais direto, o que se revela é um indivíduo doentiamente racista, no exemplo B é "a instituição universitária que parece olhar o aluno de cima, dizendo-lhe que ele não se encaixa ali" (STREETER, 1995, p. 34). Entretanto, a despeito dessa diferença entre as expressões, diferença essa que favorece o insulto direto em relação à segunda fala, se o critério é a ofensividade da expressão, os códigos de expressão das universidades estadunidenses alcançariam apenas a primeira fala. Isso porque o que os separa não é o conteúdo, que em ambos é racista ao extremo, mas o estilo. O segundo tipo de expressão apela a razões e a argumentos que, por mais que os consideremos falsos, inválidos e equivocados, ainda são argumentos, ao fim e ao cabo. E aqui não estamos a falar apenas das universidades, mas de regras de validade mais geral.

Acreditamos que chegamos, portanto, a dois critérios gerais para regulação de expressões de ódio. O primeiro é que a "raiva" ou a "mágoa" que uma expressão cause não pode fornecer, sozinha, base alguma para a regulação. Isso não significa, contudo, que não se possa regular expressões de ódio. Significa apenas que eles não podem

ser regulados por essa razão. A segunda é que expressões que apelem a algum tipo de habilidade deliberativa podem gozar ao menos de certa presunção de boa-fé, por assim dizer, capaz de fazê-la passar pelos filtros que estamos discutindo. Isso porque nosso objetivo, mais do que reprimir as convicções racistas *per se*, é preservar os direitos constitucionais e as oportunidades das minorias visadas pelos racistas. Considerando a importância que o debate político tem e deve ter em um regime democrático e pluralista, é razoável afirmar que expressões racistas que se resumem a gritos e a insultos têm menos valor do que expressões racistas que apelam a argumentos, o que justifica um tratamento diferente. Isso a despeito do desprazer que eventualmente possamos ter ao escutar argumentos racistas, misóginos ou homofóbicos. O debate – que ganhou força no Brasil nos últimos anos – sobre a conveniência ou não de adotarmos ações afirmativas no acesso à universidade pública ilustra muito bem este ponto. Nesse debate, defensores e detratores de cotas raciais acusam-se mutuamente de racismo, e, se alguma dessas acusações for aceita como razão suficiente para calar o interlocutor, o prejuízo será do próprio debate sobre a questão racial no Brasil, que, por conta dessa mesma polêmica, tem ganhado em franqueza e avançado de forma inédita. As expressões que, de alguma forma, apelam à razão deliberativa podem ser respondidas com base em argumentos, enquanto o insulto e os epítetos lançados aos gritos só podem ser o prelúdio de retirada humilde e calada, da fuga ou da violência física. Ao menos parcela dos críticos da excessiva liberalidade com que expressões desse tipo são tratadas nos Estados Unidos parece concordar com este critério. Falando de um incidente racial ocorrido em Stanford há alguns anos,[19] um grupo de acadêmicos críticos da forma excessivamente liberal com que expressões raciais são tratadas pelo direito constitucional contemporâneo deu a entender que os racistas deveriam ser punidos pelo fato de que sua manifestação não tinha características deliberativas. Seu único objetivo era "acabar com a discussão, em vez de dar-lhe continuidade. Não se tratava de uma refutação do argumento dos estudantes negros, mas um ataque à postura dos negros de dedicar-se a um diálogo intelectual" (MATSUDA *et al.*, 1993, p. 7-8).

Com a ajuda de Jeremy Waldron, que fez uma escolha clara pelo individualismo ético (WALDRON, 2012, p. 56), podemos acrescentar um terceiro parâmetro: a *rationale* da punibilidade precisa incorporar uma distinção cuidadosa entre a difamação de membros individuais de uma religião via características do grupo – que deve ser punível – e a difamação da própria religião, que deve ter livre curso em uma sociedade que preze as liberdades públicas. Não é um grupo enquanto tal (comunidade, religião, nação, cultura etc.) que se deseja proteger, mas sim a liberdade dos indivíduos que o integram. Indivíduos não são protegidos por leis que, digamos, criminalizam o ataque a uma doutrina religiosa enquanto tal, como as leis contra a blasfêmia (WALDRON, 2012, p. 122-125).[20] A punibilidade de expressões de ódio deve guiar-se pelo intento de proteger o que chama de "dignidade" individual e "uma espécie

preciosa de bem público: uma atmosfera aberta e convidativa na qual todos tenham a oportunidade de viver suas vidas, criar suas famílias e levar a cabo seus negócios e vocações" (WALDRON, 2012, p. 16). E "a dignidade de uma pessoa", diz ele, "não é apenas uma espécie de aura kantiana" (WALDRON, 2012, p. 5), mas a capacidade de membros de minorias vulneráveis "que até o passado recente foram odiadas ou desprezadas no interior da sociedade" de "interagir em pé de igualdade com os outros[...] em público, nas ruas, nas lojas, nos negócios, e a ser tratados – assim como todos os demais – como objeto da preocupação e proteção social" (WALDRON, 2012, p. 5).

Ficariam de fora da proteção constitucional à liberdade de expressão, desta forma, apenas certas categorias de expressões de ódio. Evidentemente, haveria casos pouco claros, situações-limite de difícil classificação. Mas isso parece inevitável; mesmo a mais clara definição da liberdade de expressão tem de confrontar-se com problemas difíceis que parecem escapar a toda tentativa de estabelecer um critério.

Nossa ênfase nas consequências que a expressão tem no mundo real (SUNSTEIN, 1995, p. 192), mais do que no conteúdo ideológico da mensagem, não satisfaz um opositor de controles sobre expressões de ódio, como Ronald Dworkin, quem apela a argumento que, em última instância é uma defesa da autonomia individual, no sentido de que qualquer controle sobre a expressão de ódio seria paternalista. Segundo ele, a liberdade de expressão possui um "valor intrínseco" que está acima de seu eventual "valor instrumental": essa liberdade não deve ser protegida apenas porque nos proporciona algo que consideramos valioso (por que sem ela o autogoverno coletivo é impossível, porque com ela poderemos conhecer mais e melhor o mundo etc.). A liberdade de expressão adequadamente compreendida, para ele, tem seu valor se estendidas a todos, sem distinção, inclusive àqueles que queimam cruzes e que ameaçam seus concidadãos, pois é assim que "o governo trata todos os seus membros adultos, exceto aqueles que são incapazes, com agentes morais responsáveis". Pessoas nessa condição caracterizam-se por

> formar suas próprias opiniões sobre o que é bom ou ruim em política, ou o que é verdadeiro ou falso em matéria de justiça ou fé. O governo insulta seus cidadãos, e nega-lhes sua responsabilidade moral, quando determina que não é confiável que eles ouçam opiniões que os possam persuadir a converter-se a convicções perigosas ou ofensivas. Mantemos nossa dignidade como indivíduos apenas se insistirmos que ninguém – nenhum agente público ou maioria – tem o direito de privar-nos de uma opinião com base em que não temos as condições de ouvi-la e considerá-la. (DWORKIN, 1996, p. 200)

Qualquer que seja o dano causado por um discurso ou a quantidade de indivíduos atingidos por ele, sua supressão representaria uma forma de paternalismo incompatível

com a ideia de que somos sujeitos morais plenos. Em suma, a questão é que as pessoas devem poder falar livremente porque têm um direito moral a fazê-lo, independentemente do conteúdo de sua mensagem. Não que a justificativa moral torne a liberdade de expressão absoluta, mas torna-a mais robusta do que a justificativa meramente instrumental: se a liberdade de expressão só tem valor na medida em que promove outro bem, podemos deparar-nos com situações em que esse bem estaria mais bem protegido na medida em que o discurso fosse suprimido. O problema desse argumento de Dworkin é que ele ignora a possibilidade de que algumas expressões de ódio podem causar danos às suas vítimas. No caso dessas expressões que causem dano a minorias, tratar os responsáveis pela expressão como sujeitos morais responsáveis pode significar fazê-los responder pelo dano que causem. Se isso pode representar a exclusão de certos discursos da esfera deliberativa e, nesse sentido, impor-lhes uma desigualdade política, também representa um impedimento a que esses mesmos racistas imponham uma exclusão forçada aos grupos discriminados. Diante da objeção frequente na discussão estadunidense de que uma restrição a expressões de ódio mutila a discussão pública, Jeremy Waldron vale-se de Geoffrey Stone para responder que o objetivo é exatamente esse: "Sem elas [as restrições], o debate público seria mais áspero, intimidante e desmoralizador para aqueles que integram grupos vulneráveis" (STONE *apud* WALDRON, 2012, p. 154).

A conexão entre determinadas formas de expressão de ódio e a violência física efetiva é mais que uma hipótese remota. No último genocídio do século XX, ocorrido em Ruanda em 1994, um número estimado entre 500 mil e um milhão de pessoas, em sua imensa maioria *tutsis* e *hutus* moderados, foram assassinadas por extremistas *hutus* ao longo de apenas cem dias. Parte dessas mortes é creditada ao ódio propagado e inflamado pelas ondas do rádio (GOUREVITCH, 2006), principalmente por meio da *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTLM). Alguns anos mais tarde, um governo liderado pelos *tutsis* proibiu partidos políticos de apelar à identidade racial (LEWIS, 2007, p. 166), uma restrição à expressão que, se não é considerado legítima nas condições estadunidenses, é perfeitamente compreensível nas circunstâncias trágicas desse pequeno país africano.[21]

Ruanda não é o único caso de restrição a expressões de ódio racial, e um pouquinho de direito comparado neste ponto não nos faria mal. A difamação em bases étnicas e raciais é proibida em muitas democracias exuberantes, aparentemente com poucos danos ao sistema de expressão livre (SUNSTEIN, 1995, p. 15). A Alemanha criminaliza seriamente a exibição da suástica ou qualquer outro símbolo nazista. Em outros 11 países europeus, é crime negar o Holocausto. O *Race Relations Act*[22] do Reino Unido proíbe expressões de ódio racial, não apenas quando se trate de expressão que conduza à violência, mas de qualquer tipo, com o argumento de que minorias devem ser protegidas de insultos raciais. A Austrália pune "ações que insultam, humilham ou intimidam um grupo de pessoas devido a sua raça, cor, origem étnica

ou nacional", excluindo da punição expressões com "propósito acadêmico, artístico, científico" ou com qualquer outro propósito de interesse público (WALDRON, 2012, p. 190-191). No Brasil, a Constituição de 1988 criminaliza seriamente o racismo (artigo 5º, XLII), declarando-o crime inafiançável e imprescritível, no que foi seguida pela Lei n. 7.716/89 (a Lei Afonso Arinos, de 1951, considerava o racismo uma contravenção penal). Dificilmente alguém poderia afirmar que nesses países o sistema democrático está desabando por conta de criminalização de expressões de ódio. Uma das funções da razão pública é justamente expressar um dever de civilidade democrática de tolerância.[23] Waldron também ressalta a interdependência entre democracia e respeito mútuo (WALDRON, 2012, p. 157).

Ainda no Brasil, uma controvérsia que coloca a liberdade de expressão e a restrição ao preconceito em campos antitéticos está em andamento, com respeito aos Projetos de Lei da Câmara (PLC) n. 122/2006 (no Senado) e Projeto de Lei n. 5.003/2001[24] (na Câmara dos Deputados), que propõem uma alteração na Lei n. 7.716/89,[25] aumentando-lhe o escopo e criminalizando a discriminação ou o preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, permitindo que a motivação homofóbica nos crimes discriminatórios passe a ser considerada no processo penal e impedindo que estabelecimentos e empresas que adotem posturas discriminatórias possam receber incentivos fiscais, créditos públicos e participar em licitações. Grupos religiosos acusam o projeto de lei de autoritário, no sentido de que poderá comprometer-lhes a liberdade de predicar contra a homossexualidade. As implicações do projeto para a liberdade de expressão, contudo, são mínimas, se interpretamos a lei sob a ótica dos argumentos que vimos desenvolvendo.[26] Os tipos penais criados pela Lei n. 7.716/89 são ostensivamente focados em ações de privação ou tentativa de privação de direitos e liberdades das categorias protegidas. Verbos como "impedir" e "obstar" repetem-se uma e outra vez no texto da lei: "Impedir ou obstar o acesso de alguém [...] a qualquer cargo da Administração", "Negar ou obstar emprego em empresa privada", "Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador", "recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau", "Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos "comerciais", "de ensino", a "entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores", ou ainda a "transportes públicos", e, finalmente, "Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social". O escopo da lei e do projeto que propõe a criminalização de condutas discriminatórias de fundo homofóbico é claramente o de fazer com que homossexuais não precisem mais, por exemplo, temer a demissão sumária no caso de sua inclinação sexual se tornar pública.

As implicações diretamente vinculadas à liberdade de expressão estão no final do documento. Se bem o artigo 20 tenha uma redação mais aberta e ampla, penalizando a conduta de "induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia,

religião ou procedência nacional", acreditamos, de acordo com a argumentação que vimos desenvolvendo, que o tipo deve ser interpretado em consonância com o restante do documento legal. A expressão deve ser suprimida caso se resuma a insultos dirigidos contra grupos historicamente privados de direitos. No caso de a expressão apelar para habilidades deliberativas, a punição deve executar-se apenas na medida em que a expressão esteja relacionada de forma mais ou menos direta com a privação concreta de direitos. É uma distinção desse tipo que nos permitiria punir a incitação à demissão de um homossexual, por exemplo, preservando o direito de crença religiosa em que a homossexualidade é "pecado", desde que essa crença sirva apenas como guia de conduta dos indivíduos que a abraçam voluntariamente. Isso se torna mais evidente diante do fato de que a lei autoriza o juiz a tomar medidas duras, no caso de a incitação ao racismo ser feita "por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza". Nesse caso, o juiz poderá determinar "o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo" e/ou "a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas". No nosso entender, a única forma de expressão punível *per se* no documento é a da fabricação, comercialização, distribuição e veiculação da suástica "para fins de divulgação do nazismo". Mas a suástica, convenhamos, não faz falta à nossa deliberação pública.

Conclusões

Como vimos ao longo das páginas anteriores, uma característica importante do sistema de proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos é a centralidade atribuída ao discurso político, categoria na qual expressões de ódio e de preconceito costumam encaixar-se. Uma justificativa para esse "libertarianismo civil" (a expressão é de Mark Graber) aplicado à liberdade de expressão é a de que ele mantém a esfera pública aberta. Tal ideal de regulação, contudo, parece-nos inadequado se levamos em conta que ao menos certos tipos de expressão de ódio têm justamente o efeito de bloquear o acesso de suas vítimas à esfera pública.

Por outro lado, sustentamos que a criminalização *tout court* de toda a qualquer forma de preconceito não é desejável do ponto de vista normativo. Em primeiro lugar, porque isso abre a possibilidade de censura de obras de valor científico, histórico, literário e artístico. Em segundo lugar, porque a definição de preconceito é parte constitutiva de certas controvérsias públicas. Pense-se por exemplo na discussão sobre ações afirmativas, em que acusações cruzadas de racismo entre defensores e opositores dessa política pública são frequentes. Além do mais, e se o que vimos defendendo ao longo destas páginas faz sentido, não é punir o preconceito enquanto tal o objetivo primordial de um sistema bem desenhado de regulação de expressões de ódio, e sim o de oferecer proteção aos direitos constitucionais dos indivíduos e o de manter o espaço público aberto e receptivo. A questão, assim, reside no desenvolvimento dos critérios

para o uso da coerção coletiva. Foi o que tentamos fazer neste artigo: oferecer um conjunto de parâmetros para se pensar a regulação das chamadas expressões de ódio numa democracia. Neste exercício, autores como Cass Sunstein e Jeremy Waldron, entre outros, foram de importância vital.

E um critério importante é o de que o fato de um discurso ou expressão inspirar raiva ou mágoa não deve constituir razão suficiente para a censura de uma expressão. Isto pela razão de que é da natureza da discussão pública a possibilidade de que aqueles que dela tomamos parte nos sintamos ofendidos, o que não é incomum de ocorrer quando nossa visão de mundo é atacada ou ridicularizada. A criminalização da blasfêmia, por exemplo, um ataque frontal à liberdade de expressão, muitas vezes é defendida ou justificada apelando-se à *rationale* de que a blasfêmia "ofende" os fiéis da fé atingida. De acordo com a perspectiva que vimos tentando defender aqui, no entanto, não é aceitável o uso dos instrumentos da coerção coletiva para sustentar a integridade de doutrinas religiosas, muito menos ao custo da liberdade de expressão.

Outro critério importante propõe tratamento diferenciado entre, de um lado, expressões que, embora carregadas de preconceito, apelem a habilidades deliberativas do interlocutor, e, de outro lado, expressões que sejam puro epíteto. O primeiro tipo de expressão pode ser entendido como um convite à discussão, sendo, portanto, tolerável, a menos que tenha relação *causal* identificável com a violência e a privação de direitos. O segundo tipo, especialmente se dirigido a minorias historicamente oprimidas em determinado contexto, manifesta a intenção de, por meio da intimidação, bloquear a esfera pública aos grupos visados, o que constitui razão mais do que suficiente para a intervenção estatal.

NOTAS

* Este artigo é parte modificada de tese de doutorado que, sob a perspectiva da teoria política normativa, procurou refletir sobre a importância da liberdade de expressão para a vida democrática (ver BARROSO, 2009). Uma versão anterior deste texto foi apresentada no 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, quando recebeu valiosas críticas e sugestões do público presente e principalmente do debatedor, Ricardo Silva. Agradeço ainda a Lucas Petroni, Marcos Paulo Lucca-Silveira, Renato Franceschini, San Romanelli Assumpção, Raphael Neves, Ingrid Cyfer e Felipe Silva pela leitura atenta e pelos comentários que muito contribuíram para o aperfeiçoamento do texto. Evidentemente, as falhas que o trabalho possa ter são de minha inteira e exclusiva responsabilidade.

1 Essa regra foi formulada por Louis Brandeis em *Whitney v. California*, 274 U. S. 357 (1927). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0274_0357_ZS.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

2 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0376_0254_ZS.html>. E *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S 444 (1969). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0395_0444_ZS.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

3 Ameaças, tentativas de suborno, perjúrio, conspiração criminosa, exercício ilegal da medicina ou da advocacia, formação de cartel, contratação de serviços criminosos, além de assédio sexual e racial também pertencem à categoria de expressão de pequeno valor.

4 *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0413_0015_ZS.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

5 Ver Matsuda; Lawrence III; Delgado; Crenshaw (1993, p. 141).

6 *Beauharnais v. Illinois*, 343 U. S. 250 (1952). Disponível em: <http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/beauharnais.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

7 A decisão foi anterior à histórica sentença do caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, que pôs fim à segregação racial nas escolas públicas.

8 Encontrar uma expressão em português com a mesma carga semântica dessa locução não é tarefa das mais fáceis. Embora a expressão "palavras de luta" não transmita com exatidão a ideia de *fighting words*, não encontramos alternativa melhor, e é assim que doravante traduziremos a expressão neste trabalho.

9 *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0315_0568_ZS.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

10 *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978). Disponível em: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/colinvsmith.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

11 *R.A.V. v. City of Saint Paul, Minnesota*, 505 U.S. 377 (1992). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-7675.ZS.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

12 Os exemplos foram retirados de Cohen (1993, p. 207).

13 *Doe v. Michigan* 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich 1989). Disponível em: <http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/doe.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

14 *Texas v. Johnson* 491 U. S. 397 (1989). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0491_0397_ZS.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

15 O caso Sullivan, de 1964 – já mencionado acima – é determinante da forma como se compreende a liberdade de expressão nos Estados Unidos: nele, contrapunham-se o jornal *The New York Times* (que publicara anúncio pago por grupo que apoiava Martin Luther King) e um oficial de polícia do Alabama que se considerou difamado pelo anúncio. O tribunal constitucional reconheceu ali a absoluta centralidade de liberdade de expressão para a vida democrática e estendeu a proteção à expressão que de alguma forma se entenda como "política". A partir desse axioma, a Corte inverteu o ônus da prova em casos de difamação de figuras públicas (incluindo aí qualquer pessoa que ocupe um cargo público, eleita ou não). Para beneficiar-se de uma ação de *libel*, autoridades públicas passaram a ter de provar a falsidade da afirmação de seus críticos, mas também de demonstrar que eles a fizeram *sabendo tratar-se de uma falsidade*, ou que pelo menos tivessem agido com imprudente desprezo (*reckless disregard*) pela veracidade ou falsidade da afirmação. Uma boa narrativa do caso *Sullivan* encontra-se em Lewis (1992).

16 Entretanto, se a lei de propriedade é usada para invocar o fechamento de uma arena pública importante, a legitimidade desaparece. É o que ocorre, a título de exemplo, se manifestantes ou partidários de determinado candidato são impedidos de distribuir panfletos no interior de um centro de compras com a justificativa de que se

trata de um espaço privado (SUNSTEIN, 1995, p. 183). Apesar de privado, não é uma residência, mas um espaço de circulação pública mais geral, e não pode ser tratado como se fosse a sala de estar do proprietário do local.

17 *Virginia v. Black*, 538 U. S. 343 (2003). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1107.ZS.html> Acesso em: 29 jul. 2013.

18 Waldron propõe ainda a substituição da locução de "expressão de ódio" por "difamação de grupo" (*group libel*) em razão do caráter psicologizante da primeira (WALDRON, 2012, p. 33).

19 Alunos negros da universidade disseram que Beethoven tinha ancestrais africanos. Em resposta, alguns alunos brancos fizeram uma caricatura de Beethoven na qual este era representado com a pele escura, os lábios grossos e o cabelo crespo. Sob o desenho, podia-se ler: "Isto é o que vocês são. Vocês e todos os seus irmãos e irmãs afro-americanos. É uma piada pensar que vocês poderiam algum dia ser um Beethoven. Vocês só podem ser uma caricatura do verdadeiro gênio".

20 Os casos de Salman Rushdie e o das charges de Maomé publicadas na Dinamarca são exemplos eloquentes da importância dessa observação de Waldron.

21 Analogamente, perguntamo-nos se não é possível supor alguma relação causal entre a pregação de ódio contra os direitos humanos facilmente escutáveis em estações de rádio no Brasil e as amplas e costumeiras violações de direitos humanos cometidas pelas forças policiais brasileiras.

22 Disponível em: <http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?ActiveTextDocId=2059995> Acesso em: 29 jul. 2013.

23 Devo esta observação a San Romanelli Assumpção.

24 Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=31842> Acesso em: 29 jul. 2013.

25 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7716.htm> Acesso em: 29 jul. 2013.

26 Com o propósito de dissipar semelhante temor, a Senadora Marta Suplicy apresentou substitutivo no qual se incluiu artigo com o seguinte teor: "O disposto nesta Lei não se aplica à manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé e da moral fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal" (o texto da relatoria com o substitutivo foi consultado em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/100548.pdf>, e acessado em 29 jul. 2013).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Júlio. *Democracia e liberdade de expressão:* contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, São Paulo.

COHEN, Joshua. Freedom of expression. *Philosophy and Public Affairs*, v. 22, n. 3, p. 207-263, verão de 1993.

DWORKIN, Ronald. Why must speech be free? *Freedom's law:* the moral reading of the american constitution. Harvard University Press, 1996.

FISK, Robert. Offended by Shakespeare? Let's ban him. *The Independent*, 8 de março de 2008. Disponível em: <http://www.independent.co.uk/opinion/commentators/fisk/robert-fisk-offended-byshakespeare-lets-ban-him-793167.html>. Acesso em: 29 jul. 2013.

GOUREVITCH, Philip. *Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias – Histórias de Ruanda*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GRABER, Mark. *Transformimg Free Speech – The Ambiguos Legacy of Civil Libertarianism*. Berkeley/Los Angeles:

University of California Press, 1991.
LEWIS, Anthony. *Make no law:* the Sullivan case and the first amendment. Vintage, 1992.
_____. *Freedom for the thought that we hate:* a biography of the first amendment. Nova Iorque: Basic Books, 2007.
MADISON, James. *Writings*. Nova Iorque: Penguin, 1999.
MATSUDA, Mari. J.; LAWRENCE III, C. R. L.; DELGADO, Richard; CRENSHAW, Kimberlè. W. *Words that wound:* critical race theory, assaultive speech, and the first amendment. Westview Press, 1993.
MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.
NASCIMENTO, Sebastião. *Seja qual for a língua, a liberdade não admite discriminação*. Mimeo, 2007.
O'BRIEN, D. M. *Constitutional law and politics*. 6. ed. Nova Iorque: W. W. Norton, 2005, v. 2.
POST, Robert C. Meiklejohn's mistake: individual autonomy and the reform of public discourse. *Constitutional domains – democracy, community, management*. Londres: Harvard University Press, 1995a.
_____. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*. *Constitutional domains – democracy, community, management*. Londres: Harvard University Press, 1995b.
RABBAN, David M. *Free speech in its forgotten years, 1870-1920*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.
_____. *Justiça como equidade – uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
REICH, Howard. "Rewakening the ghosts". *Chicago Tribune*, 16 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://articles.chicagotribune.com/2013-01-16/opinion/chi-perspec-reawakening-the-ghosts-of-skokie-20130115_1_illinois-holocaust-museum-survivors-skokie>. Acesso em: 29 jul. 2013.
SCANLON, T. M. A theory of freedom of expression. *The difficulty of tolerance:* essays in political philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003a.
_____. Freedom of expression and categories of expression. *The difficulty of tolerance:* essays in political philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003b.
STEVENS, John Paul. Sould hate speech be outlawed?. *New York Review of Books*, 7 de junho de 2012.,Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/jun/07/should-hate-speech-be-outlawed/>. Acesso em: 29 jul. 2013.
STRAUSS, David. A., "Freedom of Speech and the Common-Law Constitution", in: BOLLINGER, L. C.; STONE, G. R. *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*. University of Chicago Press, 2003.
STREETER, Thomas. Free speech, language and the rule of law. In: ALLEN, David. *Freeing the first amendment:* critical perspectives on freedom of expression. Nova Iorque: NYU Press, 1995.
SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. Free Press, 1995.
WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

LEGISLAÇÕES CITADAS OU CONSULTADAS

BRASIL
Constituição (1988). 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989;
Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006.

ESTADOS UNIDOS
The Constitution of the United States of America
DECISÕES DA SUPREMA CORTE
Whitney v. California, 274 U. S. 357 (1927);
Chaplinsky v. State of New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942);
Beauharnais v. Illinois, 343 U. S. 250 (1952);
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964);
Brandenburg v. Ohio, 395 U. S 444 (1969);
Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973);
Hustler Magazine, Inc. *v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988);
Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989);
R. A.V. v. City of Saint Paul, Minnesota, 505 U.S. 377 (1992);
Virginia v. Black, 538 U. S. 343 (2003).

DECISÕES JUDICIAIS DE INSTÂNCIAS INFERIORES
Collin v. Smith, 578 F.2d 1197 (1978);
Doe v. Michigan 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich 1989).

GRÃ-BRETANHA
Lei britânica sobre as relações raciais (*Race relations Act*)

Júlio César Casarin Barroso Silva

Professor Adjunto de Teoria Política junto à Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (EFLCH) da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp)

Guarulhos – SP – Brasil
juliocesarcbs@hotmail.com

RECEBIDO EM 17.09.2013 | APROVADO EM 31.10.2014

MEDIDAS CAUTELARES INTERPRETATIVAS E DE EFEITOS ADITIVOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA APLICAÇÃO

Lucas De Laurentiis e Henrique Galkowicz

INTERPRETATIVE AND EFFECT ADDITIVES PRECAUTIONARY MEASURES IN CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW: A CRITICAL ANALYSIS OF ITS APPLICATION

RESUMO

Apresentamos uma análise sistemática e crítica acerca da possibilidade de técnicas decisórias interpretativas e aditivas serem aplicadas em medidas de urgência do modo principal de controle judicial de constitucionalidade. Para tanto, esmiuçamos as características de tais técnicas processuais e as peculiaridades de sua aplicação nas ações típicas da jurisdição constitucional brasileira. Feito isso, avaliamos a compatibilidade de tais provimentos sumários com as peculiaridades das técnicas de controle interpretativas e aditivas. Enfim, apresentamos um estudo de caso, no qual os efeitos práticos de nossas reflexões são postos a prova.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de constitucionalidade; medidas de urgência; técnicas decisórias interpretativas e aditivas.

ABSTRACT

We present a systematic and critical analysis about the possible application of interpretative and additive decision-making techniques in emergency measures of abstract constitutional judicial review. To reach this goal, we inspect the main characteristics of such procedural techniques and the peculiarities of its application in the main actions of the Brazilian constitutional jurisdiction. After that, we evaluate the compatibility of such summaries decisions with the peculiarities of the interpretative and additive control techniques. Finally, we present a case study, in which the practical effects of our thoughts are tested.

KEYWORDS

Judicial review; emergency measures; interpretative and addictive decision-making techniques.

Introdução

Assistimos a um crescimento exponencial da produção doutrinária próxima das técnicas da jurisdição constitucional. Não há mais espaço para considerações gerais acerca das características dos sistemas de controle. As questões e ideias são cada vez mais profundas, polêmicas e, por isso mesmo, interessantes. Esse desenvolvimento tem

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201504

ocorrido fundamentalmente em duas direções. Há quem proponha uma reavaliação do procedimento argumentativo da deliberação realizada nas Cortes constitucionais. A finalidade de tal análise é apontar possíveis déficits da argumentação desenvolvida no julgamento dos processos de controle de constitucionalidade, o que pode vir a comprometer a racionalidade e, consequentemente, a legitimidade das decisões que daí surjam. Mas há também quem se proponha a avaliar a utilização das técnicas e dos instrumentos que compõem o sistema de controle de constitucionalidade. O nível mais elementar dessa forma de análise é encontrado na exposição minuciosa de aspectos processuais ligados às demandas de controle principal de constitucionalidade. Existem incontáveis trabalhos com essa proposta. Hoje, essa é uma análise insuficiente. Com o desenvolvimento dos métodos de controle de constitucionalidade que combinam a modulação do sentido e do alcance das normas analisadas, surgem novos paradoxos teóricos e práticos, cujo reflexo direto é a instabilidade e insegurança das decisões da jurisprudência constitucional.

Aqui propomos uma reflexão que se aproxima de um desses pontos de tensão. Avaliaremos a admissibilidade do uso de técnicas interpretativas e de efeitos aditivos em sede de decisões cautelares de ações diretas de controle de constitucionalidade. De pronto, essa tarefa apresenta duas dificuldades. A primeira delas decorre do desenvolvimento do estudo e regulamentação das técnicas processuais de tutela sumária. O problema está em que dito movimento da ciência processual não foi devidamente acompanhado quer pelos analistas, quer pelos operadores da jurisdição constitucional. Passa despercebido aos olhos deles, por exemplo, que a distinção entre tutela cautelar antecipatória e conservativa não tem o caráter absoluto, antes apregoado por parte da doutrina.[1] Mas isso não é tudo. Outras questões relevantes, como a legitimidade jurisdicional para conceder *ex officio* medidas cautelares, sejam elas assecuratórias ou antecipatórias, e a admissibilidade de provimentos sumários de natureza não cautelar nos processos de controle de constitucionalidade pela via principal, raramente são debatidas ou problematizadas pelos analistas de nosso sistema de controle de constitucionalidade.[2]

A seguinte hipótese poderia justificar esse fato. Parte da doutrina admite que as peculiaridades do sistema de controle de constitucionalidade principal afastam a incidência do regramento processual civil brasileiro. Com base nesse pressuposto, admite-se, por exemplo, que no processo objetivo não há partes, lide ou interesse jurídico a ser defendido (CLÈVE, 2000, p. 142; VELOSO, 1999, p. 68. MENDES, 2007, p. 156. Para uma perspectiva crítica acerca de tais ideias, ver: TAVARES, 2005, p. 399 e 400), que nele não ocorre qualquer forma de intervenção de terceiro,[3] enfim que a decisão da Corte não pode ser desconstituída pela via da ação rescisória.[4] Contudo, não nos parece que essas peculiaridades afastem o procedimento incidente no controle principal de constitucionalidade do modelo processual civil vigente. Isso porque o controle objetivo de constitucionalidade não deixa de ser uma forma de atuação

jurisdicional da Corte Constitucional (RAMOS, 2010-b, p. 55; STERN, 1997, p. 15). Segue-se daí que o respeito ao procedimento e ao regramento processual em vigor é mais do que uma simples formalidade a ser cumprida na realização dos desígnios da jurisdição constitucional.

Na verdade, tal exigência é ainda mais premente no processo de controle de constitucionalidade, pois nele muitas vezes nos vemos confrontados com a necessidade de aplicação de conceitos abertos e indeterminados. Uma interpretação apressada de tal característica levaria à conclusão de que o processo de controle de constitucionalidade deve ter uma regulamentação autônoma, criada pelo próprio tribunal, para cada caso concreto.[5] A despeito de tal prática ser comum não só na jurisdição constitucional brasileira, é justamente o contrário que deflui das características desses meios processuais: como o poder criativo das Cortes Constitucionais em relação ao resultado de seus julgamentos é elevando, o procedimento que rege seu processo decisório deve ser estritamente regulamentado (SCHLAICH; KORIOTH, 2010, p. 36). Sendo assim, o regramento processual prévio e baseado em pressupostos racionais deve ser considerado fator determinante da legitimação das decisões de qualquer esfera do exercício de poder estatal, inclusive a judicial.[6] O recurso aos conceitos e regras da teoria geral do processo tem justamente essa finalidade.

É importante reter esta conclusão: o entendimento que nos parece ser correto no que diz respeito à correlação do sistema processual civil, seus pressupostos e institutos, com os julgamentos realizados na via de controle de constitucionalidade principal, é o de uma relação de complementariedade, não de mútua exclusão.[7] Concebemos, portanto, que as características próprias às medidas urgentes, cautelares ou não, sejam fundamentadamente adaptadas aos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Não que sua feição seja completamente alterada. De igual forma, e aqui adentramos no tema específico a ser tratado neste artigo, a admissibilidade das decisões manipulativas de sentido em sede de medidas cautelares de inconstitucionalidade pela via principal não pode desconsiderar as peculiaridades de tal técnica processual. Importa então verificar se tal compatibilidade existe, tarefa que comporta considerações práticas e teóricas.

Dividimos nossa análise nos seguintes passos. Em um primeiro momento, dirigimos nossas atenções para as características fundamentais das medidas urgentes admitidas no processo de controle objetivo de constitucionalidade. Os conceitos desenvolvidos nessa passagem servirão de fundamento para os argumentos e conclusões seguintes, nos quais abordaremos específica e separadamente a possibilidade de as medidas urgentes comportarem sentenças interpretativas e de efeitos aditivos. Após a análise de cada um desses itens, procuramos problematizar e avaliar um significativo precedente do Supremo Tribunal Federal tendo em vista os pressupostos teóricos por nós desenvolvidos. Com isso, julgamos demonstrar que as questões que ora apresentamos estão longe de serem quimeras teóricas. Ao contrário, o tema aqui proposto tem

conteúdo e efeitos eminentemente práticos. As dificuldades de sua abordagem não podem, portanto, afastar a necessidade de seu imediato enfrentamento.

1 Características das medidas cautelares no processo objetivo de controle de controle de constitucionalidade

Antes contestada por parcela da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,[8] a medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade teve seu fundamento constitucional[9] consagrado pela Emenda Constitucional n. 7/77.[10] A Constituição Federal de 1988 recepcionou essa possibilidade ao conferir ao Supremo a competência para julgar, originariamente, "o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade" (art. 102, I, *p*, da CF/1988). Mesmo frente ao silêncio desse dispositivo quanto à possibilidade da concessão de medidas liminares em ações declaratórias de constitucionalidade, a Corte considerou que "o poder de acautelar é imanente ao poder de julgar".[11] Com base nesse fundamento, admitiu a possibilidade da concessão de medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade, a despeito de o texto da Emenda Constitucional n. 3/93 não prever a hipótese.[12]

A lei federal que regula o processo de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil regulamentou dito instrumento processual (arts. 10 a 12 e 21 da Lei n. 9.868/99). Os requisitos que condicionam a concessão de tais medidas são comuns aos provimentos dessa natureza. O deferimento da medida liminar pressupõe a relevância dos fundamentos do pedido inicial (*fumus boni iuris*) e a necessidade de antecipação dos efeitos da tutela em face da possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (BARROSO, 2006, p. 166), ou seja, para garantir a efetividade do resultado futuro e provável do julgamento (*periculum in mora*).[13]

Fora isso, a jurisprudência do Supremo também pauta as decisões de medidas liminares pelo que denomina "critério da conveniência",[14] que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória da norma questionada (BARROSO, 2006, p. 167).[15] A doutrina constitucional tem afirmado que esse último requisito seria mais uma das especificidades do processo de controle de constitucionalidade. Assim não nos parece, contudo. Na verdade, a concessão de toda e qualquer tutela de natureza cautelar encontra-se sujeita à aferição dos ônus e benefícios que dela possam decorrer. O debate acerca da reversibilidade recíproca dessas decisões tem justamente esse pano de fundo: em casos em que tanto a concessão quanto a denegação da medida pleiteada importarem a ocorrência de danos de difícil ou improvável reparação, o julgador deverá pautar sua decisão por critérios e técnicas que tendam a aferir qual é o valor ou interesse de maior peso relativo no caso a ele apresentado.[16]

Admitida a possibilidade da concessão de medidas cautelares em ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, o debate voltou-se para a análise da natureza de ditas medidas urgentes. O entendimento que prevaleceu afirma que

tais provimentos jurisdicionais antecipam os efeitos práticos inerentes às decisões finais de mérito dessas demandas.[17] Segundo a doutrina prevalente, tais provimentos são, portanto, decisões antecipatórias da tutela final do processo. Essa conclusão deve ser examinada com cuidado.

Há que se observar, antes de mais nada, que o conteúdo declaratório próprio das ações diretas não é passível de antecipação. O debate na doutrina processual a esse respeito foi intenso, sendo que alguns autores se inclinaram para a completa negação da possibilidade da concessão de tais medidas em demandas de tutela puramente declaratórias. O raciocínio, relativamente simples, que leva a essa conclusão pode ser resumido com a seguinte questão: se a finalidade da tutela jurisdicional declaratória é conferir certeza e estabilidade a uma relação jurídica controvertida, como podemos admitir que tal finalidade seja alcançada por meio de um provimento precário e de cognição superficial? (LOPES, 2007, p. 54 e 55) A resposta apresentada pela literatura processual busca distinguir os efeitos práticos da tutela declaratória de seus efeitos estritamente jurídicos. Nessa linha, Cassio Scarpinella Bueno explicita que, em decorrência da natureza da antecipação de tutela, "não há como antecipar o grau de certeza que só a sentença vai alcançar e que somente vai conseguir em virtude do desenvolvimento da ampla defesa, do contraditório e, enfim, após o exercício do devido processo legal. Antecipam-se, no entanto, efeitos fáticos, práticos ou jurídicos de uma declaração" (BUENO, 2011, p. 92 e 93. De forma similar, cf.: SILVA, 2005, p. 125).

Essa diretriz é plenamente compatível com o sistema de controle de constitucionalidade. De longa data, por exemplo, a doutrina constitucional alemã tem insistido em afirmar que o elemento decisivo para a concessão de medidas cautelares em sede de ações constitucionais é o "peso das desvantagens" (SCHLAICH; KORIOTH, 2010, p. 285) inerentes à manutenção ou suspensão da lei impugnada. O foco de tal juízo não é, portanto, a própria validade ou invalidade da norma, mas sua eficácia. O Ministro Moreira Alves seguiu à risca essa linha de pensamento ao afirmar que, "quando suspendemos liminarmente a vigência de uma lei, na realidade, não estamos declarando sua inconstitucionalidade, mas estamos apenas evitando que ela, a partir da concessão da liminar, produza efeitos negativos".[18]

Ao que parece, algumas questões relevantes podem ser solucionadas com fundamento nessa diretriz. A primeira delas diz respeito à eficácia temporal das medidas urgentes proferidas em ações diretas. Não há qualquer incompatibilidade entre a previsão do efeito não retroativo dessa decisão (art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/99) e a natureza da sanção decorrente do vício de inconstitucionalidade, que permanece sendo a nulidade com efeitos aparentemente retroativos da norma questionada (RAMOS, 1994, p. 63). Pensar o contrário seria o mesmo que admitir que o conteúdo declaratório da decisão final possa ser antecipado pela medida cautelar. Como julgamos ter comprovado, não é isso o que ocorre.

O segundo ponto relevante que pode ser adequadamente solucionado com a admissão do referido pressuposto está relacionado à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/1998). O questionamento apresentado por Clèmerson Merlin Clève a esse respeito é o seguinte: a previsão legal que autoriza a concessão da medida liminar pelo relator *ad referendum* da manifestação do Pleno contraria a exigência do julgamento da inconstitucionalidade pela sistemática da reserva de plenário? (CLÈVE, 2000, p. 237). A resposta nos parece ser negativa. Primeiro, porque a regra que condiciona a eficácia das decisões de inconstitucionalidade à deliberação favorável da maioria dos membros da Corte, reunidos no órgão plenário ou especial,[19] tem a finalidade de "evitar as flutuações decisórias que a variação de composição da corte propiciaria" (RAMOS, 2010, p. 191). Ora, é ínsita à natureza instrumental e precária da tutela cautelar a possibilidade de sua alteração ou revogação (BEDAQUE, 2009, p. 144). Sendo assim, a deferência ao legislador e a prudência que devem informar a decisão definitiva dos processos de controle de constitucionalidade, elementos esses que fundamentam a existência da cláusula de reserva de plenário, não podem ser transferidos sem temperamentos para as decisões cautelares de tais demandas. Nesses pronunciamentos, como já salientado, o que se encontra em questão são os efeitos nocivos de uma norma que pode se afigurar inconstitucional. Mas esse juízo, repita-se, não se identifica com a declaração do vício de incompatibilidade normativa, ato esse próprio ao julgamento definitivo, não ao cautelar. Por tudo isso, em nosso entender não há razão que sustente a inconstitucionalidade da previsão legal, na qual se autoriza a tomada de decisão liminar pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade.[20]

O segundo questionamento a ser aqui avaliado gira em torno do conceito de *periculum in mora* aplicável aos processos de controle de constitucionalidade pela via principal. Parte da doutrina tem aventado a incompatibilidade desse conceito com o processo objetivo de controle de constitucionalidade. Tal conclusão teria fundamento na impossibilidade da análise de elementos de fato no interior do processo objetivo de controle de constitucionalidade (LUNARDI, 2006, p. 274). Pelas razões a seguir expostas, discordamos de tal posicionamento. Primeiramente, não há mais que se falar em uma pureza conceitual do regime de aferição abstrata de constitucionalidade. Como já salientado pela doutrina constitucional, o legislador brasileiro não adota uma leitura estanque e pura da sistemática abstrata do controle de constitucionalidade, pois "a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos se relaciona íntima e indissociavelmente com o exercício do controle" (MENDES, 2007, p. 249). É o quanto bastaria para afastar a dúvida aventada contra a necessidade de aferição do *periculum in mora* no controle principal de constitucionalidade. Todavia, há mais a ser dito.

Não há como admitir dita conclusão, se tivermos como certo o pressuposto de que a tutela cautelar proferida em ações diretas não tem o condão de antecipar o

conteúdo declaratório da decisão final do Tribunal. Como aqui reiteramos, essa decisão antecipa unicamente os efeitos práticos e sociais de tal medida. Com razão, portanto, adverte o Ministro Teori Albino Zavascki que as medidas liminares em ações de controle concentrado e principal de constitucionalidade "antecipam um, alguns ou todos os efeitos habilitados a operar reflexos no plano da realidade – ou seja, efeitos executivos – que podem decorrer da futura sentença de procedência" (ZAVASKI, 2001, p. 66).

Sendo assim, temos que a urgência da medida cautelar pleiteada em ações diretas tem íntima relação com os possíveis efeitos da norma impugnada. Para esse fim, o conteúdo da lei deve ser avaliado indireta e perfunctoriamente, sob pena de a medida cautelar vir a exaurir a matéria do julgamento principal.[21] Nessa linha, a necessidade de aferição do *periculum in mora* em processos objetivos de controle de constitucionalidade nada mais representa do que o reconhecimento do caráter eminentemente acautelatório da medida liminar dessas demandas. Por isso, é de se estranhar a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é aceita sem grandes questionamentos pela doutrina nacional, segundo a qual o transcurso de considerável lapso temporal entre a edição do ato normativo e a propositura da ação direta desautoriza o reconhecimento do *periculum in mora*.[22] Para se chegar à conclusão oposta, basta considerar que o *tema principal* da decisão cautelar não é a validade ou invalidade da lei, mas sim seus possíveis efeitos deletérios. Se esses realmente existem, não é o transcurso do tempo entre a edição da lei e a propositura da ação que vai apagá-los. Ao contrário, essa situação pode muitas vezes agravar ou comprovar a urgência da medida pleiteada. Ademais, nem sempre os efeitos nocivos de um ato normativo surgem logo no momento de sua publicação, sendo possível que interpretações inconstitucionais surjam no decorrer sua vigência.

Finalmente, julgamos necessário tecer algumas observações acerca das diferenças existentes entre o regime das cautelares das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Se é certo que a cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade efetivamente antecipam, total ou parcialmente, o conteúdo útil de seu provimento final, a sua concessão em ações declaratórias de constitucionalidade tem uma finalidade completamente diversa. Segundo o regramento dessa matéria, o efeito dessas últimas medidas é simplesmente suspender os julgamentos que envolvam a aplicação da lei questionada (art. 21 da Lei n. 9.868/99). Trata-se, portanto, de medida eminentemente assecuratória e de conteúdo mandamental (PALU, 2001, p. 256). A cautelar de ações de inconstitucionalidade, ao contrário, tem o condão de antecipar os efeitos práticos, ou executivos, da decisão final (CLÈVE, 2000, p. 238).

Ademais, a não concessão da cautelar pleiteada em ação direta de inconstitucionalidade não tem o mesmo efeito da sua concessão em ação declaratória de constitucionalidade. Não se admite, assim, a propositura de reclamação constitucional que

tenha por fundamento a denegação liminar do pleito acautelatório produzido em ação direta de inconstitucionalidade, o que não ocorre quando se encontra em questão a preservação da eficácia de medida cautelar proferida em ações declaratórias de constitucionalidade.[23]

Esse quadro é um dos diversos problemas subjacentes à tese que atribui um "caráter dúplice" às ações diretas de controle principal de constitucionalidade.[24] Como não se tem notícia de hipótese similar no direito comparado,[25] cabe aos defensores dessa visão da sistemática de controle de constitucionalidade responder às seguintes indagações: se as ações diretas de controle de constitucionalidade e inconstitucionalidade são realmente "dúplices", por que a decisão denegatória da cautelar em ação de inconstitucionalidade não tem o mesmo conteúdo da decisão que concede a liminar em ação declaratória de constitucionalidade? A resposta esboçada por parte dessa corrente aponta para a incompletude da disposição legal que reconheceu a possibilidade da concessão de medida liminar em sede de ação declaratória de constitucionalidade. Nesse sentido, sustenta-se que dita medida cautelar teria, dentre outros, o efeito de suspender o andamento dos processos em que a lei analisada é aplicada (ZAVASKI, 2001, p. 63). Contudo, ao apreciar a constitucionalidade de lei que restringia a amplitude do poder geral de cautela em demandas que envolvam o Poder Público, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da constitucionalidade daquelas normas justamente por considerar que cabe ao legislador delimitar os contornos e as hipóteses em que se afigura possível a antecipação dos efeitos da tutela.[26]

O dilema que se apresenta aos autores que pretendem sustentar o caráter bifronte das ações diretas de controle de constitucionalidade é, então, o seguinte: ou bem eles negam a relevância do referido pronunciamento do Supremo ou reconhecem que as cautelares das ações diretas são substancialmente diversas. O problema está em que a primeira opção é contrafatual e a segunda leva à consequência de que esses autores pretendem ver negada. A análise das soluções e interpretações possíveis desse intrincado problema ultrapassa os limites propostos neste artigo. Por isso, simplesmente apontamos sua existência e passamos a examinar o cabimento de decisões manipulativas em sede de medidas cautelares.

2 Cabimento de decisões interpretativas em sede de medida cautelar

Sem maiores embaraços, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado da interpretação conforme a Constituição em medidas liminares de ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade.[27] Implicitamente, tal orientação pressupõe a identidade dos efeitos e do conteúdo das tutelas final e antecipada nas ações do modo principal de controle. Admitida tal identidade, não haveria razão para negar a admissibilidade da utilização de interpretações conforme a Constituição em tais provimentos

liminares. Contudo, as premissas apresentadas no item antecedente nos levam à constatação de que essa não é uma orientação aceitável. A natureza do provimento liminar, cautelar ou antecipatório, é antagônica a um dos pressupostos teóricos do cabimento da interpretação conforme a Constituição. Há duas razões que levam a essa conclusão.

Primeiro, enquanto método de interpretação das leis, a interpretação conforme a Constituição somente pode ser aplicada após a fixação dos sentidos normativos possíveis. Ou seja, ela é uma técnica interpretativa que poderá ser manejada após a prévia utilização dos métodos convencionais de interpretação das leis. Nesse sentido, afirma-se que a interpretação conforme a Constituição constitui uma operação hermenêutica de aplicação subsidiária (GUSY, 1985, p. 217; MÜLLER, 1996, p. 121). Essa característica choca-se com a natureza superficial da cognição cautelar, pois a avaliação exaustiva de todos os sentidos normativos que decorram da utilização dos denominados métodos hermenêuticos clássicos está vedada nessa sede.

Mas essa conclusão não nos leva a excluir a possibilidade de as decisões cautelares comportarem a aplicação da chamada decisão de nulidade parcial sem redução de texto. Sabe-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não diferencia essas técnicas com clareza, sobretudo quando elas são aplicadas no modo principal de controle. Contudo, em sede doutrinária, duas hipóteses foram construídas para fundamentar tal distinção. A primeira delas procura diferenciar a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto em função do direcionamento da tutela definitiva das demandas em que tais técnicas são aplicadas. Assim, se a decisão acolhe a inconstitucionalidade de sentidos da lei, a técnica a ser utilizada é a nulidade parcial sem redução de texto, mas, uma vez que se afirme a constitucionalidade de um dos sentidos normativos possíveis, a técnica será a interpretação conforme a Constituição. Nesses termos, pode-se sustentar que a nulidade parcial sem redução de texto é a face de uma moeda da qual a interpretação conforme a Constituição é a contraface.

Com base em uma segunda hipótese de diferenciação, enquanto a nulidade parcial sem redução de texto lida com a sanção de inconstitucionalidade de sentidos específicos e concretos da lei questionada, a interpretação conforme a Constituição trabalha com sentidos gerais e abstratos da norma (LEMBKE, 2009, p. 58). A discussão a respeito do acerto ou admissibilidade de cada uma dessas hipóteses de distinção no direito brasileiro ultrapassa os limites desse estudo (LAURENTIIS, 2012, p. 123 e ss.).

Todavia, cabe aqui observar que a adoção de qualquer dessas hipóteses necessariamente excluirá a possibilidade da interpretação conforme a Constituição ocorrer em sede de tutelas cautelares realizadas no modo principal de controle. Isso porque, em conformidade com a primeira hipótese de distinção, a interpretação de acordo com a Constituição nada mais configura que uma forma de negar provimento às decisões finais das ações diretas de inconstitucionalidade. Sendo assim, não seria nem mesmo

possível ao autor da demanda de inconstitucionalidade pleitear a declaração de interpretação conforme a Constituição, vez que tal pedido conflitaria com o objetivo de tal demanda. Com base nesse fundamento, já se afirmou em sede jurisprudencial que falece interesse de agir ao autor que propõe ação direta com pedido de interpretação conforme a Constituição.[28] Se tal conclusão é certa, quanto mais o será a que afirma a impossibilidade da demanda de interpretação conforme a Constituição em sede de tutela cautelar. Afinal, essa decisão nada mais representa do que a antecipação dos efeitos da tutela final daquelas ações. Como nesses provimentos finais a interpretação conforme a Constituição é inadmissível, nas decisões cautelares a utilização de técnica mostra-se igualmente incabível.

Conclusão semelhante, mas com fundamento diverso, deflui da segunda hipótese de distinção das técnicas interpretativas de controle. Isso porque, se a interpretação conforme a Constituição constitui uma técnica de controle que lida com o sentido abstrato e hipotético da lei questionada (MORAIS, 2011, p. 921), sua aplicação deve ser considerada subsidiária em relação tanto à nulidade parcial sem redução de texto quanto à própria declaração de inconstitucionalidade do texto da norma. Essa orientação é aceita por respeitável doutrina portuguesa, segundo a qual a opção entre as modalidades de decisões interpretativas não depende "de um mero juízo prudencial ou de oportunidade do Tribunal Constitucional. A preferência, no âmbito da fiscalização abstrata sucessiva, vai claramente para as decisões interpretativas de acolhimento" (MEDEIROS, 1999, p. 406). Em outros termos, a aplicação da interpretação conforme a Constituição deve ser duplamente subsidiária, pois ela "só ocorrerá quando o texto analisado não indicar claramente ser o caso de declaração pura e simples da inconstitucionalidade e, concomitantemente, não for também admissível a aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto". (LAURENTIIS, 2012, p. 135)

Nessa linha, a decisão de interpretação conforme a Constituição pressupõe três requisitos visivelmente incompatíveis com a natureza dos provimentos cautelares.

Primeiro, ela demanda a avaliação em profundidade de todos os sentidos possíveis da lei questionada, operação que não se alinha com a superficialidade da cognição cautelar. Segundo, a decisão de interpretação conforme a Constituição envolve a manipulação do sentido último da norma, o que ocorre nos pronunciamentos declaratórios definitivos, e por isso mesmo constitui operação que se encontra fora do alcance da decisão cautelar, que toca, como já foi aqui observado, unicamente sua eficácia social potencialmente nociva. Em outros termos, como a decisão que suspende liminarmente a vigência de uma lei não declara sua inconstitucionalidade, mas apenas evita que sua aplicação produza efeitos negativos para a ordem jurídica, é necessário concluir que a interpretação conforme a Constituição não poderá ser aplicada em tais decisões.[29]

Os próprios requisitos processuais da aplicação da interpretação conforme a Constituição e da tutela cautelar em ações diretas são antagônicos. Enquanto a antecipação

dos efeitos da tutela jurisdicional definitiva, ou a tutela cautelar do provimento jurisdicional, pressupõe a plausibilidade jurídica da tese apresentada na inicial, a interpretação conforme a Constituição deve sempre ocorrer em um estado de incerteza hermenêutica. Em outras palavras: a presença de um dos fundamentos da tutela liminar excluirá a possibilidade da aplicação da interpretação conforme a Constituição. De forma inversa, quando uma decisão de interpretação conforme a Constituição for admissível, a incerteza hermenêutica que circunda a possibilidade de sua aplicação excluirá a admissibilidade de um provimento liminar.

Reiteramos, todavia, que tais conclusões não têm o condão de afastar a possibilidade de aplicação das chamadas decisões de nulidade parcial sem redução de texto dos provimentos cautelares. Seja porque tais decisões, segundo a primeira hipótese de distinção, implicam o acolhimento da pretensão de declaração de inconstitucionalidade de um dos sentidos possíveis da lei, seja, por outro lado, em função da restrição de seus efeitos a uma aplicação determinada da norma questionada, essa técnica interpretativa de controle será inteiramente cabível em sede dessa cautelar. Exemplificando: ao debater a constitucionalidade da exigência imediata de emolumentos judiciais instituídos por leis de organização judiciárias, o Plenário do STF fixou entendimento unânime no sentido de que a exigibilidade de tais tributos deve respeitar a regra constitucional da anterioridade nonagesimal.[30] Por duas razões, essa decisão contém uma aplicação típica da decisão de nulidade parcial sem redução de texto. Primeiro, trata-se aí de uma decisão que suspende um sentido pontual e preciso da lei questionada, sem adentrar em seu conteúdo interpretativo geral e abstrato. Daí tratar-se de uma decisão apta a suspender a eficácia de um sentido específico e não explícito.

Em segundo lugar e em decorrência desse aspecto, tal decisão é circundada por um grau de certeza interpretativo absolutamente diverso daquele que encontramos nas decisões de interpretação conforme a Constituição. Tais decisões ocorrem em situações de incerteza interpretativa, que demandam a reconstrução do sentido da lei questionada. Com isso, as decisões de nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição podem ser apartadas em função do grau de plausibilidade de cada uma delas. Estas – decisões de interpretação conforme a Constituição – serão sempre decisões em que os sentidos possíveis da lei são igualmente plausíveis, mas diferentemente compatíveis com os parâmetros constitucionais. Aquelas – decisões de nulidade parcial sem redução de texto – podem ocorrer mesmo em situações de certeza interpretativa, que envolvam a desaplicação pontual de um dos aspectos da norma questionada. Por tudo isso, concluímos que, apesar de os elementos característicos da tutela cautelar serem avessos ao conceito de intepretação conforme a Constituição, não há qualquer incompatibilidade entre a nulidade parcial sem redução de texto e ditos provimentos jurisdicionais.

Por fim, um último aspecto digno de nota diz respeito à possibilidade de tutela cautelar proferida em sede de ações declaratórias de constitucionalidade comportar

decisões de interpretação conforme a Constituição ou nulidade parcial sem redução de texto. Aqui devemos reter dois aspectos. Primeiro, um dos pressupostos processuais de admissibilidade de ações diretas de constitucionalidade é a existência de controvérsia fundada acerca da constitucionalidade da norma analisada. É o que se denomina na doutrina italiana de direito vivente (*diritto vivente*) inconstitucional, que nada mais significa senão a preexistência de aplicações da lei no sentido de sua inconstitucionalidade (MEDEIROS, 1999, p. 406; RAMOS, 2010-b, p. 270). Com base nessa premissa, a doutrina italiana tem afastado a realização de decisões interpretativas de rejeição – aqui denominadas por influência alemã de interpretação conforme a Constituição – quando existir um direito vivente inconstitucional. Nessas hipóteses, a Corte deve optar entre dois caminhos, ambos incompatíveis com adoção da interpretação conforme a Constituição: ou afasta o direito vivente inconstitucional e assim declara a constitucionalidade da lei, ou então aceita a proposta interpretativa desenvolvida pela jurisdição de base, afirmando, com isso, a inconstitucionalidade desses sentidos interpretativos específicos. No Brasil, em função da exigência legal da preexistência de controvérsia judicial fundada para que a ação declaratória de constitucionalidade seja admissível (art. 14, III, da Lei n. 9.868/99), a orientação perfilhada pelo direito italiano deve ser adotada. Com isso, a decisão proferida em dita demanda mostra-se incompatível quer com a aplicação da interpretação conforme a Constituição, quer com a nulidade parcial sem redução de texto. A incompatibilidade em relação à primeira dessas técnicas deriva da impossibilidade de a decisão interpretativa avançar sobre o sentido da inconstitucionalidade delineado pela jurisdição de base.

Não há que se cogitar igualmente da aplicação da nulidade parcial sem redução de texto já que a aplicação dessa técnica pressupõe a distinção entre o provimento que acolhe a inconstitucionalidade integral do texto legal e a inconstitucionalidade parcial, que não leva à redução de seu texto. Ora, como a ação declaratória de constitucionalidade sempre envolverá o acolhimento da impugnação de sentidos inconstitucionais da lei, sua procedência sempre implicará a afirmação da constitucionalidade do sentido da norma questionado. De outro lado, vez que sua improcedência afasta somente os sentidos controvertidos da lei analisada, afigura-se desnecessária a utilização da nulidade parcial sem redução de texto, já que tal decisão não acarretará, em regra, a afirmação da invalidade de toda a lei. Essa decisão representa simplesmente a aceitação dos sentidos inconstitucionais desenvolvidos previamente pela jurisdição em geral. Por fim, também aqui há o problema do interesse processual da demanda de nulidade parcial sem redução de texto em sede de ação declaratória de constitucionalidade: as finalidades dessa ação e daquela técnica são flagrantemente opostas.

Por tudo isso, parece-nos ser possível concluir que as decisões cautelares em ações declaratórias podem antecipar a declaração de inconstitucionalidade ou assegurar a eficácia do provimento final das decisões de declaração de constitucionalidade.

Contudo, não é dado, em qualquer caso, aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição nesses provimentos. Fixadas essas conclusões, devemos agora avaliar o cabimento de decisões de efeitos aditivos em sede de tutela cautelar. Veremos que as conclusões não destoam do quanto afirmado com relação à interpretação conforme a Constituição.

3 Cabimento da atribuição de efeitos aditivos em decisão cautelar

As dificuldades que giram em torno do conteúdo das medidas cautelares proferidas no âmbito do processo objetivo de controle de constitucionalidade não se resumem às sentenças interpretativas. Também as chamadas *sentenças de efeitos aditivos* detêm peculiaridades que lhe retiram a possibilidade de manejo em decisões de caráter provisório do Supremo Tribunal Federal. Mas antes de demonstrarmos as razões para tal afirmação, é preciso delimitar o conceito desse tipo decisório que, a despeito de raramente aparecer explícito nas decisões do Supremo Tribunal Federal,[31] é frequentemente proferido.

Varia na doutrina a terminologia para expressar o fenômeno aqui referenciado como *efeito aditivo,*[32] que nada mais representa senão as decisões de inconstitucionalidade que, além de realizarem um juízo negativo de inconstitucionalidade (componente ablativo), agregam à norma remanescente a indicação de um critério jurídico que assegure a sua compatibilização com a Constituição – componente reconstrutivo (MORAIS, 2011, p. 411 a 412). Outros adjetivos, como "manipulativas", "aditivas", "criativas", "integrativas", entre outros, são frequentemente utilizados para expressar tal característica. Nenhum deles, porém, retrata a peculiaridade que se pretende abordar, seja por revelar uma demasiada abrangência ("manipulativas"),[33] ou por traduzir uma inoportuna redução ("aditivas"),[34] ou ainda pelo baixo índice de adesão e, portanto, de maior detalhamento, na doutrina ("criativas" e "integrativas").[35] Diante disso, conclui-se pela maior adequação da expressão *efeitos aditivos*, exatamente por ela traduzir um conceito de abrangência calibrada, ou seja, mais específica que o termo "manipulativas" – o que a diferencia das sentenças interpretativas e moduladoras dos efeitos temporais – mas, por outro lado, generosa a ponto de englobar uma variedade de subespécies decisórias, como a sentença *aditiva* em sentido estrito,[36] a *aditiva* de princípio,[37] a sentença substitutiva,[38] a sentença demolitória[39] e até mesmo as sentenças aditivas sem redução de texto,[40] a qual se reaproxima da sentença *interpretativa*.

Não obstante as variações classificatórias, o fator mais importante para os fins deste artigo, e que serve como denominador comum para uma multiplicidade de decisões, é justamente o fato de, em determinadas circunstâncias, a jurisdição constitucional não se limitar a extirpar do ordenamento os conteúdos normativos incompatíveis com a Constituição. São casos em que órgão judicial vai além da simples declaração de inconstitucionalidade e produz um verdadeiro acréscimo de sentido às normas

impugnadas, de sorte a agregar às suas decisões um elemento reconstrutivo (ou integrativo) incomum – ao menos de um ponto de vista tradicional do controle de constitucionalidade, que originalmente se consagrou como uma atividade que se limitava a reconhecer a nulidade das prescrições incompatíveis com a Constituição, e não a manipular seu alcance normativo para adequá-las aos parâmetros desta.[41] Não é por outra razão que se discute até que ponto esse procedimento não consubstanciaria uma ilegítima atividade de legislar positivamente.[42]

Pois bem, feitas essas breves definições conceituais, é possível investigar com maior rigor a questão proposta no presente artigo, acerca da admissibilidade de medidas cautelares com efeitos aditivos na esfera do processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Vimos que as medidas cautelares proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade caracterizam-se por antecipar os efeitos práticos da decisão definitiva, de modo a lançar sobre a norma questionada um bloqueio da sua eficácia nociva. Ademais, observou-se que essa medida de natureza sumária não tem o condão de adiantar o conteúdo declaratório acerca da validade das normas infraconstitucionais, aspecto que é reservado à decisão definitiva, proferida após uma cognição exauriente da questão constitucional.[43] Esse é um dos motivos pelo qual não seria possível prolatar uma decisão interpretativa em sede cautelar, tal como foi aqui amplamente examinado.

Dividida em duas partes, nem sempre claramente distinguíveis, a sentença de efeitos aditivos representa – tanto na etapa de recorte da norma quanto no momento de sua reformulação integrativa – um complexo ato de vontade com eficácia nitidamente declaratória. No primeiro desses momentos, porque a atividade jurisdicional faz um juízo acerca da validade das normas, que é o próprio objeto do processo objetivo de controle de constitucionalidade e, portanto, seu mérito. Já na segunda fase, porque o órgão jurisdicional ocupa-se de reconstruir a norma que acabara de ser parcialmente anulada, de sorte a transformar o significado originário do ato normativo (MORAIS, 2011, p. 415). Nesse passo, em que se *declara* qual o critério jurídico passível de ser justaposto ao segmento remanescente do regime normativo (MORAIS, 2011, p. 417), mais claro e inequívoco passa a ser o caráter de cognição aprofundada no que tange ao ordenamento jurídico e à validade de suas normas infraconstitucionais. Nesse sentido, ao indicar a solução conforme a Constituição que se extrai do ordenamento vigente (MEDEIROS, 1999, p. 478), a atividade jurisdicional revela uma atuação que ultrapassa a mera antecipação da eficácia bloqueadora do juízo de invalidade da norma impugnada, não se limitando, portanto, a obstar os efeitos nocivos (*periculum in mora*) da norma que aparenta (*fumus boni juris*) conter uma inconstitucionalidade.

Ora, somente após uma cognição plena e exauriente sobre o mérito da ação é que se torna possível a emissão de um juízo de *certeza*, e não de probabilidade ou verossimilhança (BEDAQUE, 2009, p. 122). Apenas depois de se analisar as razões de fundo da demanda é que se pode proferir um juízo *declaratório* acerca da validade das normas

alegadamente incompatíveis (ações diretas de inconstitucionalidade) com a Constituição. Isso porque, ao se pronunciar sobre tais questões (eventualmente acolhendo as razões do autor), o julgador confere ao titular da ação uma tutela verdadeiramente satisfativa, e não acautelatória, visto que resolve a crise de direito material em exame (BEDAQUE, 2009, p. 113).

Por aí se vê que, se uma manifestação categórica sobre a inconstitucionalidade de uma norma é inadequada em sede de medidas cautelares, em que a jurisdição afirma aquilo que *não pode ser* legislado, com maior razão deve-se reputar inadequado o pronunciamento judicial que, em âmbito cautelar, manipula o sentido da norma impugnada, de sorte a afirmar aquilo *que deveria ter sido* legislado. Isso não apenas porque se trata de uma manifestação conflitante com a natureza dos provimentos urgentes de cognição sumária, conforme anteriormente ressaltado, mas também porque, ao pretender realizar uma atividade integrativa de preenchimento das lacunas normativas decorrentes da nulidade reconhecida, a jurisdição constitucional é excessivamente criativa, a ponto de os limites entre sua competência e as competências do Poder Legislativo e dos demais órgãos dos Poder Judiciário tornarem-se uma tormentosa questão constitucional.[44] Tal atitude configura, portanto, uma situação extrema para o sistema brasileiro de jurisdição constitucional, de sorte a aconselhar maior meditação por parte do Supremo Tribunal Federal.

4 Estudo de caso: ADI 3.854 (MC)

No último tópico deste artigo, procuramos aplicar as ideias até aqui expostas a um caso recentemente revelado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nossa intenção é evidenciar a atualidade e a importância prática da análise das questões abordadas ao longo deste artigo.

Com as Emendas Constitucionais n. 41/2003 e 47/2005, foram acrescentados novos patamares (teto e subtetos) aos subsídios dos agentes públicos de todos os entes federativos brasileiros, bem como de todos os poderes da República. Quanto ao Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal, ficou determinado que os subsídios não poderiam "exceder o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal" (art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988).

A partir dessas reformas do texto constitucional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou duas resoluções que estabeleceram tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura estadual e os da federal, submetendo apenas os primeiros ao teto do subsídio mensal dos desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, o que ensejou a propositura pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.854, com pedido de medida

cautelar, cujo objetivo foi impugnar as normas que estabeleciam a discriminação remuneratória entre os magistrados estaduais e os federais. O fundamento do pedido era a violação da isonomia.

No julgamento dessa medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, nos termos do voto do relator, concedeu medida liminar com *interpretação conforme a Constituição* do art. 37, XI, da Constituição Federal, para excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração. Consequentemente, determinou-se a igualdade remuneratória entre os magistrados estaduais e federais de modo a restringir a aplicabilidade do teto em questão apenas aos demais servidores judiciários estaduais.

É patente a constatação de que o Supremo Tribunal Federal não se limitou a analisar a necessidade ou não do provimento de uma medida cautelar para suspender a eficácia das Emendas Constitucionais n. 41/2003 e 47/2005, bem como das resoluções do Conselho Nacional de Justiça, que efetuaram a discriminação que o tribunal reconheceu como "aparentemente" inconstitucional. Na realidade, uma leitura atenta do acórdão permite verificar que pouco se discutiu acerca da plausibilidade do pedido (*fumus boni juris*) e do perigo na demora da providência jurisdicional (*periculum in mora*). Diferentemente, o tribunal empreendeu uma análise aprofundada sobre o pedido final do demandante, argumentando sobre a compatibilidade do subteto com os ditames constitucionais da isonomia e da unidade nacional do Poder Judiciário. Tal atuação, por si só, justifica algumas das críticas feitas no decorrer deste trabalho, mas não é apenas isso.

Além de avançar sobre o mérito do processo e examinar a validade das emendas constitucionais (em vez de avaliar seus possíveis efeitos nocivos e a plausibilidade do pedido), o Tribunal proferiu uma sentença nitidamente interpretativa e de efeitos aditivos, o que Carlos Blanco de Morais chama de "sentença aditiva sem redução de texto".[45] Isso fica evidente quando se verifica que o colegiado se manifestou no sentido de que não era o caso de se declarar a nulidade do texto normativo questionado, mas sim de afastar interpretações que consagrassem uma diferenciação entre magistrados federais e estaduais no que tange ao teto de seus subsídios. Tratava-se, portanto, de uma situação que, no entendimento do tribunal, requeria uma *interpretação conforme a Constituição* que destacasse o caráter unitário do Poder Judiciário brasileiro, tornando o ato normativo adequado a dito preceito. Por conseguinte, percebe-se que o tribunal não só definiu que a diferenciação entre os magistrados consubstancia uma aplicação inconstitucional das emendas, como também indicou critérios jurídicos aptos a transformar o sentido originário dos dispositivos, adequando-os à Constituição. Aqui, ficou manifesto o *efeito aditivo* da sentença prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

Pensamos que o Supremo Tribunal Federal, na medida cautelar em apreço, incorreu em diversos equívocos procedimentais, que geram graves incertezas acerca dos

fundamentos e dos efeitos práticos de tal julgamento. Primeiramente, porque baralhou as tutelas de urgência e definitiva, de modo a apreciar o mérito da questão em uma decisão que, ao menos em princípio, foi instruída e estava designada apenas para uma análise liminar de cognição sabidamente superficial. Em segundo lugar, porque a técnica da interpretação conforme a Constituição utilizada pelo Supremo Tribunal Federal deve ser reservada para situações em que se constata um estado de incerteza hermenêutica (o que não é o caso pois a submissão da magistratura ao subteto estadual era um dado certo e que não gerou dúvidas a seus intérpretes, apesar de ter sido reputado inconstitucional), bem como deve ser considerada uma técnica subsidiária em face de outros provimentos possíveis, como a declaração de inconstitucionalidade, seja ela com ou sem redução de texto.

Por fim, ressaltamos que essa decisão contém efeitos aditivos e, por isso, vai muito além de um simples juízo de invalidade, ou mesmo de suspensão da eficácia, dos dispositivos impugnados. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal não só caçou, como reconstruiu a norma analisada. Isso fica claro quando se verifica que o tribunal não se conteve em enunciar a inconstitucionalidade da submissão do subsídio dos magistrados estaduais ao subteto dos Estados e Distrito Federal, mas também colmatou a lacuna decorrente de tal juízo de invalidade parcial, equiparando os tetos da magistratura estadual e federal. Soma-se a isso o fato de que tal caso tratava da constitucionalidade de normas de índole constitucional, promulgados pelo poder constituinte derivado reformador. A despeito de isso não impedir o controle da constitucionalidade de tais normas, deve-se ressaltar que a autocontenção (*self restraint*) de tal pronunciamento jurisdicional há que ser elevado, sob pena de desconsiderar as escolhas do Poder constituinte (MENDES, 2008; VITA, 2007). Mas esse é só mais um dos problemas, dentre os muitos dessa decisão.

Considerações finais

Percorridos os pontos anteriores, procuramos sintetizar as principais ideias e conclusões aqui desenvolvidas. Nossas primeiras considerações buscaram explicitar o regime jurídico a que estão submetidas as tutelas urgentes do modo de controle de constitucionalidade principal brasileiro. Vimos então que as medidas cautelares do processo objetivo apresentam características semelhantes àquelas típicas do processo civil, ou seja, visam resguardar a efetividade do resultado do processo e têm, como objeto próprio, a análise da relevância dos fundamentos do pedido inicial (*fumus boni juris*) e da necessidade de antecipação dos efeitos da tutela em face da possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*). Fora elas, o Supremo Tribunal Federal também utiliza o chamado critério da "conveniência", que, ao nosso sentir, nada mais é do que uma manifestação da análise da reversibilidade recíproca das medidas cautelares.

O ponto central de nossa argumentação diz respeito à natureza do pronunciamento cautelar. Sustentamos que o juízo de desvalor proferido no âmbito das medidas cautelares refere-se apenas à *eficácia* da norma impugnada, mais precisamente sobre os seus efeitos práticos e sociais, e não sobre a sua validade, ou inconstitucionalidade. Isso porque tais medidas jurisdicionais não têm o condão de antecipar o conteúdo declaratório típico das decisões definitivas proferidas no processo principal de controle de constitucionalidade.

Observamos então que a natureza do provimento liminar, seja ele cautelar ou antecipatório, choca-se com os pressupostos práticos e teóricos do cabimento da interpretação conforme a Constituição. É possível chegar a essa conclusão com base em duas hipóteses. Para a primeira delas, a interpretação conforme a Constituição consistiria numa técnica de controle de aplicação duplamente subsidiária, pois subordinada à impossibilidade de decisões de inconstitucionalidade pura e de nulidade parcial sem redução de texto. Esse fato impediria que decisões de interpretação conforme a Constituição sejam realizadas em sede cautelar, pois a plausibilidade desse provimento conflita com a incerteza interpretativa típica daquela técnica. Em uma segunda hipótese, a interpretação conforme a Constituição consistiria no juízo de improcedência da demanda de inconstitucionalidade de um sentido normativo. Isso faz com que não seja admissível quer o pedido de interpretação conforme a Constituição, quer o de medida cautelar nesse sentido, em sede de medida cautelar pleiteada em ações diretas de inconstitucionalidade. Vimos também que essa conclusão não pode ser estendida à nulidade parcial sem redução de texto. Finalmente, observamos que o cabimento de demandas de interpretação conforme a Constituição e nulidade parcial sem redução de texto é vedado em ações declaratórias de constitucionalidade.

Em seguida, verificamos que as sentenças de efeitos aditivos também são incompatíveis com o regime das medidas cautelares do processo principal de controle de constitucionalidade. Isso por duas razões. A primeira delas diz respeito à impossibilidade de antecipação do conteúdo declaratório típico da primeira etapa das sentenças de efeitos aditivos, que se caracteriza por anular parcialmente um texto normativo ou um segmento ideal da norma questionada. Em segundo lugar, porque a indicação de um critério jurídico para a reconstrução da norma e sua consequente adaptação ao parâmetro constitucional, ato característico da segunda etapa da decisão de efeitos aditivos, configura atividade não apenas de cognição aprofundada, como também demasiadamente criativa. Dentre outros, estes fundamentos demonstram a incoerência de julgamentos que, ao apreciarem medidas cautelares, implicam o acréscimo e a transformação do sentido da norma debatida.

NOTAS

1 Com fundamento em amplo estudo do direito comparado, José Roberto dos Santos Bedaque observou, nesse sentido, que uma vez admitida a existência da "modalidade de providência destinada a satisfazer antecipadamente, não para solucionar o litígio, mas para assegurar que essa solução possa ocorrer de forma útil e eficaz, não se lhe pode negar o caráter acautelatório, ainda que provisoriamente satisfativo". Isso porque, continua o citado autor, a "característica essencial dessa espécie de tutela jurisdicional está na sua inaptidão para representar solução definitiva para o litígio. Com ela, satisfaz-se faticamente, mas apenas para garantir a efetividade da satisfação jurídica. São cautelares, portanto, não apenas as conservativas, mas também aquelas destinadas a regulamentar provisoriamente o conflito, antecipando eventuais efeitos concretos da tutela final" (BEDAQUE, 2009, p. 312). Na doutrina nacional e de forma semelhante, vale conferir: LEONEL, 2010, p. 24 e ss.; CARNEIRO, 2010, p. 51. A disciplina das medidas urgentes no direito comparado segue diretriz semelhante, o que constatamos quando observamos a amplitude das tutelas cautelares amparadas pelos art. 700 do CPC italiano e pelo § 940 da ZPO alemã. Cf. a esse respeito: TARZIA, 2000, p. 212; TOMMASSEO, 1983, p. 140.

2 Apesar de não aceita, tal possibilidade foi debatida pelo Supremo no julgamento da ADI 4.628, relatada pelo Ministro Marco Aurélio e julgada em 8 de fevereiro de 2012. Posteriormente, todavia, o Plenário dessa Corte aceitou-a, ao menos implicitamente, ao converter o julgamento da cautelar requerida na ADI 4.163 em julgamento definitivo de mérito (Rel. Min. Cesar Peluso, j. 29.02.2012).

3 Contudo, o Supremo tem abrandado o rigor dessa vedação ao admitir a intervenção de *amicus curiae* nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Assim, decidiu-se que, não obstante as considerações doutrinárias acerca do caráter objetivo do modo de controle principal "cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade (decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADI 2.130/SC, *DJU* de 02.02.2002).

4 Art. 26 da Lei n. 9.868/99.

5 Na avaliação de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, dita autonomia do processo de controle de constitucionalidade "não existe em termos sociológicos ou políticos. Tampouco existe do ponto de vista jurídico, pois o Tribunal Constitucional não é 'Senhor do processo' (*Herr seines Verfahrens*), como incorretamente afirmavam, no início de suas atividades, o Tribunal Constitucional Federal alemão" (LUNARDI; DIMOULIS, 2013, p. 245).

6 Por isso, acentua Cândido Rangel Dinamarco que "o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder" (DINAMARCO, 2005, p. 154).

7 A conclusão não destoa do quanto afirmado por Carlos Roberto de Alckmin Dutra, em obra que trata especificamente da análise dos princípios processuais aplicável ao processo de controle de constitucionalidade. Na síntese clara e coerente apresentada por esse autor: "Pode-se concluir que o processo de controle principal de constitucionalidade possui natureza especialíssima. Isso não impede, todavia, que sejam aplicadas, subsidiariamente, as regras do processo comum, quando não houver norma a regular a matéria; e quando as normas do processo com se adaptarem às especificidades do processo objetivo" (DUTRA, 2012, p. 103). De forma semelhante, Cassio Scarpinella Bueno aponta que é "preferível entender que os conceitos e os institutos do direito processual civil merecem ser devidamente *contextualizados* para guiarem adequadamente as discussões relativas às ações diretas de inconstitucionalidade", concluindo que "negar que existam *partes, interesses, coisa julgada* e tantas outras realidades inerentes a qualquer tema afeito ao direito processual civil é, com o devido respeito, pretender criar uma aura que em nada contribui para a correta compreensão e consequente *funcionamento* da ação direta de inconstitucionalidade" (BUENO, 2010, v. 2, t. III, p. 278). No direito constitucional alemão admite-se, a despeito das críticas doutrinárias, a possibilidade do Tribunal constitucional criar meios necessários à execução de seus julgados (BVerfGE 6, 300 (303 ff.). Contudo, tal possibilidade é expressamente restrita à regulamentação dos meios de execução das decisões proferidas nos processos da jurisdição constitucional alemã.

8 O Ministro Castro Nunes assentou no julgamento da Representação n. 94 que o pedido liminar de declaração de inconstitucionalidade no modo abstrato de controle é inadmissível, pois a "atribuição ora conferida ao Supremo Tribunal é *sui generis*, não tem por objeto ato governamental ou administrativo, senão ato constituinte ou

legislativo; não está regulada em lei, que, aliás, não poderia dispor para estabelecer uma tramitação que entorpecesse a solução, de seu natural expedita, da crise institucional prefigurada" (Rp. 94, Rel. Min. Castro Nunes, *DJ* 11.07.1949). Posteriormente, no julgamento da medida cautelar na Representação n. 933/RJ (Rel. Min. Thompson Flores, Pleno, *RTJ* 076/342), o Supremo seguiu orientação oposta. Nessa ocasião, foram vencidos os Ministros Eloy Rocha, Xavier de Albuquerque e Bilac Pinto.

9 O art. 160, § 1º, do Regimento Interno do STF, que no regime constitucional de 1969 tinha força de lei, já continha previsão autorizando a concessão de tais medidas urgentes.

10 Valendo-se do Ato Institucional de n. 5, o então Presidente da República, Ernesto Geisel, decretou o recesso do Congresso Nacional e aprovou duas reformas constitucionais. O episódio ficou conhecido como o "pacote de abril" de 1977. A Emenda Constitucional n. 8 distorceu a representação proporcional da Câmara dos Deputados e instituiu a eleição indireta para um terço dos senadores. A Emenda de n. 7 configurou uma minirreforma do Poder Judiciário que, dentre outras modificações, acrescentou ao elenco das competências originárias do Supremo Tribunal o julgamento do "pedido de medida cautelar nas representação oferecidas pelo Procurador-Geral da República" (art. 119, I, *p*, da CF/1969). A esse respeito, na doutrina, conferir: RAMOS, 2010-b, p. 222; BARROSO, 2006, p. 64.

11 ADC-MC 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, *RTJ* 76/342.

12 Discutiu-se em doutrina se a omissão constitucional no que diz respeito à medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade impossibilitaria tal medida. A doutrina e a jurisprudência do Supremo pacificaram o entendimento segundo o qual a "deficiência da emenda constitucional é suprida pela aplicação de um regime tanto quanto possível idêntico à ação direta de inconstitucionalidade para a ação declaratória de constitucionalidade", ademais "a possibilidade de liminares em ações de controle de constitucionalidade foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 7/77, sendo certo que mesmo antes dessa previsão jurídica expressa o Supremo já as concedia, entendendo-as como instrumento indispensável da própria função jurisdicional" (TAVARES, 2011, p. 355). De forma semelhante, ver: VELOSO, 1999, p. 323.

13 Há discussão doutrinária com reflexos jurisprudenciais a respeito da natureza dos requisitos do processo cautelar. Adotamos aqui o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, encampado por Márcio Louzada Carpena, para quem tais requisitos representam o mérito do processo. Cf. nesse sentido: BEDAQUE, 2009, p. 171; CARPENA, 2004, p. 145.

14 ADI-MC 568/AM, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RDA 200/132.

15 Os mesmos requisitos são exigidos para a concessão de ordens provisórias (*einstweilige anordnung*) pelo Tribunal Constitucional alemão. Todavia, o que a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileira impropriamente denominam "critério de conveniência", lá se chama decisão de "dupla hipótese" (*Doppelhypothese*). Tal denominação indica com maior precisão a forma do raciocínio realizado pelo julgador, que deve confrontar o ônus e o benefício que sua decisão antecipatória acarretará, e ao mesmo tempo afasta a impressão de que dito julgamento estaria condicionado a uma avaliação puramente discricionária, o que efetivamente não ocorre. A esse respeito, confiram-se: SCHLAICH; KORIOTH, 2010, p. 284; BÉGUIN, 1982, p. 158 e 159; LÖWER, 2005, p. 1.509.

16 Com acerto, portanto, afirmou Flávio Luiz Yarshell que em "casos de conflito de valores, portanto, será preciso confrontar os benefícios e malefícios da cessão e da denegação, recorrendo ao denominado princípio da proporcionalidade; o que, se não resolve inteira e satisfatoriamente essa complexa questão, representa, pelo menos, a busca de um critério atendo à preservação da efetividade dos provimentos jurisdicionais" (YARSHELL, 1998, p. 178).

17 Tal conclusão foi defendida, dentre outros, por Cândido Rangel Dinamarco, para quem a liminar em ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade seria um exemplo de "falsa cautelar" (cf. DINAMARCO, 2009, p. 62). De forma semelhante, na doutrina nacional, ver: ZAVASKI, 2001, p. 62; PALU, 2001, p. 240. Na jurisprudência, confiram-se, no mesmo sentido: ADI-MC 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 137/100; Rp. 1.391/CE, Rel. Min. Célio Borja, *RTJ* 124/81. De forma semelhante, para Luís Roberto Barroso, a cautelar em ADC não afirma liminarmente "e com efeito vinculante, a constitucionalidade da norma impugnada" (BARROSO, 2006, p. 167), o que, inequivocamente, se confunde com o objeto da tutela pretendida nessa sede.

18 Rp. 1.391/CE, Rel. Min. Célio Borja, rel. para o acórdão Min. Moreira Alves, *RTJ* 124/81.

19 Essa ressalva é importante, pois não basta, como pretendeu Lúcio Bittencourt, a manifestação da maioria dos membros da Corte (cf. BITTENCOURT, 1968, p. 45). Essa decisão deve ser proferida pelos órgãos especiais ou plenários, em cumprimento à regra de competência fixada pelo art. 481 do CPC.

20 Por isso e com as vênias de estilo, discordamos do entendimento, defendido por Carlos Roberto de Alckmin Dutra (2012, p. 177), segundo o qual as disposições regimentais de Tribunais de Justiça que confiram aos presidentes e relatores a competência para o julgamento das medidas cautelares são inconstitucionais.

21 A tendência, perigosa sob o prisma da segurança jurídica e do devido processo legal, preceitos e valores esses que induvidosamente também devem reger o processo constitucional de aferição da constitucionalidade, foi diagnosticada por: MENDES; VALE, 2011/2012, p. 14.

22 Cf., dentre outros julgamentos: ADI 1.935/RO, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 11.07.1999.

23 Cf. RE 168.277-QO, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 04.02.1998; RE 219.146, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 16.04.1998.

24 A tese é conhecida. Dentre os inúmeros autores que a adotam, citamos: MENDES; MARTINS, 2007, p. 400. Para uma visão crítica a esse respeito, conferir: MESQUITA, 2005, p. 258 e ss; MARTINS, 2010, p. 135.

25 Dita peculiaridade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi notada e criticada por Jorge Miranda, nos seguintes termos: "Voltado para a certeza do Direito e a económica processual, o instituto brasileiro apresenta-se bastante vulnerável: desde logo, porque, para tanto, bastaria atribuir força obrigatórias geral à não declaração de inconstitucionalidade; depois, porque diminui o campo de fiscalização difusa; e, sobretudo, porque o seu sentido útil acaba por se traduzir num acréscimo de legitimidade, numa espécie de sanção judiciária a medidas legislativas provenientes dos órgãos (salvo o Procurador-Geral da República) a quem se reserva a iniciativa. Não admira que seja controvertido" (MIRANDA, 2008, p. 81).

26 ADC-MC 4/DF, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 21.05.1999.

27 Nesse sentido, vale conferir a seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ADI 4.178/GO, Rel. Min. Cesar Peluso, Pleno, *DJe*-050, 19.03.2010; ADI 4.167/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, *DJe*-079, 30.04.2009; ADC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, *DJe*-237, 18.12.2009.

28 Cf., nesse sentido, o voto do Ministro Eros Grau na ADI 3.026/DF, *RTJ* 201/100. Contudo, sem debater essa contradição processual, o STF tem admitido a postulação da interpretação conforme a Constituição em ações diretas de inconstitucionalidade. Decisão paradigmática a esse respeito foi proferida na ADI 4.277/DF, relator Ministro Ayres Britto, *RTJ* 219/212.

29 Tal conclusão já foi aceita em sede jurisprudencial em voto proferido pelo Ministro Moreira Alves na Questão de ordem debatida na Rp 1.391, rel. para o acórdão Ministro Moreira Alves, *RTJ* 124/80.

30 ADI 3.694/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 06.11.2006.

31 São exemplos de decisões em que os *efeitos aditivos* são identificados, ainda que com outras expressões: ADI 3.105; ADI 1.351.

32 O termo é adotado por autores como Carlos Blanco de Morais (MORAIS, 2011, p. 411 e ss.) e Markus Gonzalez Beilfuss (BEILFUSS, 2000, p. 118 e ss.) e representa, ao mesmo tempo, algo maior que as sentenças aditivas em sentido estrito (modificativas), as sentenças substitutivas e outras, e também algo mais específico que as sentenças manipulativas (intermédias), que se referem a todos os tipos de sentença que vão além da mera declaração de invalidade de um texto normativo com efeito *ex tunc*. No caso, elas são identificadas por *manipularem* o sentido ou o efeito temporal das decisões e se localizarem.

33 Também chamadas intermédias, as sentenças manipulativas podem ser definidas como "as decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento" (MORAIS, 2011, p. 261). Trata-se, portanto, de um termo de amplo significado que inclui não só as sentenças de efeitos aditivos, mas também

as sentenças interpretativas e as sentenças de modulação temporal dos efeitos da decisão (cf. MORAIS, 2011, p. 271; MEDEIROS, 1999, p. 457).

34 Conforme se verá, as sentenças "aditivas" representam apenas uma subespécie das sentenças de efeitos aditivos.

35 Tais expressões são citadas por Rui Medeiros com base da doutrina italiana (MEDEIROS, 1999, p. 457).

36 Em regra, quando se utiliza a expressão "sentença aditiva", é dessa espécie que se trata. Diz respeito à decisão que visa suprir omissões relativas, pois tem como sua componente reconstrutiva a declaração de que a determinada norma é inconstitucional por deixar de estabelecer determinada medida que, segundo a Constituição, deveria prever. É dela que nos fala Rui Medeiros quando se refere às sentenças modificativas, por exemplo (1999, p. 456 e ss.). Na doutrina pátria, utilizam a expressão Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 87 e ss.) e Elival da Silva Ramos (2010-a, p. 217).

37 São as decisões que, segundo Roger Stiefelmann Leal, declaram "a inconstitucionalidade de um ato normativo até que o legislador ultime novo diploma leal que estabeleça medida exigida constitucionalmente, segundo os princípios enunciados pela Corte" (LEAL, 2006, p. 89). Consoante Carlos Blanco de Morais, trata-se de um tipo de decisão: "i) que pressupõe a eliminação, em regra parcial, de uma norma inconstitucional; ii) que enuncia os limites da operação reparadora de uma omissão relativa ou de uma lacuna técnica; iii) mas que se abstém de proceder diretamente a essa reparação" (MORAIS, 2011, p. 442).

38 Por sentença substitutiva entende-se o tipo de sentença que declara a inconstitucionalidade "de uma norma enquanto, na parte ou nos limites em que contém um prescrição em vez de outra" (MEDEIROS, 1999, p. 456). Em outras palavras, é o tipo de sentença que "declara, por um lado, a inconstitucionalidade da norma na parte desta em que o Tribunal considera ser ilegítima e, por outro lado, acrescenta, em sua substituição, um critério de decisão diverso que deve ser conjugado com o segmento da norma não julgado inconstitucional" (MORAIS, 2011, p. 447).

39 Nas palavras de Carlos Blanco de MORAIS, as sentenças demolitórias definem-se como "sentenças redutivas com efeitos aditivos, dado que, ao eliminarem uma norma presente numa dada disposição, ampliam o âmbito aplicativo de outra norma (que pode ou não encontrar-se presente na referida disposição), cujo conteúdo se encontrava restringido pela primeira" (MORAIS, 2011, p. 423).

40 Mais uma vez, ressalta-se o conceito oferecido pelo supracitado Carlos Blanco de Morais: "as sentenças aditivas sem redução de texto supõem a eliminação do sentido normativo ideal emergente de uma disposição e a concomitante identificação, por parte da sentença de acolhimento, de uma norma ou segmento normativo que se encontrava em falta, dada a sua indispensabilidade para tornar o referido preceito conforme a Constituição" (MORAIS, 2011, p. 430).

41 Augusto Martín de la Vega descreve esta evolução da jurisdição constitucional como resultado da diferenciação entre enunciado prescritivo (texto legal) e normas, a qual permitiu a manipulação de conteúdos normativos a ponto de não mais se limitar a uma *redução* normativa. Em suas palavras: "En buena lógica, estos pronunciamientos deberían conducir a una 'reducción' del contenido normativo de la disposición. Ahora bien, una vez admitida desde muy pronto la capacidad de la Corte para realizar 'manipulaciones' del contenido normativo recabable de la disposición, era evidente que se abría el camino para que ésta emitiera pronunciamientos del mismo tipo, pero cuyos efectos normativos no fueran de reducción sino de ampliación o modificación de dicho contenido" (LA VEGA, 2003, p. 221).

42 Essa hipótese enseja um acalentado debate. Sobre o assunto, Rui Medeiros, por exemplo, afirma: "quanto às relações entre o poder jurisdicional e o poder legislativo, as decisões modificativas trazem para a ribalta o problema da admissibilidade de uma função jurisdicional paralegislativa e substitutiva daquela que cabe constitucionalmente ao legislador" (MEDEIROS, 1999, p. 477).

43 Sobre o assunto, afirma Roger Stiefelmann Leal: "As medidas cautelares adotadas em sede de controle abstrato de normas, porém, não têm por finalidade declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Esta é função precípua das decisões de mérito" (LEAL, 2006, p. 162).

44 Esse é um ponto delicado e polêmico, sobre o qual não faltam análises doutrinárias. Exemplo disso são as investigações feitas por: ZAGREBELSKY, 1988, p. 299 e ss.; LA VEGA, 2003, p. 271 e ss.; MEDEIROS, 1999, p. 485 e ss.

45 Percebe-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal realizou todos os requisitos deste tipo decisório, pois eliminou um sentido normativo ideal e identificou uma norma ou segmento normativo que se encontrava em falta (isonomia e caráter unitário do poder judiciário) para, ao final, dar nova regulação ao caso, agora de acordo com a Constituição (MORAIS, 2011, p. 430).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo, Saraiva: 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada:* tutelas sumárias e de urgência. 5. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009.

BÉGUIN Jean-Claude. *Le controle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d Allemagne*. Paris: Economica, 1982.

BEILFUSS, Markus Gonzáles. *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil:* direito processual público e direito processual coletivo. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, t. III.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil:* tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 7. ed., Rio de Janeiro, 2010.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade.* 2. ed.. São Paulo: RT, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 12. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Nova era do processo civil.* 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUTRA, Carlos Roberto Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUSY, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Duncker und Humblot, 1985.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEMBKE, Ulrike. *Einheit aus Erkenntnis?* Berlin: Duncker und Humblot, 2009.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LÖWER, Wolfgang. *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts.* In: Isensee Josef, Kirchhof, Paul (Hrsg.), "Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland". Band III. Heidelberg: Muller Verlag, 2005.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Direito processual constitucional:* problematização de sua autonomia, sua natureza e suas consequências. Tese, PUCSP, 2006.

MARTINS, Leonardo. "A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil". In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de Direito Constitucional:* controle de constitucionalidade. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2010.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade.* Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. "Desempenho deliberativo das cortes constitucionais e o STF". In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação:* racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Controle concentrado de constitucionalidade:* comentários à Lei n. 9.868 de 10.11.1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; VALE, André Rufino do. "Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade". In: *Observatório da jurisdição constitucional.* Brasília: IDP, 2011/2012.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. "O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de

constitucionalidade". *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional:* inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, t. II.
MÜLLER, Friedrich. *Discours de la métode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade, conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial:* parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010-a.
_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil:* perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010-b.
_____. *A inconstitucionalidade das leis:* vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.
SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht:* Stellung, Verfahren, Entscheidung. München: C. H. Beck Verlag, 2010.
SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I.
STERN, Klaus. *Verfassunsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber*. Westdeutscher Verlag, 1997.
TARZIA, Giusepe. "Medidas cautelares atípicas: uma análise comparativa". *Revista de Processo*, n. 99, jul.-set. 2000.
TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
TOMMASSEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza:* struttura e limiti dela tutela anticipatoria, Padova: Cedam, 1983.
VEGA, Augusto Martín de la. *La sentencia constitucional em Italia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.
VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
YARSHELL, Flávio Luiz. "Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.
ZAVASKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Lucas De Laurentiis

São Paulo – SP – Brasil
lucas.laurentiis@gmail.com

Mestre e doutor em direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado.

Henrique Galkowicz

São Paulo – SP – Brasil
henrique.campos11@gmail.com

Bacharel e mestre em direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado.

RECEBIDO EM 29.10.2013 | APROVADO EM 19.09.2014

NOVA LEI DOS PORTOS: DESAFIOS JURÍDICOS E PERSPECTIVAS DE INVESTIMENTOS *

Ana Claudia Farranha, Conrado da Silveira Frezza e Fabiana de Oliveira Barbosa

NEW LAW OF PORTS: LEGAL CHALLENGES AND INVESTMENT PROSPECTS

RESUMO

A situação dos portos brasileiros tem sido identificada como um dos principais entraves para o desenvolvimento econômico do Brasil. Atribui-se esse problema, preponderantemente, aos altos custos e à pouca eficiência nas operações portuárias. Recentemente, com a edição da nova Lei dos Portos, foi estabelecido um novo marco regulatório para o setor portuário brasileiro, buscando dar maior agilidade às transações e modernizar o setor. Os arrendamentos portuários passaram a ser regulados de forma semelhante a uma concessão de serviço público, enfatizando-se parâmetros de desempenho e a regulação tarifária. A nova legislação traz importantes inovações, como o critério de julgamento nas licitações de arrendamentos, a não obrigatoriedade de pagamento de valor de outorga para a assunção das áreas e a maior facilidade para o estabelecimento de portos privados. O objetivo deste artigo é investigar os principais desafios jurídicos trazidos por essas inovações e como elas se adequam à estrutura requerida para um melhor funcionamento dos portos e para as perspectivas de investimentos no setor. Inicialmente, será abordado o processo de conversão da MP n. 595/2012 na Lei n. 12.815/2013, enfatizando os principais pontos de debate e interesses em jogo que motivaram as alterações ao projeto de lei na fase do veto presidencial. Em seguida, será investigada a natureza

ABSTRACT

The situation of the Brazilian ports has been identified as a major constraint to economic development in Brazil. This problem is attributed mainly to the high costs and low efficiency in port operations. Recently, with the enactment of the new Law of Ports, it was established a new regulatory framework for the Brazilian port sector, aiming to provide greater flexibility to the transactions and modernize the sector. Port leases will be regulated similarly to a public service concession, emphasizing performance parameters and tariff regulation. The new legislation brings important innovations, such as the criterion of judgment in bidding for leases, the not mandatory payment of grant value for the assumption of the areas and the facilitation for establishing private ports. The aim of this paper is to investigate the main legal challenges brought by these innovations and how they conform to the required structure for a better functioning of ports and the prospects of investment in the sector. Initially, we will address the process of conversion from MP No. 595/2012 to Law No. 12.815/2013, emphasizing the main points of debate and the interests at stake that motivated changes to the bill during the veto. Then we will investigate the legal status of port leases,

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201505

JURÍDICA DOS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS, ANALISANDO EM QUE MEDIDA ELES SE APROXIMAM DO MODELO DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS. NO ITEM SEGUINTE, SERÃO APONTADAS AS MODIFICAÇÕES NA COMPETÊNCIA DO PODER CONCEDENTE E DOS DEMAIS ENTES ENVOLVIDOS NA REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO. SERÃO ANALISADAS, AINDA, AS MUDANÇAS NO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DAS LICITAÇÕES DOS ARRENDAMENTOS E SEUS PRINCIPAIS IMPACTOS. POR FIM, SERÃO FEITAS ALGUMAS OBSERVAÇÕES A RESPEITO DA SITUAÇÃO DOS TERMINAIS DE USO PRIVATIVO. CONCLUIU-SE QUE A NOVA LEI DOS PORTOS, ALÉM DE CONFERIR AOS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS O MESMO TIPO DE REGULAÇÃO TÍPICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, TAMBÉM PRIORIZA A AGILIDADE E O BAIXO CUSTO DAS OPERAÇÕES, TRAZENDO PERSPECTIVAS DE CRESCIMENTO PARA O SETOR, EMBORA SEU IMPACTO EXATO SEJA INCERTO. O CAMPO DE ESTUDO É O DIREITO REGULATÓRIO E O MÉTODO UTILIZADO FOI O INDUTIVO.

PALAVRAS-CHAVE
SETOR PORTUÁRIO; NOVA LEI DOS PORTOS; REGULAÇÃO; CONCESSÃO PÚBLICA; ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS.

ANALYZING THE EXTENT TO WHICH THEY APPROACH THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS MODEL. IN THE NEXT ITEM, WE WILL PRESENT THE CHANGES IN THE COMPETENCE OF THE GRANTING AUTHORITY AND OTHER ENTITIES INVOLVED IN THE REGULATION OF THE PORT SECTOR. WILL BE FURTHER ANALYZE THE CHANGES IN THE CRITERIA FOR JUDGING THE BIDS IN PORT LEASES AND ITS MAJOR IMPACTS. FINALLY, WE WILL MAKE SOME OBSERVATIONS REGARDING THE STATUS OF PRIVATE TERMINALS. WE CONCLUDE THAT THE NEW LAW OF PORTS ATTRIBUTES TO PORT LEASES THE SAME KIND OF REGULATION TYPICAL OF PUBLIC SERVICE CONCESSIONS, AND EMPHASIZES AGILITY AND THE LOW COST OF OPERATIONS, BRINGING GROWTH PROSPECTS TO THE SECTOR, ALTHOUGH ITS EXACT IMPACT IS UNCERTAIN. THE FIELD OF STUDY OF THIS ARTICLE IS REGULATORY LAW AND ITS METHOD WAS THE INDUCTIVE.

KEYWORDS
PORT SECTOR; NEW LAW ON PORTS; REGULATION; PUBLIC CONCESSION; PORT LEASES.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico dos países tem como um de seus pressupostos a expansão e a prosperidade do comércio internacional. As políticas voltadas ao setor portuário desempenham, nesse sentido, um papel estratégico na conjuntura econômica brasileira. Sabe-se que o setor portuário constitui-se atualmente como um dos principais gargalos do comércio internacional no Brasil, sobretudo em razão dos altos custos e a pouca eficiência nas operações portuárias.

No intuito de corrigir essa situação, o marco regulatório do setor portuário brasileiro passou por diversas modificações nas últimas décadas, com destaque para a edição da Lei n. 8.630/1993 (Lei de Modernização dos Portos) e do Decreto n. 6.620/2008, sobre diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários. Essas normas introduziram significativas mudanças no setor, especialmente no que diz respeito ao uso e à administração dos portos, à movimentação de carga e aos contratos de arrendamento.

A Lei n. 8.630/1993 foi promulgada com o objetivo de tornar os portos mais ágeis e competitivos frente ao mercado internacional, uma vez que os custos operacionais eram muito superiores aos praticados no exterior. Por meio dessa lei, em seu art. 1º, § 2º, praticamente todos os serviços e estruturas até então operados pelo Poder Público (seja na esfera federal, estadual ou municipal) tiveram sua prestação delegada à iniciativa privada, por meio de licitação, ficando este apenas com a administração/gestão e com papel de autoridade portuária, conforme o art. 33 da referida lei.

A Lei de Modernização dos Portos teve, então, quatro pilares básicos: ampliação do direito da iniciativa privada em realizar as operações portuárias (art. 1º); criação do Órgão Gestor da Mão de Obra (OGMO) (art. 18); criação da Administração Portuária (art. 33); e a instituição do Conselho da Autoridade Portuária (CAP) (art. 30), dividida em três grupos: poder público, operadores portuários e trabalhadores portuários.

Dentre as modalidades possíveis de transferências da operação das áreas portuárias públicas para o setor privado, destaca-se a de arrendamentos de áreas e instalações portuárias, onde a exploração das atividades portuárias ocorre após seleção por meio de licitação nas modalidades de concorrência ou leilão, conforme o art. 4º, I, da Lei n. 8.630/1993.

Essas mudanças determinaram uma nova organização administrativa para o setor portuário que, em observância às novas diretrizes ditadas para o setor, no exercício da sua competência institucional, adotou como principais objetivos da sua gestão: (i) conceder a operação portuária e o arrendamento de áreas portuárias, gerando recursos para o governo; (ii) incentivar a concorrência entre os portos e terminais, de modo a reduzir custos e obter maior eficiência; e (iii) acabar com o monopólio dos trabalhadores portuários.

Quanto às competências da administração portuária sob a égide da Lei n. 8.630/1993, destacam-se as atribuições conferidas pelo art. 33, § 1º, para normatizar (incisos I, II, III, IX), fiscalizar (incisos VI, VII), controlar (incisos XI, XII, e art. 39), bem como realizar a exploração comercial do porto (arts. 4º, I; 33, § 1º, IV; e 34). A administração do porto é a pessoa jurídica responsável pela exploração comercial do porto organizado, encarregada de realizar "[...] uma atividade de gestão portuária, que abrange diversos patamares de competência executiva, como a prestação de serviços portuários (art. 9º, § 3º da LP) e outros que devem ser transferidos a terceiros" (BESERRA, 2005, p. 118).

Mais de uma década após a edição da Lei n. 8.630/1993, entrou em vigor o Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008, que dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas.

O objetivo desse decreto era consolidar o marco regulatório vigente na época, estabelecido pela Lei de Modernização dos Portos, e ao mesmo tempo inovar, abrindo possibilidades não contempladas no texto legal que o referido decreto regulamenta.

De modo geral, o Decreto n. 6.620/2008 definiu três possibilidades de participação de entes públicos ou privados no fomento e desenvolvimento dos portos nacionais: (i) concessão de portos organizados por meio de licitação, destacando-se que qualquer interessado na exploração do serviço poderá, mediante concessão, requerer à Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ) a abertura do respectivo processo licitatório (art. 15); (ii) arrendamento de instalações portuárias mediante

licitação, desde que integrantes do Plano Geral de Outorgas e do Programa de Arrendamento do Porto, conforme disposto no art. 25, § 1º, do Decreto n. 6.620/2008, destacando-se que a ampliação de área arrendada somente será permitida em área contígua e quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional e econômica de realização de licitação para novo arrendamento; e (iii) autorização para construção e exploração de instalação portuária de uso privativo. Neste ponto, o decreto ratificou que os terminais privativos deverão operar precipuamente com as cargas próprias de seu proprietário e, residualmente, com as cargas de terceiros (art. 35).

Apesar de as modificações trazidas pelas normas mencionadas terem buscado aprimorar e dinamizar a atividade portuária, verifica-se, ainda, muitos aspectos deficientes no setor. A dificuldade, o custo e o tempo para a realização de operações indicam que, após 16 anos da edição da Lei n. 8.630/1993, continuaram a existir significativos problemas estruturais a serem resolvidos.

A par dessa situação, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou um diagnóstico da situação dos portos no Acórdão n. 1.904/2009, sobre planejamento portuário e sustentabilidade financeira das autoridades portuárias, e no Acórdão n. 2.896/2009, sobre processos de arrendamento e concorrência. Nesses estudos, foram avaliados os entraves à expansão e à modernização da infraestrutura do segmento portuário, sob a perspectiva da atração de investimentos. O Acórdão n. 1.904/2009-Plenário, em seu item 383-A, tratou do planejamento do setor e da sustentabilidade financeira das Companhias Docas, deliberando à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR): desenvolver normativo para regulamentação do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ), de forma a ter maior utilidade e padronização, bem como orientar as autoridades portuárias na promoção de programas de arrendamento e promover o saneamento financeiro, profissionalizar a gestão e aumentar a governança corporativa das administrações portuárias.

Em relação à ANTAQ, o acórdão, em seu item 383-B, definiu que a ela caberia estabelecer regras claras para a revisão e o reajuste das tarifas portuárias com base em estudos fundamentados sobre os custos das administrações portuárias, prevendo mecanismos para compartilhar com os usuários os benefícios gerados com possíveis aumentos de eficiência, prezando pela modicidade tarifária e pelo equilíbrio econômico-financeiro das administrações portuárias. Por fim, no item 383-C, deliberou à SEP/PR e à ANTAQ elaborar, conjuntamente, mecanismos regulatórios que permitissem a implementação de sistemas de preços e tarifas com base em centros de custos e que incentivem a busca da eficiência operacional pelas administrações portuárias.

Em suma, esses estudos do TCU indicaram à época que, muito embora as mudanças introduzidas pela Lei n. 8.630/1993 tenham buscado implementar uma gestão privada às atividades operacionais, ainda havia grandes dificuldades por parte das autoridades portuárias para suprir as necessidades dos operadores e usuários.

Com a edição da Medida Provisória n. 595, de 6 de dezembro de 2012, convertida na Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, foi estabelecido um novo marco regulatório para o setor portuário brasileiro. Um dos seus objetivos principais foi proporcionar mais agilidade e modernizar o setor, reduzindo os custos das transações. Nesse sentido, a nova legislação dos portos traz importantes inovações, que serão abordadas posteriormente com mais detalhes neste artigo.

Para efeito de comparação entre os diplomas legais, destaca-se o Quadro 1 (ao final do artigo), explicitando-se algumas das principais mudanças entre a Lei n. 8.630/1993 e a Lei n. 12.815/2013, e também analisando a MP n. 595/2013 e suas modificações no Projeto de Lei de Conversão n. 9/2013. Como se pode constatar deste quadro, a edição da MP n. 595/2012 e sua posterior conversão na Lei n. 12.815/2013 alteraram significativamente a modelagem das concessões e arrendamentos nos portos organizados brasileiros. Dentre as alterações, destacam-se a caracterização jurídica dos arrendamentos como concessão de uso de bem público (conforme Exposição de Motivos da MP n. 595/2012) e a sua aproximação com o instituto da concessão de serviço público. Assim, além da cobrança de parâmetros de desempenho, foram estabelecidos metas e prazos para o alcance de níveis de serviço. Além disso, o novo modelo estabelece: regulação da tarifa cobrada; alterações de competências do Poder Concedente e demais entes envolvidos; mudança no critério de julgamento das licitações; e, ainda, modificações na caracterização de terminais de uso privativo.

1 Conversão da MP n. 595/2012 na Lei n. 12.815/2013 – Alterações após a fase de veto presidencial

Desde sua entrada em vigor, a MP n. 595/2012 trouxe diversas discussões e debates que envolvem ideias e interesses divergentes de diversos atores do setor portuário. Desde trabalhadores da Guarda Portuária até as próprias autoridades portuárias sentiram suas competências diminuídas em relação à SEP/PR e à ANTAQ. Muitos arrendatários também se sentiram prejudicados pelas determinações da referida MP, uma vez que ela obrigava a licitação de diversas áreas que estavam com contratos vencidos ou vincendos, contrariando os interessados no prolongamento desses arrendamentos.

Após a fase de emendas no Congresso Nacional e do veto presidencial, a MP n. 595/2012 foi convertida na Lei n. 12.815/2013, a nova Lei dos Portos. Os principais vetos da Presidente referiram-se a dispositivos que tratavam da renovação e da prorrogação de concessões de portos, bem como da garantia de concorrência que o novo marco regulatório pretende implementar. A fase de vetos expressa concepções e interesses divergentes dos atores envolvidos no sistema portuário, por isso, é interessante a sua análise.

Segundo a Ministra-Chefe da Casa Civil à época (Sra. Gleisi Hoffman), os vetos foram feitos para assegurar o objetivo principal da lei, que é garantir a abertura e a

competitividade do setor e afastar qualquer insegurança jurídica. Os principais vetos presidenciais são descritos a seguir.

Art. 2º, VIII e alíneas: foi excluída a definição de "terminal indústria", tipo de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e explorada mediante autorização. Este veto visa acabar com a distinção entre carga própria e de terceiros. Na avaliação do governo, a restrição da utilização de um terminal apenas para carga própria reduziria a competitividade e poderia travar o setor.

Art. 5º, § 1º: este dispositivo previa a prorrogação automática dos contratos de concessão e arrendamento. O Congresso havia retirado do texto a expressão segundo a qual a prorrogação seria realizada "a critério do Poder Concedente". Com o veto, as prorrogações deixam de ser automáticas e os contratos de concessão e arrendamento ficam sem prazo definido. Nas razões do veto, a Presidente alega que a modificação feita pelo Congresso "retira do Poder Executivo a prerrogativa de avaliar a conveniência e a oportunidade de cada prorrogação, prejudicando sua capacidade de planejamento e gestão do setor portuário e violando o princípio constitucional da separação dos poderes".

Art. 56, *caput* e parágrafo único: esses dispositivos previam a prorrogação de contratos de concessão e arrendamento celebrados antes da Lei n. 8.630/1993, o que permitia a continuidade de diversos contratos que já estavam vencidos e não abria espaço para novas licitações. Na justificativa do veto, a Presidente argumentou que o texto "extrapola os termos dos contratos de arrendamento vigentes" e tenta estabelecer "salvaguardas contra a ampliação do setor" para os terminais que já estão em funcionamento, inviabilizando o aumento da concorrência no setor.

Art. 57, §§ 2º e 4º: foram vetadas disposições a respeito da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento firmados sob a vigência da Lei n. 8.630/1993.

Art. 69: esse artigo previa que concessões e permissões mencionadas na Lei n. 9.074/95, ainda vigentes, poderiam ser prorrogadas até atingir o prazo de 25 anos, contados da data de assinatura do respectivo instrumento concessório, podendo ser prorrogado por 5 anos. Com o veto presidencial, não poderá haver a prorrogação desses contratos.

2 Natureza jurídica dos arrendamentos portuários

Os portos organizados do Brasil possuem funções muito mais abrangentes do que o mero suporte para o atracamento de navios. Há, nos portos, grandes áreas destinadas à prestação de serviços das mais diversas naturezas, que vão desde atividades bancárias até o embarque e desembarque de mercadorias, manutenção de contêineres, entre outras. Estes dois últimos são exemplos de atividades prestadas nas áreas e instalações portuárias operacionais, que são aquelas destinadas à movimentação e à armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros.[1] Empresas privadas ocupam essas áreas operacionais por meio de *contratos de arrendamentos portuários*. O

estabelecimento de novos critérios e de uma nova natureza jurídica para os contratos de arrendamentos portuários foi um dos principais aspectos abordados pela nova Lei dos Portos – Lei n. 12.815/2013.

É importante ressaltar que esse novo marco regulatório distingue dois tipos de "outorga"[2]: de um lado, a *concessão* do porto organizado como um todo; de outro lado, o *arrendamento* de áreas dentro do porto organizado. A Exposição de Motivos da MP n. 595/2012, que deu origem à nova Lei dos Portos, refere-se a ambos os institutos como *concessão de uso de bem público*. No presente artigo, somente será analisada a natureza jurídica dos arrendamentos portuários, buscando-se indicar que, na nova legislação, esses arrendamentos não são meros aluguéis de áreas, mas institutos análogos à concessão de serviços públicos.

O arrendamento portuário é uma figura típica do direito civil, que estabelece uma figura contratual pela qual o arrendador cede o direito de uso e gozo de uma propriedade imobiliária por certo tempo, mediante o pagamento pelo arrendatário de uma prestação monetária. Respeitada a destinação do imóvel, o arrendatário, em regra, pode explorá-lo da forma que bem entender, usar as técnicas produtivas que achar mais adequadas, atingir o nível de eficiência que conseguir e, se o serviço realizado no imóvel implicar cobrança de tarifas, pode cobrar as tarifas que bem entender. Afinal, o arrendamento é um instituto do direito privado, por isso não cabe ao arrendador interferir na atividade desenvolvida pelo arrendatário, desde que esteja recebendo o valor de arrendamento acordado.

Quando a Lei n. 8.630/1993 instituiu a figura do arrendamento portuário, o modelo de concessões de serviços públicos, apesar de já previsto na Constituição Federal, ainda não tinha regras definidas por legislação específica, o que ocorreu somente após a edição da Lei de Concessões – Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Por isso, quando Lei n. 8.630/1993 incorporou a figura do arrendamento, o fez justamente no intuito de preservar os aspectos privados desse instituto. Os arrendatários recebiam o arrendamento mediante pagamento de valor de outorga e, embora houvesse previsão de alguns parâmetros para medir o desempenho do serviço, não havia, por exemplo, controle sobre as tarifas cobradas dos usuários dos serviços prestados nas instalações arrendadas. Em geral, sob a vigência da Lei n. 8.630/1993, os arrendatários possuíam maior liberdade para desenvolver seus serviços utilizando-se das instalações arrendadas dentro do porto.

A Lei n. 12.815/2013 manteve a figura do arrendamento portuário, mas adaptou essa figura à nova realidade jurídica e política vigente. No aspecto jurídico, a referida lei não poderia conceder o uso de bem público sem observar os princípios da Lei de Concessões, que já estava em plena vigência; no aspecto político, o governo estava determinado a incentivar a produtividade e diminuir os custos das operações portuárias. A solução foi manter a figura do arrendamento portuário, mas agregando aspectos que o aproximam a uma concessão de serviço público.

Nos contratos de arrendamentos portuários conforme a Lei n. 12.815/2013, além da especificação da área ocupada, há, também, a definição e as condições referentes ao serviço a ser prestado (art. 5º, III), já que se trata de um serviço de natureza pública. Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado presta diretamente ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia (MELLO, 2004, p. 620). Nos contratos de arrendamento portuário, a utilidade pública encontra-se, sobretudo, no serviço que os arrendatários prestam à sociedade, na movimentação ou armazenagem de carga, exercendo influência direta na economia do país. O TCU já se manifestou diretamente sobre o assunto, afirmando no item 25 do Acórdão n. 2.896/2009 – Plenário, que "no que se refere à operação portuária prestada por meio de arrendamento, trata-se de serviço público".

Pelo fato de o arrendamento portuário tratar-se de um serviço de natureza pública, é preciso atentar para o texto do art. 175 da Constituição Federal, que dispõe:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II – os direitos dos usuários;
> III – política tarifária;
> IV – a obrigação de manter serviço adequado.

A prestação de serviços públicos, realizada no intuito de suprir as necessidades coletivas variadas, é uma atividade atribuída precipuamente ao Estado. Em certos casos específicos, entretanto, a execução desses serviços pode ser transferida a particulares, desonerando o ente público de atividades em relação às quais não tem condições financeiras ou entende não ser conveniente prestar diretamente (ARAGÃO, 2009, p. 1). A parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, na construção e operação de infraestruturas de natureza pública, realiza-se por *concessão,*[3] que é situação semelhante ao que ocorre nos casos dos contratos de arrendamento portuário, segundo o novo marco regulatório.

Conforme o referido dispositivo constitucional, a concessão deve ser realizada por *licitação pública*, promovida pelo órgão regulador e preservando-se os direitos dos usuários, as políticas tarifárias, entre outras garantias. Mediante a concessão, a prestação do serviço "é transferida a um agente privado que se remunerará, via de regra,

pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele" (ARAGÃO, 2009, p. 1). O serviço público prestado na área arrendada é de *titularidade* do Estado. Isso significa que, mesmo concedendo o serviço, ocorre apenas a transferência de sua prestação, de sua execução, mas o Estado continua com a prerrogativa de estabelecer parâmetros para o seu controle e regulação, além de poder retomar a prestação do serviço se assim considerar necessário. A concessão de serviço público está definida no art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995. De acordo com o Professor Alexandre Santos de Aragão, concessão de serviço público é:

> A delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público. (ARAGÃO, 2009, p. 3)

A Lei n. 8.987/1995 (Lei de Concessões do Serviço Público), estabelece regras sobre a fiscalização do poder concedente, necessidade de serviço adequado aos usuários, encargos da concessionária, política tarifária, normas para a licitação, necessidade de contrato, entre outras. Destaca-se, da lei mencionada, a disposição segundo a qual as concessões deverão sujeitar-se à *fiscalização* pelo poder concedente responsável pela delegação (art. 3º), e também a regra dispondo que toda concessão pressupõe a prestação de *serviço adequado* ao pleno atendimento dos usuários, definido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º). Por fim, salienta-se que a concessão deverá ser formalizada obrigatoriamente mediante *contrato de concessão* (art. 4º).

De acordo com Adilson Abreu Dallari (2009, p. 13), o contrato de arrendamento portuário, desde a vigência da Lei n. 8.630/1993, é *análogo* a um contrato de concessão. Conforme o novo marco regulatório em vigor, o arrendamento portuário é regido por normatização própria, a Lei n. 12.815/2013, aplicando-se, subsidiariamente, a Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/1993) e a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/1995). Nesse sentido, é importante notar que, embora a outorga de instalações portuárias tenha mantido a denominação de "arrendamento" (que é uma figura típica do direito civil), ela possui, de fato, todas as principais características de uma concessão de serviço público. Segundo Marques Neto e Leite:

> A caracterização do arrendamento como uma concessão de serviço público considera, em primeiro lugar, que o simples fato do contrato ter o nome de arrendamento não o faz submeter-se, automaticamente, ao regime do

> arrendamento previsto no Código Civil e autorizado por meio do Decreto-lei n. 9.760/46. Em Direito não há palavras mágicas, cujo mero uso teria o condão de dar a natureza dos seres jurídicos. Importa, pois, não o nome que se dê ao negócio jurídico, mas sim a natureza das relações estabelecidas e as consequências que delas advêm. (MARQUES NETO; LEITE, 2003, p. 150)

A diferença entre a denominação de um instituto jurídico e suas características de fato também é abordada por Meirelles, que explica que a chamada "locação" do bem público nada mais é do que uma concessão:

> A locação é contrato típico do Direito Privado, onde as partes devem manter equivalência de situações nos direitos e obrigações que reciprocamente assumirem. Por isso se conceitua a locação como um contrato bilateral perfeito, oneroso, comutativo e consensual. Ora, no Direito Administrativo jamais se poderá transpassar o uso e gozo do bem público com as características da locação civil, porque implicaria renúncia de poderes irrenunciáveis da Administração, para que ela viesse a se colocar em igualdade com o particular, como é da essência desse contrato no campo do Direito Privado. O só fato de uma lei administrativa, primando pela falta de técnica, referir-se erroneamente a um instituto civil não é o bastante para implantá-lo em nosso Direito Público. [...] O que a lei federal denominou impropriamente de "locação" nada mais é que concessão remunerada de uso dos bens de domínio público patrimonial, instituto, esse, perfeitamente conhecido e praticado pela Administração Pública dos povos cultos e regido por normas próprias do Direito Administrativo. (MEIRELLES, 2000, p. 479)

É possível concluir, portanto, que embora o direito portuário vigente forneça uma caracterização *sui generis* para a delegação das instalações portuárias, que são tratadas como "arrendamentos", isso não significa que a nova Lei dos Portos esteja em desacordo com o sistema jurídico vigente, isto é, com o modelo de concessões de serviços públicos. Apesar de ser o arrendamento um instituto típico do direito privado, os arrendamentos portuários funcionam da mesma forma que uma concessão de serviço público, em que o poder concedente não só tem a possibilidade de regular a tarifa praticada (por meio do critério de julgamento da licitação), como também estabelece parâmetros para avaliação de desempenho, além de metas e prazos para o alcance de níveis de serviço.

Se os arrendatários terão, por um lado, de praticar tarifa regulada e cumprir metas de desempenho, por outro lado, terão a segurança fornecida pelo contrato de arrendamento que, no caso, se equipara a um contrato de concessão, que não é precário, pois,

caso seja rescindido pelo Poder Público antes da amortização dos investimentos, conferirá ao investidor direito a indenização.

Os contratos de arrendamento portuário são fiscalizados pela ANTAQ, e deverão seguir as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), conforme será mais bem explicado no próximo tópico. Dessa forma, o arrendamento portuário não é caracterizado como um mero aluguel de instalações públicas, mas como um instituto efetivamente regido pelo modelo de concessão de serviços públicos, conforme estabelecido no art. 175 da Constituição Federal. Isso garante a participação da iniciativa privada na execução de serviços de natureza pública e, ainda, um maior controle do Estado sobre o serviço prestado.

3 Poder concedente e alterações de competências dos demais entes envolvidos

Antes de indicar as alterações de competências das instituições envolvidas com o setor portuário brasileiro trazidas pela Lei n. 12.815/2013, vale elucidar o significado da expressão "poder concedente". O Estado, quando realiza uma concessão, age por meio de um ente federativo – União, Estado, Distrito Federal ou Município –, que, no ato da concessão, é chamado de Poder Concedente. No caso em questão, o Poder Concedente é a União. No setor portuário, a União atua por meio da SEP/PR, portanto, quando a Lei n. 12.815/2013 menciona o Poder Concedente, está se referindo, na verdade, à SEP/PR.

Feita essa ressalva, ressalta-se outra mudança fundamental trazida pela Lei n. 12.815/2013, que diz respeito a alterações nas competências dos entes envolvidos nas concessões e arrendamentos portuários.

De acordo com o novo marco regulatório, o Poder Concedente, representado pela SEP/PR, fica responsável por elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada, bem como definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios, conforme previsto no art. 16, I e II, da Lei n. 12.815/2013. Trata-se da prerrogativa de implementar políticas públicas, sendo possível afirmar, nesse sentido, que a SEP é responsável, basicamente, pelo *plano estratégico* do setor portuário.

Já à ANTAQ compete, entre outras atribuições, a elaboração do edital de licitação para a concessão de serviços portuários e arrendamento, bem como a realização do procedimento licitatório – com base nas diretrizes definidas pela SEP/PR –, conforme previsto no art. 6º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 12.815/2013. Essas atribuições podem ser entendidas como estando no *plano tático* do setor portuário.

Por fim, compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária, as atribuições previstas nos arts. 17 e seguintes da Lei n. 12.815/2013.

Fica a autoridade portuária, incluindo-se nesse grupo as Companhias Docas, incumbida de atribuições referentes ao plano gerencial, desenvolvendo atividades como a arrecadação dos valores das tarifas relativas às suas atividades e a fiscalização de obras de construção e da operação portuária.

4 Mudança no critério de julgamento das licitações

Um esforço no sentido de modernizar as atividades portuárias está presente na mudança do critério de julgamento das licitações introduzida pela Lei n. 12.815/2013, que altera a sistemática de funcionamento dos arrendamentos portuários no sentido de exigir dos arrendatários serviços mais eficientes e com menores tarifas em vez de exigir a cobrança de valor de outorga.

Primeiramente, nota-se que "tarifa", nesse contexto, refere-se ao valor pago à arrendatária pelo usuário em razão dos serviços prestados nos terminais, e diferencia-se do valor pago periodicamente pela arrendatária à administração portuária em razão do uso da infraestrutura comum do porto.

Dito isso, cumpre observar que, na vigência da Lei n. 8.630/90, o critério de julgamento nas licitações de arrendamento portuário era a "maior oferta", em que a licitante vencedora era aquela que oferecia ao Poder Concedente o maior valor de outorga, ou seja, que pagasse o maior valor ao Estado para assumir o arrendamento. Conforme o novo marco regulatório, porém, não há mais a obrigatoriedade de pagamento de valor de outorga. Os novos critérios de julgamento foram citados no art. 6º da Lei n. 12.815/2013:

> Art. 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento.

A escolha pelo critério de capacidade de movimentação, menor tarifa ou menor tempo de movimentação de carga, em vez da obrigatoriedade do pagamento de valor de outorga, parece funcionar como um instrumento de política econômica, que busca responder aos questionamentos colocados à atividade portuária, em cenário em que a franca expansão da atividade pode representar um instrumento para a ampliação do investimento no setor.

5 Terminais de uso privativo

Outra inovação do novo marco regulatório diz respeito à maior facilidade para o estabelecimento de terminais de uso privativo (TUPs). Antes, era possível somente

adquirir o direito de uso para terminais de uso privativo se o operador comprovasse a preponderância de movimentação de carga própria; agora, a possibilidade de implementação dos TUPs foi facilitada, já que não há mais o critério de preponderância de carga própria.

A Portaria n. 110 da Secretaria de Portos disciplina as hipóteses de dispensa de emissão de nova autorização para instalações portuárias como TUPs, e estabelece os procedimentos para solicitação de alteração do tipo de carga e/ou ampliação da área da instalação portuária, localizada fora da área do porto organizado. Assim, é dispensável a emissão de nova autorização para os pedidos de alteração do tipo de carga e/ou ampliação da área da instalação portuária, localizada fora da área do porto organizado, que não exceda a 25% da área original da instalação portuária. Considera-se "tipo de carga" a especificidade do perfil de carga a ser movimentada e "perfil de carga" aquele classificado conforme uma ou mais das modalidades granel sólido, granel líquido e gasoso, carga geral ou carga conteinerizada.

Já os interessados em ampliar as áreas das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, e que não excedam a 25% das áreas originais, deverão formalizar pedido junto à ANTAQ, mediante a apresentação de documentação específica.

Durante o *Breakbulk South America*, realizado em São Paulo, durante o ano de 2013, o superintendente de portos da ANTAQ afirmou que o novo desenho dos portos favorece a atração de investimentos privados em larga escala para o setor. Dados recentes mostram que existem atualmente 130 requerimentos para construção e operação de instalações portuárias privadas na Agência, o que totaliza cerca de R$ 54 bilhões em investimentos. A meta da Agência é dar andamento a 50% dos pedidos de novas instalações privadas até o final de 2014. Há certames licitatórios de 160 arrendamentos a serem concluídos nos próximos dois anos a três anos e a adaptação de mais de 140 contratos de adesão de instalações portuárias privadas. Em relação ao planejamento, o superintendente de portos da ANTAQ lembrou que há muito o governo vem buscando viabilizar a ampliação da oferta de infraestrutura portuária do país, destacando a importância do Programa Nacional de Dragagem, que a partir da nova legislação dos portos entra na sua segunda fase, e citou como exemplo do planejamento do governo na área o Plano Geral de Outorgas para o setor portuário (PGO dos Portos), elaborado pela ANTAQ, e que atualmente está sob a competência da Secretaria de Portos (ANTAQ, 2013).

Assim, questiona-se se essa maior liberdade para a existência de terminais de uso privativo, que se aproxima da tendência internacional, poderia realmente contribuir para ampliação dos investimentos nos Portos do Brasil. A intenção do Executivo, autor da MP n. 595/2012, que deu origem à nova Lei dos Portos, parece ter sido facilitar a criação de terminais privados para reforçar e dinamizar a atividade portuária. Há, porém, o risco de se afastar investimentos dos portos públicos, levando-os

ao sucateamento. Será preciso observar o impacto dessa mudança a partir dos próximos arrendamentos para que se possa avaliar os efeitos dessa flexibilização dos TUPs.

Considerações finais

Os esforços no sentido de modernizar a atividade portuária brasileira por meio da edição da Lei n. 8.630/1993 e do Decreto n. 6.620/2008, embora tenham trazidos melhorias significativas ao setor, não se mostraram suficientes para atender completamente à contínua expansão da demanda da atividade portuária e, consequentemente, da economia brasileira.

No sentido de dinamizar e dar maior eficiência às atividades do setor portuário, foi editada a MP n. 595/2012, posteriormente transformada na Lei n. 12.815/2013, a nova Lei dos Portos. Durante o processo legislativo de conversão da medida provisória em lei, houve alterações significativas após a fase de veto presidencial. Digna de nota foi a alteração, feita pelo Senado e posteriormente vetada pela Presidente, em relação à necessidade de novas licitações para os arrendamentos portuários. De acordo com a concepção original do Executivo, autor da referida MP, deveriam ser realizadas novas licitações no intuito de renovar não apenas os arrendatários mas também as regras dos arrendamentos, de modo a revitalizar e dar maior eficiência às atividades portuárias. As modificações feitas na referida MP na fase de emendas pelo Senado haviam retirado essa necessidade de se realizar novas licitações para os arrendamentos portuários, porém o veto presidencial restabeleceu essa obrigatoriedade das licitações, o que pode ser interpretado como um ponto positivo para a dinamização da atividade portuária.

A Lei n. 12.815/2013 enquadrou o arrendamento portuário de forma análoga à concessão de serviços públicos. Os arrendamentos portuários não apenas serão licitados como também deverão observar estritos parâmetros de avaliação de desempenho. Essa aproximação do arrendamento portuário de uma concessão permite um maior controle do Estado sobre a atividade realizada no porto. Assim, a perspectiva parece ser a de atrair investimentos para o setor portuário e, ao mesmo tempo, planejar de maneira mais uniforme a atividade, respondendo aos questionamentos acerca da eficiência e do desenvolvimento colocados à questão.

A redefinição de competências das instituições envolvidas no setor portuário também é uma inovação importante trazida pela Lei n. 12.815/2013. A maior centralização das atividades nos entes federais – SEP/PR e ANTAQ – permite uma maior coordenação das atividades referentes às novas licitações e auxilia na padronização do sistema de arrendamentos entre os portos brasileiros.

A Lei n. 12.815/2013 inovou, também, no critério de julgamento de licitação dos novos arrendamentos portuários. Ao definir como critério de julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor

tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, a referida lei priorizou maior quantidade e preço referentes ao serviço prestado pelo arrendatário, indo ao encontro das necessidades apresentadas ao setor portuário.

Por fim, a facilitação de abertura de TUPs traz novas possibilidades de investimentos privados no setor. Se os portos públicos não atendem às demandas do mercado, haverá a possibilidade de os terminais privados absorverem essa demanda. De um lado, essa flexibilização pode agravar a situação dos portos públicos, já que muitos investimentos serão redirecionados aos portos privados; por outro lado, a abertura de TUPs oferece novas estruturas para a atividade portuária, que podem mostrar-se em um futuro próximo como essenciais para a atividade portuária e, consequentemente, para a economia brasileira.

Há, ainda, muitos desafios a serem superados em relação ao novo marco regulatório do setor portuário. A Lei n. 12.815/2013 definiu claramente os critérios de arrendamentos de áreas *afetas à operação portuária*; contudo, não definiu diretrizes detalhadas para a licitação das áreas dentro do porto *não afetas à operação*. É o caso dos terminais cuja destinação não é a operação portuária em si (movimentação e armazenagem de cargas ou embarque e desembarque de passageiros), mas outras atividades, como o suporte à operação (as chamadas "retroáreas") ou os terminais utilizados para atividades industriais. A licitação dessas áreas não possui regulação específica no novo marco regulatório, o que é preocupante, pois muitas vezes os critérios de julgamento para a licitação de áreas operacionais podem ser totalmente descabidos quando aplicados às áreas não operacionais.

Outra questão que merece pesquisas futuras é o fato de o operador portuário poder ser uma pessoa distinta do arrendatário, conforme o art. 2º, XIII, da Lei n. 12.815/2012. Nesse caso, pode acontecer de uma determinada empresa ganhar a licitação de um arrendamento e contratar um operador de sua escolha para realizar a operação em seu lugar, o que, sob a perspectiva de uma concessão tradicional, poderia ser caracterizado como subconcessão, que somente é permitida mediante a realização de outro processo de concorrência pública (art. 26, § 1º, da Lei n. 8.987/1995), que não é exigido no caso dos arrendamentos portuários.

Junto a isso, como sugestão para próximas pesquisas, é importante a investigação sobre a situação jurídica e as consequências advindas da rescisão de contratos de arrendamentos portuários vigentes, celebrados sob a égide de marcos regulatórios anteriores. Muitos desses contratos foram celebrados antes mesmo da Lei n. 8.630/1993, diretamente com as Companhias Docas e sem a exigência de licitação. Assim, a resposta a ser dada pelos tribunais parece ser objeto de análise em trabalhos futuros.

Na seara dos desafios, cabe destacar aqueles referentes ao modelo de concessão do transporte público no Brasil mencionados pelo TCU em 2007, no trabalho intitulado *Desenvolvimento de infraestrutura de transportes no brasil: perspectivas e desafios*. Nesse texto, é apontado que grande parte das deficiências encontradas nos trabalhos, editais

ou projetos analisados pelo TCU está associada à falta de estrutura das instituições, quer seja o órgão executor, as agências reguladoras ou o ministério setorial. Destaca-se, ainda, a necessidade de coordenação institucional entre os órgãos e instituições que atuam no setor de transporte, havendo insuficiência de políticas e diretrizes macrossetoriais e falta de planejamento a longo prazo para o setor de transporte.

E, por fim, outro aspecto relevante citado no documento mencionado acima diz respeito à necessidade de fortalecimento institucional das agências reguladoras, até mesmo no que diz respeito à falta de um quadro de pessoal suficiente, com formação adequada e a remuneração compatível com a complexidade dessas tarefas, para que haja estabilidade no corpo funcional das agências (TCU, 2007, p. 140).

Para que haja um efetivo avanço no funcionamento das atividades desenvolvidas nos portos brasileiros, acompanhado da devida fiscalização por parte dos entes regulatórios, é preciso encontrar respostas para essas e outras questões que continuam a gerar controvérsias no setor.

Quadro 1 – Comparação da legislação referente a institucionalidade dos Portos no Brasil (1993 – 2012)

LEI N. 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993	MEDIDA PROVISÓRIA N. 595, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2012	PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO N. 9/2013 (TEXTO APROVADO PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS)	LEI N. 12.815, DE 5 DE JUNHO DE 2013 (CONVERSÃO DA MPV N. 595, DE 2012)
DISPÕE SOBRE O REGIME JURÍDICO DA EXPLORAÇÃO DOS PORTOS ORGANIZADOS E DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.	DISPÕE SOBRE A EXPLORAÇÃO DIRETA E INDIRETA, PELA UNIÃO, DE PORTOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS E SOBRE AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.	DISPÕE SOBRE A EXPLORAÇÃO DIRETA E INDIRETA PELA UNIÃO DE PORTOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS E SOBRE AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS; ALTERA AS LEIS N. 5.025, DE 10 DE JUNHO DE 1966, 10.233, DE 5 DE JUNHO DE 2001, 10.683, DE 28 DE MAIO DE 2003, 9.719, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998, E 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991; REVOGA AS LEIS N.8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, E 11.610, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2007, E DISPOSITIVOS DAS LEIS N. 11.314, DE 3 DE JULHO DE 2006, E 11.518, DE 5 DE SETEMBRO DE 2007; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.	DISPÕE SOBRE A EXPLORAÇÃO DIRETA E INDIRETA PELA UNIÃO DE PORTOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS E SOBRE AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS; ALTERA AS LEIS N. 5.025, DE 10 DE JUNHO DE 1966, 10.233, DE 5 DE JUNHO DE 2001, 10.683, DE 28 DE MAIO DE 2003, 9.719, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998, E 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991; REVOGA AS LEIS N. 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, E 11.610, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2007, E DISPOSITIVOS DAS LEIS NOS 11.314, DE 3 DE JULHO DE 2006, E 11.518, DE 5 DE SETEMBRO DE 2007; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.
	ART. 1º ESTA MEDIDA PROVISÓRIA REGULA A EXPLORAÇÃO PELA UNIÃO, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DOS PORTOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS, E AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS.	**ART. 1º** ESTA LEI REGULA A EXPLORAÇÃO PELA UNIÃO DIRETA OU INDIRETAMENTE, DOS PORTOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS, E AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS.	**ART. 1º** ESTA LEI REGULA A EXPLORAÇÃO PELA UNIÃO, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DOS PORTOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS E AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS.

ART. 1º CABE À UNIÃO EXPLORAR, DIRETAMENTE OU MEDIANTE CONCESSÃO, O PORTO ORGANIZADO.	§ 1º A EXPLORAÇÃO INDIRETA DO PORTO ORGANIZADO E DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS NELE LOCALIZADAS OCORRERÁ MEDIANTE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO DE BEM PÚBLICO.	§ 1º A EXPLORAÇÃO INDIRETA DO PORTO ORGANIZADO E DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS NELE LOCALIZADAS OCORRERÁ MEDIANTE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO DE BEM PÚBLICO.	§ 1º A EXPLORAÇÃO INDIRETA DO PORTO ORGANIZADO E DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS NELE LOCALIZADAS OCORRERÁ MEDIANTE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO DE BEM PÚBLICO.
	§ 2º A EXPLORAÇÃO INDIRETA DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS LOCALIZADAS FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO OCORRERÁ MEDIANTE AUTORIZAÇÃO, NOS TERMOS DESTA MEDIDA PROVISÓRIA.	§ 2º A EXPLORAÇÃO INDIRETA DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS LOCALIZADAS FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO OCORRERÁ MEDIANTE AUTORIZAÇÃO, NOS TERMOS DESTA LEI.	§ 2º A EXPLORAÇÃO INDIRETA DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS LOCALIZADAS FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO OCORRERÁ MEDIANTE AUTORIZAÇÃO, NOS TERMOS DESTA LEI.
	§ 3º AS CONCESSÕES, OS ARRENDAMENTOS E AS AUTORIZAÇÕES DE QUE TRATA ESTA MEDIDA PROVISÓRIA SERÃO OUTORGADOS A PESSOA JURÍDICA QUE DEMONSTRE CAPACIDADE PARA SEU DESEMPENHO, POR SUA CONTA E RISCO.	§ 3º AS CONCESSÕES, OS ARRENDAMENTOS E AS AUTORIZAÇÕES DE QUE TRATA ESTA LEI SERÃO OUTORGADOS A PESSOA JURÍDICA QUE DEMONSTRE CAPACIDADE PARA SEU DESEMPENHO, POR SUA CONTA E RISCO.	§ 3º AS CONCESSÕES, OS ARRENDAMENTOS E AS AUTORIZAÇÕES DE QUE TRATA ESTA LEI SERÃO OUTORGADOS A PESSOA JURÍDICA QUE DEMONSTRE CAPACIDADE PARA SEU DESEMPENHO, POR SUA CONTA E RISCO.
§ 1º PARA OS EFEITOS DESTA LEI, CONSIDERAM-SE:	**ART. 2º** PARA FINS DESTA MEDIDA PROVISÓRIA, CONSIDERAM-SE:	**ART. 2º** PARA OS FINS DESTA LEI, CONSIDERAM-SE:	**ART. 2º** PARA OS FINS DESTA LEI, CONSIDERAM-SE:
V – INSTALAÇÃO PORTUÁRIA DE USO PRIVATIVO: A EXPLORADA POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO, DENTRO OU FORA DA ÁREA DO PORTO, UTILIZADA NA MOVIMENTAÇÃO DE PASSAGEIROS OU NA MOVIMENTAÇÃO OU ARMAZENAGEM DE MERCADORIAS, DESTINADOS OU	III – INSTALAÇÃO PORTUÁRIA – INSTALAÇÃO LOCALIZADA DENTRO OU FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO, UTILIZADA EM MOVIMENTAÇÃO DE PASSAGEIROS, EM MOVIMENTAÇÃO OU ARMAZENAGEM DE MERCADORIAS, DESTINADOS OU PROVENIENTES DE TRANSPORTE	III – INSTALAÇÃO PORTUÁRIA: INSTALAÇÃO LOCALIZADA DENTRO OU FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO E UTILIZADA EM MOVIMENTAÇÃO DE PASSAGEIROS, EM MOVIMENTAÇÃO OU ARMAZENAGEM DE MERCADORIAS, DESTINADAS OU PROVENIENTES DE TRANSPORTE	III – INSTALAÇÃO PORTUÁRIA: INSTALAÇÃO LOCALIZADA DENTRO OU FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO E UTILIZADA EM MOVIMENTAÇÃO DE PASSAGEIROS, EM MOVIMENTAÇÃO OU ARMAZENAGEM DE MERCADORIAS, DESTINADAS OU PROVENIENTES DE TRANSPORTE

PROVENIENTES DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO.	AQUAVIÁRIO;	AQUAVIÁRIO;	AQUAVIÁRIO;
	IV – TERMINAL DE USO PRIVADO – INSTALAÇÃO PORTUÁRIA EXPLORADA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO, LOCALIZADA FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO;	IV – TERMINAL DE USO PRIVADO: INSTALAÇÃO PORTUÁRIA EXPLORADA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO E LOCALIZADA FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO;	IV – TERMINAL DE USO PRIVADO: INSTALAÇÃO PORTUÁRIA EXPLORADA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO E LOCALIZADA FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO;
		VIII – TERMINAL INDÚSTRIA: INSTALAÇÃO PORTUÁRIA LOCALIZADA FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO E EXPLORADA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO, QUE ATENDA, CUMULATIVAMENTE, AOS SEGUINTES CRITÉRIOS:	VIII – (VETADO):
		A) MOVIMENTAÇÃO EXCLUSIVA DE CARGAS PERTENCENTES AO AUTORIZADO, SUAS CONTROLADORAS OU CONTROLADAS, EXCETO NOS CASOS PREVISTOS NO ART. 13 DESTA LEI;	A) (VETADO);
		B) INTEGRAÇÃO A ÁREAS INDUSTRIAIS OU DE PRODUÇÃO OU ESTOQUE DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS, OU DE LAVRA DE JAZIDAS DE MINERAIS, INCLUSIVE HIDROCARBONETOS, PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO; E	B) (VETADO); E
		C) MOVIMENTAÇÃO EXCLUSIVA DE GRANÉIS SÓLIDOS E LÍQUIDOS, INSUMOS E PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS DESTINADOS ÀS ÁREAS DE QUE TRATA A ALÍNEA B;	C) (VETADO);

§ 2° A CONCESSÃO DO PORTO ORGANIZADO SERÁ SEMPRE PRECEDIDA DE LICITAÇÃO REALIZADA DE ACORDO COM A LEI QUE REGULAMENTA O REGIME DE CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	**ART. 4º** A CONCESSÃO E O ARRENDAMENTO DE BEM PÚBLICO DESTINADO À ATIVIDADE PORTUÁRIA SERÃO REALIZADOS MEDIANTE A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO, SEMPRE PRECEDIDA DE LICITAÇÃO, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NESTA MEDIDA PROVISÓRIA E NO SEU REGULAMENTO.	**ART. 4º** A CONCESSÃO E O ARRENDAMENTO DE BEM PÚBLICO DESTINADO À ATIVIDADE PORTUÁRIA SERÃO REALIZADOS MEDIANTE A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO, SEMPRE PRECEDIDA DE LICITAÇÃO, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NESTA LEI E NO SEU REGULAMENTO.	**ART. 4º** A CONCESSÃO E O ARRENDAMENTO DE BEM PÚBLICO DESTINADO À ATIVIDADE PORTUÁRIA SERÃO REALIZADOS MEDIANTE A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO, SEMPRE PRECEDIDA DE LICITAÇÃO, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NESTA LEI E NO SEU REGULAMENTO.
	PARÁGRAFO ÚNICO. O CONTRATO DE CONCESSÃO PODERÁ ABRANGER, NO TODO OU EM PARTE, A EXPLORAÇÃO DO PORTO ORGANIZADO E SUA ADMINISTRAÇÃO.		
ART. 4° ... I – ... § 4° SÃO CLÁUSULAS ESSENCIAIS NO CONTRATO A QUE SE REFERE O INCISO I DO *CAPUT* DESTE ARTIGO, AS RELATIVAS:	**ART. 5º** SÃO ESSENCIAIS AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO AS CLÁUSULAS RELATIVAS:	**ART. 5º** SÃO ESSENCIAIS AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO AS CLÁUSULAS RELATIVAS:	**ART. 5º** SÃO ESSENCIAIS AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO AS CLÁUSULAS RELATIVAS:
III – AOS CRITÉRIOS, INDICADORES, FÓRMULAS E PARÂMETROS DEFINIDORES DA QUALIDADE DO SERVIÇO;	III – AOS CRITÉRIOS, INDICADORES, FÓRMULAS E PARÂMETROS DEFINIDORES DA QUALIDADE DA ATIVIDADE PRESTADA, *ASSIM COMO METAS E PRAZOS PARA O ALCANCE DE DETERMINADOS NÍVEIS DE SERVIÇO*;	III – AOS CRITÉRIOS, INDICADORES, FÓRMULAS E PARÂMETROS DEFINIDORES DA QUALIDADE DA ATIVIDADE PRESTADA, ASSIM COMO ÀS METAS E PRAZOS PARA O ALCANCE DE DETERMINADOS NÍVEIS DE SERVIÇO;	III – AOS CRITÉRIOS, INDICADORES, FÓRMULAS E PARÂMETROS DEFINIDORES DA QUALIDADE DA ATIVIDADE PRESTADA, ASSIM COMO ÀS METAS E PRAZOS PARA O ALCANCE DE DETERMINADOS NÍVEIS DE SERVIÇO;
IV – AO VALOR DO CONTRATO, NELE COMPREENDIDA A REMUNERAÇÃO PELO USO DA INFRAESTRUTURA A SER UTILIZADA OU POSTA À DISPOSIÇÃO DA REFERIDA	IV – AO VALOR DO CONTRATO, ÀS *TARIFAS PRATICADAS* E AOS CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS DE REVISÃO E REAJUSTE;	IV – AO VALOR DO CONTRATO, ÀS TARIFAS PRATICADAS E AOS CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS DE REVISÃO E REAJUSTE;	IV – AO VALOR DO CONTRATO, ÀS TARIFAS PRATICADAS E AOS CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS DE REVISÃO E REAJUSTE;

INSTALAÇÃO, INCLUSIVE A DE PROTEÇÃO E ACESSO AQUAVIÁRIO;			
XIV – À OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO DO PORTO E DAS DEMAIS AUTORIDADES NO PORTO, INCLUSIVE AS DE INTERESSE ESPECÍFICO DA DEFESA NACIONAL, PARA EFEITOS DE MOBILIZAÇÃO;	XIV – À OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE INTERESSE DO *PODER CONCEDENTE, DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ* E DAS DEMAIS AUTORIDADES QUE ATUAM NO SETOR PORTUÁRIO, INCLUSIVE AS DE INTERESSE ESPECÍFICO DA DEFESA NACIONAL, PARA EFEITOS DE MOBILIZAÇÃO;	XIV – À OBRIGATORIEDADE DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE INTERESSE DO PODER CONCEDENTE, DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ E DAS DEMAIS AUTORIDADES QUE ATUAM NO SETOR PORTUÁRIO, INCLUSIVE AS DE INTERESSE ESPECÍFICO DA DEFESA NACIONAL, PARA EFEITOS DE MOBILIZAÇÃO;	XIV – À OBRIGATORIEDADE DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE INTERESSE DO PODER CONCEDENTE, DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ E DAS DEMAIS AUTORIDADES QUE ATUAM NO SETOR PORTUÁRIO, INCLUSIVE AS DE INTERESSE ESPECÍFICO DA DEFESA NACIONAL, PARA EFEITOS DE MOBILIZAÇÃO;
XVI – AO ACESSO, PELAS AUTORIDADES DO PORTO, ÀS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS;	XVI – AO ACESSO AO PORTO ORGANIZADO OU À INSTALAÇÃO PORTUÁRIA PELO *PODER CONCEDENTE, PELA ANTAQ* E PELAS DEMAIS AUTORIDADES QUE ATUAM NO SETOR PORTUÁRIO;	XVI – AO ACESSO AO PORTO ORGANIZADO OU À INSTALAÇÃO PORTUÁRIA PELO PODER CONCEDENTE, PELA ANTAQ E PELAS DEMAIS AUTORIDADES QUE ATUAM NO SETOR PORTUÁRIO;	XVI – AO ACESSO AO PORTO ORGANIZADO OU À INSTALAÇÃO PORTUÁRIA PELO PODER CONCEDENTE, PELA ANTAQ E PELAS DEMAIS AUTORIDADES QUE ATUAM NO SETOR PORTUÁRIO;
XI – AO INÍCIO, TÉRMINO E, SE FOR O CASO, ÀS CONDIÇÕES DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO, QUE PODERÁ SER FEITA UMA ÚNICA VEZ, POR PRAZO MÁXIMO IGUAL AO ORIGINALMENTE CONTRATADO, DESDE QUE PREVISTA NO EDITAL DE LICITAÇÃO E QUE O PRAZO TOTAL, INCLUÍDO O DA PRORROGAÇÃO, NÃO EXCEDA A CINQUENTA ANOS	§ 1º OS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO TERÃO PRAZO DE *ATÉ VINTE E CINCO ANOS*, CONTADO DA DATA DA ASSINATURA, PRORROGÁVEL POR NO MÁXIMO IGUAL PERÍODO, UMA ÚNICA VEZ, A CRITÉRIO DO PODER CONCEDENTE.	§ 1º OS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO TERÃO PRAZO DE ATÉ 25 (VINTE E CINCO) ANOS, CONTADO DA DATA DA ASSINATURA, PRORROGÁVEL UMA ÚNICA VEZ, ATÉ ATINGIR O PRAZO MÁXIMO DE 50 (CINQUENTA) ANOS, DESDE QUE O CONCESSIONÁRIO OU ARRENDATÁRIO, CONFORME O CASO, PROMOVA OS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A EXPANSÃO E MODERNIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS.	§ 1º (VETADO).

ART. 6º NAS LICITAÇÕES DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO SERÃO CONSIDERADOS COMO CRITÉRIOS PARA JULGAMENTO A MAIOR MOVIMENTAÇÃO COM A MENOR TARIFA, E OUTROS ESTABELECIDOS NO EDITAL, NA FORMA DO REGULAMENTO.	**ART. 6º** NAS LICITAÇÕES DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO, SERÃO CONSIDERADOS COMO CRITÉRIOS PARA JULGAMENTO, DE FORMA ISOLADA OU COMBINADA, A MAIOR CAPACIDADE DE MOVIMENTAÇÃO, A MENOR TARIFA OU O MENOR TEMPO DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGA, E OUTROS ESTABELECIDOS NO EDITAL, NA FORMA DO REGULAMENTO.	**ART. 6º** NAS LICITAÇÕES DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ARRENDAMENTO, SERÃO CONSIDERADOS COMO CRITÉRIOS PARA JULGAMENTO, DE FORMA ISOLADA OU COMBINADA, A MAIOR CAPACIDADE DE MOVIMENTAÇÃO, A MENOR TARIFA OU O MENOR TEMPO DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGA, E OUTROS ESTABELECIDOS NO EDITAL, NA FORMA DO REGULAMENTO.
§ 1º AS LICITAÇÕES DE QUE TRATA ESTE ARTIGO PODERÃO SER REALIZADAS NA MODALIDADE LEILÃO, CONFORME REGULAMENTO.	§ 1º AS LICITAÇÕES DE QUE TRATA ESTE ARTIGO PODERÃO SER REALIZADAS NA MODALIDADE LEILÃO, CONFORME REGULAMENTO.	§ 1º AS LICITAÇÕES DE QUE TRATA ESTE ARTIGO PODERÃO SER REALIZADAS NA MODALIDADE LEILÃO, CONFORME REGULAMENTO.
§ 2º COMPETE À ANTAQ, COM BASE NAS DIRETRIZES DO PODER CONCEDENTE, REALIZAR OS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DE QUE TRATA ESTE ARTIGO.	§ 2º COMPETE À ANTAQ, COM BASE NAS DIRETRIZES DO PODER CONCEDENTE, REALIZAR OS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DE QUE TRATA ESTE ARTIGO.	§ 2º COMPETE À ANTAQ, COM BASE NAS DIRETRIZES DO PODER CONCEDENTE, REALIZAR OS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DE QUE TRATA ESTE ARTIGO.
§ 3º OS EDITAIS DAS LICITAÇÕES DE QUE TRATA ESTE ARTIGO SERÃO ELABORADOS PELA ANTAQ, OBSERVADAS AS DIRETRIZES DO PODER CONCEDENTE.	§ 3º OS EDITAIS DAS LICITAÇÕES DE QUE TRATA ESTE ARTIGO SERÃO ELABORADOS PELA ANTAQ, OBSERVADAS AS DIRETRIZES DO PODER CONCEDENTE.	§ 3º OS EDITAIS DAS LICITAÇÕES DE QUE TRATA ESTE ARTIGO SERÃO ELABORADOS PELA ANTAQ, OBSERVADAS AS DIRETRIZES DO PODER CONCEDENTE.
	§ 4º É VEDADA A PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO A QUE SE REFERE O *CAPUT* DE EMPRESAS COM PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE EMPRESAS DE	§ 4º (VETADO).

		NAVEGAÇÃO MARÍTIMA EM PERCENTUAIS SUPERIORES A 5% (CINCO POR CENTO), EXCLUÍDAS DESTA VEDAÇÃO AS EMPRESAS PÚBLICAS, AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS.	
ART. 34. É FACULTADO O ARRENDAMENTO, PELA ADMINISTRAÇÃO DO PORTO, SEMPRE ATRAVÉS DE LICITAÇÃO, DE TERRENOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS LOCALIZADAS DENTRO DA ÁREA DO PORTO, PARA UTILIZAÇÃO NÃO AFETA ÀS OPERAÇÕES PORTUÁRIAS, DESDE QUE PREVIAMENTE CONSULTADA A ADMINISTRAÇÃO ADUANEIRA	**ART. 15.** A ADMINISTRAÇÃO DO PORTO PODERÁ, A CRITÉRIO DO PODER CONCEDENTE, EXPLORAR DIRETA OU INDIRETAMENTE ÁREAS NÃO AFETAS ÀS OPERAÇÕES PORTUÁRIAS, OBSERVADO O DISPOSTO NO RESPECTIVO PLANO DE DESENVOLVIMENTO E ZONEAMENTO DO PORTO.	**ART. 15**. ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DISPORÁ SOBRE A DEFINIÇÃO DA ÁREA DOS PORTOS ORGANIZADOS, A PARTIR DE PROPOSTA DA SECRETARIA DE PORTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.	**ART. 15.** ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DISPORÁ SOBRE A DEFINIÇÃO DA ÁREA DOS PORTOS ORGANIZADOS, A PARTIR DE PROPOSTA DA SECRETARIA DE PORTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.
	ART. 18. A SECRETARIA DE PORTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA COORDENARÁ A ATUAÇÃO INTEGRADA DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICOS NOS PORTOS ORGANIZADOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS, COM A FINALIDADE DE GARANTIR A EFICIÊNCIA E A QUALIDADE DE SUAS ATIVIDADES, NOS TERMOS DO REGULAMENTO.	**ART. 22.** A SECRETARIA DE PORTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA COORDENARÁ A ATUAÇÃO INTEGRADA DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICOS NOS PORTOS ORGANIZADOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS, COM A FINALIDADE DE GARANTIR A EFICIÊNCIA E A QUALIDADE DE SUAS ATIVIDADES, NOS TERMOS DO REGULAMENTO.	**ART. 22.** A SECRETARIA DE PORTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA COORDENARÁ A ATUAÇÃO INTEGRADA DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICOS NOS PORTOS ORGANIZADOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS, COM A FINALIDADE DE GARANTIR A EFICIÊNCIA E A QUALIDADE DE SUAS ATIVIDADES, NOS TERMOS DO REGULAMENTO.
	ART. 49. OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO EM VIGOR NA DATA DE PUBLICAÇÃO DESTA MEDIDA PROVISÓRIA PERMANECERÃO	**ART. 57.** OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO EM VIGOR FIRMADOS SOB A LEI N. 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, QUE POSSUAM PREVISÃO	**ART. 57.** OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO EM VIGOR FIRMADOS SOB A LEI N. 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, QUE POSSUAM PREVISÃO

VIGENTES PELOS PRAZOS NELES ESTABELECIDOS, DEVENDO SER LICITADOS COM A ANTECEDÊNCIA MÍNIMA DE DOZE MESES, CONTADOS DA DATA DE SEU TÉRMINO.	EXPRESSA DE PRORROGAÇÃO AINDA NÃO REALIZADA, PODERÃO TER SUA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA, A CRITÉRIO DO PODER CONCEDENTE.	EXPRESSA DE PRORROGAÇÃO AINDA NÃO REALIZADA, PODERÃO TER SUA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA, A CRITÉRIO DO PODER CONCEDENTE.
§ 1º NOS CASOS EM QUE O PRAZO REMANESCENTE DO CONTRATO FOR INFERIOR A DEZOITO MESES OU EM QUE O PRAZO ESTEJA VENCIDO, A ANTAQ DEVERÁ PROMOVER A LICITAÇÃO EM NO MÁXIMO CENTO E OITENTA DIAS, CONTADOS DA DATA DE PUBLICAÇÃO DESTA MEDIDA PROVISÓRIA.		
§ 2º A PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS REFERIDOS NO *CAPUT*, DESDE QUE PREVISTA EXPRESSAMENTE, SERÁ CONDICIONADA À REVISÃO DOS VALORES DO CONTRATO E AO ESTABELECIMENTO DE NOVAS OBRIGAÇÕES DE MOVIMENTAÇÃO MÍNIMA E INVESTIMENTOS.	§ 1º A PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE QUE TRATA O *CAPUT* DEPENDERÁ DA ACEITAÇÃO EXPRESSA DE OBRIGAÇÃO DE REALIZAR INVESTIMENTOS, SEGUNDO PLANO ELABORADO PELO ARRENDATÁRIO E APROVADO PELO PODER CONCEDENTE EM ATÉ 60 (SESSENTA) DIAS.	§ 1º A PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE QUE TRATA O *CAPUT* DEPENDERÁ DA ACEITAÇÃO EXPRESSA DE OBRIGAÇÃO DE REALIZAR INVESTIMENTOS, SEGUNDO PLANO ELABORADO PELO ARRENDATÁRIO E APROVADO PELO PODER CONCEDENTE EM ATÉ 60 (SESSENTA) DIAS.
	ART. 56. OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO CELEBRADOS ANTERIORMENTE À LEI N. 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, DEVERÃO SER RENOVADOS POR MAIS 1 (UM) ÚNICO PERÍODO, NÃO INFERIOR AO PRAZO CONSIGNADO NO RESPECTIVO CONTRATO.	**ART. 56.** (VETADO).

		PARÁGRAFO ÚNICO. OS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE PORTOS PÚBLICOS A EMPRESAS PRIVADAS CELEBRADOS PELA UNIÃO ANTES DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993 PODERÃO, A CRITÉRIO DO PODER CONCEDENTE E INDEPENDENTEMENTE DO SEU PRAZO DE VIGÊNCIA, SER RENOVADOS UMA ÚNICA VEZ, PELO PRAZO DE ATÉ 5 (CINCO) ANOS.	PARÁGRAFO ÚNICO. (VETADO).
	ART. 49. OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO EM VIGOR NA DATA DE PUBLICAÇÃO DESTA MEDIDA PROVISÓRIA PERMANECERÃO VIGENTES PELOS PRAZOS NELES ESTABELECIDOS, DEVENDO SER LICITADOS COM A ANTECEDÊNCIA MÍNIMA DE DOZE MESES, CONTADOS DA DATA DE SEU TÉRMINO.	**ART. 57.** OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO EM VIGOR FIRMADOS SOB A LEI N. 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, QUE POSSUAM PREVISÃO EXPRESSA DE PRORROGAÇÃO AINDA NÃO REALIZADA, PODERÃO TER SUA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA, A CRITÉRIO DO PODER CONCEDENTE.	**ART. 57.** OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO EM VIGOR FIRMADOS SOB A LEI N. 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, QUE POSSUAM PREVISÃO EXPRESSA DE PRORROGAÇÃO AINDA NÃO REALIZADA, PODERÃO TER SUA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA, A CRITÉRIO DO PODER CONCEDENTE.
		§ 2º A OBRIGAÇÃO PREVISTA NO § 1º RESPEITARÁ O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO E AS CONDIÇÕES DE COMPETITIVIDADE ENTRE PORTOS ORGANIZADOS E TERMINAIS DE USO PRIVADO.	§ 2º (VETADO).
		§ 4º A PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO EM VIGOR FIRMADOS SOB A LEI N. 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993, PODERÁ OCORRER POR	§ 4º (VETADO).

	UMA ÚNICA VEZ E PELO PRAZO MÁXIMO PREVISTO EM CONTRATO, DESDE QUE O ARRENDATÁRIO PROMOVA OS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A EXPANSÃO E MODERNIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS.	
	ART. 69. AS CONCESSÕES E PERMISSÕES MENCIONADAS NO § 3º DO ART. 1º DA LEI N. 9.074, DE 7 DE JULHO DE 1995, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.684, DE 30 DE MAIO DE 2003, VIGENTES POR OCASIÃO DA PUBLICAÇÃO DESTA LEI, SERÃO PRORROGADAS DE FORMA A SE ATINGIR O PRAZO DE 25 (VINTE E CINCO) ANOS, CONTADOS DA DATA DE ASSINATURA DO RESPECTIVO INSTRUMENTO CONCESSÓRIO, PODENDO SER PRORROGADO POR 5 (CINCO) ANOS.	**ART. 69.** (VETADO).

NOTAS

* Este artigo resulta de projeto de pesquisa desenvolvido junto ao Centro Interdisciplinar de Estudos em Transporte (CFTRU/UnB), sob orientação da Prof. Dra. Ana Claudia Farranha (UnB – Campus Planaltina), financiado com recursos oriundos de cooperação técnica entre a Universidade de Brasília (UnB) e Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR).

1 A definição de áreas e instalações portuárias operacionais encontra-se no art. 2º, IV, da Resolução n. 2.240 da ANTAQ.

2 O termo "outorga" costuma ser utilizado com frequência no universo das concessões, porém é preciso ter cuidado com a sua utilização, pois muitas vezes ele é empregado de forma imprecisa. Geralmente, é usado para designar qualquer transferência de serviço público a particular. Isso pode até ser correto se considerarmos o sentido lato da palavra "outorga", como uma entrega, uma transferência. Porém tecnicamente, outorga é uma forma de *descentralização* da Administração Pública, em que a Administração Pública Direta, por meio de lei própria, institui ou autoriza a criação de ente da Administração Indireta (autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública). Na outorga, transfere-se não apenas a prestação do serviço, como nas delegações, mas também a sua titularidade. Já a expressão "valor de outorga" tem outro significado: é um valor ofertado por uma licitante nas licitações para concessão com critério de julgamento "maior oferta" (ver Lei n. 8.987/1995). Diferente, também, é o "Plano de Outorga", que é um documento que relaciona as áreas do porto que serão *arrendadas* dentro do porto organizado, para uso público, ou *autorizadas*, no caso de terminais de uso privado.

3 Aqui se deve destacar um debate jurídico em torno do uso do instrumento PPP, conforme apontado pela Lei n. 11.079/2004 para essa modalidade de delegação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Ruschel:* novo marco regulatório atrairá investimentos privados em larga escala para os portos. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br>. Acesso em: 6 set. 2013.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. Delegações de serviços públicos. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 16, nov.-jan. 2009.

BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de direito portuário*. Brasília: Gráfica Alpha, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu et al**.** *Regulação portuária e concorrência*: pareceres jurídicos e econômicos. Abratec, p. 7-47, 2009.

FILHO, Marçal Justen. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 42, p.142-164, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n. 1.904/2009.* Plenário. Processo n. 021.200/2008-9. Relator: Walton Alencar Rodrigues.

_____. *Acórdão n. 2.896/2009*. Plenário. Processo n. 021.253/2008-2. Relator: Walton Alencar Rodrigues.

_____. *Desenvolvimento de Infraestrutura de Transportes no Brasil*: Perspectivas e Desafios. Brasília, 2007.

Ana Claudia Farranha

Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).
Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

Brasília – DF – Brasil
anclaud@uol.com.br

Conrado da Silveira Frezza

Mestrando em Transportes pela Universidade de Brasília (UnB).
Graduado em Direito e em Relações Internacionais pela Universidade do Vale do Itajaí.
Advogado, consultor da UNESCO, e pesquisador do Centro de Pesquisa em Transportes da Universidade de Brasília (CEFTRU/UnB).

Brasília – DF – Brasil
conradodasilveira@gmail.com

Fabiana de Oliveira Barbosa

Mestranda em Transportes pela Universidade de Brasília (UnB).
Graduada em Direito pelo UDF Centro Universitário.
Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Transportes da Universidade de Brasília (CEFTRU/UnB).

Brasília – DF – Brasil
conradodasilveira@gmail.com

RECEBIDO EM 09.11.2013 | APROVADO EM 04.11.2014

A MORALIDADE DO CONFLITO NA TEORIA SOCIAL:
ELEMENTOS PARA UMA ABORDAGEM NORMATIVA NA INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA

David Wilson de Abreu Pardo e Elimar Pinheiro do Nascimento

THE MORALITY OF CONFLICT IN SOCIAL THEORY: ELEMENTS FOR A NORMATIVE APPROACH IN SOCIOLOGICAL RESEARCH

RESUMO

O artigo analisa a moralidade do conflito na teoria social a fim de aclarar o potencial da categoria para uma abordagem normativa na investigação de situações sociais concretas. Para tanto, reconstrói ideias de alguns autores centrais do pensamento social, no interior de um quadro que os divide em modelos da manifestação, da interação e em críticos. Como resultado, diz-se que a tarefa da teoria é, antes de tudo, descrever e compreender como os atores mobilizam seus valores, nos embates que levam adiante. Porém a teoria pode contribuir, ainda, em diálogo com os mesmos atores sobre tais valores, para esclarecer a validade das exigências normativas em jogo, confrontando situações em que a autonomia está sendo ameaçada por distorções ou restrições estruturais do contexto.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria social; conflito; moralidade; direito; crítica.

ABSTRACT

The article examines the morality of conflict in social theory in order to clarify the potential of the category for a normative approach in the investigation of concrete social situations with the help of law and justice. To do so, the article reconstructs the ideas of some central authors of social thought, within a framework that divides them in models of manifestation, models of the interaction and critical models. As a result, it is said that the task of the theory is, first of all, to describe and understand how actors mobilize their values, in clashes that they advance. But the theory may also contribute, in dialogue with the same actors on such values, to clarify the validity of the normative demands at stake, confronting situations where autonomy is being threatened by structural distortions or restrictions of context.

KEYWORDS

Social theory; conflict; morality; law; criticism.

Introdução

Difícil imaginar, talvez impossível, alguma forma de convivência humana isenta de disputas entre os conviventes, seja por qual motivo for, econômico, político, cultural, ou outro. Para não falar do "conflito interior" do mesmo indivíduo, mais bem explicado

pela psicologia, certo é que todas as formações sociais conhecidas são atravessadas por oposições, desde as menos numerosas, como as famílias, até as mais abrangentes, como as nações. Crises conjugais e separações litigiosas, bem comuns hoje em dia, ilustram a realidade daquele núcleo social reduzido. Disputas regionais e guerras persistentes, a realidade do último, recordando, ainda, o estranhamento entre vizinhos, brigas na escola e em ambientes de trabalho, "guerras fiscais" entre Estados da mesma Federação. E ainda que os conflitos tendam a ser cada vez mais regulados na modernidade, com a redução progressiva dos níveis de violência física (PINKER, 2013), permanecem sendo um fato nas sociedades humanas. Sem surpresa, pois, que o conflito sempre tenha tido a atenção destacada das ciências sociais. Se dois temas básicos da teoria social são a interpretação da ação humana e o caráter ou a forma das instituições sociais (GIDDENS; TURNER, 1999, p. 7-21), então o conceito de conflito é revestido de uma centralidade inegável.

Quem sabe por causa das experiências aflitivas e do sofrimento que podem ser vivenciados nas situações de disputas, ou temor de se romper a relação estabelecida, há uma crença comum acerca da negatividade do conflito, tido como algo a ser eliminado, senão evitado. Visão não exclusiva do senso comum. Algumas abordagens sociológicas têm a mesma convicção, encarando os conflitos como sinais de disfunção, perturbação, desequilíbrio ou perda de harmonia. Já outra parte da teoria social desenvolve uma visão positiva sobre o conflito, esclarecendo seu papel de promover formas mais sofisticadas de interações sociais (NASCIMENTO, 2001, p. 92; MISSE; WERNECK, 2012, p. 7-25). Seja como for, a teoria social não pode ignorar que o conflito é também uma questão da moralidade, pois o conflito ocorre quando certa regra obrigatória para pelo menos uma das partes for burlada, na situação, pela outra, opondo aquela que luta pela regra a esta, ameaçada na condição de participante da interação (WERNECK (a), 2012, p. 35-37).

É claro que as motivações dos atores de um conflito podem ser múltiplas, assim bem de cunho material, político, de valores ou religioso (NASCIMENTO, 2001, p. 98). Interessa, porém, destacar a moralidade dos conflitos sociais, o fato de consistirem na oposição sobre as regras da ação, pois isso pode proporcionar a introdução de reflexões teóricas normativas provenientes do direito e da justiça, como temas da teoria política normativa, que é uma teoria acerca da legitimidade do poder e do próprio Estado, a partir de princípios morais (OLIVEIRA, 2003, p. 339). Na tradição kantiana, a moral constitui a orientação prática da ação humana em sentido racional (CORTINA, 2003, p. 21-22). Para os fins deste artigo, o ponto de vista moral é tomado, mais além da preocupação com os interesses próprios ou do grupo, como o da avaliação imparcial das questões de justiça (HABERMAS, 1999, p. 17). A justiça, assim, é encarada como tema da teoria política normativa contemporânea (SILVA (a), 2011). Já o direito guia e restringe o poder do Estado, autorizando a coerção estatal de acordo com direitos e responsabilidades individuais que decorrem

de decisões políticas anteriores baseadas nos princípios da comunidade política (DWORKIN, 1999).

A abordagem sobre a moralidade dos conflitos inicialmente ajuda a entender como diferentes morais "são construídas, mas sobretudo como são operadas" (WERNECK (b), 2012, p. 345). Nessa perspectiva metodológica da pesquisa acerca dos conflitos importa, antes de tudo, reconstruir a própria visão dos atores envolvidos, a posição na disputa e as razões que levantam para se posicionarem. Desse modo, já se leva a sério a autonomia do agente e sua capacidade de encaminhar a disputa. Todavia, a sugestão é que esse primeiro passo resulte em uma base social para uma abordagem normativa na investigação de situações sociais concretas com auxílio do direito e da justiça. Ao continuar uma pesquisa com esse auxílio, a teoria social pode reforçar sua relevância prática, ajudando a esclarecer a validade das exigências normativas em jogo, ao articular razões de maneira adequada. Com isso, torna-se mais robusto o confronto das situações em que a autonomia do agente talvez esteja sendo ameaçada por distorções ou restrições estruturais do contexto. Ao mesmo tempo, as discussões ao nível do direito e da justiça acabam se valendo de uma base empírica importante, ao levarem em conta como atores sociais mobilizam concretamente seus valores para sustentar as respectivas ações.

A fim de sugerir essa postura teórico-metodológica nas pesquisas sobre conflitos sociais, convém repassar abordagens de alguns autores-chave da teoria social. Visando, pois, aclarar o potencial da categoria para investigação de situações sociais concretas com o auxílio do direito e da justiça, o artigo reconstrói ideias de autores destacados do pensamento sociológico, sobre a moralidade do conflito. O plano de trabalho contém a reconstrução de algumas das abordagens mais significativas no interior de um quadro de classificação que as distribui em modelos da manifestação (1), modelos da interação (2) e modelos críticos (3). A explanação é progressiva e busca demonstrar a importância teórica de uma aproximação entre pesquisa sociológica e direito e justiça. Ao final, há uma defesa da relevância prática das observações teórico-normativas na investigação sociológica sobre os conflitos.

1 Modelos da manifestação na teoria social do conflito

Misse e Werneck (2012, p. 9) indicam haver uma competição teórica entre dois polos típico-ideais sobre o conceito de conflito: (1) a abordagem macro, com o caráter já dado de condições que causam os conflitos, apontando as fundamentações marxista e weberiana como os exemplos; (2) e a abordagem micro, que foca o caráter construído e interacional ou situacional dos conflitos, com ênfase na produção de significados moralmente divergentes (MISSE; WERNECK, 2012, p. 10).

No texto solitário da coletânea, Werneck (b, 2012, p. 340-345) retoma a questão dos quadros interpretativos das ciências sociais, mas os apresenta em uma terminologia

distinta: (1) modelo da manifestação, segundo o qual os conflitos são estudados como o capítulo intensificado do entendimento de outra ordem de fenômenos mais gerais, quer dizer, os conflitos seriam manifestações destes. Marx e Durkheim são os exemplos; (2) modelo da investigação, pelo qual as situações de conflito são tomadas como "mundos sociais" à parte, dotados de lógicas próprias, a serem entendidas de um ponto de vista da descrição e da compreensão de suas regras operacionais. Haveria, ainda, dois modelos adicionais: (3) construcionista, em que a análise sociológica considera a conflituosidade espaço de disputa entre posições, não de disputa com uma posição; em complexificação ulterior, (4) a sociologia da moral, que foca a "maneira como os atores mobilizam seus valores para dar sustentação a suas ações" (WERNECK (b), 2012, p. 345).

Os esquemas indicados autorizam distribuir a reconstrução das ideias de autores destacados do pensamento sociológico em uma sequência progressiva. A hipótese é a de que o aprendizado da teoria social desemboca em perspectiva suficientemente desenvolvida para complementar a análise dos conflitos à luz do direito e justiça. Neste trabalho, opta-se por uma combinação sintética dos quadros, para se reconstruir os argumentos dos autores da sociologia. A abordagem macro do primeiro esquema é a mesma do modelo da manifestação. Elege-se este último termo por questão de estilo e por ser mais representativo do tipo de abordagem realizada, já que manifestar é tão somente reproduzir, em dimensão distinta, o que está inscrito na estrutura central. Por consequência, o outro polo de abordagem não é designado como "micro". Mas, com a exclusão da expressão "micro", não se adota o termo "investigação", pois se posiciona mais próximo do procedimento de abordagem do pesquisador que do objeto, enquanto o termo "manifestação", pelo uso corrente da linguagem, sugere o inverso. Não obstante o abalo das fronteiras rígidas entre o sujeito e o objeto nas ciências sociais, mas visando a uma uniformidade conceitual, neste trabalho o antípoda do modelo da "manifestação" é o modelo da "interação", que realça o caráter construído e situacional de um conflito. Já as outras distinções são absorvidas quando se fala dos modelos críticos.

Como se escreveu, são incluídas no modelo da manifestação as teorias de Marx e de Durkheim. O pensamento de Weber, todavia, é tratado como modelo da interação, ao lado de Simmel. Nos modelos críticos, o espaço é reservado a Boltanski e a Honneth, cada qual ao seu modo avançando as contribuições das teorias do modelo da interação, até ao ponto de permitir inserir uma abordagem normativa na investigação sociológica do conflito. As próprias alocações dos autores nos quadros classificatórios, de todo modo, são depois submetidas à confirmação, no momento em que se avalia a contribuição de cada um, para fugir da arbitrariedade. Finalmente, convém esclarecer que a retomada das ideias desses autores é bastante pontual, no trabalho, em vista do objetivo estrito delineado. Está fora de propósito repassar, aqui, outras várias dimensões de suas extensas obras, algo por si só de grande relevância, mas sem espaço e pertinência para o que se pretende sustentar neste artigo.

1.1 Karl Marx

No *Manifesto do Partido Comunista* escrito com Engels, Karl Marx inicia com a famosa proposição de que "até hoje, a história de toda sociedade é a história das lutas de classe" (MARX; ENGELS, 2012, edição eletrônica). A história é tida como a luta permanente entre opressores e oprimidos, com estratificação completa da sociedade em diferentes estamentos e gradação de posições sociais. Na moderna sociedade burguesa, novas classes assumem posições correspondentes a opressores e oprimidos, externando novas condições de opressão e formas de luta. Essa sociedade, composta de várias classes e segmentos sociais, tem em dois grandes campos inimigos as duas classes frontalmente opostas, a burguesia e o proletariado. O surgimento e a evolução da burguesia moderna, e o seu correspondente progresso político, perfazem longo processo de desenvolvimento e transformações dos modos de produção e de circulação, com afirmação do Estado representativo, tido como mera comissão que administra os negócios comuns de toda a classe burguesa.

É atribuído papel revolucionário à burguesia, no *Manifesto*. Mas as conquistas da burguesia conduzem ao questionamento sobre as relações de produção engendradas pelo sistema de classes e propriedade. Já não seria mais a moderna sociedade burguesa capaz de dominar os poderosos meios de produção e circulação que conjurou. Do outro lado do polo posicionam-se os proletários, trabalhadores modernos que sobrevivem da venda de sua força de trabalho, se encontram trabalho, destituídos que são dos meios de produção. Por sua vez, seu próprio trabalho multiplica o capital, tornando-os, dessa forma, produtores da mais-valia. Precisam vender a sua força de trabalho a varejo, constituindo, assim, mercadorias como qualquer artigo vendido no comércio, e, ainda, lutando contra as relações de produção burguesa. O proletariado é a classe verdadeiramente revolucionária, a qual só pode conquistar as forças produtivas da sociedade na medida em que puser um fim ao seu modo produtivo peculiar, baseado na propriedade privada dos meios de produção.

Pela ótica marxista, o primeiro passo para a revolução é alçar o proletariado à condição de classe dominante. Uma vez desaparecidas as diferenças de classe e estando toda a produção nas mãos dos indivíduos associados, *o poder público perde seu caráter político*. O poder político é poder organizado de uma classe para opressão. A sociedade sem classes é a *associação na qual o livre desenvolvimento de cada um é condição para o livre desenvolvimento de todos*. Sendo assim, o conflito em Marx adquire positividade ímpar. A luta de classes é o motor da história da humanidade, o mecanismo responsável pelas transformações sociais e pelo progresso. A interpretação marxista, de todo modo, é um modelo de manifestação porque todas as demais disputas entre atores sociais não passam de manifestações da luta de classes, do conflito central advindo da apropriação privada dos meios de produção. Não é de hoje que se denuncia o problema de reduzir as tensões sociais em geral a um conflito central, aquelas deixando de ter realidade própria (NASCIMENTO, 2001, p. 93), pois, com

isso, finda havendo a desvalorização da política, restringida ao poder organizado de uma classe sobre a outra.

O pluralismo das formas de vida, na sociedade contemporânea (RAWLS, 2000), não permite mais imaginar que a sociedade sem classes resultaria na ausência de qualquer outra diferença ou contradição social. A diferenciação funcional e social crescente da vida moderna torna por demais embaçado o pensamento utópico da sociedade humana homogênea, mesmo em nome da liberdade. A experiência histórica revela que a luta por igualdade e liberdade é pela afirmação e aceitação de formas de vida cada vez mais diferenciadas. Busca-se a igualdade na diferença, ou a igualdade, porque diferente. A oposição à igualdade não é a diferença, mas sim a desigualdade. E o caráter distintivo de uma prática social ou de um grupo minoritário tem sido o ponto de partida para a emancipação social, como comprovam as diversas lutas das minorias nos séculos XX e XXI. Portanto, a política é muito mais diversificada, do ponto de vista empírico e conceitual, do que sua redução ao poder organizado de uma classe supõe.

O conflito assume uma positividade ímpar no pensamento de Marx, na medida em que o propósito é alcançar a sociedade sem classes, na qual *o livre desenvolvimento de cada um é a condição para o livre desenvolvimento de todos*. Por isso, a oposição do proletariado se origina na experiência negativa vivenciada, na opressão. Sua concepção de bem comum é distinta da concepção da classe burguesa. Nessa quadra, a sociologia do conflito de Marx no *Manifesto do Partido Comunista* pode ser alçada à condição de uma sociologia *da* moral, pois descreve a genealogia dos motivos, como as diferentes morais são construídas e operadas pelos atores e como estes mobilizam os seus valores para dar sustentação a suas próprias ações. Ao mesmo tempo, é uma sociologia moral, ao tomar partido por uma forma antecipada de organização social. Quando se entendem as proposições desse modo, faz todo sentido opor a Marx as críticas anteriores, quanto a operar um reducionismo do mundo social do conflito, afora o momento histórico já bem distante em que foi construída a sua análise. Marx não ignorou o fato de o conflito social ser também uma questão da moral, conquanto tenha formulado antecipadamente e de maneira concreta e detalhada qual a moral para o conflito central que lhe interessava.

1.2 Émile Durkheim

Outro modelo importante na teoria social do conflito é o de Émile Durkheim. Nascimento (2001, p. 91) aponta que esse autor concebe os conflitos de três maneiras. A primeira noção define *conflitos como tensões normativas que ocorrem no nascedouro da sociedade moderna*. A segunda reporta-se ao *confronto de interesses entre grupos sociais*, com a modernidade apresentando o nascimento de novos grupos fundamentais. Preocupado com a manutenção da nova sociedade, um conceito central de conflito em Durkheim está relacionado ao termo "anomia", donde *conflitos resultantes da ausência de normas que*

ofereçam objetivos claros aos indivíduos. Diferentemente das primeiras noções, esta última tem uma conotação negativa, pois foca o comportamento desviante da ordem social, conceito este tão caro a Durkheim e, em virtude do que sempre foi tido, de forma discutível, como um teórico conservador. Nessa ótica, a moralidade do conflito também é manifesta, mas, no extremo oposto a Marx, com negatividade ímpar, já que afeta a solidariedade social, ou o objetivo de toda sociedade, que é suprimir, ou, quando menos, moderar a guerra entre os homens (DURKHEIM, 2012, p. VII).

Não é porque Durkheim estivesse preocupado com a questão da ordem que há a impossibilidade de abordar no seu pensamento a temática do conflito social (ZOFIO; BONAVENA, 2008). Os conceitos de "anomia" e "semelhança" são construções que já tornam observável a oposição entre fenômenos na realidade social, a abertura para uma consideração dos problemas que investiga a sociologia do conflito e a sua explicação como a premissa de toda intervenção sociológica. Portanto, o conflito tem centralidade metodológica também em Durkheim, agora na dupla função de ameaçar uma ordem estabelecida, e, de outro lado, de obrigar a constituição de novas normas que assegurem a reprodução do sistema social. Os conceitos mencionados pertencem ao método de investigação que, mediante estudo da desordem (no caso, provocada particularmente pelos processos então recentes de industrialização e urbanização), busca uma chave para compreender a intervenção sociológica. O objetivo desta é a formação de uma sociedade coesa e solidária.

Durkheim procura estabelecer uma teoria da estabilidade social, cujo âmbito de aplicação é o todo social, ocupando-se de situações em que há fenômenos de alterações de equilíbrio e de perturbações mais prolongadas. Tais desequilíbrios mais prolongados, por sua vez, remetem à evolução social, são próprios da época social pós-revolucionária então vivenciada que enfrenta obstáculos estruturais na passagem à plena solidariedade orgânica. Por essa leitura, a contribuição de Durkheim para a teoria do conflito decorre do estudo de desequilíbrios profundos originados nas fases de mudança, especialmente na passagem entre formas de solidariedade.

Mudanças profundas, e em muito pouco tempo, na estrutura das sociedades, com emancipação do tipo segmentário, acarretaram regressão da moral correspondente, sem a outra se desenvolver depressa o suficiente para ocupar o terreno (DURKHEIM, 2012, p. 431). Nesse contexto, o primeiro dever é criar uma nova moral. E o remédio para o mal não está mais em ressuscitar tradições e práticas que já não correspondem às condições presentes do estado social, pois só teriam vida artificial, aparente. Para cessar a anomia, é preciso encontrar os meios para fazer os órgãos que ainda se chocam em movimentos discordantes concorrerem em harmonia, é necessário, pois, "introduzir em suas relações mais justiça" (DURKHEIM, 2012, p. 432). Afinal, na acepção mais madura no pensamento de Durkheim, conflito é "sobretudo carência de uma definição dos fins dos indivíduos" (PIZZORNO, 1977, p. 67).

O pensamento de Durkheim é um exemplar da manifestação do conflito social por fazer este depender de uma estrutura central prévia. Ao estado de anomia devem ser atribuídos os conflitos incessantemente renascentes (DURKHEIM, 2012, p. XVII). Depois de demonstrar que a verdadeira função da divisão do trabalho social é "criar entre duas ou várias pessoas um sentimento de solidariedade" (DURKHEIM, 2012, p. 21), sendo essa uma condição das sociedades modernas, diz que, por isso, o seu caráter moral, pois as necessidades de ordem, harmonia e de solidariedade social são geralmente tidas como morais (DURKHEIM, 2012, p. 30). Todavia, não se trata mais da solidariedade mecânica, derivada da similitude das consciências, pela qual os indivíduos são socializados à custa da individualidade própria. Na vida social derivada da moderna divisão do trabalho, o indivíduo, com a fisionomia e a atividade pessoais que o distingue dos outros, "depende deles na mesma medida em que se distingue e, por conseguinte, da sociedade que resulta de sua união" (DURKHEIM, 2012, p. 216). Esta, a solidariedade orgânica.

A anomia vem a ser exatamente a ameaça à solidariedade orgânica, a qual exige seja pretederminada, ao menos nas circunstâncias mais frequentes. Sem isso, haveria novas lutas a cada instante e ocorreriam conflitos sempre renovados, resultando em uma solidariedade não mais que virtual e obrigações mútuas debatidas de novo em cada caso particular. É certo que, por mais precisa que possa ser a regulamentação, sempre deixa um espaço para muitos atritos. "Mas não é necessário, nem mesmo possível, que a vida social seja sem lutas. O papel da solidariedade não é suprimir a concorrência, mas sim moderá-la" (DURKHEIM, 2012, p. 382). A regulamentação é resultante de um processo de estabilidade das relações sociais e tem importância fundamental. Sem ela, não haveria a harmonia regular das funções. Ela é, por assim dizer, o reverso da medalha da divisão do trabalho social, ponta da cadeia que dessa divisão extrai a solidariedade orgânica e torna possível sua reprodução. Sem regulamentação, há estado de anomia.

Seja como for, o determinismo de Durkheim advém da visão funcional da ordem social, que se baseia na divisão do trabalho. Com isso, a moralidade dos conflitos vai ao ponto de antecipar o valor concreto e detalhado a ser oposto ao problema, o qual, desde o seu início, é algo a ser evitado. Os modelos da manifestação apresentam sempre essa falha, pois a submissão do conflito a uma estrutura social mais geral já antecipa a forma de sua configuração e, até mesmo, de sua resolução, ainda que reconheçam ser um fato inevitável na vida social. Isso torna a análise dos conflitos mera aplicação de conceitos gerais construídos abstratamente e *ex ante*. O risco é esse tipo de abordagem obscurecer ou impedir a compreensão dos mecanismos e lógicas próprios de determinado conflito, nas complexas condições da vida contemporânea, com diferenciação crescente. Ou seja, aqui vale plenamente o que já fora dito a respeito da moralidade do conflito em Marx.

2 Modelos da interação na teoria social do conflito

2.1 Max Weber

O pensamento de Max Weber é considerado modelo de compreensão do conflito como interação por propor ser um domínio da sociologia o estudo da ação social, das relações e formas de interação dos agentes, carregadas de intencionalidade. Weber não encara o conflito como resultado de um estado anormal ou fase histórica negativa, mas ação cotidiana e histórica resultante da concorrência por bens escassos, compreendidos em sua multiplicidade, materiais e simbólicos (SILVA (b), 2011, p. 8). Ou, como escreveu outro autor, a corrente que se reclama de Weber atribui ao ator social a capacidade de agir, maximizando os seus interesses, enquanto outra perspectiva se dirige mais para a estrutura da sociedade e para atores coletivos (FERNANDES, 1993, p. 790).

A chave para entender Weber como o proponente de um modelo da interação, portanto, é metodológica, senão epistemológica, pois relativa à definição da sociologia como uma ciência que busca compreender interpretativamente a ação social. Johannes Winckelman realça, no prefácio à quinta edição de *Economia e sociedade*, o significado metodológico da categoria *sentido subjetivamente visado* e das consequências da ação social na sociologia de Weber, quando registra que é sempre a ação social que provoca fenômenos sociologicamente relevantes e que o acesso à ação humana necessariamente passa pela intenção humana (WINCKELMAN, 2012, p. XXVI).

Considere a concepção algo neutra de luta em Weber. A luta constitui a relação social em que as ações se orientam pelo propósito de impor a própria vontade contra a resistência do ou dos parceiros (WEBER, 2012, p. 23). Pela concepção, é possível analisar o conflito social como produção de significados moralmente divergentes. Às condições da luta, além de todas as qualidades individuais ou de massa imagináveis, pertencem, também, as ordens pelas quais se orienta o comportamento das pessoas na luta, de uma maneira seja tradicional, seja racional referente a valores ou a fins (WEBER, 2012, p. 24). A ordem é definida, por sua vez, como o conteúdo do sentido de uma relação social nos casos em que a ação se orienta por "máximas" indicáveis. Já uma ordem "legítima" é a que aparece com o prestígio de ser modelar ou obrigatória (WEBER, 2012, p. 19). Por seu turno, os agentes que atribuem vigência legítima a uma ordem são: tradição (sempre foi assim), crença efetiva (novo revelado ou exemplar), crença racional referente a valores (o que se reconhece absolutamente válido), e estatuto existente (legalidade acreditada).

Se, pois, o motivo da ação social para Weber é a conexão de sentido que, para o próprio agente ou para o observador, constitui a razão de um comportamento quanto ao seu sentido, e se o objeto a ser investigado pela sociologia é precisamente a conexão de sentido das ações (WEBER, 2012, p. 8-9), então à perspectiva teórica em tela pode ser consignado o papel de tentar entender como diferentes valores ou quadros

de referências abstratos de administração do bem são operados pelos agentes, nas suas disputas. Seria possível analisar como são construídos e como são operados os valores divergentes em cada conflito, qual a sua lógica própria, ainda que relativa, entendendo-o, portanto, do ponto de vista de regras operacionais. Weber dedicou todo o capítulo III de *Economia e sociedade* para descrição dos tipos de dominação então conhecidos, a dominação legal com quadro administrativo burocrático, a dominação tradicional e, enfim, a dominação carismática. Contudo, aqui, importa mais perceber que o potencial heurístico decorre da metodologia e da perspectiva teórica mais geral do trabalho de Weber.

Para o autor, "tanto a luta de classes, como a luta política, são sempre, ainda que não apenas, disputas de ordem cultural-valorativa, em que são dirimidas concepções do mundo e formas alternativas de outorgar-lhe sentido" (ARONSON, 2008, p. 126-127). Por isso, a consideração do seu pensamento como um modelo da interação, já que realça o caráter construído, situacional do conflito. E se Weber construiu padrões abrangentes de leitura da ordem legítima, não impingiu ao conflito o papel de disfunção a ser evitada ou algo essencialmente negativo a ser superado. Aqueles padrões abrangentes decorrem da análise histórico-comparativa do método de investigação, são descrições de práticas observáveis, do que propriamente justificativas de um ponto de vista normativo, tal qual o esforço feito por Durkheim para fundamentar a divisão do trabalho como a moderna fonte da solidariedade social. Em Weber, não há a submissão da luta à questão da ordem nem se antepõe algum valor substantivo detalhado ao problema a examinar. Contudo, se a abordagem não obscurece e nem impede a investigação dos mecanismos e lógicas próprios dos conflitos, não há, no entanto, uma descrição mais detalhada da questão. Weber não avançou uma fenomenologia do conflito do modo como o fez Simmel.

2.2 Georg Simmel

Com efeito, em Simmel se encontra uma descrição detalhada do conflito, que se afigura necessário reconstruir. O texto central dessa descrição se extrai da *Soziologie* de 1908. Na reconstrução a seguir, foi utilizada a edição em inglês, de 1964, publicada sob o título *Conflict* (SIMMEL, 1964, edição eletrônica). Por se utilizar a edição eletrônica atual daquela edição, não se faz referência às páginas que contêm os conceitos e as proposições elaborados pelo autor, mas apenas aos títulos das seções com as quais se organiza o escrito. A estratégia é reproduzir quase textualmente a argumentação do autor, naquilo que importa para este artigo, para em seguida avançar a explanação dos modelos críticos.

No prefácio, Everett Cherrington Highes adianta a visão geral que Simmel tem do conflito, para quem as mudanças não seriam sinais de distúrbio de algo naturalmente estável. Antes disso, a própria estabilidade é vista como balanço temporário entre forças em interação; e forças são, por definição, capazes de ser descritas somente em

termos de mudanças. Destarte, Simmel afirma que o conflito é projetado para resolver dualismos divergentes, modo de alcançar algum tipo de unidade, ainda que por aniquilação de uma das partes. O conflito resolve uma tensão entre contrastes. E buscar a paz é apenas uma óbvia expressão de sua natureza.

Ambas as formas de relação, antagônica ou convergente, são fundamentalmente distinguidas da mera indiferença de dois ou mais indivíduos ou grupos. E ao implicar a rejeição ou a terminação da relação, a indiferença é puramente negativa. Nisso diferindo do conflito, que contém algo positivo, conquanto integrado a seu aspecto negativo. Para Simmel, esses dois aspectos podem ser conceitualmente separados, não empiricamente.

Daí poder falar da *relevância sociológica do conflito*. Contradição e conflito não somente precedem a unidade da personalidade do indivíduo, mas são operativas nesta, e em cada momento de sua existência. De maneira similar, a unidade social se dá com correntes convergentes e divergentes interligadas e inseparáveis. Por certo, a sociedade, a fim de atingir determinada forma, precisa de quantidade proporcional de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Por assim dizer, a sociedade é o resultado de ambas as categorias de interação. A unidade é uma totalidade que alcança relações unitárias e dualistas. É dizer, elementos negativos e dualistas jogam papel inteiramente positivo no quadro mais compreensivo, a despeito da destruição que podem causar em relações particulares.

Assim, o *conflito* (é) *uma força integrativa no grupo*. Para melhor falar acerca da proposição, Simmel explica que há dois tipos de oposição. Pela primeira, certa quantidade de discordância, divergência interna e controvérsia externa estão vinculadas aos elementos que ao final mantêm os grupos juntos. Na outra, as estruturas se destacam pela agudeza e cuidadosamente preservam a pureza das divisões e gradações sociais. No quadro em consideração, o desaparecimento de energias repulsivas pode resultar em um fenômeno tal como se o grupo fosse privado das forças de cooperação, afeição, cuidado mútuo e harmonia de interesse. "Nossa oposição provoca a sensação de que não somos completamente vítimas das circunstâncias. Permite-nos provar conscientemente a nossa força e só assim dá vitalidade e reciprocidade às condições das quais, sem tal corretivo, nós gostaríamos de nos retirar a qualquer custo" (SIMMEL, 1964). A oposição pode alcançar um balanço mais íntimo, uma influência específica, um sentimento de poder virtual. Em relações externas e de pouco significado prático, percebe-se uma função exercida pela aversão e por sentimentos de oposição e repulsa mútuas. Assim, a forma de vida moderna urbana é baseada em uma hierarquia extremamente complexa de simpatias, indiferenças e aversões. Enquanto a esfera da indiferença é relativamente limitada, a antipatia aparece como fase preparatória de antagonismos concretos, produtora da forma metropolitana de vida e sua indissolúvel totalidade.

De todo modo, em *homogeneidade e heterogeneidade nas relações sociais* é dito que as relações de conflito não produzem, por elas mesmas, uma estrutura social, mas

somente em cooperação com forças unificadoras. Do que decorre a chamada mistura de correntes convergentes e divergentes dentro de um grupo. Na própria relação, elas estão fundidas em uma unidade orgânica na qual nenhuma se faz sentir com seu próprio poder isolado. Por tudo isso, é possível tomar o *antagonismo como um elemento na sociação*. Mais do que isso, aliás. A oposição tem uma presença tão forte na sociação, termo usado por Simmel para se referir à interação entre os atores sociais, que se pode falar até mesmo na *natureza primária da hostilidade*. Destarte, o primeiro instinto com o qual o indivíduo se afirma é com negação do outro. Esse instinto de oposição emerge como inevitabilidade de um movimento reflexo, como um instinto de luta *a priori*. E, no outro extremo do horizonte, destaca as *qualidades comuns vs. pertencimento comum em uma estrutura social maior como bases do conflito*. Pessoas que têm muito em comum frequentemente fazem pior ou mais errado um com o outro, que com os mais completos estranhos. Ou o estranhamento entre pessoas muito íntimas costuma ser passionalmente expansivo e sugere o esquema do fatal *não você!*

Simmel ainda descreve outras dimensões do tema, como os jogos antagônicos, o conflito legal, os conflitos sobre causas, os conflitos em relações íntimas etc. E a edição estudada ainda abre capítulo para a descrição da *competição*, prática na qual o conflito é indireto, pois refere esforços paralelos por ambas as partes a respeito do mesmo prêmio. E outro capítulo em que se analisa *o conflito e a estrutura do grupo*, ou o significado do conflito para a própria estrutura de cada parte.

É feita, ainda, a afirmação importante de que o indivíduo pode se deixar seguir; mas no ataque ou na defesa, o indivíduo muda ele próprio. E muda positivamente, na visão do autor, pois a oposição provoca a sensação de que não se é completamente vítima das circunstâncias, conforme visto. Permite provar conscientemente a força e somente assim dá vitalidade e reciprocidade às condições das quais, sem tal corretivo, a intenção seria se retirar a qualquer custo. Por meio do conflito, pode haver uma afirmação positiva dos indivíduos envolvidos e das relações sociais respectivas. Assim, também se trata de uma perspectiva teórica que pode contribuir para se entender como os diferentes valores, ou diferentes quadros de referências abstratos de administração do bem, são operados pelos agentes, nas suas disputas. Mas é dado um passo além de Weber, pois explicitamente se imputa ao conflito uma força capaz de impulsionar desenvolvimentos morais.

3 Modelos críticos na teoria social do conflito

Tanto nos modelos teóricos da manifestação quanto nos modelos da interação a moralidade do conflito pode ser visualizada, não obstante as implicações sejam distintas em cada grupo de modelos. Nos primeiros, a dependência dos conflitos a uma estrutura central que cabe reproduzir faz com que os atores sociais acabem considerados sujeitos sem autonomia na vida cotidiana, não sujeitos da própria história. A

moralidade vem de fora do mundo da vida, imposta pela visão do observador. Nos últimos, ao contrário, os atores sociais são considerados sujeitos capazes de juízo moral e ação. Como foi dito, a oposição provoca a sensação de que não se é completamente vítima das circunstâncias, permitindo a afirmação positiva dos indivíduos envolvidos e suas relações sociais. Nos modelos da interação, portanto, a moralidade não é imposta por um observador externo, mas estabelecida internamente pelos próprios agentes, no contexto das suas interações.

Os modelos críticos da teoria social, entretanto, é que avançam o esclarecimento teórico-metodológico da moralidade do conflito, proporcionando uma análise integrada de situações sociais concretas à luz do direito e da justiça. Para tais modelos, os atores têm capacidade de encaminhar o conflito do ponto de vista da justiça, seja construindo o regramento das disputas, para a dimensão negociada da vida social, na modernidade, seja lutando contra as injustiças percebidas no interior das relações intersubjetivas.

3.1 Luc Boltanski

A tese de que a oposição muda o indivíduo positivamente tem uma interpretação na proposição segundo a qual, no conflito, dispositivos morais funcionam como índices do esforço dos atores sociais para rotinizar a paz, a concórdia e a ordem social; ou romper a paz opressora, irromper disputas para transformação da rotina (MISSE; WERNECK, 2012, p. 16). Nessa perspectiva, haveria uma dimensão negociada da vida social, em cujo interior conflitos "promovem o surgimento de formas altamente sofisticadas de aplacar o incômodo produzido pelas diferenças de posições ocupadas pelos atores sociais" (MISSE; WERNECK, 2012, p. 17). Werneck denomina essa visão de uma abordagem pragmatista da moral para a sociologia do conflito. Trata-se de um modelo "baseado na ideia de que as ordens modernas se estabeleceram em torno de uma disposição para o acordo centrada em um imperativo de justificação baseado em princípios superiores de bem comum", com a suposição básica de que os atores são "dotados de uma 'capacidade crítica' e podem usá-la conforme as situações lhes apresentem contrariedade", mediante críticas que precisam ser justificadas de acordo com "gramáticas morais" para a prática de "ações competentes" (WERNECK (b), 2012, p. 346).

Dessa maneira, seria possível pensar a vida moderna como um mundo em que os regramentos de disputas se colocam onde antes a disposição para o acordo não ocorria. Pelo que, na modernidade, a dinâmica do conflito regulado por regramentos em disputa abrange toda a vida social com estados temporários situacionais, sempre questionáveis, que se tornam carentes de justificação, quando são questionados, para evitar a violência. Werneck identifica na sociologia pragmatista francesa (BOLTANSKI; THÉVENOT, 2006), iniciada nos anos 1980, as bases de modelo que, a partir da afirmação do caráter negociado das relações sociais e ainda de que a vida social depende

de como as pessoas se entendem, toma como uma questão crucial "a maneira como se dá esse entendimento" (WERNECK (a), 2012, p. 87).

No âmbito do Grupo de Sociologia Política e Moral da Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais, quase sempre escrevendo e publicando junto com outros cientistas sociais da mesma instituição, como Laurent Thévenot, Luc Boltanski construiu uma sociologia pragmática da crítica como um novo paradigma na teoria social. A sociologia pragmática da crítica rejeita a ideia da separação entre o ponto de vista supostamente objetivo do cientista social e a perspectiva irrefletida dos agentes "ordinários". Os atores são considerados capazes de formas de reflexividade crítica que os observadores científicos frequentemente consideram como monopólio seu (CELIKATES, 2012, p. 30). E o objeto de pesquisa consiste nos litígios e contendas sociais, com o intuito de identificar os princípios ou valores que definem as posições nos conflitos (SOBOTTKA; SAAVEDRA, 2012, p. 131).

No modelo, um traço basal na vida moderna é a *disposição para o acordo*, cuja operação se realiza na procura por uma generalidade abstrata que converta as diferenças entre os atores sociais em equivalência. Na procura, portanto, de um *princípio superior comum*. Esta seria, então, outra dimensão modelar da vida social moderna: como "'agentes competentes', dotados de 'capacidade crítica', cobramos uns dos outros o sentido de nossas ações, a fim de lhes conferir legitimidade" (WERNECK (a), 2012, p. 88).

Por sua vez, ainda no modelo, a legitimidade é produzida pela qualificação da ação por uma demonstração de que ela produz bem comum. E justiça aparece como o termo central: "a busca por bem comum operada pelos atores nas situações críticas é um questionamento por provas de que a situação seja justa" (WERNECK (a), 2012, p. 89). A forma de prestação de conta no modelo é a justificação, o "processo central de produção de legitimidade na vida moderna: quando a capacidade crítica entra em ação ela ativa a máquina de legitimidade operada por provas de bem comum" (WERNECK (a), 2012, p. 90). O que está no centro da teoria pragmatista da moral é uma capacidade de agir dos atores, ou agência, não uma estrutura que predetermina todas as consequências.

Nessa teoria, por "competência" se entende justamente a faculdade apresentada pelos atores para a desenvoltura em uma determinação lógica de ação, ou, ainda, "um traço demonstrado nas próprias ações localizadas, apontando para sua alocação em determinada gramática actancial moral" (WERNECK (a), 2012, p. 91). O procedimento da abordagem sociológica dessa perspectiva teórica consiste, então, em descrever, tipificar e modelizar os conjuntos de dispositivos que os atores sociais mobilizam para justificar os seus estados situacionais, as suas grandezas (WERNECK (b), 2012) toda vez que questionados pela capacidade crítica do outro com base em uma ideia do bem comum.

Com efeito, Boltanski e Thévenot pretendem levar a sério o senso de justiça, por meio de modelo teórico no qual as visões normativas das pessoas podem ser

plenamente consideradas e, com isso, construindo uma ponte entre ciências sociais e filosofia moral (BOLTANSKI; THÉVENOT, 2000). Trata-se de instrumento de análise de operações que as pessoas realizam quando recorrem à crítica, quando têm de justificar sua crítica, quando se justificam em face da crítica do outro, ou colaboram na busca de um acordo justificado. O modelo parte das reivindicações feitas pelas pessoas, das suas diferentes gramáticas de justiça, para clarificar as diferenças e pontos de convergência entre estas gramáticas. É um modelo de competência, já que busca a formalização da competência que as pessoas colocam em uso quando agem se referindo a um senso de justiça. O que requer ascender a um nível de generalidade, a fim de demonstrar como as reivindicações de justiça podem satisfazer certas condições de validade que suportam uma demanda de universalização. A consideração da capacidade crítica dos atores e o recurso a princípios comuns superiores dão sentido às ações sociais em uma situação de disputa. O trabalho é o de descrever o senso de justiça dos atores e construir modelos de competência com os quais esses mesmos atores têm de estar dotados a fim de enfrentar as situações críticas ordinárias (BOLTANSKI; THÉVENOT, 1999, p. 364).

Já se disse que a proposta final do modelo deixa pouco espaço para a questão da validade da justificação, para além da convicção dos próprios participantes do momento crítico (SOBOTTKA; SAAVEDRA, 2012, p. 142). Porém nada impede que se faça uma articulação do modelo com um ponto de vista de avaliação da validade dos dispositivos que os atores sociais em luta mobilizam em seu favor, ou seja, com relação a um critério normativo. Há, inclusive, outro quadro crítico na teoria que avança tal orientação como a mais apta para análise dos conflitos. Estes seriam motivados pela busca da realização da justiça, com validade transcendente ao regime de justificação, num momento crítico particular (SOBOTTKA; SAAVEDRA, 2012, p. 141). O quadro corresponde ao modelo da Teoria Crítica sobre os conflitos sociais, assim como elaborado por Axel Honneth.

3.2 Axel Honneth

Axel Honneth continua a tradição da Teoria Crítica de não se limitar a descrever o funcionamento da sociedade, mas compreendê-la à luz de uma emancipação possível e bloqueada pela lógica da própria organização social então vigente. A mera "descrição" da sociedade seria duplamente parcial, por excluir possibilidades melhores inscritas na realidade social, encobrindo-as (NOBRE, 2009, p. 9). Porém a teoria crítica não pretende recorrer a modelos de sociedades ideais e universais de um ponto de vista abstrato, mas encontrar os critérios com base nos quais criticar a sociedade na própria realidade social (REGO; PINZANI, 2013, p. 24). Com essa preocupação central, a teoria crítica, no dizer do próprio Honneth, sempre dependeu de um conceito de luta moralmente motivada. A esse desafio oferece uma resposta no livro *Luta por reconhecimento*.

O subtítulo do escrito é significativo: *a gramática moral dos conflitos sociais*. A proposta do autor é desenvolver os fundamentos de uma teoria social de teor normativo baseada na ideia de que o florescimento humano e a autorrealização pessoal dependem da existência de relações éticas bem estabelecidas. Honneth parte do modelo conceitual hegeliano de uma "luta por reconhecimento" e distingue três formas de reconhecimento que contêm o respectivo potencial para uma motivação dos conflitos. Em seguida, faz a inflexão empírica da ideia hegeliana pela psicologia social de Mead, com o "conceito de pessoa em que a possibilidade de uma autorrelação imperturbada se revela dependente de três formas de reconhecimento (amor, direito, estima)", correspondentes a três tipos de desrespeito, cuja experiência influi no surgimento do conflito social "na qualidade de motivo da ação" (HONNETH, 2009, p. 23-24). Ao fim, articula a ideia de uma teoria crítica da sociedade em que os processos de mudanças sociais são explicados por referências a pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco.

Em Hegel, há uma guinada teórica ao modelo da "luta social", já introduzido na filosofia por Maquiavel e por Hobbes, no sentido de autoconservação. O enfoque novo da teoria da intersubjetividade leva à compreensão da luta social como processo prático de conflito entre os homens atribuído a impulsos morais. Hegel supera o que considera equívocos atomísticos da tradição do direito natural, os quais pressupõem a existência dos sujeitos isolados uns dos outros como base natural para a socialização humana.

A base natural para a socialização humana é um estado que já se caracteriza pela existência de formas elementares de convívio intersubjetivo. E há uma transformação e ampliação das formas primevas da comunidade em relações cada vez mais abrangentes de interação social. No processo teleológico as relações éticas na sociedade representam formas de uma intersubjetividade prática na qual vínculo complementário e comunidade necessária de sujeitos contrapondo-se entre si são então assegurados pelo movimento de reconhecimento, ou saber-se reconhecido pelo outro, e, com isso, ter conhecimento de si como um particular. Pela dinâmica interna da relação de reconhecimento, os sujeitos em conflito alcançam sempre formas novas e mais exigentes de individualidade.

Ocorre que o movimento de reconhecimento opera como um processo de etapas de reconciliação e conflito, ao mesmo tempo em que substituem umas às outras. A luta por autoconservação se transforma em acontecimento ético, pois objetiva o reconhecimento intersubjetivo de dimensões da individualidade humana. É dizer, o conflito prático entre sujeitos é tido como um momento do movimento ético no interior do contexto social da vida (HONNETH, 2009, p. 48). Somente por meio dos conflitos sociais se criam relações de reconhecimento eticamente mais maduras, que são condição para se desenvolver uma "comunidade de cidadãos livres 'efetiva'" (HONNETH, 2009, p. 57). A motivação para os conflitos advém da frustração de os sujeitos terem sido desconsiderados. Na estrutura das relações, está inscrita a expectativa normativa

de se deparar com o reconhecimento dos outros, ou seja, há pressuposição implícita de encontrar nos planos de ação do outro uma consideração positiva. Por isso, o propósito da reação é dar-se a conhecer ao outro.

Para não cair na metafísica, Honneth opera a atualização sistemática das teses de Hegel sobre a estrutura das relações sociais de reconhecimento por meio de um contato com as ciências empíricas, demonstrando que os padrões conhecidos de reconhecimento intersubjetivo são o amor, o direito e a solidariedade. Estudos experimentais etnológicos e da psicanálise da primeira infância, na tradição da pesquisa da teoria das relações de objeto, servem para prova do primeiro, em cuja experiência está envolvida a capacidade de estar só, a qual depende da confiança na dedicação do outro, ou da autoconfiança. Na experiência do reconhecimento jurídico, por sua vez, encontra-se inscrito o autorrespeito ou a consciência de poder se respeitar a si próprio, porque a pessoa merece o respeito de todos os outros (HONNETH, 2009, p. 195). Condição para tal experiência é existir direitos universais igualitários. Por fim, a experiência da solidariedade diz com a estima social, para poder referir positivamente propriedades e capacidades concretas, tendo como seu pressuposto a existência de um horizonte de valores intersubjetivamente partilhado. Este padrão se aplica a propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais, requerendo o *medium* social que deve expressar tais diferenças de maneira universal e implicando, dessa maneira, o conceito de autoestima, definido numa palavra como o "sentimento do próprio valor" (HONNETH, 2009, p. 210).

Aos três modos de reconhecimento correspondem três formas de desrespeito, ou seja, comportamentos lesivos ferindo a compreensão positiva de si próprios adquirida de uma maneira intersubjetiva. Primeiro, desrespeito à integridade corporal pessoal, maus-tratos práticos, como a espécie mais elementar de rebaixamento pessoal, a humilhação destrutiva mais profunda na autorrelação prática, a perda de confiança em si e no mundo (HONNETH, 2009, p. 215). Depois, há um desrespeito por se permanecer estruturalmente excluído de determinados direitos, no interior da sociedade, o que constitui negação do *status* de parceiro de interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade, com a lesão na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar um juízo moral (HONNETH, 2009, p. 216). Por fim, há desrespeito ou degradação dos modos de vida individuais ou coletivos, a implicar supressão da possibilidade de atribuir valor social às próprias capacidades, como perda da autoestima (HONNETH, 2009, p. 217).

Uma reação emocional negativa e a experiência de desrespeito de pretensões de reconhecimento constituem a possibilidade de a injustiça infligida se revelar em termos cognitivos e se tornar motivo da resistência política (HONNETH, 2009, p. 224). Com esse resultado para a compreensão dos conflitos sociais, então é possível defender ser a luta por reconhecimento que, como força moral, promove o desenvolvimento e o progresso na realidade da vida social do ser humano. Luta social definida

como um "processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro" e influindo como os "motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento" (HONNETH, 2009, p. 257).

O modelo atribui o surgimento e o curso das lutas sociais às experiências morais que os grupos sociais fazem perante a denegação do reconhecimento jurídico ou social. É quadro explicativo do surgimento de lutas sociais, mas, também, quadro interpretativo do processo de formação, com uma alteração metodológica do ponto de vista material primário da pesquisa: sentimentos de injustiça e experiências de desrespeito, pelos quais pode iniciar a explicação das lutas sociais, "não entram mais no campo de visão somente como motivos de ação, mas também são estudados com vista ao papel moral que lhes deve competir em cada caso no desdobramento das relações de reconhecimento" (HONNETH, 2009, p. 265). Nesse contexto, haveria a necessidade teórica de um critério normativo que permitisse marcar a direção evolutiva, ou a "antecipação hipotética de um estado último aproximado", um estado comunicativo em que as condições intersubjetivas da integridade pessoal aparecem como preenchidas (HONNETH, 2009, p. 266-268).

O critério normativo não é inteiramente articulado em *Luta por reconhecimento*, o que abre brecha para muitas das críticas feitas a Honneth, no campo da própria teoria crítica. Uma das mais importantes é a de que o seu conceito de reconhecimento tem uma forma excessivamente psicológica, ao ressaltar o fenômeno da doença, ou do sentimento de amor-próprio ferido, quando seria preciso dispor de um conceito deontológico, para se referir a um injusto moral capaz de justificar a revolta (ISER, 2013).

Uma resposta à crítica de sua teoria ser psicologizante ou individualista pode ser encontrada no esclarecimento do *eu no nós*, ou do reconhecimento como força motriz de grupos (HONNETH, 2013). No esclarecimento, há reafirmação do entrelaçamento entre individualização e socialização, da convicção de a formação do eu do sujeito se realizar por meio da gradual internalização de um comportamento social reativo, que tem o caráter do reconhecimento intersubjetivo (HONNETH, 2013, p. 62). Nesse sentido, a teoria seria capaz de articular a dimensão individual e a dimensão social da autonomia. O conceito de reconhecimento é tomado como um elo entre essas duas dimensões (ROSENFIELD; SAAVEDRA, 2013, p. 37). A constituição do sujeito se dá no processo de socialização, com o papel positivo dos grupos repousando sobre a partilha de valores, fundamental à constituição do sujeito (ROSENFIELD; SAAVEDRA, 2013, p. 38).

Além disso, no escrito o *Direito da liberdade*, Honneth analisa a capacidade de o indivíduo autonomamente criar e efetivar seu projeto de vida no nível das principais instituições sociais, diferente do nível das relações intersubjetivas diretas (SOBOTTKA, 2013). Mas, mesmo justificando a liberdade como o princípio fundamental da justiça, a intersubjetividade é recolocada no centro da constituição do indivíduo em sociedade.

A liberdade ainda depende de uma relação de reconhecimento recíproco e é descrita como constituída por meio de relações intersubjetivas (SOBOTTKA, 2013, p. 166). De modo que já seria possível trabalhar com uma concepção de reconhecimento mais explicitamente normativa, como reclama Iser. A concepção pela qual "o reconhecimento de uma pessoa vem acompanhado da consciência de estar obrigado a ter uma atitude, assim como obrigado a realizar determinadas ações" (ISER, 2013, p. 92). Isso exige uma referência às normas das quais os deveres surgem, por sua vez submetidas à crítica. Somente assim se pode fundamentar a revolta, a luta, ou seja, quando se compreende que se dispõe de uma exigência justificada, a qual foi violada (ISER, 2013, p. 97).

Entrementes, para esclarecer se a exigência cuja violação motivou o conflito era realmente justificada, a teoria social pode se valer de reflexões teóricas normativas provenientes do direito e da justiça. E esta é a sugestão a ser reforçada aqui. Mais do que qualquer outra concepção sobre a moralidade do conflito a última abordagem admite uma conexão com questões dessa natureza. Injustiças somente se deixam esclarecer "através da referência de que uma determinada ação ou postura não nos reconhece adequadamente no nosso status normativo como pessoa (de direito) autônoma, como parceiro de cooperação ou como sujeito amado ou amigo" (ISER, 2013, p. 111). Uma investigação sociológica acerca dos conflitos pode ganhar em importância prática, quando há uma abordagem normativa com auxílio do direito e da justiça.

Com efeito, a teoria social, ainda na versão da sociologia pragmatista da crítica, ou na da teoria crítica, não deve descurar da relevância prática das observações teórico-normativas. É sempre possível que certas condições bloqueiem o exercício e a formação das capacidades reflexivas e críticas dos atores. Em consequência, a explicação teórica e a redescrição das situações de conflito seriam, ainda uma vez mais, indispensáveis para se libertar do jugo da realidade (CELIKATES, 2012). Para isso, a crítica das exigências em jogo pode se valer de reflexões teóricas normativas provenientes do direito e da justiça para articular as razões de maneira adequada.

À teoria social cabe, de início, descrever e compreender como os atores mobilizam seus valores, nos embates que levam diante. Ouvir a voz dos próprios atores envolvidos nas situações de conflitos se torna uma exigência crucial na pesquisa social. De toda sorte, isso ainda não é a história inteira. É sempre possível que os contextos dos conflitos sejam atravessados por distorções, ou hierarquias de poder, comprometendo a autonomia pressuposta dos atores pelos modelos da interação. Entretanto, a saída não é retornar aos modelos da manifestação, na teoria do conflito, mas sim adotar uma postura metodológica de diálogo entre o observador e atores sociais. Nem a teoria é onipotente, nem se afigura irrelevante. Sua importância prática reside em contribuir para desvelar distorções que comprometem a capacidade dos atores sociais de progredir. Para ajudar a compreender, enfim, a legitimidade da exigência

normativa dos indivíduos ou do grupo, cuja violação justifica a luta, ou a revolta contra a injustiça.

A alternativa aqui sugerida é tentar aproximar teoria política normativa e análise empírica da vida social, fortalecendo o diálogo interdisciplinar, como ilustra a pesquisa dos efeitos políticos e morais do "Bolsa Família" sobre os usuários, à luz de concepção da autonomia individual (REGO; PINZANI, 2013). Esta seria uma forma diferente de os conceitos e métodos das ciências sociais construírem problemas de pesquisas acerca do mundo jurídico, ao lado daquelas outras recorrentes e conhecidas (MADEIRA; ENGELMANN, 2013). Ao mesmo tempo, as discussões de direito e de justiça ganham base empírica significativa, para a prova de suas proposições.

Como foi dito, o ponto de vista moral é o da avaliação imparcial das questões de justiça. O direito, por sua vez, guia e restringe o poder do Estado, autorizando a coerção estatal de acordo com direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores baseadas nos princípios da comunidade política. A teoria social pode bem se valer dessas duas dimensões da teoria política normativa, aqui descritas apenas nos seus conceitos mais gerais, e não em quaisquer concepções específicas, pois o que importa no trabalho é a defesa em geral de uma abordagem normativa na pesquisa sociológica. A tese firmada é a de que desvelar as distorções do contexto há de implicar, também, uma avaliação imparcial das questões da justiça e do direito. Com parâmetro normativo articulado, a denúncia ganha força.

Na dimensão do direito, toda a carga crítica que um enfoque teórico pretende ter pressupõe a ideia de uma posição jurídica correta, uma posição coerente com o conjunto de princípios da comunidade política. Não deve haver problemas, expandindo a base de informações a ser considerada na investigação social, ter como ponto de apoio a justeza do raciocínio jurídico. Do mesmo modo como este raciocínio depende da descrição das circunstâncias relevantes e multifacetadas das situações (GÜNTHER, 2004), por vezes fornecida com ajuda de disciplinas várias (história, sociologia, antropologia, economia), as críticas ao contexto podem se valer do resultado correto do argumento jurídico.

A última abordagem admite conexão com questões acerca da justiça e do direito. E ainda que o modelo não detalhe o critério normativo fundamental apto a regular uma formação imparcial dos acordos políticos, nas lutas por reconhecimento (WERLE; MELO, 2011, p. 197), estão dadas as condições teóricas para se introduzirem observações desse tipo, que, em última instância, remetem à exigência de uma justificação pública e mesmo à especificidade da política democrática. É dizer, tal perspectiva da teoria social admite a articulação da pesquisa de conflitos sociais concretos com teorias da justiça, do direito e da democracia Em uma pesquisa determinada é que haverá necessidade de definir a concepção específica de direito, ou de justiça, que está sendo manejada, para esclarecer as exigências normativas expressas pelos atores sociais.

Considerações finais

O destaque para a dimensão moral dos conflitos sociais deve conduzir, portanto, a uma abordagem investigativa que priorize o diálogo entre pesquisadores e atores, com a permanência da importância prática da teoria, viabilizando a inserção da dimensão do direito e da justiça na pesquisa. Antes de tudo, interessa, na pesquisa sociológica sobre conflitos, registrar a própria visão dos atores envolvidos, respectivas posições na disputa e as razões que levantam para se posicionarem. Desse modo, leva-se a sério a autonomia dos agentes e sua competência para encaminhar o conflito, do ponto de vista da justiça. Mas a abordagem, mesmo nos modelos críticos da sociologia do conflito, ganha muito, quando não dispensa as contribuições das reflexões teóricas normativas provenientes do direito e da justiça, que visam esclarecer situações da vida social, em que a autonomia pressuposta dos atores pode estar sendo ameaçada por distorções e restrições estruturais do contexto. O ganho metodológico não pode ser menosprezado, especialmente quando se pretende investigar situações de conflito que envolvem variáveis diversas e complexas, como os conflitos sociais em torno de problemas ambientais (PARDO, 2012; 2013).

Enfim, não é novidade que o conflito na teoria social tenha uma dimensão moral. Mas, apenas nos modelos da interação e nos modelos críticos, a moralidade é explicada, progressivamente, a ponto de adquirir nos últimos contornos de um plano metodológico para trabalhos de investigação específicos, pelo qual seria possível uma análise integrada dos conflitos à luz do direito e da justiça. Isso reafirma a importância prática da teoria social como um todo de contribuir, em diálogo com os próprios atores, para esclarecer a validade das exigências normativas em jogo e, assim, denunciar com justeza as situações de exclusão ou as restrições estruturais do contexto. O que significa uma contribuição para a própria luta contra injustiças. Era intenção do texto, desde o início, alcançar esse ponto, abrindo espaço para pesquisas empíricas futuras, com tal viés teórico e metodológico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARONSON, Perla. La visión weberiana del conflicto social. *Conflicto social*, Año 1, n. 0, nov. 2008, p. 108-131.

BOLTANSKI, Luc; THÉVENOT, Laurent. The sociology of critical capacity. *European Journal of Social Theory*, n. 2(3), ago. 1999, p. 359-377.

_____. The reality of moral expectations: a sociology of situated judgement. *Philosophical Explorations*, n. 3, set. 2000, p. 208-231.
_____. *On justification:* economies of worth. Trad. para o inglês de Catherine Porter. Princeton: Princeton University Press, 2006.
CELIKATES, Robin. O não reconhecimento sistemático e a prática da crítica: Bourdieu, Boltanski e o papel da Teoria Crítica. Trad. Fernando Costa Mattos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 93, jul. 2012, p. 29-42.
CORTINA, Adela. *O fazer ético*: guia para a educação moral. Trad. Cristina Antunes. São Paulo: Moderna, 2003.
DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
FERNANDES, António Teixeira. Conflitualidade e movimentos sociais. *Análise social*, v. XXVIII (123-124), 1993 (4º-5º), p. 787-828.
GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan. Introdução. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (orgs.). *Teoria social hoje*. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Ed. UNESP, 1999.
GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral:* justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.
HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
HIGHES, Everett Cherrington. Foreword. In: SIMMEL, Georg. *Conflict*. Trad. Kurt H. Wolff. New York/London/Toronto/Sidney/Singapore: The Free Press, 1964 (edição eletrônica).
HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.
_____.O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos. Trad. Emil. A. Sobottka. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, n. 33, maio-ago. 2013, p. 56-80.
ISER, Mattias. Desrespeito e revolta. Trad. Giovani Agostini. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, n. 33, maio-ago. 2013, p. 82-119.
MADEIRA, Lígia Mori; ENGELMANN, Fabiano. Estudos sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan.-abr. 2013, p. 182-209.
MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Trad. Sergio Tellaroli. São Paulo: Penguin Group: Companhia das Letras, 2012 (edição eletrônica).
MISSE, Michel; WERNECK, Alexandre. O interesse no conflito. In: MISSE, Michel; WERNECK, Alexandre (orgs.). *Conflitos de (grande) interesse:* estudos sobre crimes, violências e outras disputas conflituosas. Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 7-25.
NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Os conflitos na sociedade moderna: uma introdução conceitual. In: BURSZTYN, Marcel (org.). *A difícil sustentabilidade:* política energética e conflitos ambientais. Rio de Janeiro: Garamond, 2001, p. 85-105.
NOBRE, Marcos. Apresentação. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009, p. 9-18.
OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Filosofia política enquanto teoria normativo-material das instituições em Vittorio Hösle. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SILVA SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e (orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 333-363.
PARDO, David Wilson de Abreu. Direito e sociedade na Amazônia: sobre a proibição legal do uso do fogo em atividades econômicas agropastoris. *Revista Direito GV* 15, v. 8, n. 2, São Paulo, jul.-dez. 2012, p. 427-454.
_____. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no "compromisso significativo". *Revista de Direito Ambiental*, v. 72, São Paulo, Revista dos Tribunais, out.-dez. 2013, p. 161-210.
PINKER, Steven. *Os anjos bons da nossa natureza:* por que a violência diminuiu. Trad. Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
PIZZORNO, Alessandro. Uma leitura atual de Durkheim In: COHN, Gabriel (org.). *Sociologia: para ler os clássicos*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.
RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da trad. Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família:* autonomia, dinheiro e cidadania. São Paulo: Ed. UNESP, 2013.
ROSENFIELD, Cinara L.; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reconhecimento, teoria crítica e sociedade: sobre desenvolvimento da obra de Axel Honneth e os desafios da sua aplicação no Brasil. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, n. 33, maio-ago. 2013, p. 14-54.
SILVA(a), Thiago Nascimento da. Justiça e democracia na perspectiva da teoria política normativa contemporânea. *Crítica Contemporânea. Revista de Teoria Política*, n. 1, nov. 2011, p. 227-249.

SILVA(b), Marcos José Diniz. O conflito social e suas mutações na teoria sociológica. *Qualitas Revista Eletrônica*, v. 1, n. 2, 2011, p. 1-12.
SIMMEL, Georg. *Conflict*. Trad. Kurt H. Wolff. New York: London: Toronto: Sidney: Singapore: The Free Press, 1964 (versão eletrônica).
SOBOTTKA, Emil A. Liberdade, reconhecimento e emancipação – raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, n. 33, maio-ago. 2013, p. 142-168.
SOBOTTKA, Emil A.; SAAVEDRA, Giovani A. Justificação, reconhecimento e justiça: tecendo pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. *Civitas*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2012, p. 126-144.
WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 2012, v. 1.
WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. Reconhecimento e justiça na teoria crítica da sociedade em Axel Honneth. In: NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas: Papirus, 2011, p. 183-198.
WERNECK(a), Alexandre. *A desculpa:* as circunstâncias e a moral das relações sociais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
WERNECK(b), Alexandre. A contribuição de uma abordagem pragmatista da moral para a sociologia do conflito. In: MISSE, Michel; WERNECK, Alexandre (orgs.). *Conflitos de (grande) interesse:* estudos sobre crimes, violências e outras disputas conflituosas. Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 337-354.
WINCKELMANN, Johannes. Prefácio. In: WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 2012, v. 1, p. XVII-XXX.
ZOFÍO, Ricardo; BONAVENA, Pablo. El objetivismo sociológico y el problema del conflicto social: la perspectiva de Emilio Durkheim. *Conflicto social,* año 1, n. 0, nov. 2008, p. 81-107.

David Wilson de Abreu Pardo

Pós-Doutorando no Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília.
Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Acre.
Juiz Federal na 1ª Região.

Brasília – DF – Brasil
davidpardo@uol.com.br

Elimar Pinheiro do Nascimento

Pós-Doutorado na École des Hautes Études en Sciences Sociales.
Doutor em Sociologia (Université René Descartes – Paris V).
Professor Associado III do Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília.

Brasília – DF – Brasil
elimarcds@gmail.com

RECEBIDO EM 17.02.2014 | APROVADO EM 11.06.2015

COSTUME FISCAL E A NORMATIVIDADE DAS PRÁTICAS REITERADAS DA ADMINISTRAÇÃO: UMA LEITURA SISTÊMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO *

Rafael Köche

"FISCAL PRACTICE" AND THE NORMATIVITY OF REPEATED PRACTICES OF PUBLIC ADMINISTRATION: A SYSTEMIC ANALYSIS OF TAX LAW

RESUMO

O sentido de determinados atos normativos é muitas vezes construído no cotidiano, ao longo do tempo, em certo contexto histórico bem localizado, de forma difusa e pulverizada entre os atores sociais, sem uma instância centralizada de decisão que declare o "sentido oficial" de uma lei ou outro ato normativo qualquer. Caso semelhante ocorre no âmbito tributário, em que o sentido da norma muitas vezes é determinado por práticas reiteradas das autoridades administrativas, isto é, muitos contribuintes pautam suas decisões a partir da forma como a Administração Pública se posiciona sobre determinado assunto. Assim, ainda que não haja um ato normativo que discipline a posição do Fisco, é possível determinar os critérios jurídicos que ele utiliza, justamente porque há uma *relação* (comunicativa) entre contribuintes e Fazenda Pública. Entretanto, com certa frequência, muitos contribuintes são surpreendidos com a alteração repentina da posição sedimentada do Fisco. Nesse sentido, uma necessária reflexão se impõe: os efeitos dessa alteração de critério jurídico poderiam retroagir? Pode a Administração Tributária cobrar retroativamente tributos que entendia que não eram devidos daquela forma? O sentido da norma só pode ser definido por instâncias centralizadas de decisão, ou ele é constituído também com base nas práticas reiteradas dos atores sociais? É, a partir

ABSTRACT

The meaning of certain normative acts is often built in the everyday life, over time, in a particular historical context well placed, in a diffuse and distributed way among social actors, without a centralized instance of decision that states the "official meaning" of law or any other normative act. A similar situation takes place in the context of taxation, in which the meaning of the norm is often determined by repeated practices of the administrative authorities, i.e., many taxpaying citizens base their decisions upon how the Public Administration stands on specific issue. Thus, although there is no legislative act that disciplines the position of the tax authorities, it is possible to determine the legal criteria it uses, precisely because there is a (communicative) relationship between taxpaying citizens and tax authorities. However, oftenly many taxpaying citizens are struck by a sudden change of "sedimented position" of the tax authorities. In this way, a necessary reflection arises: could the effects of this legal criteria change go backwards? Can the tax administration retroactively demand taxes when it didn't consider them due in those terms? The meaning of the norm can only be set by centralized decision-making instances, or is it also defined based on the repeated practices of social actors? It is

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201507

DESSES QUESTIONAMENTOS, RELACIONANDO TEMPO E DIREITO, QUE ESTA INVESTIGAÇÃO SE PROPÕE A ESTABELECER PARÂMETROS INTERPRETATIVOS, PREOCUPADOS EM RESGUARDAR OS DIREITOS DAQUELES QUE TOMARAM SUAS DECISÕES COM BASE EM CRITÉRIO CONSIDERADO "LEGÍTIMO" E, AO MESMO TEMPO, FORTALECER A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, A PARTIR DE FUNDAMENTOS DEMOCRÁTICOS.

PALAVRAS-CHAVE
DIREITO TRIBUTÁRIO; COSTUME FISCAL; ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO; RETROATIVIDADE; EFICÁCIA.

BASED ON THOSE QUESTIONINGS, RELATING TIME WITH LAW, THAT THIS RESEARCH AIMS TO ESTABLISH CERTAIN INTERPRETATIVE PARAMETERS CONCERNED FOR SAFEGUARDING THE RIGHTS OF THOSE WHO MADE THEIR DECISIONS BASED ON A "LEGIT" CONSIDER CRITERIA AND, AT THE SAME TIME, FOR STRENGTHENING TAX ADMINISTRATION, FROM DEMOCRATIC FOUNDATIONS.

KEYWORDS
TAX LAW; FISCAL PRACTICE; NEW LEGAL STANDARD; RETROACTIVITY; ENFORCEABILITY.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO

Os sistemas brasileiros de fiscalização tributária estão entre os mais avançados do mundo – pelo menos, em nível federal. Ainda que se possa criticar a falta de recursos materiais e humanos no âmbito da Receita Federal do Brasil, por exemplo – crítica necessária, diante do número insuficiente de auditores fiscais para dar conta da crescente e cada vez mais complexa demanda; da infraestrutura inadequada em diversas unidades portuárias; da falta de espaço em armazéns[1] –, os instrumentos de fiscalização que estão sendo implementados nos últimos anos estão entre os mais avançados do mundo, desenvolvimento daquilo que se poderia denominar "tecnologia fiscal". Ilustram esse avanço e modernização, com destaque especial, a Nota Fiscal Eletrônica e o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) – um sistema que está em funcionamento e será capaz de cruzar quase a totalidade dos dados relativos às operações diárias realizadas entre os contribuintes (empresas, entidades, profissionais liberais e consumidores).[2]

Nesse contexto de crescente fiscalização, os contribuintes ficam cada vez mais tensos e preocupados com a regularidade na prestação de informações. Repita-se: estamos falando da preocupação na regularidade da *prestação das informações* e não na regularidade das *operações*. Quem deliberadamente transgride a legislação tributária possui muitas razões para ficar preocupado; mas não é desses contribuintes que estamos tratando neste artigo. Estamos nos referindo àquele contribuinte que realiza suas operações (comerciais ou não), mas que, diante da complexidade das obrigações tributárias (principal e acessória), não sabe ao certo se as informações estão sendo prestadas da forma mais adequada – o que, consequentemente, implicará severas penalidades.

Além da complexidade das obrigações tributárias e da inevitável possibilidade de erros (ainda que formais), das elevadas multas aplicadas por descumprimento das obrigações (principal e acessória), dos sistemas de cruzamento de dados (que, muitas vezes, emite automaticamente o auto de lançamento no momento da transmissão dos arquivos digitais), há sempre a possibilidade de avaliar as operações do contribuinte em relação aos últimos cinco anos, constituindo e cobrando o respectivo crédito tributário.[3]

A fiscalização é necessária em qualquer instituição democrática. Democracia é também controle e justificação. Desse modo, não se está de forma alguma criticando a possibilidade de fiscalização das operações dos contribuintes. Ao contrário. Vemos a fiscalização não como uma possibilidade, mas como uma necessidade enquanto instância democrática. O que se quer retratar é a tensão permanente que empresários e seus contadores vivem diariamente para buscar cumprir com a legislação tributária (KÖCHE, 2012, p.3), além, é claro, de (tentar) se manter atualizado, diante da quantidade assustadora de normas tributárias publicadas por dia no Brasil. Para se ter a dimensão do que estamos tratando, um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (2012)[4] levantou a quantidade de normas legais e infralegais publicadas desde a promulgação da Constituição em 1988 e constatou que *mais de uma norma tributária é publicada por hora no País!* É dizer: até para quem quer, não é fácil cumprir a legislação tributária no Brasil…

Feitas as devidas considerações, a partir do retrato acima, é possível perceber que existe certa insegurança cotidiana dos contribuintes (de boa-fé ou não). Em termos de estabilização social, o Direito busca minimizar o problema da insegurança a partir do princípio da legalidade, que poderia ser didaticamente desdobrado em dois sentidos, apenas para facilitar a compreensão. Numa primeira acepção, poderíamos dizer que *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* – é o que diz, por exemplo, o art. 5º, II, da Constituição Federal; e, em matéria tributária, poderíamos dizer que "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça" (art. 150, I, da Constituição Federal).[5] E, numa segunda acepção, poderíamos relacionar a legalidade com a noção de previsibilidade, uma vez que, de um modo geral, os efeitos da lei não retroagem – caso contrário, não haveria a possibilidade de se falar em segurança jurídica. Em matéria tributária, nesse sentido, poderíamos citar as disposições dos arts. 105 e 106 do Código Tributário Nacional, que determinam que "a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes" e que, apenas excepcionalmente, será aplicada a ato ou fato pretérito, nos casos em que beneficiar o contribuinte, por exemplo.

O problema que se coloca, pelo menos como objeto deste artigo, não é a ausência de lei, mas justamente a interpretação que lhe é conferida, ou seja, o critério jurídico empregado pela Administração Pública. Em outras palavras, quando um ato normativo é publicado por um dos Poderes do Estado, o sentido da norma não está contido no texto – ele é fruto de um escorço hermenêutico, com especial destaque ao papel do intérprete nesse contexto (STRECK, 2013, p. 333-374). Assim, muitas vezes, outros atos são expedidos para dar conta daquilo que se pode entender da lei; caso, por exemplo, das decisões judiciais, dos atos declaratórios interpretativos, das soluções de consulta sobre interpretação da legislação tributária, para ficarmos apenas nestes.

Ocorre que nem sempre o sentido da lei e os critérios jurídicos definidos para sua aplicação e cumprimento são, como nos casos expostos acima, definidos por instâncias centralizadas de decisão. Nem sempre o sentido da lei é definido pelo desdobramento de um ato normativo ou por uma decisão administrativa ou judicial. Muitas vezes, os critérios jurídicos são definidos no cotidiano, ao longo do tempo, em determinado contexto histórico bem localizado, de forma difusa e pulverizada entre os atores sociais, sem uma instância centralizada de decisão que declare o "sentido oficial" de uma lei ou outro ato normativo qualquer.

É o que ocorre nos casos em que o sentido da norma é determinado por meio das práticas reiteradas das autoridades administrativas. Em outras palavras, muitos contribuintes pautam suas decisões a partir da forma como a Administração Pública se posiciona sobre determinado assunto. Diariamente, os contribuintes estão em contato com a Fazenda Pública para definir como proceder. Conversam com fiscais, chefes de departamento, técnicos do setor, outros contribuintes na mesma situação. Estabelece-se uma "comunicação generalizada"[6] entre os atores envolvidos, sendo possível, ao longo do tempo, determinar a posição do Fisco sobre aquele assunto, os critérios jurídicos que ele utiliza.

Portanto, ainda que inexista documento formal que defina o "sentido oficial", os contribuintes conseguem determinar a posição da Fazenda Pública, dizendo quais os elementos essenciais para se configurar determinado fato gerador, quais são os requisitos para gozar determinado benefício fiscal, enfim, conseguem saber se estão cumprindo a lei, pelo menos na perspectiva do Fisco. Isso ocorre porque a comunicação não se reduz à expedição de atos normativos. As relações sociais são muito mais complexas do que isso.

Ocorre que, com alguma frequência, muitos contribuintes são surpreendidos com a alteração repentina da posição sedimentada do Fisco. Diante da "posição definitiva" dos tribunais superiores sobre determinado assunto, por exemplo, o Fisco busca rever sua posição a fim de se adequar ao "posicionamento oficial", ciente de que suas decisões serão referendadas ou reformadas com base nessa decisão, uma vez que, no Brasil, apostamos na jurisdição constitucional. Poderíamos dizer de outro modo: a Teoria do Estado e da Constituição brasileira estabeleceu que o Poder Judiciário tem a *competência* de atribuir o *sentido oficial* dos atos normativos, além de ser o responsável pela *jurisdição constitucional*. Sendo o "intérprete oficial" de forma institucionalizada, sua decisão, ainda que totalmente desarrazoada, acaba sendo o "parâmetro interpretativo" para os demais Poderes, razão pela qual a Administração Pública, muitas vezes, altera os critérios jurídicos até então estabelecidos – ainda que estabelecidos de forma difusa, no âmbito das relações comunicacionais dos atores envolvidos, em especial, da relação Fisco/contribuintes.

Embora evidencie certa alteração de critério jurídico, a ilustração acima não pode ser entendida como um exemplo próprio do que estamos tratando. Que as práticas

reiteradas são admitidas no Direito Tributário em caráter de norma complementar o próprio Código Tributário Nacional reconhece. Estamos problematizando práticas reiteradas da Administração que não se revestem das formalidades tão caras ao Direito Tributário, aquilo que denominamos de "comunicação generalizada", nos termos da Teoria Sistêmica (LUHMANN, 1983 e 2005; ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013; TEUBNER, 1993 e 2005). Nesse contexto, imaginemos duas situações hipotéticas:

(a) A cobrança de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) em regime especial (alíquota fixa por profissionais, por exemplo) depende da análise da municipalidade em relação a determinados requisitos. Aferido o cumprimento de tais requisitos, o município permite (por meio da alteração do cadastro municipal) que a empresa recolha o imposto na forma excepcional, sem expedir ato normativo que formalize essa "aprovação". Anualmente, o município renova tal cadastro, permitindo que a empresa pressuponha que ela preenche os requisitos (do ponto de vista formal).

(b) No âmbito do procedimento fiscal, os agentes analisam determinadas operações de uma empresa. Após a análise, realizam lançamento de ofício, sustentando a incidência de tributo sobre parte das operações analisadas. Considerando que o lançamento se deu apenas sobre parcela das operações, a empresa pressupõe que o tratamento tributário conferido às demais operações (que foram objeto de análise, mas não foram objeto de lançamento de ofício) está correto. Considerando que as empresas do mesmo segmento são fiscalizadas a partir do mesmo critério, não há expedição de ato normativo que determine as razões pelas quais o Fisco, em todas as fiscalizações que realiza, "deixa" de efetuar lançamento sobre aquela parte das operações.

Em ambos os casos, pela prática reiterada da Administração, é possível saber os critérios jurídicos que ela empregou para autorizar e renovar o cadastro de empresa em regime de tributação especial ou para que ela deixasse de efetuar lançamento tributário em relação a certas operações. Gize-se: em ambos os casos, não estamos diante da expedição de ato normativo formal. Em certa medida, a segunda hipótese aproxima-se muito da impossibilidade da chamada "revisão de lançamento" em relação à questão de direito (art. 146 do CTN).

Nesse sentido, uma necessária reflexão se impõe: os efeitos da alteração de critério jurídico poderiam retroagir? Pode a Administração Tributária cobrar retroativamente tributos que entendia que não eram devidos daquela forma? O sentido da norma só pode ser definido por instâncias centralizadas de decisão, ou ele é constituído também com base nas práticas reiteradas dos atores sociais? Em que a natureza das práticas é importante para pensar a retroatividade? Qual a peculiaridade das práticas reiteradas em relação às demais normas da legislação tributária para pensar sua aplicação no

tempo? A mudança do critério jurídico de uma prática não significaria a mudança da própria prática?

A problematização dessas questões é o principal objetivo deste trabalho, que justamente se propõe a estabelecer certos parâmetros interpretativos, preocupados em resguardar os direitos daqueles que tomaram suas decisões com base em critérios considerados "legítimos" e, ao mesmo tempo, fortalecer a Administração Tributária, a partir de fundamentos democráticos.[7]

1 Complexidade, dupla contingência e expectativa normativa

A experiência humana pode ser analisada por diversas perspectivas, capazes de descrever as relações intersubjetivas em um determinado contexto histórico. Nesse sentido, as considerações a seguir poderiam partir da Antropologia, da Psicanálise, da Filosofia, enfim, de diversos aspectos que estão inter-relacionados, não excludentes entre si. Todas dariam conta de explicar as relações sociais de um certo modo, ainda que tal descrição não abarcasse toda a complexidade e contingência da sociedade – transbordamento inevitável em qualquer análise que se pretenda fazer.

Desse modo, optamos por descrever interdisciplinarmente o fenômeno social por meio de uma análise eminentemente sociológica,[8] pois, neste caso, a forma de narrativa escolhida dá conta de apresentar a problemática, sem ingressar em questões particularizadas da subjetividade, mas, antes disso, descrever as relações entre a sociedade e as organizações, em especial no âmbito do sistema do Direito. Em outras palavras, a análise não partirá do sujeito singularizado, enquanto *indivíduo*; não pretende propriamente avaliar as causas e os reflexos das relações sociais *nos* indivíduos. A análise se debruça sobre outro ponto de partida; e, claro, outro ponto de chegada: no estabelecimento de *regras relativamente estáveis de entendimento da sociedade – ainda que esta seja radicalmente diferente –*, ou daquilo que se convencionou chamar de "expectativas normativas".

Desse modo, partimos da noção de *complexidade* e *contingência* para descrever a sociedade. Uma sociedade é *complexa* porque as experiências "possíveis" são sempre muito mais numerosas que as experiências "efetivas". A decisão pressupõe a diferença; ou seja, outras decisões possíveis. Nesse sentido, a experiência implica sempre uma escolha, uma vez que a experiência efetiva necessariamente pressupõe que outras tantas experiências possíveis foram renunciadas. Além disso, a sociedade é *contingencial* porque toda experiência efetiva pode ser sempre diferente, e, nesse caso, está presente o "perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos" (LUHMANN, 1983, p. 48; ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013, p. 70). Em outras palavras, pode-se agir da mesma forma e necessariamente não atingir o mesmo resultado.[9]

O homem inevitavelmente desenvolve certas expectativas, sem as quais não poderia decidir nem agir diante da *complexidade* e *contingência*. Contudo, essas expectativas

não são vinculativas, ou seja, estão sujeitas a desapontamentos e frustrações; é dizer: nem tudo vai ocorrer exatamente como se pensou. Quando isso ocorre, o homem pode reagir de duas formas: adaptar-se ao desapontamento, assimilando-o e reestabelecendo a expectativa; ou manter a expectativa, apesar da frustração. Classifica-se a primeira hipótese como um tipo específico de expectativa, a chamada *expectativa cognitiva*; a segunda hipótese, por sua vez, denomina-se *expectativa normativa* (LUHMANN, 1983, p. 56 seq.).

Note-se que, em ambas, se verifica o desapontamento, o desencontro dos fatos com as expectativas. Entretanto, as *expectativas cognitivas* estão sujeitas a sua própria revisão; isto é, a expectativa se adapta à complexidade e à contingência da experiência no mundo, restabelecendo-se constantemente. As *expectativas normativas*, no entanto, são "contrafactuais", justamente porque se mantêm "simbolicamente intactas", ainda em casos de desapontamentos; grosso modo, poder-se-ia dizer que, neste caso, a contingência e a complexidade da experiência no mundo se adaptariam à expectativa, e não o contrário.

Até aqui, verificou-se que a sociedade é complexa e contingente e que as organizações e as pessoas se inter-relacionam a partir de expectativas (cognitivas e normativas). Essa noção de expectativa torna-se mais complexa num contexto de intersubjetividade, pois, além das expectativas, a respeito da própria experiência, haverá também o que se pode denominar de "expectativa da expectativa" – ou seja, haverá a "dimensão do outro" na própria expectativa. O homem terá expectativas sobre a própria experiência com o outro, além de saber que suas expectativas geram expectativas no outro. Denomina-se "dupla contingência" esse duplo nível de expectativas (LUHMANN, 1983, p. 48).[10]

Desse modo, a complexidade pressupõe a incerteza de todo tipo de ação. Mesmo assim, ainda que haja certa imprevisibilidade das experiências (cognitivas), a sociedade não está mergulhada num verdadeiro caos. Ao contrário, há certa ordem nas relações sociais, pautadas na coordenação recíproca de expectativas, mediante a institucionalização comunicativa de expectativas comuns (LUHMANN, 2005, p. 639).

A noção de expectativa normativa, nesse sentido, faz muito bem essa função de estabilização das relações sociais, e o Direito acaba sendo o exemplo privilegiado dessa institucionalização, de uma estrutura de assimilação da experiência com o escopo de absorver e controlar a complexidade e contingência, permitindo certa qualidade no processo decisório – estabilizando os desapontamentos frente às expectativas. A estrutura do sistema jurídico, composta de expectativas comportamentais (dimensão temporal, dimensão social e dimensão prática) efetua uma seleção estrutural no sentido de cumprir com sua funcionalidade de, em situações de conflito, manter as expectativas comportamentais normativas. A operacionalidade do sistema é efetuada de maneira normativamente fechada, isto é, não se adaptando às possíveis desilusões.[11]

As normas jurídicas acabam sendo um produto institucionalizado da generalização das expectativas normativas realizada na comunicação social. Destarte, a coercibilidade

não é o elemento primordial que diferencia as normas jurídicas – o que não significa que o Direito não possa se utilizar da violência para processar o desapontamento das expectativas normativas, mas a força do Direito reside no fato de ele ser uma *práxis social*, a sua obrigatoriedade adviria dessa generalização de expectativas normativas e não propriamente do monopólio de uma violência legítima (LUHMANN, 1983, p. 109 seq.).

É justamente a possibilidade do dissenso, da atitude contrária às expectativas normativas institucionalizadas, que nos faz considerar normal o comportamento divergente, um comportamento previsto pelo próprio direito e razão de ser deste, já que se não houvesse desrespeito às normas, estas seriam desnecessárias. O não direito é a outra face do direito, sendo ambos estabelecidos pelo sistema jurídico.[12]

Portanto, é possível concluir que o direito não se reduz a um "apanhado de textos". Para compreender a normatividade das regras jurídicas, é necessário compreender as expectativas normativas que estruturam o sistema jurídico, as quais fundamentaram todas as decisões – inclusive aquelas do cotidiano. Assim, é com base em tais premissas teóricas que se busca analisar as decisões administrativas – não em relação ao "mérito" propriamente dito (uma vez que, para isso, seria necessário um "estudo de caso" a ser *arqueologicamente* analisado), mas, sim, em relação à possibilidade de alteração dos critérios jurídicos que conformaram a decisão administrativa, também conhecida como "mudança de entendimento", e a possível retroatividade dos efeitos desse "novo entendimento" no âmbito tributário.

2 Costume fiscal, previsibilidade e segurança jurídica

A Administração pode, a qualquer tempo, rever seus atos. Deve anulá-los, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, no âmbito da chamada "discricionariedade administrativa" – respeitados, é claro, os direitos adquiridos.[13] Nota-se, todavia, que nos casos de anulação ou revogação há um determinado ato normativo bem definido a ser anulado ou revogado. A reflexão que estamos propondo não se debruça sobre textos normativos – sobre estes há muitos trabalhos a respeito (BALEEIRO, 1999, p. 811; PAULSEN, 2010 e 2009, p. 1020; COÊLHO, 2009, p. 708; DERZI, 2007, p. 299-325; e 2009b, p. 729-748) –, mas, sim, sobre uma certa "normatividade comportamental", ou seja, sobre a normatividade que se poderia extrair das práticas sociais reiteradas e consolidadas em determinado contexto histórico definido, sem, com isso, imobilizar a atuação da Administração Pública.[14]

Uma vez determinada a existência de uma prática reiterada da Administração Fazendária, a legislação impede a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, caso ela altere seu entendimento acerca da matéria em questão, conforme assenta o art. 100, III

e parágrafo único, do CTN. Entretanto, nos casos objeto do presente artigo e se analisadas as disposições do art. 146 do CTN, é possível questionar a exigência do próprio tributo,[15] senão vejamos:

> Lei n. 5.172/66: Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Uma necessária diferenciação deveria ser feita para poder estender os efeitos do art. 146 às disposições do art. 100, III, ambos do CTN, justamente em virtude de um instituto jurídico fundamental em Direito Tributário, qual seja: o *lançamento*. Não temos espaço neste artigo para realizar tais diferenciações dogmáticas.[16] Mas é essencial deixar claro que estamos problematizando duas questões fundamentais, isto é, se poderíamos reconhecer juridicidade às *comunicações generalizadas* (Fisco/contribuintes) e se poderíamos questionar a exigência do próprio tributo em razão dessa alteração da prática administrativa reiterada.

Em outras palavras, reconhecendo a normatividade do *costume fiscal* e uma vez alterado o critério jurídico consolidado pela prática reiterada da Administração Fazendária, os efeitos retroagiriam apenas com relação às penalidades, ou também em relação ao próprio tributo? Considerando que o Direito Tributário é regido pelo princípio da estrita legalidade e pela necessária formalidade dos atos da Administração Pública, poderíamos entender como norma certas práticas comunicacionais consolidadas no tempo?

As questões lançadas não são de pequena importância. Uma empresa, por exemplo, ancorada nas orientações do Fisco, busca cumprir com a legislação tributária; define o preço dos serviços ou mercadorias com base na tributação a que está sujeita. Em outras palavras, a tributação compõe o custo. Se, após anos de *legítima comunicação generalizada* entre Fisco e contribuinte, constituída uma expectativa normativa de tal sorte que seja possível dizer que se trata de uma *norma jurídica*, a Administração Fazendária resolver alterar os critérios jurídicos em que se pautaram (Fisco e contribuintes) e cobrar os últimos cinco anos de tributos, comprometeria a própria existência de muitos contribuintes.

Por isso, Administração Fazendária e tributação não podem ser pensadas distante das noções de segurança jurídica, confiança e boa-fé.[17] É crucial estabelecer regras claras que ofereçam segurança jurídica aos agentes econômicos envolvidos, no que tange à contabilidade comercial e fiscal, à administração, à fiscalização dos tributos e ainda ao sigilo bancário. A ideia de proteção da confiança não é senão o princípio da segurança jurídica na perspectiva do indivíduo, segundo a qual estes devem poder confiar seus direitos, posições e relações jurídicas tanto em relação a própria atuação

como em relação à atuação das entidades públicas, considerando que as normas jurídicas devem se ligar a efeitos jurídicos duradouros (NABAIS, 1998, p. 395; CARRAZZA, 2009, p. 440-450).

Assim, podemos buscar responder às questões inauguradas no princípio deste artigo. A normatividade das práticas reiteradas não está propriamente na formalidade que as reveste (podendo, inclusive, inexistir ato formal para se configurar o *costume fiscal*). A natureza desse tipo de norma decorre de outro fator elementar: o *tempo*. É o tempo que consolida uma prática reiterada conferindo-a normatividade. É justamente em razão do *tempo* que a retroatividade dos efeitos da mudança da prática se tornaria problemática, eis que os efeitos da alteração de critério jurídico retroagiriam ao período que contribuiu para que a prática se conformasse em norma jurídica.

Ora, se os efeitos da alteração retroagissem no tempo, eles maculariam justamente o elemento que juridicizou determinada prática reiterada, que a tornou norma complementar em Direito Tributário.[18] Na prática, seria rechaçar a normatividade da norma, numa espécie de *esquizofrenia jurídica*. Por isso, a retroatividade da cobrança não é apenas um problema econômico de ordem privada, mas um problema de ordem eminentemente jurídica. A mudança do critério jurídico decorrente de uma prática reiterada significa a mudança da própria prática; assim, se a prática reiterada é norma jurídica, a mudança de prática implica alteração da norma jurídica, que, em Direito Tributário, deve respeitar o mínimo de previsibilidade, fundamental à segurança jurídica que norteia o Estado Democrático de Direito.

É reconhecer que o sentido das disposições legais se altera com o passar do tempo, que a Administração tem papel fundamental na "atribuição cotidiana de sentido" e que é possível identificar certa *legitimidade* nesse sentido constituído na *práxis social*, ainda que não haja um ato normativo expedido pelo respectivo órgão. Obviamente em outro contexto, Kelsen, numa interessante abordagem sobre a "criação do Direito", reconhecia a normatividade consuetudinária, uma vez que "o costume é um procedimento criador de direito no mesmo sentido que o é a legislação", todavia, uma "criação de Direito descentralizada":

> A afirmação de uma regra consuetudinária se torna Direito apenas por meio de seu reconhecimento por parte das cortes que aplicam a regra, não é mais nem menos correta que a mesma afirmação feita com referência a uma regra decretada pelo órgão legislativo. Cada uma delas era Direito "antes de receber a chancela da autenticação judicial", já que o costume é um procedimento criador de direito no mesmo sentido que o é a legislação. A diferença real entre Direito consuetudinário e Direito estatutário consiste no fato de que o primeiro é uma criação de Direito descentralizada ao passo que o segundo é uma criação de Direito centralizada. (KELSEN, 1997, p. 186-7)[19]

Nesse sentido, temos muito o que aprender com o Direito inglês, sem, no entanto, *commonizar* o Direito brasileiro. Ao contrário do que muitos sustentam, o Direito inglês não é um direito consuetudinário: "A *common law* teve por efeito fazer desaparecer o direito consuetudinário da Inglaterra, existente nos costumes locais" (DAVID, 2002, p. 441).[20] A noção de costume (*custom*) desempenha um papel muito secundário no Direito inglês, não podendo se comparar à lei e à jurisprudência.[21]

Mesmo para a *common law*, o costume exposado enquanto prática reiterada não se constitui como direito, eis que ausente elemento fundamental para a tradição inglesa: a elaboração jurisprudencial submetida à regra do *precedente*. Desse modo, no âmbito deste trabalho, a aproximação possível está em relação à noção de *prática usual*, análoga às convenções constitucionais, à qual ninguém pensa em se esquivar. Assim, ainda que estejamos tratando do fenômeno jurídico a partir de um outro paradigma, algumas aproximações são possíveis para fins de ilustração – mas jamais podemos afirmar que estamos buscando uma espécie de *sincretismo*.

Além de anular e revogar seus próprios atos, a Administração pode alterar o seu entendimento sobre determinada matéria. É dizer: o sentido das coisas não está imune ao tempo. Ao contrário. Só é possível dizer que "algo *é*" em razão da historicidade em que ele inevitavelmente estará imerso: "O texto só *é* no seu contexto" (HEIDEGGER, 1997, p. 235).[22] Entretanto, não é qualquer comunicação que se torna normativa. Há aqui a consideração a circunstâncias institucionais apropriadas que fazem com que a comunicação de determinado indivíduo seja considerada uma comunicação normativa, enquanto outra comunicação de conteúdo material idêntico, porém expedida em outras circunstâncias, não galgue esse *status* (VALVERDE, 2005, p. 195). Não basta uma mera expectativa para que esta seja institucionalmente aceita pelo Direito. É necessário algo mais que torne possível a generalização da expectativa de que todos aceitem a determinada comunicação, recebendo-a como norma jurídica.

Como adverte Luhmann, assim como há *verdades* que não adquirem a qualidade de científicas, *recursos* sem qualidade econômica e *poder* sem qualidade política, existem inúmeras expectativas normativas que não possuem qualidade jurídica. Muitas delas são processadas por outros sistemas normativos (moral, religião) e muitas outras são expectativas personalíssimas, que se limitam à vontade de certo indivíduo, não sendo possíveis de *generalização*. Seria inviável e inapropriado transformar todas elas em expectativas jurídicas. Por isso, o Direito cria mecanismos para fazer prevalecer apenas aquelas expectativas reputadas como as mais importantes, de acordo com um juízo que é axiológico e historicamente situado (VALVERDE, 2005, p. 195; LUHMANN, 2005, p. 38).

Então, se sabemos que a Administração Fazendária pode alterar os critérios jurídicos a respeito de determinado assunto – constatação inexorável –, o Direito deve dar subsídios mínimos de previsibilidade em relação às decisões administrativas, de modo a não deixar os contribuintes a mercê da discricionariedade, que, radicalizada

nesse contexto, poderia ser sinônimo de arbitrariedade. Essa previsibilidade pode ser avaliada pela normatividade inerente aos textos legais e infralegais – mas também em relação ao que nos referimos como "normatividade comportamental". Não há, pois, como negar normatividade às práticas reiteradas da fiscalização, ainda que inexistente qualquer tipo de ato formal.

Há um limite muito tênue entre uma expectativa individualizada e outra generalizada, de tal forma que se possa exigir a aplicação da lei de uma determinada forma (constituição de sentido), sem com isso romper com o Direito – e, sim, ampliar suas fontes tradicionais. É dizer: só é possível determinar a vinculatividade da Administração Fazendária (por meio da juridicização da expectativa normativa) no caso concreto.

Se, de um lado, a negação da normatividade às comunicações generalizadas entre Fisco e contribuintes, que elaborou uma legítima expectativa normativa capaz de proteger as relações jurídico-tributárias estabelecidas nessas bases, a mera retórica extraída da postura defendida neste trabalho pode ocasionar efeitos perversos em outro sentido. Ou seja, se, por um lado, protegeríamos a sociedade a partir desses pressupostos (de segurança jurídica e confiança permeada pela "normatividade comportamental"), abriríamos margem argumentativa – ainda que sob um manto meramente retórico – de contribuintes se valerem de posturas omissivas ou fraudulentas perpetradas pela Administração Fazendária para defender ilegalidades. Em outras palavras, reconhecemos o risco de, buscando conservar o *status quo*, certos contribuintes, por meio do raciocínio desenvolvido neste artigo, impedirem que a Administração Fazendária passe a cobrar tributos que não eram cobrados – não pela alteração de um critério jurídico (ambos legítimos), mas pela alteração de uma postura, que, muitas vezes, pode se revestir de mera omissão do Fisco, mas, em outras tantas, de corrupção dos agentes públicos.

Portanto, a irretroatividade dos efeitos do *costume fiscal* depende do cumprimento de certos requisitos. Em primeiro lugar, está condicionada a uma "legítima expectativa normativa", isto é, para ser considerada legítima, a *comunicação generalizada* não pode contrariar a lei ou a Constituição Federal. Além disso, não se estará diante de uma alteração de norma geral abstrata infralegal em prol do contribuinte (situação já é disciplinada pelo Código Tributário Nacional); a norma jurídica, nesse caso, é decorrente de um agir reiterado diante de casos concretos. Por fim, em casos como os do exemplo inicial, a irretroatividade da alteração de critério jurídico em procedimento fiscal ("revisão de lançamento"), a irretroatividade não decorre de "questão de fato", mas de "questão de direito", para empregar a diferenciação feita pela doutrina brasileira dominante.[23]

As decisões tomadas pelo contribuinte, desse modo, são calculadas a partir das normas vigentes, incluindo nesse conceito não apenas as regras decorrentes do processo de criação legislativa, mas também aquelas decorrentes da práxis social. Por mais paradoxal que possa parecer, é justamente com base nessa noção "pulverizada" de normatividade que a segurança jurídica é possível, também como um critério de confiança.[24]

Legalidade, anterioridade, coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido e proibição da retroatividade são apenas algumas das manifestações da *confiança sistêmica*, que permanece latente no Sistema do Direito, permitindo a rememoração do passado e a previsibilidade do futuro: "por isso que os sistemas contemporâneos têm dado relevante valor à confiança sistêmica, pois através dela é possível pensar nas mutações necessárias do Direito para adaptar-se à realidade social, mas com a previsibilidade e segurança jurídica para não distorcer o Sistema" (LOBATO, 2012, p. 50).[25]

No âmbito administrativo e tributário, a mesma constatação pode ser verificada: "o costume sendo de natureza eminentemente factual, só ingressa no ordenamento quando este, por meio do antecedente de uma norma, admiti-lo" (CARVALHO, 1998, p. 37). E de que modo a "normatividade do costume" ingressa no ordenamento jurídico? Por meio de regras institucionalizadas, como o caso da Lei n. 9.784/99, que regula as normas gerais aplicáveis aos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, no parágrafo único, XIII, do seu art. 2º, que "estabelece a irretroatividade de novas orientações administrativas", e do Código Tributário Nacional, em seu art. 100, III, que afirma que as "práticas reiteradamente observadas pela autoridade administrativa são normas complementares" à legislação tributária.[26]

Se, de algum modo, um "comportamento" se torna vinculativo, começamos a rever certos horizontes normativos em uma terra marcada pela herança da *civil law* e pela *necessidade* de um direito escrito, formal, devidamente juridicizado por meio de um órgão competente centralizado. Imaginemos isso ainda em uma área do Direito marcada pelo princípio da estrita legalidade e da necessária formalidade inerente a qualquer ato administrativo. Destarte, a afirmação de Kelsen anteriormente destacada faz sentido em um contexto que talvez o próprio autor não imaginou. Ou seja, estamos apontando para uma nova forma de compreensão do fenômeno jurídico e do próprio Direito, na linha trabalhada, por exemplo, por Gunther Teubner (2005). Estamos diante de uma nova compreensão dos influxos do tempo no Direito e na decisão administrativa. É nos limites epistemológicos traçados neste artigo que a tese esboçada faz sentido, devendo ser avaliada, caso a caso, a legitimidade da comunicação, em que as condições e circunstâncias historicamente definidas e bem localizadas podem ser avaliadas, de modo a estabelecer se as práticas reiteradas da Administração Fazendária vinculam sua decisão, tanto na imposição de penalidades quanto na apuração do tributo.

NOTAS

***** O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil. A base deste texto foi objeto da monografia: "*Expectativa normativa em direito público e o papel do Procurador do Estado*: alteração de critério jurídico e a (ir)retroatividade dos efeitos em matéria tributária", submetida à 3ª edição do Concurso de Monografias PGE-RS/APERGS, em 2013, no qual tirou a segunda colocação, recebendo o Prêmio APERGS Miguel Arcanjo da Rocha.

1 Nesse contexto, trabalho importante vem sendo realizado pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Sindifisco Nacional), que, além da defesa dos interesses da classe, ainda vem realizando estudos e propostas para a reestruturação do Sistema Tributário Nacional, de modo a torná-lo mais justo e igualitário. Cf. Sindifisco, 2010. No mesmo sentido: DIEESE, 2013.

2 Instituído pelo Decreto n. 6.022, de 22 de janeiro de 2007, o SPED faz parte do chamado Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal e constitui-se em um dos mais avançados sistemas de informatização da relação entre o Fisco e os contribuintes.

3 Estamos nos referindo ao prazo de decadência e prescrição previstos no Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172/66, em seus arts. 173 e 174.

4 De acordo com o estudo, elaborado em 2012, cerca de 6,3% das normas editadas no Brasil se referem à matéria tributária. São 29.748 normas tributárias federais (10,2% das normas tributárias), 89.461 normas tributárias estaduais (30,8% das normas tributárias) e 171.723 normas tributárias municipais (59,0% das normas tributárias). Isso significa que, em média, foram editadas 30 normas tributárias/dia ou 1,25 norma tributária por hora.

5 Há outras disposições constitucionais que poderiam ser citadas, como, por exemplo, o art. 97, que diz que: "Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos, ou a sua extinção; II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V – a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades".

6 Por "comunicação generalizada" se está querendo evidenciar o caráter difuso e intersubjetivo envolvido nos processos de comunicação. Quando dizemos que uma comunicação torna-se simbolicamente generalizada, estamos, com isso, dizendo que ela não é produto de um sujeito singularizado, mas, sim, produto de uma série de relações difusas de conhecimento e poder, que, no caso do Direito, transcende a noção moderna de Política, conferindo-lhe normatividade (LUHMANN, 1985, p. 7-26). Por isso, quando reconhecemos que uma comunicação é simbolicamente generalizada (e o Direito opera a partir desse tipo de código), podemos decidir a partir de pressupostos normativos que nos permitem criar determinadas expectativas. A estabilização das expectativas acaba sendo um objetivo importante para o Direito quando pensamos que ele deve proporcionar segurança jurídica e confiança no âmbito das relações estabelecidas.

7 Essa discussão é relativamente recente em matéria tributária, pelo menos no Supremo Tribunal Federal. Misabel Derzi chega a dizer que foi com o Recurso Extraordinário n. 370.682-SC, cujo acórdão data de 15 fevereiro 2007, que "pela primeira vez, foi posta a indagação em matéria tributária" (DERZI, 2007, p. 301). No âmbito do direito público brasileiro, um dos autores pioneiros da análise entre Administração Pública e os princípios da segurança jurídica, confiança e boa-fé no País – e que, sem dúvida, merece destaque aqui – foi Almiro do Couto e Silva (2004a, p. 271-315; 2004b, p. 13-31; 2004c, p. 7-59).

8 A análise parte de marcos conceituais definidos pela teoria dos sistemas sociais autopoiéticos, visando descrever a sociedade como *una*, apesar de ser fracionada por sistemas comunicativos distintos. Nesse sentido, ver: LUHMANN, 2005 e 1983; TEUBNER, 1993 e 2005; ROCHA, 2003; e ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013.

9 "Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou algo que após

tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta [...] não mais está lá. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos." (LUHMANN, 1983, p. 45). Ademais, "la distinción que constituye a la complejidad tiene la forma de una paradoja: la complejidad es la unidad de una multiplicidad. Un estado de cosas se expresa en dos versiones distintas: como unidad y como multiplicidad – y el concepto rechaza que se trate aquí de algo distinto. Con esto se bloquea la salida fácil que consiste en hablar de complejidad a veces como unidad y a veces como multiplicidad" (LUHMANN, 2005, p. 101).

10 "Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito." (LUHMANN, 1983, p. 48)

11 Nesse diapasão, em uma sociedade complexa e contingente, as possibilidades de comportamento social exigem reduções que tendem a possibilitar a manutenção de expectativas comportamentais recíprocas, as quais são orientadas a partir das expectativas sobre expectativas. Assim, por meio deste controle, seriam reduzidos os riscos de frustrações de expectativas. Desse modo, Luhmann assevera que "la función del derecho tiene que ver com expectativas", em razão de a normas jurídicas constituírem "un entramado de expectativas simbolicamente generalizadas" (LUHMANN, 2005, p. 182-6).

12 Partindo de uma perspectiva da Teoria dos Sistemas, podemos dizer que o direito não mais justifica sua obrigatoriedade apoiando-se na moral, na religião, ou na possibilidade de aplicação de uma sanção, mas sim na estrutura das expectativas estabilizadas, ou seja, o direito fundamenta sua imposição por meio da rede de expectativas que as pessoas atribuem umas às outras.

13 Art. 53 da Lei n. 9.784/99: "Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos". Na mesma linha, disciplina o Verbete Sumular n. 473 do Supremo Tribunal Federal: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

14 É isso o que normalmente está por trás das conhecidas "mudanças de entendimento", "alterações de critério jurídico", "nova interpretação". Por isso, repetimos: não estamos buscando imobilizar a atuação administrativa – muito antes, pelo contrário. Após a leitura atenta dos referenciais teóricos trabalhados neste artigo, uma afirmação desse tipo seria uma infundada acusação de recairmos justamente no estamos criticando.

15 Nesse sentido, Ives Gandra afirma: "Tenho para mim que o art. 146 do CTN já de ser entendido em consonância com o art. 100 do CTN, sempre à luz do princípio da irretroatividade constitucional. O art. 100 do CTN nitidamente é voltado à orientação contra a lei, em que o contribuinte não pode ser apenado por seguir interpretação incorreta" (MARTINS, 2007, p. 17). Ver também: DERZI, 2009a.

16 O lançamento tributário é regido pelo princípio da inalterabilidade, ou seja, uma vez realizado não pode mais sofrer modificação pela autoridade administrativa (art. 146 do CTN). Entretanto, algumas exceções foram previstas e elencadas nos incisos I, II e III do art. 145, que alude: "O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I – impugnação do sujeito passivo; II – recurso de ofício; III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149". Para entender quando a administração poderá alterar um lançamento realizado, faz-se necessário diferenciar o instituto do "erro de direito" e o instituto do "erro de fato". Ver, para tanto: CARRAZZA, 2009, p. 423-425; e BALEEIRO, 1999, p. 809-815. Em poucas palavras, o "erro de direito" ocorre quando há mudança ou substituição do critério jurídico relativo ao fato gerador, que poderá levar a Administração a alterar o lançamento realizado. Entretanto, essa alteração só poderá ser aplicada para os fatos que ocorreram depois da mudança, devendo retroagir somente se for para beneficiar o contribuinte (MACHADO, 2001, p. 147). Isso não é novidade. A Súmula n. 227 do extinto TFR (Tribunal Federal de Recursos) afirmava que: "A mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento".

17 Essa constatação se torna ainda mais relevante quando nos defrontamos com a concepção de Pérez Luño, que afirma que há uma aproximação inevitável entre *segurança* e *justiça*. (PÉREZ LUÑO, 1990, p. 335)

18 Em relação ao tempo, a decisão pode se dar de duas maneiras, na linha que aborda Leonel Severo Rocha. Ela pode estar voltada para o futuro, *produzindo* tempo e *diferença* (programação finalística); ou voltada para o passado, *negando* o tempo, *produzindo repetição* (programação condicional). Nesse sentido, quando alguém produz *diferença*, emprega o que se pode denominar de programação finalística, frustrando as expectativas normativas na sociedade (LUHMANN, 2005, p. 126).

19 Quando nos referimos a Kelsen, não estamos necessariamente referendando sua elaboração epistemológica; o que se reconhece é a importância do autor na elaboração da Teoria do Direito brasileiro. Desse modo, a constatação kelseniana lançada no texto acaba se destacando por duas razões principais: em virtude da sua antecipação, mas principalmente por sabermos o quanto de Kelsen "existe" no modo como entendemos o Direito no País. Desse modo, ao se desenvolver uma Teoria Crítica do Direito, a partir de novos paradigmas, o autor de *Teoria Pura do Direito* inevitavelmente deve ser enfrentado. Nesse sentido, ver: FERRAZ Jr. 1994, p. 93-254 e 1998, p. 68-219; ROCHA, 1985, p. 8-26; 1984, p. 57-75; 1999, p. 121-136; e WARAT, 1995, p. 37-62.

20 Há muitos enganos acerca da *common law* e o direito inglês: "Antes de tudo o mais, devemos abandonar a ideia tão corrente de que o direito inglês é um direito consuetudinário. [...] Em segundo lugar, devemos abandonar a ideia de que a legislação é, no direito inglês, uma fonte de importância secundária. [...] Na verdade, a Inglaterra não tem códigos, mas o 'direito escrito' é tão importante e está tão desenvolvido como no continente europeu. [...] Em terceiro lugar, devemos abandonar a ideia de um regra do precedente aplicada com automatismo e paralisante da evolução do direito inglês" (DAVID, 2002, p. 441-3).

21 "Atualmente, o costume desempenha uma função muito restrita no direito inglês. Toda a função importante lhe é retirada por uma regra que exige que o costume, para que seja obrigatório, tenha o caráter de costume imemorial. [...] O costume geral imemorial do reino, sobre o qual teoricamente está fundada a *common law*, sempre foi uma simples ficção. A *common law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituísse o direito da época anglo-saxônica, fundado sobre o costume." (DAVID, 2002, p. 437) "Quando um costume é consagrado pela lei ou pela jurisprudência, ele perde seu caráter de costume, tornando-se uma regra jurisprudencial submetida à regra do precedente." (DAVID, 2002, p. 407-8)

22 É justamente com base na noção de *finitude*, *historicidade* e *facticidade*, que Martin Heidegger dirá que *o tempo é o nome do ser* (HEIDEGGER, 1997, p. 235). "Em 'Ser e Tempo' 'ser' não é outra coisa que 'tempo', na medida em que 'tempo' é designado como prenome para a verdade do ser, prenome cuja verdade é o acontecimento (*Wesende*) do ser e assim o próprio ser" (HEIDEGGER, 1997. p. 83). Este artigo, todavia, não se propõe a aprofundar o modo como a compreensão se dá e como seria possível determinar a validade da compreensão no âmbito jurídico. Para tanto, ver: KÖCHE, 2012.

23 Rechaçamos tal diferenciação, uma vez que consideramos que toda questão de direito é uma questão de fato; mas optamos por trabalhar a partir dessa categoria para simplificar a compreensão das questões lançadas.

24 Quando nos referimos à noção de *trust* (confiança), estamos nos referindo a noção desenvolvida por autores como García de Enterría (1998). Tal ressalva se faz necessária, uma vez que, ao fazermos diversas aproximações com a *common law*, o leitor poderia confundir essa noção de *trust* com o instituto jurídico desenvolvido no âmbito do direito inglês a partir da *equity*. Sobre este aspecto, ver: DAVID, 2002, p. 384-407.

25 "Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos" (CANOTILHO, 1995, p. 373). "A estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos" (ibidem, p. 380).

26 É justamente a partir desse tipo de parâmetro que a noção de "fontes do direito", em especial, do Direito

Tributário, pode ser compreendida e que esse excerto se justifica. Nesse sentido, ver: GRAU, 1975, p. 56. Esse critério vem sendo adotado, em certa medida, pela jurisprudência das cortes superiores (cf. REsp 162.616/CE, Recurso Especial n. 1998/0006152-5, Rel. Min. José Delgado, órgão julgador: Primeira Turma, data do julgamento: 02.04.1998, data da publicação/fonte: *DJ* 15.06.1998, p. 53, *RSTJ* v. 107 p. 85. Ementa: "Tributário. Prática reiterada de atos pela administração. Penalidade inaplicável. Inteligência do art. 100, inc. III, par. único, do CTN. 1. *Restando configurada a prática constante de atos pela Administração, há de se aplicar o preceito insculpido no art. 100, III, par. único, do CTN, que exclui o contribuinte da imposição de Penalidades, da cobrança de juros de mora e a atualização do valor Monetário da base de cálculo do tributo*. 2. Recurso improvido"; REsp 98.703/SP, Recurso Especial n. 1996/0038538-6, Rel. Min. Ari Pargendler, órgão julgador: Segunda Turma, data do julgamento: 18.06.1998, data da publicação/fonte: *DJ* 03.08.1998, p. 179, *RSTJ* v. 113, p. 124. Ementa: "Tributário. Práticas administrativas. *Se o contribuinte recolheu o tributo a base de prática administrativa adotada pelo Fisco, eventuais diferenças devidas só podem ser exigidas sem juros de mora e sem atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo* (CTN, art. 100, III c/c par. único). Recurso especial conhecido e provido, em parte" (grifo nosso).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais do poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009a.

_____. A Irretroatividade do Direito, a Proteção da Confiança, a Boa-fé e o RE nº 370.682-SC. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). Grandes questões atuais do direito tributário. Vol. 11. São Paulo: Dialética, 2007, p. 299-325.

_____. Mutações jurisprudenciais, em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do estado. In: FERRAZ, Roberto (Org.). *Princípios e limites da tributação*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009b, p.729-748.

DIEESE. *10 ideias para uma tributação mais justa*. São Paulo: DIEESE. 2013. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/cartilha/2013/10ideias_completo.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4. ed. Civitas: Madrid, 1998.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO (IBDT). *Quantidade de normas editadas no Brasil*: 24 anos da Constituição Federal de 1988. Estudo coordenado por Gilberto Luiz do Amaral, João Eloi Olenike e Letícia M. Fernandes do Amaral. Curitiba, 2012. Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/70/Em24AnosDeConstituicao46MilhoesDeNormasCriadas.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KÖCHE, Rafael. *Elementos de hermenêutica filosófica para a compreensão do fenômeno jurídico*. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). 2012.

_____. Obrigações acessórias ameaçam a atividade empresarial contábil. *Jornal do Comércio*, JC Contabilidade, Porto Alegre, 26 set. 2012, p. 3.

LOBATO, Valter Souza. O princípio da confiança retratado no Código Tributário Nacional. A aplicação dos artigos 100 e 146 do CTN. A análise de casos concretos. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 6, n. 35, p. 42-70, nov.-dez. 2012.
LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.
_____. *Poder*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
_____. *Sociologia do direito*. Tradução Gustavo Bayer. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da não cumulatividade no IPI – inteligência da Lei n. 9.799/1999 em face do princípio – direito ao aproveitamento do crédito de tributos em operações finais imunes, isentas ou sujeitas à alíquota zero – Parecer. *Revista de Estudos Tributários*, n. 56, jul.-ago. 2007.
NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____. *Direito tributário:* Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Seguridad jurídica y sistema cautelar. *Doxa*: Publicaciones periódicas, Alicante, n. 7, p. 327-349, 1990. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630233495944102257/cuaderno7/doxa7_12.pdf>. Acesso em: 14 out. 2013.
ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica*: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: SAFE, 1985.
_____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
_____. O sentido político da Teoria Pura do Direito. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 9, p. 57-75, jun. 1984.
_____. Três matrizes da teoria jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos,* 1999. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
_____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul.-set. 2004a.
_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n.6, p. 7-59, jul.-set. 2004b.
_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *RPGE*, Porto Alegre 27 (57): p. 13-31, 2004c.
SINDIFISCO. *Sistema Tributário*: diagnósticos e elementos de mudanças. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.sindifisconacional.org.br/mod_download.php?id=aHR0cDovL3d3dy5zaW5kaWZpc2NvbmFjaW9uYWwub3JnLmJyL2ltYWdlcy9lc3R1ZG9zL3Npc3RlbWFfdHJpYnV0YXJpby9Fc3R1ZG9UcmlidXRhcmlvX2NvbXBsZXRvLnBkZnww>. Acesso em: 16 set. 2013.
STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
TEUBNER, Günther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.
_____. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbekian.1993.
VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Segurança jurídica e processo*: recursos, coisa julgada, ação rescisória e ações de (in)constitucionalidade. In: SANTI, Eurico Marco Diniz de (Coord.). *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1995.

Rafael Köche

São Leopoldo – RS – Brasil
rafakoche@gmail.com

Membro do grupo de pesquisa tributação e dignidade humana (CNPq/Unisinos).
Mestre em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) com bolsa de mestrado do CNPq-Brasil.
Advogado.

RECEIVED 19.02.2014 | APPROVED 12.03.2015

RIGHTS AS TRUMPS AND BALANCING:
RECONCILING THE RRECONCILABLE? *

João Costa-Neto

OS DIREITOS COMO TRUNFOS E O SOPESAMENTO: RECONCILIANDO O IRRECONCILIÁVEL?

ABSTRACT

There appears to be a widespread assumption among those who defend balancing in constitutional rights that it is incompatible with the idea of rights as trumps, because public interests and constitutional rights are to be balanced without any type of pre-fixed priority or lexical ordering. My purpose in this article is to show that both trumping and balancing are not only compatible, but possibly complementary. What I will argue is that it is not only possible to have a workable arrangement of constitutional rights that incorporates both trumping and balancing, but it is also better and more plausible if we have one.

KEYWORDS

Trumps; balancing; constitutional rights; lexical priority.

RESUMO

Uma premissa parece ter-se difundido entre os defensores do sopesamento de direitos fundamentais: a premissa de que o sopesamento seria incompatível com a ideia de direitos como trunfos. Isso porque os interesses públicos e os direitos fundamentais deveriam ser sopesados sem qualquer tipo de prioridade fixa ou ordenação lexical. O propósito deste artigo é mostrar que o sopesamento e o caráter de trunfo dos direitos são não apenas compatíveis, mas também complementares. Defende-se, pois, que se pode conceber uma estrutura de direitos fundamentais que integre a ideia de trunfo e o sopesamento; e que é melhor e mais plausível que adotemos essa estrutura.

PALAVRAS-CHAVE

Trunfos; sopesamento; direitos fundamentais; prioridade lexical.

INTRODUCTION

There appears to be a widespread assumption among those who defend balancing in constitutional rights that it is incompatible with the idea of rights as trumps, because public interests and constitutional rights are to be balanced without any type of pre-fixed priority or lexical ordering.[1] My purpose in this article is to show that both trumping and balancing are not only compatible, but possibly complementary. What

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201508

I will argue is that it is not only possible to have a workable arrangement of constitutional rights that incorporates both trumping and balancing, but it is also better and more plausible if we have one.

This article is organized as follows. First, I briefly review Dworkin's account on the concept of trumps (section 1). Next, I try to show why trumps have exceptions, even in Dworkin's view and even if they sometimes seem to be absolute, so that no trump is an ace of trumps (i.e. insurmountable or insuperable) (section 2). There follows a very broad outline of what balancing is and a short rebuttal of some criticisms of balancing (section 3). I then attempt to show that trumping and balancing are not only compatible, but complementary (section 4) and clarify in part the important relations between trumps, promises and constitutional rights (section 5). Furthermore, I hope to have demonstrated how important is the difference between the internal and the external theory to explain trumps and constitutional rights, indicating the fact that Dworkin presupposes that trumps are very clear and neat concepts, and showing how this might be a very serious shortcoming of Dworkin's theory, closely associated with his view of Law as integrity (section 7). A few refinements on the compatibility of trumping and balancing are then presented, including the notion of exclusionary reasons and promising, and the importance of public interests in balancing (section 8). Finally, I sustain the view that balancing can sufficiently help safeguard constitutional rights, and that it is in many ways similar to logic, in the sense that the soundness of its results ultimately depends on the truth of the assumed premises (section 9). The last section presents my conclusions.

1 WHAT ARE TRUMPS? A BRIEF REVIEW OF DWORKIN'S ACCOUNT

In *Taking Rights Seriously*, Ronald Dworkin develops his idea of rights as trumps. His main idea is that there are some moral rights against Government. According to him, not all Constitutional rights represent such moral rights, "[b]ut those Constitutional rights that we call fundamental like the right of free speech, are supposed to represent rights against the Government in the strong sense; that is the point of the boast that our legal system respects the fundamental rights of the citizen" (DWORKIN, 1977, p. 191).

This means that governments would do wrong to repeal such fundamental rights, even if they were persuaded that the majority would be better off that way (idem). Certain interests of individuals are so important that it would be wrong for the community "to sacrifice those interests just to secure an overall benefit" (DWORKIN, 2006, p. 31). Some rights, which can be called political or fundamental rights, "mark off and protect" these important individual interests. Such a right "is a trump over the kind of trade-off argument that normally justifies political action" (idem). The moral intuition behind this view seems to be that some individual liberties are so important

that they cannot simply be disregarded on consequentialist grounds, even if the majority agrees to do so. In one sense, therefore, we are talking about a form of the "priority of the right over the good" (RAWLS, 1993, p. 173 f.).

In *Justice for Hedgehogs*, the last book by Dworkin published in his lifetime, he maintains his core ideas,[2] saying that "policy is normally justified, for instance, if it would make the community safer by reducing violent crime: that is a good all-things-considered justification for increasing taxes to pay for more police" (DWORKIN, 2011, p. 329).

The point of having trumps, on Dworkin's account, is precisely that they are not subject to being weighed. If the relevance of fundamental rights can be weighed at every new upcoming factual scenario and like any other social interest, then balancing "is a confusion that threatens to destroy the concept of individual rights" (DWORKIN, 1977, p. 199). For him, balancing is a confusion because it allegedly involves the competing rights of the individual and demands of society (ibidem, p. 197-198), which means it ultimately relies on an error.

Trumps are rights in a strong sense and that can only be said of certain fundamental and individual rights against Government, not of social and collective interests. In other words, once a certain priority in favor of a right is established and the Government defines it as fundamental, society should bear the collective costs that arise from it (DWORKIN, 1977, p. 198).

On this view, "[i]t cannot be an argument for curtailing a right, once granted, simply that society would pay a further price for extending it" (DWORKIN, 1977, p. 200). There must be something special about the cost that generates the restriction or limitation of a fundamental right, "or there must be some other feature of the case, that makes it sensible to say that although great social cost is warranted to protect the original right, this particular cost is not necessary" (idem).

The question that appears to emerge is what exceptions does trumping admit? In other words, what possible justifications, if any, may warrant the restriction or limitation of a trump?

2 Excepting trumps

Although a fundamental right trumps most welfare and consequentialist considerations, it does not mean, according to Dworkin himself, "that the State is never justified in overriding that right" (DWORKIN, 1977, p. 191). Someone might say the Government may override the right to free speech, for example, "when necessary to protect the rights of others, or to prevent a catastrophe, or even to obtain a clear and major public benefit (though if he acknowledged this last as a possible justification he would be treating the right in question as not among the most important or fundamental). What he cannot do is say that the Government is justified in overriding a

right on the minimal grounds that would be sufficient if no such right existed" (ibidem, p. 191-192).

In *Taking Rights Seriously*, Dworkin mentions "the only three sorts of grounds that can consistently be used to limit the definition of a particular right." Government might show, for instance, that (1) the values encompassed by the original right are not really at stake, or that they are at stake in some attenuated form (DWORKIN, 1977, p. 200). It could also point out that (2) "if the right were so defined, then the cost to society would not be simply incremental, but would be of a degree far beyond the cost paid to grant the original right, a degree great enough to justify whatever assault on dignity or equality might be involved."

According to Jürgen Habermas, even if it is reasonable to assert that human dignity usually prevails against other rights, such prevalence is not absolute. There are unavoidable situations in which it will be at least partially defeated (HABERMAS, 2010, p. 464, 466 and 470).[3]

The question that arises here is how should a judge or the Government decide between competing claims of right? How to determine if something is, or not, an exception to a given trump? As I will try to show, the answer to this question gives us a reason for which trumping and balancing are compatible.

The notion of fundamental rights as trumps indicates that such rights are not totally at the disposal of the ordinary legislator. This makes sense in countries like France, Germany, Portugal, Spain or the USA, where the Constitution is a formal and solemn document that is placed above all other norms or statutes, and can be amended only through a complex legislative procedure.

On the other hand, how can one find out what is not at the disposal of the ordinary legislator? What is so important as to trump most of a society's welfare, aggregative and utilitarian interests?

Even if we accept that such fundamental rights exist and that some legal entitlements are so important as to trump most collective considerations, we still haven't said what those rights are and what their exceptions are.

3 What does balancing mean after all?

Some believe that proportionality is the most adequate tool for assessing whether a given limitation of a constitutional right is or is not lawful. Proportionality involves three steps, the first two being suitability and necessity. Explaining the first two is beyond the scope of this text, but it is relevant to mention that most limitations to a fundamental right will pass the first two steps. In most cases, it all comes down to the third (SIECKMANN, 2009, p. 47 f.).

Balancing is the third step of proportionality. It is also called proportionality *stricto sensu*. Balancing involves three steps. First, the degree to which a given right is

infringed must be assessed. Second, the importance of satisfying a competing principle is established. Finally, it must be decided whether or not the importance of fulfilling the competing principle justifies infringement of the right involved (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 10 and 57).

In such terms, it is evident that balancing imposes on public authorities a burden of justification which obliges them to defend a limitation to a constitutional right in terms of public reason. In other words, it provides a structure for the assessment of public reasons (KUMM, 2010, p. 150).

One of the arguments constantly made against balancing is that it offers no mathematical or algorithmical process of adjudicating on constitutional or human rights. This is indeed the case, but it is hard to see why it should be taken as a criticism of balancing. Grégoire C. N. Webber, for example, criticizes balancing for purporting to evade "political and moral questions", as if decisions on constitutional rights could be made merely a matter of weighing the relevant interests (WEBBER, 2009, p. 105). He also states that it fails to provide a categorical answer (ibidem, p. 110 f.), deconstitutionalizes rights (ibidem, p. 100 f.), and makes them "lose any sense of certainty" (ibidem, p. 103). A rebuttal of this thesis lies beyond the appropriate scope of this article. However, a few things should be said on the matter.

First, one can easily acknowledge that balancing does not involve "reasoning that is value-free, purely logical, and immune to any subjective influence and to any moral consideration" (SILVA, 2011, p. 288). In addition, as Virgílio Afonso da Silva has pointed out:

> The faith that balancing as well as the principle of proportionality turn "the review process into a relatively straightforward exercise of logical or syllogistic reasoning" or that subjective points of view "never come into play", is a very naïve approach. (idem)

Yet such considerations do not in any way undermine balancing. To say that it does not entail mathematical precision[4] (TSAKYRAKIS, 2009, p. 469, 472 and 474), something arguably impossible in legal reasoning, is not a meaningful critique. Of course, balancing does not yield mathematical or syllogistic accuracy, or even the pretense of one (ALEINIKOFF, 1987, p. 1003), but this lack does not prevent balancing from being useful and plausible.

Second, the lack of an indisputable and uniform measure (WEBBER, 2009, p. 89 f.) of logical deduction or mathematical precision does not render balancing irrational. This is so mainly because the major strengths of the doctrine of balancing, as epitomized by Matthias Jestaedt (2012, p. 157-158), are: (1) contributing to rationalization; (2) allocating burdens of argumentation; (3) providing justice and accuracy in the individual case; (4) consistently explaining constitutional case law. These four strengths

are in no way related or subordinated to mathematical precision or to the adoption of a uniform measure. Moreover, as Virgílio Afonso da Silva has consistently demonstrated, two incommensurable values (i.e. those that cannot be reduced to a single measure or uniform scale) can be compared with one another.[5]

One can also object to balancing by questioning and undermining the legitimacy of judicial review in general. However, if such an approach is rejected, one must arguably accept that balancing is inevitable. It might be fallible and can lead to different results, but that does not mean it is not the most rational option available (SILVA, 2003, p. 87).

As Bernhard Schlink has put it, "[m]ost courts claim the right to control the balancing of the legislature and replace it by their own balancing [...] some courts feel this urge on more occasions than others" (SCHLINK, 2012, p. 300-301)[6] But this argument forcibly challenges judicial review per se.

Even assuming, for instance, that a Constitutional Court should adopt a minimum core approach while adjudicating on constitutional rights, the objection remains. By advocating that Courts should limit their adjudication to the safeguard of a minimum regarding constitutional and human rights, it still means the opinion of the Court prevails over that of the majority. Indeed, it means the balancing of means and ends established by the legislator is superseded by that established by an unelected body of judges (SILVA, 2003, p. 85-86).

In other words, once judicial review is accepted, balancing is unavoidable, on a larger or smaller scale. I will try to show that the adoption of balancing in the adjudication of constitutional rights does not entail totally disregarding public interests when such rights come into play. However, nor does it require us to give up on the notion of rights as trumps.

4 Making trumping and balancing compatible

As I have tried to show in sections 1 and 2 of this article, Dworkin, who famously defended the idea of rights as trumps, does not claim that they are, as such, absolute. Trumps do admit exceptions, which makes them relative rights (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 29).

If trumps admit exceptions and if I can show that balancing plausibly helps us undertake the difficult mission of finding out what those exceptions are, then the idea of rights as trumps and that of balancing are not only compatible, but also complementary. If I succeed at this task, not only can trumping and balancing be reconciled, but we will be better off if they are. That's precisely what I will try to show in the present section.

Fundamental rights set the bar higher: they impose burdens of argumentation and limit the discretion of the ordinary (i.e. non-constitutional or sub-constitutional)

legislator. This means that some interests are valued to a certain extent regardless of the good or bad consequences that they may bring. They are, after all, intrinsically valued (SIECKMANN, 2009, p. 65). Therefore, once a society sets some rights as having a certain priority, it means they can be overridden *only under special conditions*.

If balancing were to put public interests and constitutional rights at exactly the same level, the state would be free to use any thinkable, and in part arbitrary, public interest to justify interference with such rights. That would truly undermine the ability of constitutional rights to assure any protection (KLATT; MEISTER, 2012b, p. 162-163).

The requirement that a higher weight be assigned to constitutional rights is based on the fundamental liberal idea that a certain priority be given to them over other ordinary interests. This is so, because "a heavier weighing of constitutional rights is intrinsic to the existence of a catalog of such rights" (KLATT; MEISTER, 2012b, p. 163-164).

If it be objected that this special status is not present in Alexy's *Theory of Constitutional Rights*, since collective and individual interests are placed at the same level there (ALEXY, 2002a, p. 80-81), the response must be that while this is true of Alexy's model, it is not true of every conceivable theory of constitutional rights that includes balancing as a method. In fact, in a theory of constitutional rights we can "assign higher abstract weights to some liberties considered more basic than other liberties" (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 28). This means that some rights enter the balancing process with a "winning margin" (ibidem, p. 26). This possibility "would establish a lexical ordering among the principles, which is qua definition of the concept of abstract weights irrespective of any concrete case" (ibidem, 2012, p. 28).

Thus, "the idea of trumping or lexical ordering between principles can indeed be incorporated into the proportionality model by means of abstract weights" (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 64). Under this view, the issue becomes "not whether trumping and balancing gives the correct account, but rather what is the proper place of trumping and lexical ordering within the balancing model" (ibidem, p. 28).

One must agree with Matthias Klatt (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 28-29) that Afonso da Silva (2011, p. 286) is wrong when he states that balancing is always "made among concrete alternatives and not among abstract values". This could only be true by definition, but balancing does not require different principles to have the same abstract weight. Afonso da Silva believes that incommensurable values, including what he calls essential values (*wesentliche Werte*), are only comparable concretely. From this perspective no abstract weight given to conflicting values can be used in a comparison or, more importantly, in a balancing procedure (SILVA, 2003, p. 177).

Can "playing golf" and "life" be compared? What about "collecting insects" and "friendship"? Afonso da Silva says that, based on their abstract dimensions, the answer must be negative (ibidem, p. 179 f.). They are incommensurable values that are at the same time comparable, but only concretely, not abstractly. I concede this *might* be true about "playing golf" and "life", but I disagree that it is the case when a collision

of constitutional rights is at stake. There is no reason why abstract weights cannot be attributed to constitutional rights or values. It is, indeed, possible to compare them abstractly. The so-called *preferred position* of free speech, in the view of Justices William O. Douglas and Hugo Black, would be an example of that.[7]

Neither justice thought free speech had precedence in all circumstances over any other fundamental right or value guaranteed by the bill of rights. They merely believed that the liberties of the First Amendment to the American Constitution, such as freedom of speech, had greater weight per se than other liberties, and that this should be taken into account when ruling on judicial disputes. In this regard, I see no epistemological problems in ascribing abstract weights to constitutional rights. I should also add that this need not involve an absolute lexical ordering, as Afonso da Silva seems enthymematically to assume (SILVA, 2003, p. 181-183).

All this means is that a constitutional or human right begins the balancing process with a winning margin. To illustrate, it is as if the trump weighs slightly heavier on one scale because it has a heavier abstract weight. The imaginary scales of judicial balancing already tilt to this side. Abstractly speaking, it begins thus, so that in order to make the scales favor the opposite side, the concrete weight of the competing principle must be heavier than usual.

In other words, when two principles start with the same abstract weights or none, concrete balancing is done between equals. The scales truly balance. When a trump comes into play, this changes substantially: it enters the stage with an advantage, with a winning margin. In fact, by assigning abstract weights to rights, which means giving them a winning margin in the balancing process, we lay down "a proper way to combine proportionality and trumping" (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 29) or, for that matter, trumping and balancing.

In his elucidating monograph on proportionality, which thoroughly addresses the relation between trumping and balancing, Matthias Klatt sets out two laws of trumping. According to the first one:

> Constitutional rights always trump every consideration except for considerations which enjoy constitutional status likewise. (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 23)

Furthermore, the second law of trumping states that:

> The higher the abstract weight of a right, the more likely it will trump competing considerations. (ibidem, p. 29)

Both laws increase the burden of argumentation for whoever wants to confute a trump. The trump itself actually becomes strengthened, because it cannot be set aside

without a good justification. No originalist, historical or genetic reason will, by itself, simply withdraw and remove a collision of a right with another constitutional interest from consideration by shrinking the right's scope.[8]

But it would be a mistake to claim that "exceptions" to trumps can be found without balancing. As we have seen, there is a need to create exceptions. The most rational way to do this is balancing. I will argue that Dworkin does accept that collective goods and consequentialist factors matter when establishing the exceptions to a given trump. Trumps are, indeed, defeasible. What must be found out is how and when.

Dworkin rejects the notion of a prima facie constitutional right. In accordance with his view, for instance, there can be no "prima facie constitutional right to medical care on demand that is however trumped by some emergency that prevents judges from actually enforcing it" (DWORKIN, 2011, p. 413). In an emergency, he says, it is the "very principles" (idem) that support such a right, "which include principles about the best allocation of political power in a coercive state, which supply the argument against enforcement" (idem).

How does he reach this conclusion? Is it by some kind of "constitutional vaticination or prophecy?" When one concedes that there are exceptions to trumps, then it is all the more rational and transparent to use balancing, instead of simply stating that an exception is inherent in the trump, or derived from it.

When Dworkin concedes that an emergency can exempt government from providing the medical care an individual is normally entitled to, he believes this is an obvious exception to the right to free health care, which he considers a fundamental right. He sees no conflict whatsoever between what should be done and the factual barriers that stop that duty from being accomplished. It is as if a constitutional right simply disappeared or ceased to exist in the event of an emergency. It is entirely beyond the right's scope. But what type of emergency justifies setting aside a fundamental right?

In principle, individuals have a right to undertake public religious demonstrations. One can take part, for example, in a religious or funeral procession. But what if the risk of an epidemic makes it unreasonable to allow a religious procession to go ahead under certain conditions of time and place? (ALEXY, 2002a, p. 208 f.)

Again, balancing offers a more rational and transparent method to answer this question. Simply saying that the exception is a necessary conclusion from the fundamental right itself, from its scope, does not help much. How do we define a right's scope? If we accept an internal theory, collisions between rights vanish only apparently, despite the fact that arguments used to reach a certain decision become less traceable. This means that there are situations in which matters of policy do interfere and neutralize a certain trump. In other words, trumps, which are matters of principle, to use Dworkin's terminology, are not totally immune to the weighing of consequences that is inherent in balancing.

Under this approach, *not every trump is an ace of trumps* (i.e. insurmountable or insuperable). Depending on the concrete situation, every trump is capable of being overridden. This can only mean that what trumps do is raise the bar and elevate the stakes involved. They are burdens to those who wish to override them. Rights that are trumps deserve deference by definition and should not be so easily set aside on consequentialist grounds as other rights or interests. Nevertheless, they are defeasible.

I am not sure if, as Matthias Klatt argues, on "Rawls's or Dworkin's account" lexical ordering always and definitely means trumping principles with lower abstract weights (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 28). That seems to be ambiguous at the very least, since, as I tried to show above, Dworkin accepts a number of exceptions to trumping that are somewhat vague and quite encompassing. Besides, I have argued that the only rational and transparent way to find exceptions is through balancing, which would mean that even Dworkin's account is at least compatible with balancing, if not in need of it. This objection also appears to apply, at least partially, to Rawls.[9]

When Dworkin accepts that the enforcement of a trump can be blocked if it entails a catastrophe, he takes consequences into account. Even though he rejects an aggregative justification for legal rights, in certain circumstances aggregative reasoning will play a role in the type of reasoning he defends. He wants to avoid catastrophe-based arguments, which can also be called high stakes objections,[10] to his predominantly deontological account. But the exceptions to trumps he concedes can only be plausibly obtained through balancing. If no such rational process is used, absolutely no guarantee can be given that what he means to be exceptions will become the rule, in which case trumps will be too weak to trump anything. Balancing cannot give such a guarantee either, but it may help us get there.

If we want fundamental rights to rule out most consequentialist considerations, it is of paramount importance to submit legal argumentation to transparent and rational scrutiny. As far I can see, balancing provides the best way to achieve that. Balancing is not immune to all subjectivity. It does not guarantee specific results. In fact, different judges or lawyers may use the same method (i.e. balancing) and arrive at totally different conclusions. Nevertheless, it offers us a framework for discussions regarding constitutional or human rights that enhances transparency and distributes burdens of argumentation.

Although it is compatible with different levels of protection, balancing raises formal requirements for the content with which the structure is filled.

In addition, the above considerations show that fundamental, constitutional or human rights are better understood as "trumps subject to a general balancing clause" (*direitos fundamentais como trunfos sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação*) (NOVAIS, 2012, p. 80 f.). They are trumps, but not absolute ones. Their exceptions can be plausibly laid down through balancing.

Notwithstanding what I have just said, it is crucial not to overstate my point: balancing does not eliminate subjectivity from legal reasoning. Far from it. What it does is establish a basic set of rules of argumentation and, most importantly, force the judge to argue more conspicuously. In other words, it enables trumps to institute burdens of argumentation, by making it harder if one wants not to give them precedence in a concrete legal case.

5 Trumping and promising

When Dworkin asks whether human rights are truly universal, i.e. whether human rights depend on features of local culture or history that universal declarations ignore, he answers: "yes and no" (DWORKIN, 2011, p. 338). For him, a "health education policy that would show good-faith effort in a poor country would show contempt in a rich one" (idem). Nevertheless, he insists that the abstract standard itself, the basic understanding that dignity requires equal concern for the fate of all and full respect for personal responsibility, is the foundation for government's duty to establish a health education policy, and as such is universal (idem).

Dworkin's thesis that human rights do depend on parochial reasons seems to proceed. Otherwise, we would have to accept that human rights will only be respected "until some millennium of wealth and cultural sophistication has been reached" (DWORKIN, 2011, p. 252). Strictly speaking, this means that the fulfillment of human rights shouldn't be measured *sub specie aeternitatis*.

This is relevant because it shows that the same right can be *equally respected* even though it is realized in different extents according to the given legal and factual possibilities. That's precisely what balancing is about (ALEXY, 2002a, p. 47).

To elucidate this, and to help showing that trumping and balancing are compatible and complementary, it is important to remember that Dworkin believes that the idea of rights as trumps should be understood as analogous to that of promise (DWORKIN, 2011, p. 329). Promising means, for instance, that if I borrow money from someone and promise to pay her, I can't simply argue later on that, instead of paying her – let's suppose she is single – I will travel with my wife and nine kids since from a purely utilitarian point of view that will make more people happier and arguably generate greater general utility. That wouldn't suffice to exempt me from my obligation.

In *Justice for Hedgehogs*, Dworkin interestingly shows how the notion of trumping helps to explain how promises and fundamental rights should be understood. Fundamental rights institute onerous burdens of argumentation in their favor. Consequently, they are indeed similar to promises. Promises rule out a whole range of excuses and exceptions that would normally be accepted in other circumstances. Fundamental rights also rule out and trump a number of arguments and interests that would normally have a greater impact if they weren't matched by a trump.

Stephen Guest points out that the first articles published by Dworkin were interesting, among other things, for their display of an "anti-utilitarian strain" (GUEST, 2012, p. 12). Guest also indicates how easy it is to detect the "influence of Rawls's very influential article 'Two Concepts of Rules' published in 1955" (idem) on Dworkin's first texts. This is all the more important when one remembers that among the main ideas developed by Rawls in this article is the "question of promise" (RAWLS, 1955, p. 29).

Rawls believes that "utilitarianism cannot properly account for the obligation to keep promises at all" (ibidem, p. 33) It is fair to say the "question of promise" remained one of Dworkin's main concerns until the last book he published while alive (DWORKIN, 2011, p. 308 f.).

However, although promises do act as trumps, Dworkin explicitly acknowledges that promises are not immune to all exceptions. A promise to go out to dine, in his view, "could not have raised the bar so high that, for instance, your son's illness would not excuse you. None of these near platitudes offers an algorithm for testing promises and their breach. We can only say that we must assign a high level of seriousness to promises – but not too high – when we draw our judgments about promise-keeping from, and integrate them with, our other and more general convictions about not harming people" (DWORKIN, 2011, p. 311)

But how should we select the arguments that are good grounds for not keeping a promise, if, as Dworkin acknowledges, there is no Archimedean perspective or algorithm for that? If one is looking for transparent and rational grounds, balancing seems to be a sound answer. And if there seem to be cases in which no exceptions to a given promise or fundamental right exist, these can also be captured by a balancing process. Rights that admit of no exceptions whatsoever are classified as absolute. In other words, a right is "absolute when it cannot be overridden in any circumstances, so that it can never be justifiably infringed and it must be fulfilled without any exceptions" (GEWIRTH, 1981, p. 2) Relative rights, on the other hand, can be "lawfully interfered with in pursuit of the protection" of other interests, which means that "certain considerations can operate to override the right" and that "not all restrictions [...] amount to violations" (MAVRONICOLA, 2012, p. 730).

In explaining the apparent existence of absolute rights, Alexy states the following:

> There are thus conditions under which one can say with a very high degree of certainty that no countervailing principle will take priority. These conditions define the "essential core of private life". But the absoluteness of its protection remains a matter of the relation of different principles. A set of circumstances under which competing principles do take precedence after all cannot be ruled out. However, the certainty of protection is so high that under ordinary circumstances we talk about absolute protection. But the relativized basis of this protection must not be lost from sight. The

> extent of "absolute" protection depends on the balance of principles. The impression that the core can be identified directly without balancing interests, or known intuitively, derives from the certainty with which we are able to relate principles in the case. (ALEXY, 2002a, p. 195-196)

The relative certainty that a certain right will give way to no other right in ordinary circumstances can also be explained through the balancing framework. This is also a reason why trumping and balancing are compatible.

Most political questions are and should be "a version of a utilitarian trade-off argument" (DWORKIN, 2011, p. 329). Trumps are different. They are the very rights that are *normally* immune to such a "utilitarian trade-off". They trump almost all the various justifications concerning "the general welfare or any other all-things-considered justification" (ibidem, p. 330) However, Dworkin agrees that this cannot mean that such trumps admit no exceptions (ibidem, p. 310-311). They undoubtedly have to.

The question, of course, is which exceptions. If promises, for instance, are like trumps, as Dworkin argues, that can only mean that promises, like trumps, "set the bar very high for successful excuses for disappointing deliberately encouraged expectations. A promise makes a whole range of excuses ineligible that would be sufficient if reliance had been encouraged in some other and less heightened way" DWORKIN, 2011, p. 310) Again, there is a parallel with the idea of a fundamental right, which, as we saw, means that Government is not "justified in overriding" it "on the minimal grounds that would be sufficient if no such right existed" (ibidem, p. 192).

Joseph Raz sustains the view that promises are exclusionary reasons, and, as such, content-independent reasons to act.[11] I should make clear that Raz develops this idea very differently. His writings on promises adopt a different approach from mine and have very distinct purposes. At any rate, he admits that promissory reasons (i.e. reasons that valid promises constitute for performing the promised act) have exceptions.[12] Consequently, he says, it is relevant to understand the "distinction between binding promises that are overridden by conflicting reasons, and promises that are not binding".

Promises, like other trumps, can only be content-independent to a certain extent. They do not exclude any grounds to act; they exclude *some* grounds to act. The scope of the exclusionary force of a trump is limited. This applies with all the more reason to constitutional rights, which also have exceptions. Finding these exceptions is a matter of argument, through the assessment of competing claims and priorities.

Unfortunately, it is not reasonable – and perhaps not even possible – to list exhaustively all the possible collisions of constitutional rights or values, such as cases involving freedom of conscience and religion and freedom of speech, to mention only one possible example. Thus, finding what is in fact trumped by a trump is not so easy.

The most plausible thing to do seems to be to institute argumentative burdens to any claim against the trump. I will turn to this question again in section 9. In any case, denying the trump a limited scope favors the protection of constitutional rights. It is not only relevant what limitations of a right amount to a violation of it. It is also of paramount importance that any conduct potentially capable of infringing that right be submitted to constitutional scrutiny.

That is why, when it comes to constitutional and human rights, the difference between the so-called internal and external theories becomes so relevant.

6 Internal theory v. external theory

Both Dworkin and Alexy admit exceptions to any fundamental rights, regardless of the fact that they are trumps. The difference lies in *how* they do so. Dworkin insists that all exceptions are, and must be, inherent in the trump in question (internal theory) (DWORKIN, 2011, p. 413). Alexy, however, is forced to exhibit conspicuous and compelling reasons to put aside a prima facie right (ALEXY, 2002a, p. 179 f.).

The internal theory dodges and conceals the fact that there is a tension between conflicting interests or colliding rights in every decision that trumps a trump.[13] The internal theorist will try to show that there is only an apparent conflict or collision, and that the exception he defends is in fact a case of non-applicability, from the outset, of the trump in question. It is as if the trump and what is guaranteed by it had never been called into question. This means that "the right's content and the considerations for the right's restrictions are mixed up" (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 21).

While Dworkin believes that fundamental rights trump most utilitarian considerations, he concedes that the occurrence of catastrophes and other similar incidents can be, for him, plausible excuses against a trump. For him, if a promise can be violated in certain circumstances, it is not because of some balancing process in which two competing interests are balanced. It is simply internal to the idea of a promise that it shouldn't be kept in certain circumstances. Promises are not binding come what may.

As a matter of fact, they are no exceptions at all to a given right, since its supposed limits are built in to the very scope of the right. In this context, Alexy's thesis can be classified as an external theory, since it claims that there is a prima facie right, which can be subject to limitations and exceptions. The external theory is generally connected to the idea that constitutional rights have a wide scope, so that a general right to liberty can be limited on certain grounds, while the internal theory is usually associated with a narrow scope (ALEXY, 2002a, p. 200 f.).[14]

The idea of a broad prima facie right to freedom, defended by Alexy, is similar to Isaiah Berlin's concept of negative liberty (BERLIN, 2002, p. 169-178; PULIDO, 2007, p. 472-475). From this standpoint Alexy's theory has an important liberal component,

which is substantially different from Dworkin's. Alexy presupposes, in liberal fashion (BOROWSKI, 2007, p. 47 f.), that individuals have at least a prima facie right to do whatever they want,[15] even if such liberty can be restricted. Dworkin clearly refuses the idea that any general account of negative liberty, even prima facie, can be plausible, and explicitly criticizes Berlin's approach (DWORKIN, 2011, p. 367 f.; 1977, p. 267).

From a certain perspective, the internal theory should present no more challenges than the external theory. For instance, one can always dispute what rights should be trumps and how much the scope of such trumps should cover; but *mutatis mutandis* that is also true of the external theory, in which case people can always argue about what the admissible limitations of the prima facie scope of a right should be.

However, the external theory forces those who deliberate to acknowledge the fact that their decision is by no means obvious. They are, indeed, weighing conflicting interests and the external theory makes that clearer and more traceable. It is possible to arrive at precisely the same results from these two different theories, but that does not suffice.

The internal theorist tries to evade the incidence of the trump from the outset. From a certain point of view, which Jorge Reis Novais has somewhat misleadingly called "theoretical", the internal theory can be considered irreproachable. In spite of failing to provide a rational and transparent way of controlling the (un)constitutionality of limits imposed on a certain fundamental right – precisely because it blends the right's content and limits –, the internal theory supplies a very rigid, "aprioristic" or ultrarestrictive delimitation of fundamental rights that conceptually eliminates conflicts between rights (NOVAIS, 2012, p. 32). Nevertheless, the practical problem remains: Where does the scope of a right end? How can I find that out? In the internal theory this question is answered from a conceptual point of view, regarding the very definition of the right. In the external theory, the conflict is left unobscured and unclosed, only to be solved by balancing. The methodological difference between a right's scope and its limits favors the traceability of decisions made by a given Court.

Moreover, the internal theory may give the impression that all the rights and interests secured by a given legal system are in perfect harmony, since there must be no overlap whatsoever between the scopes of any rights or trumps. That makes it all look simple, precisely because it is holistic. After all, in the internal theory, "[…] the scope of constitutional rights is determined as per their interpretation" (BARAK, 2012a, p. 493) Therefore, limitations "are a part of the constitutional rights. They do not limit it. Rather, they determine its content in accordance with the community's view at a given time" (idem).

However, it seems far more preferable to have "a model that stresses, in the most transparent way possible, the conflicts of interests, values and principles that underlie

all the hard cases that involve fundamental rights" (NOVAIS, 2012, p. 31). The adoption of such a process, according to Reis Novais (idem), means that, while solving such conflicts, one is able to control the given solution in an "intersubjectively shared" manner, instead of "semantically obscuring" or "theoretically neutralizing" the types of conflicts between fundamental rights that frequently underlie a concrete constitutional case.

One of the results of Dworkin's internal theory is that equality and liberty, for instance, never overlap and are never in an area of conflict (DWORKIN, 2000, p. 121, p. 134; 2006, p. 69-70). They do not collide at all. If we accept the internal theory, we are also obliged to concede, for example, that there is simply no opposition or tension between majority rule and fundamental rights, a view Dworkin also shares (DWORKIN, 2011, p. 382 f.).[16]

As one can easily see, it is no coincidence that in *Justice for Hedgehogs* Dworkin painstakingly defends the two views I just mentioned, namely that equality and liberty or majority rule and fundamental rights never collide with one another (DWORKIN, 2011, p. 345 f.). It is as if when equality is applicable, liberty leaves the stage and the other way around. Concepts are shaped in a holistic view, which means Dworkin defends a very specific, narrow and exquisite view of equality or liberty.

That is also why Dworkin criticizes the well-known dichotomy, advanced by Benjamin Constant (1997, p. 589-619) and resumed by Isaiah Berlin (2002, p. 166 f.), between the liberty of the ancients and the liberty of the moderns. As an article by Kathleen M. Sullivan shows, the distinction between the two concepts of freedom has become very important in the understanding of constitutional rights, such as freedom of speech.[17] Nevertheless, according to Dworkin there is no contrariness between political participation and the right to choose as part of a group (liberty of the ancients) and the guarantee of an inviolable sphere of individual liberties (liberty of the moderns).

Moreover, so the argument goes, there is no value in liberty for its own sake. For Dworkin, the only liberty we should not be deprived of by Government is the one that is essential to our dignity (DWORKIN, 2011, p. 345). If individuals are deprived of a single individual right, they are seriously wronged. But if a single unwarranted individual right is granted to a citizen that is already too much. Hence, the argument assumes there is a very neat division between what is a matter of principle, and what is a matter of policy. If affairs that should be decided in consonance with collective goals are decided differently, society is deprived of its democratic prerogative of self-determination. Similarly, an individual is severely wronged if a choice he should be able to make by himself is made by society as a whole.

Accordingly, Dworkin famously differentiates between freedom and liberty. Freedom is the complete power to do what one wishes, while liberty is only that part of freedom which, if constrained, would engender a violation of my dignity. From this

perspective, not all opposition to my will is an opposition to my liberty, because I am simply not entitled to do anything I want (DWORKIN, 2011, p. 366 f.). I do not have the right to commit theft[18] or murder, for example, which means the Government can do me no wrong by prohibiting me from doing so (ibidem, p. 369). The internal theory neutralizes the collision between different constitutional or human rights, since it "seeks to provide every right with a clear and well-defined scope such that it would not conflict with other constitutional rights" (BARAK, 2012a, p. 514).

But there is an evident moral and liberal objection that can be made about simply singling out some acts and putting them outside of the right's scope. Kai Möller mentions the case of a hitman who argues that killing is very important for him. It is part of his conception of a good life and of the person he wants to be right now and in the future (MÖLLER, 2012, p. 72, fn 58).

The dispute here is not about whether murder and theft should be prohibited. Of course they should. The point here is that someone's project is a result of the free development of his or her personality. Autonomy means precisely being able to do things that might be worthless for other individuals or for society in general simply because the individual wants to. When assessing the scope of a right, neutrality should be a key feature. The moral value of a certain conduct is to be assessed when judging if there is sufficient justification to limit that right, but the state cannot be completely exempted and discharged from justifying the limits it imposes on the autonomy of individuals (MÖLLER, 2012, p. 77-79).

Another objection that arises instantly against the internal theory is that the reduction of the de facto conflict between two or more constitutional rights or the interests they involve "leads to an interpretative result that leaves some aspects of the right's penumbra outside its recognized scope" (BARAK, 2012a, p. 514).

Dworkin's idea arguably works well in cases that are plain or obvious, such as theft or murder, but offers little or no help at all in minimally disputed cases. This makes it a very unpersuasive and unworkable theory, since "a legal theory that does not help, or does not help much in cases of doubt, is not much use" (ALEXY, 2002a, p. 214).

Suppose I had promised to go to the theater with a friend. As I was on my way to meet my friend, I found a stranger lying on the street in a pool of blood. The example may seem a bit dramatic, and perhaps unreal, but it does not necessarily have to be. It is helpful because it offers quite a solid case for a promise to be reasonably broken. I find it quite sensible to break a promise to go to the theater in order possibly to save someone's life. This conclusion could be reached by both the internal and the external theorist. But how exactly?

The main point here is that, in keeping with the internal theory, there is no point in saying that I feel or at least should feel divided between keeping a promise and helping an injured stranger who has just been shot. Thus it is not about weighing the arguments and counter-arguments for and against helping the stranger. I reach that conclusion by

simply acknowledging that in such circumstances I never had a duty to obey the promise I made. In other words, the trump established by a promise was never meant to apply if I found a stranger lying on the street minutes before accomplishing what I had promised.

The external theorist, on the contrary, would say the promise is still binding but, given the overwhelming situation, there is more than enough reason to put it aside and help the injured stranger. The external theorist recognizes the prima facie duty he has and puts the bar really high before he is allowed to surpass it. In addition, the external theorist actually enhances the relevance of the trump, because he denies that it is simply non-applicable to certain cases. He is forced to give considerable reasons before putting the trump aside, no matter how trivial and apparently obvious those circumstances are or may be.

The internal theorist does indeed balance and weigh the different interests involved. Otherwise how would he decide if a promise must or must not be kept, or if a trump is really definite or not. Nevertheless, the internal theorist solves this collision "in a hidden way" (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 21), which is "no longer traceable" (idem). In short, the internal theory is hopelessly and irredeemably stricken by a justification deficiency.

7 Dworkin, Law as integrity and holism

Another shortcoming of Dworkin's theory, closely related to trumping and balancing, is that it is too holistic. In his words, "[y]ou cannot determine what liberty requires without also deciding what distribution of property and opportunity shows equal concern for all" (DWORKIN, 2011, p. 4). This suggests it is impossible to have a view on liberty without assessing all the concrete problems that might arise from the enforcement of that concept. If this were the case, we would be forced to have a complete and gapless theory of law and of the applicable legal system in order to reach a plausible conclusion in any given case.

It follows from this view that before I can actually know what freedom of expression is and before I can adjudicate on that basis I must know from the outset precisely what the following concepts mean, among many others: liberty, human dignity, procedural and substantive due process of law, equal protection of the laws, the right to property, the separation of powers, freedom of assembly, religious freedom, the right to petition, the right to keep and bear arms, and so on. I would need to have an answer to every single case that might arise, as well as a clear definition of all constitutional rights, before solving any dispute.

None of these rights I mentioned could possibly conflict with each other in Dworkin's account. Therefore I would have to know precisely what all their scopes were beforehand. Only under that condition would there be no overlap between the

different scopes. In fact, there is no reason why I would not also have to know the scope of every other conceivable legal – and not only constitutional – right, entitlement and concept.[19]

One would have to know the scope of absolutely all constitutional rights to decide a case involving, in principle, only one or two constitutional rights. This holistic view, closely attached to Dworkin's idea of law as integrity (DWORKIN, 1986, p. 176-275), requires the judge to review at least virtually all the rights and values with or without constitutional status before arriving at any decision. It truly requires the labors of a demigod, such as Hercules, because it presupposes a kind of omniscience that is humanly unattainable.[20] Besides, legal systems are in many ways incomplete and laconic. The solutions of many problems are engendered; they are not pre-existent.

It seems that not only is such a review of the complete legal system unlikely and really hard, if not unviable, but it also hides most of the judge's considerations before reaching a certain decision. Such a review not only has at least a tendency to continue *ad infinitum*, but also conceals, from an argumentative point of view, the contentious and mostly controversial questions concerning the delimitation of the scope of the constitutional right.

We should not assume that constitutional rights are clear and neat concepts, that freedom of speech and the right to privacy, for instance, never collide. As Justice Souter of the American Supreme Court once put it, "[t]he explicit terms of the Constitution [...] can create a conflict of approved values, and the explicit terms of the Constitution do not resolve that conflict when it arises" (SOUTER, 2010, p. 433). Consequently, a "choice may have to be made, not because language is vague but because the Constitution embodies the desire of the American people, like most people, to have things both ways. We want order and security, and we want liberty. And we want not only liberty but equality as well. These paired desires of ours can clash, and when they do a court is forced to choose between them, between one constitutional good and another one" (idem).

One cannot reasonably doubt that the Constitution does not have all the answers. Collisions of constitutional rights are unavoidable, given the provisions of most constitutional texts in the world. Likewise, Constitutions do not and could not have an exhaustive catalog containing the solutions to all possible cases that arise from the collision of constitutional rights (ALEXY, 2002a, p. 212). Furthermore, an absolute lexical priority between constitutional rights is also implausible. That would violate the unity of the constitutional text and, most importantly, the fact that all constitutional provisions possess the same hierarchy. In most legal systems, one cannot say that some constitutional rights trump *all* other constitutional rights and values.[21]

Nevertheless, the fact that the external theory stresses what is at stake and makes the decision process more transparent and accountable renders it preferable to the internal theory. Both would be equally plausible if we took only the outcome into

account. But if we assume that judges act in good faith, the external theory imposes more burdens of argumentation.

8 Making trumping and balancing compatible II

At its core, my argument is similar to Denise Meyerson's. She has argued against the "assumption that rights are merely one factor to be balanced at the first-order level against other factors" (MEYERSON, 2007, p. 882). She adds that "[w]hen reasoning on the balance of reasons, decision-makers assign all reasons the weight which they think they actually deserve" (idem).

However, she goes on, when it comes to constitutional rights one should adopt a weighted balance of reasons, which means that "some first-order reasons are artificially assigned a different weight from the weight they would ordinarily receive" (ibidem, p. 883).

As shown in section 5, assigning a "winning margin" for trumps when they are called into question is an adequate way of adopting Meyerson's proposal of "a weighted balance of reasons" (idem). As she notes, this model implies acknowledging that trumps are to a certain extent "exclusionary reasons", for they "instruct judges not to exercise their own judgment as to what the balance of reasons requires, but rather to assign a greater weight to rights and a lesser weight to the public interest than they would ordinarily think they deserve" (idem).

Such an approach has the valuable advantage of recognizing that "bills of rights do not exclude consideration of the public interest", while it also builds "into rights adjudication a 'systematic bias' against permitting the infringement of rights" (idem). This is all the more relevant if we accept that democratic discretion should not be "squeezed" into a tight spot, in such a way that only a single right answer is constitutionally admissible (ALEXY, 2002b, p. 216; MÖLLER, 2012, p. 118). Balancing can, for example, incorporate the idea of the Constitution as a framework (BÖCKENFÖRDE, 1990; ALEXY, 2002a, p. 390 f.), which means that constitutional rights establish a *prohibition of insufficient means* and a *prohibition of excessive means* (ISENSEE, 2000, p. 218 f., p. 231 f.; KLATT; MEISTER, 2012a, p. 75 f., p. 85 f., p. 108; KLATT, 2011); thus balancing institutes the outer boundaries of state action. Anything inside the framework is a matter to be decided according to the legislator's margin of appreciation or discretion, while anything outside it, be it too much (excessive) or too little (insufficient), is considered unconstitutional.

This perspective provides a way of understanding constitutional or human rights as trumps. Thus it elucidates the conceptual similarity of constitutional rights and promises, which I briefly examined in section 6. The resemblance resides in the fact that both constitute exclusionary reasons. Nonetheless, such exclusionary reasons do not override any other reason, but only some.

I have tried to show that the best way to understand this feature of trumps is to incorporate balancing, in such a way that trumps have a greater abstract weight than ordinary public interests. I therefore agree with Aharon Barak, when he says that "the component of proportionality *stricto sensu* [balancing] may well incorporate the notions of 'rights as trumps', or 'rights as firewalls'" (BARAK, 2012a, p. 490).

It is noteworthy that if abstract weights are adopted in balancing, as Matthias Klatt has proposed and I have endorsed, Meyerson's distinction between first-order and second-order levels becomes superfluous. The intended result – ascribing less importance to the public interest – is reached with a simpler method. Balancing can also operate in a way that gives greater weight to trumps and non-consequentialist[22] concerns.

In light of the preceding considerations, Dworkin's account fails to perceive that balancing is not only about calculating the increase in general utility caused by a certain act. In most cases, that's not what it is about. When it comes to fundamental rights, it is mostly about weighing what constitutional interests or arguments can be so compelling and overwhelming that they are capable of overriding a trump. That does not have to be associated with a utilitarian background. General utility is not the only thing to be balanced. But in many cases, as I have tried to show, even Dworkin accepts that it does play a role when a trump is in question.

Hiding the existence of a collision will only hide the balancing that has taken place. Balancing can be useful to structure some general rules about what is required to put a trump aside. It is a rational and argumentative method used to weigh arguments and counter-arguments, as well as assessing the relation of means and ends involved.

As Matthias Klatt and Moritz Meister have put it,

> Only the balancing model forces the judge to put her cards on the table and state clearly whether she thinks the one or the other [interference in a constitutional or human right] to be light, moderate, or serious, and, more importantly, what the grounds for these evaluations are. (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 65-66)

Balancing becomes all the more important, when we realize that the so-called external theory can enhance the transparency and rationality of a decision (KAHL, 2004). It can contribute to the accountability of a judge who sees herself forced to list the compelling and overwhelming grounds that lead her to set a trump aside.

If an internal theory is adopted, we have sound reasons to think that judges will continue to create exceptions to trumps, for this is unavoidable; however, through the delimitation of a given right's scope, they will have to find opaque, non-transparent and sometimes surreptitious ways to do so. That's the only option left if trumps are considered insurmountable.

On the other hand, if one accepts that trumps admit exceptions, it would be quite beneficial if we could come up with a legal and argumentative framework that helps us make clearer the grounds of the decisions that acknowledge such exceptions. That's exactly what balancing offers us. Balancing per se does not make trumps weaker or more confusing. It establishes some clearer criteria while assessing what are the exceptions to a given trump. When rights are trumps, their limitations must be brought under heavy scrutiny. Balancing provides a framework for that.

9 Does balancing sufficiently safeguard constitutional rights?

Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat have emphasized that proportionality carries to this day a pro-rights connection in Germany, where it is associated with a "culture of justification", while the opposite is the case for balancing in the United States, where a "culture of authority" allegedly prevails. In addition, they argue that European legal and political culture has shaped proportionality as intrinsic to the *Rechtsstaat*, to Government's accountability and to the realization of shared values, while in the United States a suspicion-based legal and political culture has shaped balancing in more pragmatic and instrumental terms (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 24 f., p. 44 f, p. 111 f.).

I concede that such a legal-sociological analysis may be right, but that is because balancing allows for different levels of protection. It can indeed be used to strengthen or to weaken constitutional rights, in the sense of admitting more or less exceptions to them. What balancing does in any case is enhance the burden of argumentation, making the decision-making process more transparent. It does not guarantee results, one way or the other. Thus it is no more than a structure or framework, mostly devoid of content.

But organizing the input of argumentation and arranging the "external arguments", namely those that justify or confute the valid limitation of a constitutional right, are two great advantages supplied by balancing. Balancing does not produce *ipso facto* a more solid protection of constitutional or human rights. But if used wisely it can become a very important instrument to achieve such an important goal. In fact, it is the most reasonable tool devised until now to reach that target.

If balancing allows for different levels of protection, the question one should ask is this: How much protection do we want constitutional rights to provide? I believe the whole point of having them is to set the bar higher, making it harder for Government to override some basic entitlements on pretext of promoting public or collective interests.

If that is right, we should give constitutional rights a "winning margin" when public interests are at stake. We should assume that they have a certain priority, which can be overridden only in special circumstances. Otherwise, there would be no point in having such rights in the first place.

Constitutional rights consist in a pre-commitment to certain values that put aside trade-off arguments, which are generally accepted in other circumstances. But trumps are not reason enough to exclude grounds of public interest come what may. Thus no trump is an ace of trumps (i.e. insurmountable or insuperable). Trumps are subject to emergencies, or whatever exceptions reason imposes. Balancing is the most proper way to find what those exceptions are.

Balancing structures the argumentative process. It does not solve moral problems; it does not supply one or more right answers. The moral or legal correctness of the result obtained through balancing depends on the weight assigned to the conflicting interests. Hence balancing provides no explanation of how much weight should be given to freedom of expression or to the right to privacy. It offers no more than a structure that will give a right conclusion (output), *if* the chosen premises (input) are correct.

And how should we assign weights to constitutional rights or values? Just as we do everything in law: through argumentation. Adopting proportionality or, more importantly, balancing, will not make it less controversial or disputed. One will have to assemble arguments that show, for example, that freedom of speech is essential to democracy or to respect for personal autonomy, and so on, and that such specificities constitute a reason to assign these a certain weight.

In many respects, balancing is like logic. In logic we study valid arguments, namely the passage through logical inference from certain premises to a conclusion. *Mutatis mutandis*, that is true of classical and non-classical logic. An argument is valid if the truth of the premises suffices to guarantee the truth of the conclusion. The whole point is to establish a connection between premises and conclusion, *salva veritate* – however changing the concept of truth might be. Nevertheless, there are many possible valid arguments that are incorrect and unsound. Here is a trivial example:

(1) All Chinese are French.

(2) All French are Brazilians.

(3) All Chinese are Brazilians.

This argument illustrates what seems to happen with both logic and balancing. Premises (1) and (2) are false, but we do not obtain such knowledge from our studies of logic. The truth of the premises is not a concern of logical reasoning; the relationship of the premises to the conclusion is. In fact, if (1) and (2) were true, three would forcibly be true. The validity of the argument is different from its correctness or soundness. Something similar happens in the case of balancing constitutional rights.

In order to say if the outcome of balancing two rights is correct, I must rely ultimately on the weight assigned to the competing constitutional rights or values, as well as to the interferences with such rights or values. Every proof of proportionality presupposes moral argumentation, and it can only bring correct results if the moral or legal premises are sound (KLATT; MEISTER, 2012b, p. 170). Hence I must scrutinize the truth of the premises, since balancing is nothing more than a framework. In itself it is rational, in a similar way to logical reasoning. However, it does not follow that it is infallible, obvious though this might seem, if we take infallible to mean that the outcomes of balancing are always correct.

On the merits, the plausibility of the outcome of proportionality does not depend on balancing per se; it depends on the arguments that justify the weight assigned to the competing interests in question. This can only mean that, although balancing offers "an answer that cogently derives from accepted premises", it "is pointless to argue that balancing is problematic because it is possible that one person evaluates an interference as light while another evaluates the same interference as moderate. Disagreement is ubiquitous in legal argumentation and it would make no sense whatsoever to expect that balancing or proportionality could make it disappear" (SILVA, 2011, p. 291-292).

It follows that the fact that wrong premises lead to wrong conclusions and that balancing does not produce algorithmical answers to constitutional disputes are not sound criticisms. They are to be rejected.

Conclusion

It has been shown that it is possible to reach exactly the same conclusions regarding a certain fundamental right by starting from Dworkin's or Alexy's point of view. Both can agree upon precisely the same exceptions to keeping a promise, or defend exactly the same content for freedom of expression or due process of law etc. The main difference lies in the argumentation process through which they arrive at such conclusions.

Trumps have exceptions. No constitutional or human right is absolute; no trump is an ace of trumps (i.e. insurmountable or insuperable). I have tried to show that in order to find out what those exceptions are it is more plausible to adopt both balancing and the external theory. Particularly in cases that are harder to decide, where the question about the scope of a right or about its admissible limitations might not be so clear, it is much better from an argumentative point of view to adopt the external theory.

Dworkin's theory of right is seriously flawed when it assumes that constitutional rights are – or could be – neat and clear concepts that never conflict or collide. It follows from Dworkin's approach that a gapless and complete theory of law would be needed to adjudicate upon a case involving, in principle, a single constitutional right. One would need to know the scope of all constitutional and non-constitutional rights

from the outset, since they cannot overlap. The rejection of such a thesis leads us to acknowledge that there has to be a way to find what the exceptions of trumps are. Balancing is the answer; it offers us a transparent and rational way to enhance the burden of argumentation, so that it becomes harder to override a trump, and it requires that conflicts between constitutional values be left unobscured and publicly scrutinized.

In addition, constitutional rights are not to be weighed on exactly the same level as other constitutional interests. It is distinctive of their *raison d'être* that they have a greater weight than ordinary rights, interests or values. Constitutional rights are exclusionary reasons. Therefore, while they do not exclude all reasons to act, they exclude *some* reasons to act. That's precisely what promises and constitutional rights have in common: both are trumps, and, consequently, exclusionary reasons.

Since balancing allows for different levels of protection, it is more plausible to assign trumps a "winning margin" when they are to be balanced against other constitutional values. This approach assigns greater weight to rights, which does not mean that they cannot be overridden by any consideration based on the public interest. Thus the distinction between first-order and second-order levels becomes superfluous. The intended result – ascribing less importance to the public interest – is achieved with a simpler method.

Accordingly, there is "nothing in the methodology of proportionality which contradicts a liberal antiperfectionist or anticollectivist democratic tradition. Proportionality is a legal framework that must be filled with content. It allows for different levels of protection" (BARAK, 2012a, p. 489-490).[23] Balancing is a logical procedure, in the sense that it establishes a relation of inference between the premises and the conclusion involved.

The truth of the premises will always depend on facts that are external to balancing. It is impossible to affirm if the outcome of balancing two rights is correct without first examining the accuracy of the weight assigned to the competing constitutional rights or values, as well as to the interferences with such rights or values. One must scrutinize the truth of the premises, since balancing is nothing more than a framework.

In itself it is rational, in a similar way to logical reasoning, but the soundness of the result relies ultimately on the weight assigned to the constitutional interests in question. Just as an argument can be valid but neither correct nor sound, balancing can be internally valid but externally unsound. It will be valid if the result is forcibly derived from the assumed premises, but it will only be sound if the premises are also true as a matter of fact.

NOTES

* I would like to thank Matthias Klatt, Julian Rivers and Luís Duarte d'Almeida for their comments on an earlier version of this text. I am also grateful to Professor Marcelo Neves and Justice Gilmar Ferreira Mendes for their invaluable academic support.

1 See, among others, Robert Alexy (2002, p. 67-68, p. 80 f., p. 397 f.); Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 282); Julian Rivers (2002, p. xviii). Afonso da Silva, for example, says that 'When deciding such cases by means of balancing rights, courts necessarily take into account the factual and legal possibilities of each concrete case, which means that the same two rights can be ranked in opposite ways in two different cases. Trumping or similar relations cannot play a role here' (2011, p. 282). He adds that 'whenever an argument based on a trumping relation comes into play, balancing or weighing leaves the stage' (ibidem, p. 282, fn 44).

2 I do not dispute that Dworkin's theory of rights changed considerably over the years. But I do believe that it maintained some basic ideas, and if I am right, this suffices for my analysis. A comprehensive analysis of Dworkin's theory of rights is beyond the scope of this text, but can be found in Paul Yowell (2001).

3 For another defense of this view, with examples from different parts of the world, see Luís Roberto Barroso (2012, p. 354).

4 On this criticism, see Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 288, fn 77).

5 See Virgílio Afonso da Silva (2011).

6 For criticism of the idea of constitutional rights as optimization requirements in general, see Bernhard Schlink (1992).

7 See *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943); See also, on the doctrine of *preferred freedoms*, Martin Kriele, (2000, p. 109 f.).

8 On the failures of originalism in this regard, see David Strauss (2010, p. 16 f., p. 20 f., p. 27); J. Harvie Wilkinson (2012, p. 33 f., p. 49).

9 See, e.g., John Rawls (1993, p. 295 f), where he makes his famous distinction between restriction and regulation of basic liberties, and asserts that the basic liberties and their priority are 'not required under all conditions'.

10 See Derek Parfit (2011, p. 331 f.).

11 See Joseph Raz, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2162656> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2162656> (October 16, 2012); See also Joseph Raz (1977, p. 210-228).

12 Joseph Raz, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2162656> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2162656 (October 16, 2012) p. 4-5.

13 For different versions of an internal theory of constitutional rights, see Friedrich Müller (1990, p. 18 f.); Jürgen Habermas, (1996, p. 254 f.); Klaus Günther (1992, p. 255 f., p. 309 f.).

14 The difference between a right's scope and its limitations, as well as the adoption of a dyadic or triadic theory to explain this phenomenon, is of such relevance to a theory of constitutional rights that it has become one of the central disputes in a recent debate between Robert Alexy and Jörn Ipsen. See Robert Alexy (2013, p. 87-98); Jörn Ipsen (2013, p. 266-293).

15 For a defense of the view that this would trivialize the very notion of constitutional right, see the dissenting opinion by Dieter Grimm in BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde).

16 For a recent contribution on the relevance of balancing to square the relation between formal principles – derived from procedural and democratic decisions – and substantive principles – such as entitlements granted by

constitutional rights –, see Martin Borowski (2013).

17 See Kathleen M. Sullivan (2010, p. 143-177).

18 For a rebuttal of this point of view, see Robert Alexy (2002, p. 215-217).

19 For a similar criticism, see Scott Shapiro (2011, p. 301 f.).

20 See, e.g., Enrique P. Haba (2001, p. 5-88).

21 For a rejection of balancing or weighing *tout court* in regard to the constitutional right against unreasonable seizures, see *Maryland v King*, 569 U.S. ___ (2013) (Scalia J., dissenting).

22 I use 'non-consequentialist' roughly in the same way as F. M. Kamm (2007, p. 1-47).

23 For a defense of this view from a slightly different perspective, see Aharon Barak (2012b, p. 750 f.).

REFERENCES

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, n. 96, p. 943-1005, 1987.

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* Oxford: Oxford University Press, 2002a.

———. Diskussionsbeitrag. *VVDStRL*, n. 61, p. 216-19, 2002b.

———. Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte. *Der Staat*, n. 52, p. 87-98, 2013.

BARAK, Aharon. Proportionality. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitucional Law.* Oxford: Oxford University Press, 2012b.

———. *Proportionality:* Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012a.

BARROSO, Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*, n. 35, p. 331-393, 2012.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. *Liberty.* Oxford: Oxford University Press, 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*, n. 29, p. 1-31, 1990.

BOROWSKI, Martin. Formelle Prinzipien und Gewitchtsformel. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung.* Mohr Siebeck: Tübingen, 2013, p. 151-199.

———. Martin. *Grundrechte als Prinzipien.* 2nd edn. Baden-Baden: Nomos, 2007.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *Proportionality and Constitutional Culture.* New York: Cambridge University Press, 2013.

CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris en 1819). *Écrits politiques.* Paris: Gallimard, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate.* Princeton: Princeton University Press, 2006.

———. *Justice for Hedgehogs.* Cambridge: Harvard University Press, 2011.

———. *Law's Empire.* Cambridge: Harvard University Press, 1986.

———. *Sovereign Virtue:* The Theory and Practice of Equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

———. *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GEWIRTH, Alan. Are There Any Absolute Rights? *The Philosophical Quarterly*, n. 31, p. 1-16, 1981.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin.* 3rd edn. Stanford: Stanford University Press, 2012.

GÜNTHER, Klaus *Der Sinn für Angemessenheit.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HABA, Enrique P. Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho. El Bluff Dworkin. *Doxa*, n. 24, p. 5-88, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms.* Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996.

———. The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Metaphilosophy*, n. 41, p. 462-480, 2010.

IPSEN, Jörn. Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik. Zugleich Erwiderung auf Robert Alexy, 'Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte'. 52 *Der Staat*, p. 266–293, 2013.

ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF; Paul (Eds.). *Handbuch des Staatsrechts.* 2nd edn. Heidelberg: C.F. Müller, 2000.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing: Strengths and Weaknesses. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason:* The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KAHL, Wolfgang. Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. *Der Staat*, n. 43, p. 167-202, 2004.

KAMM, F. M. *Intricate Ethics:* Rights, Responsibilities and Permissible Harm. New York: Oxford University Press, 2007.

KLATT, Matthias. Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n. 71, p. 691-718, 2011.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality.* Oxford: Oxford University Press, 2012a.

———. Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip. *Der Staat*, n. 51, p. 159-188, 2012b.

KRIELE, Martin. Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Eds.). *Handbuch des Staatsrechts.* 2nd edn. Heidelberg: C.F. Müller, 2000.

KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality. *Law and Ethics of Human Rights*, n. 4, p. 141-157, 2010.

MAVRONICOLA, Natasa. What is an 'absolute right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights. *HRLR*, n. 12, p. 723-758, 2012.

MEYERSON, Denise. Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest. *Melbourne University Law Review*, n. 31, p. 801-830, 2007.

MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte.* 2nd edn. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PARFIT, Derek. *On What Matters.* Oxford: Oxford University Press, 2011, v. 1.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* 3rd edn. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RAWLS, John. *Political Liberalism.* New York: Columbia University Press, 1993.

———. Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, n. 64, p. 3-32, 1955.

RAZ, Joseph. Is There a Reason to Keep Promises? *Columbia Public Law,* Research Paper n.12-320; *Oxford Legal Studies* Research Paper No. 62/2012. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2162656 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2162656 (October 16, 2012).

———. Promises and Obligations. In: HACKER, P.M.S.; RAZ, Joseph (Eds.). *Law, Morality and Society:* Essays in Honor of H.L.A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977.

RIVERS, Julian. Translator's Introduction. In: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2002.

SCHLINK, Bernhard. Grundrechte als Prinzipien. *Osaka University Law Review*, n. 39, p. 41-58, 1992.

———. Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here? *Duke Journal of Comparative and International Law*, n. 22, p. 291-302, 2012.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SIECKMANN, Jan. Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan (Eds.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys.* Baden-Baden: Nomos, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 31, p. 273-301, 2011.

———. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum.* Baden-Baden: Nomos, 2003.

SOUTER, David. Harvard's 359th Commencement remarks. *Harv. L. Rev*, n. 124, p. 429-436, 2010.

STRAUSS, David. *The Living Constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2010.

SULLIVAN, Kathleen M.. Two Concepts of Freedom of Speech. *Harv. L. Rev.* n. 124, p. 143-177, 2010.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*, n. 7, p. 468-493, 2009.

WEBBER, Grégoire C. N.. *The Negotiable Constitution:* On the Limitation of Rights. New York: Cambridge University Press, 2009.

WILKINSON, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory.* Oxford: Oxford University Press, 2012.
YOWELL, Paul. A Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights. *American Journal of Jurisprudence*, n. 52, p. 93-137, 2001.

João Costa-Neto

Senior Lecturer in Law at the University of Brasília.

Brasília – DF – Brazil
joaocostaneto@outlook.com

RECEBIDO EM 09.05.2014 | APROVADO EM 26.06.2015

DISCIPLINA OU RESSOCIALIZAÇÃO? RACIONALIDADES PUNITIVAS, TRABALHO PRISIONAL E POLÍTICA PENITENCIÁRIA

Bruno Amaral Machado e Marcos Aurélio Sloniak

DISCIPLINE OR RESOCIALIZATION: PUNITIVE RATIONALITIES, PRISON WORK AND PENITENTIARY POLICY

RESUMO

O objeto deste artigo é a implantação da política voltada ao trabalho prisional em regime fechado no Distrito Federal. As pesquisas realizadas indicam que, no Brasil, o trabalho prisional, especialmente no regime fechado, a despeito de sua posição central no modelo clínico reabilitador (art. 1º da LEP), ocupa pouco espaço na agenda política. As escassas iniciativas mostram a deficiente implantação das ações direcionadas à inserção do trabalho prisional no regime fechado. Essa análise inicial sugere diferentes questionamentos. Se o trabalho prisional se constitui em instrumento central do modelo idealizado na LEP, que razões explicam a escassa efetividade do comando legal? De que forma o trabalho prisional perde espaço nas práticas e rotinas dos atores que participam do processo de gestão penitenciária e execução penal? A partir de análise documental e entrevistas em profundidade, este artigo tem por objetivo analisar as representações sociais de atores sociais diretamente envolvidas na implantação e execução da política penitenciária no Distrito Federal. Pretende-se, assim, a partir dessa estratégia metodológica, adensar o conhecimento sobre as práticas do sistema prisional no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Racionalidades punitivas; representações sociais; trabalho prisional; política penitenciária; Distrito Federal.

ABSTRACT

This article intends to discuss the work on the prison system in the Federal District. Despite the prison work is a fundamental task in the Penal Execution Law (article 1), it has a limited importance in the political agenda. This analysis leads to some questions: if work in prison is important as an instrument of rehabilitation, what explain this lack of relevance? How the work in prison is neglected in the political agenda of the actors involved in the administration and execution of the Penal Execution Law? Using in-depth interviews, the objective is to analyze the social representations of the social actors who deal with the penitentiary policies in the Federal District. Thus, the purpose is, from this methodological approach, to get to know the practices of the Brazilian Penitentiary System.

KEYWORDS

Punitive rationalities; social representations; inmate work; penitentiary policy; Federal District.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201509

Introdução

A filosofia iluminista influenciou o surgimento do Estado constitucional de Direito, parte de um longo processo de diferenciação funcional entre os sistemas político e jurídico. A diferenciação interna do subsistema jurídico-penal pode ser observada como capítulo maior no qual se insere o iluminismo penal entre os séculos XVIII e XIX).[1] Apesar das divergências internas e distintas especificidades de autores como Cesare Beccaria, Francesco Carrara, Romagnosi e Feuerbach, identificam-se proposições e argumentos estruturantes dos princípios penais do Estado Liberal de Direito (ANITUA, 2007, p. 125 e ss; BECCARIA, 1999, p. 35; HEGEL, 1994, p. 36; LINS E SILVA, 1991, p. 17; KANT, 2003, p. 176).

A idealização de critérios racionais para limitar a intervenção do Estado constitui apenas uma das dimensões do processo de racionalização jurídico-penal. Concomitantemente à diferenciação do sistema jurídico opera a diversificação dos discursos que legitimam a intervenção penal (MACHADO, 2012, p. 77-116). A fundamentação do poder punitivo encontrou, por influência da filosofia utilitária, finalidades distintas para as penas. Ao longo dos últimos 200 anos, as racionalidades punitivas se tornaram mais complexas e ambiciosas.

O caráter retributivo do castigo logo cederia espaço – e passaria a conviver –, por influência do utilitarismo de Bentham, às teorias preventivas da pena (BENTHAM, 2002, p. 21; VON LISZT, 1995, p.82; ANITUA, 2007; p. 190; ZAFFARONI, 2011, p. 127). Nesse cenário difundiu-se o pretenso efeito dissuasório da pena (prevenção geral negativa). Em outras palavras, a ameaça de imposição do castigo seria útil na nova engenharia do Estado moderno. No final do século XIX, o discurso criminológico positivista e a sua versão *correcionalista* incrementaram as racionalidades das penas ao idealizar a sanção penal como mecanismo de prevenção especial, tanto positiva quanto negativa. Na vertente negativa da prevenção especial, sob inspiração da ideologia da defesa social, a pena foi concebida como instrumento para afastar o criminoso do convívio social (LOMBROSO, 2001, p. 266; FERRI, 1999, p. 137; GAROFALO, 1997, p. 89).

A vertente positiva da prevenção especial, inspirada na possibilidade de reintegração social e que deu origem às variações das ideologias "re" (reabilitação, ressocialização, reintegração), configurou um dos objetivos declarados na modernidade penal (ZAFFARONI, 2011, p. 116 e ss.). O modelo ressocializador estabiliza-se[2] como programa jurídico que capta racionalidade concorrente do poder punitivo ao longo do século XX, na esteira da transição do Estado Liberal de Direito ao Estado Intervencionista, especialmente do pós-guerra (ANITUA, 2007, p. 481. Observadores atentos da inserção do novo modelo, em contrapartida, denunciaram as finalidades latentes ou não declaradas das novas estratégias punitivas. O ideal reintegrador dissimularia a estratégia disciplinadora das teorizações e práticas do sistema de justiça criminal (GOFFMAN, 1999, p. 16; FOUCAULT, 2007, p. 56).

As diversas racionalidades punitivas encontraram terreno fértil no sistema político. A produção legislativa constitui lócus privilegiado para compreender os interesses, dinâmicas e contradições da legitimação da pena. As peculiaridades históricas, os interesses políticos e os diferenciais de poder das comunidades epistemológicas que participam e disputam a hegemonia dos saberes penais são relevantes para a reconstrução dos processos que levam à tradução dos discursos penais ao direito positivado (programas do sistema jurídico).[3] Tais discursos legitimam e justificam a criação de políticas públicas em diferentes momentos da intervenção penal. Em outras palavras, justificam políticas penais (criminalização, definição das funções das diferentes organizações) e penitenciárias.

No jogo da política, não raramente, o discurso punitivo foi alçado ao texto constitucional. As constituições da Itália e da Espanha são paradigmáticas, pois exemplificam a tradução do modelo reintegrador ao *status* de comando constitucional. Outros Estados trilharam caminhos distintos. No caso brasileiro, o ecletismo penal pode ser observado no art. 59 do Código Penal, que pretende contemplar tanto a finalidade retributiva quanto a preventiva (geral) da pena (CARVALHO, 2007, p. 19; ZAFFARONI, 2011. p. 116 e ss.). Ao longo dos anos, em razão de novas configurações políticas e disputas entre comunidades epistemológicas que participam do campo jurídico-penal, foram contempladas e privilegiadas novas racionalidades punitivas. A Lei de Execução Penal (LEP), de 1984, constitui-se em texto fundamental para compreender a concorrência de distintas racionalidades punitivas. Inspirada pela prevenção especial positiva, estrutura-se a partir do ideal transformador da subjetividade do condenado.

O modelo articula-se segundo ideário próprio, define e estabelece tarefas que devem desempenhar determinadas organizações e atores que participam da divisão do trabalho penitenciário. A filosofia penal "reintegradora" positivada expressamente na LEP deveria inspirar práticas e ações concretas.

Este artigo concentra-se no trabalho prisional em regime fechado, que pode ser concebido em um modelo legitimado pelo ideal retributivo[4]. Em outras palavras, a pena como castigo institucional. Nesse sentido, como parte das medidas que subministram o castigo, pode associar-se ao conceito de dor e penitência. Sob o viés utilitário, na sua vertente preventiva especial positiva, é reconstruído como instrumento ou mecanismo para a transformação das subjetividades.

Nessa nova semântica, o trabalho prisional pode configurar parte da estratégia reabilitadora. Certamente, há pouco espaço para a ingenuidade. A ressocialização constitui-se em conceito polissêmico e abre espaço para medidas nem sempre compatíveis com o conceito de autonomia dos sujeitos de direito. Dificilmente articulável com o não menos problemático conceito de "dignidade da pessoa humana" sem uma investigação detalhadas sobre a diversidade de técnicas e estratégias de intervenção que supõem as ideologias "re".[5] Não há espaço neste artigo para uma investigação detalhada sobre o tema, que merece aprofundamento futuro.

O tema foi abordado sob diferentes perspectivas pela literatura na área. Foucault apontou as funções latentes da prisão, instituição que atuaria como dispositivo de disciplina. Nessa leitura, o trabalho prisional surge como parte da estratégia disciplinar da modernidade (FOUCAULT, 2007, p. 204-205). Essa visão é objeto de diferentes análises, inclusive entre os criminólogos críticos. Baratta aponta os riscos da total deslegitimação do ideal reabilitador, na medida em que abre espaço para o fortalecimento do neorretribucionismo e para as práticas inocuizadoras (prevenção especial negativa) (BARATTA, 1991, p. 253).

As pesquisas realizadas indicam que, no Brasil, o trabalho prisional, especialmente no regime fechado, a despeito de sua posição central no modelo clínico reabilitador (art. 1º da LEP), ocupa pouco espaço na agenda política. As escassas iniciativas, além disso, mostram a deficiente implantação das ações direcionadas à inserção do trabalho prisional no regime fechado.[6] Essa análise inicial sugere diferentes questionamentos. Se o trabalho prisional se constitui em instrumento central do modelo idealizado na LEP, que razões explicam a escassa efetividade do comando legal? De que forma o trabalho prisional perde espaço nas práticas e rotinas dos atores que participam do processo de gestão penitenciária e execução penal?

O objetivo inicial é mapear ações políticas direcionadas à implantação do trabalho para condenados no regime fechado no Distrito Federal. Em seguida, pretende-se analisar as representações sociais dos atores sociais diretamente envolvidos na criação e na execução da política penitenciária brasileira. As representações sociais constituem-se em imagens e símbolos construídos socialmente a partir das interações que ocorrem entre o indivíduo e a sociedade (JOVCHELOVITCH, 2004, p. 20-31), e derivam das representações coletivas, idealizadas por Durkheim e retomada pela psicologia social (MOSCOVICI, 2003, p. 167-214), representando ferramenta metodológica importante para a pesquisa sociológica (PORTO, 2006, p. 250-273).

Nesta proposta teórica, considera-se a existência de diferentes procedimentos interpretativos na construção social da realidade (BERGER, LUCKMANN, 1999, p. 96; SCHÜTZ, 1993, p. 112-115). O texto legal constitui-se apenas o ponto de partida, pois é reconstruído a partir de diferentes pautas culturais e, no caso das organizações, segundo rotinas cognitivas sedimentadas a partir de práticas reiteradas que atuam como itinerário para configuração e *ressignificação* da realidade.

1 Metodologia da pesquisa

Entre julho de 2013 e janeiro de 2014, entrevistamos[7] atores que ocupam posições relevantes, tanto na gestão quanto na execução da política penitenciária no Governo Federal e no Distrito Federal. Entre os gestores, participaram da pesquisa quatro servidores que ocupam posições relevantes na hierarquia do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do

Poder Executivo do Distrito Federal. Tais organizações, conforme explicaremos em seguida, desempenham papéis fundamentais na concepção, elaboração e implantação da política penitenciária nacional e distrital. Entrevistamos, ainda, três executores, servidores do Governo do Distrito Federal que participam da execução da política penitenciária local, quatro juízes de direito com experiência na Vara de Execução Penal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e três promotoras de justiça que atuam nas Promotorias de Execução Penal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A opção pela metodologia qualitativa contemplou cenário diversificado em que os atores selecionados representam instituições distintas e cujas competências se complementam no complexo institucional da execução penal brasileira. Assim, a seleção dos sujeitos da pesquisa decorreu da análise macroambiental relacionada à execução penal. A LEP estabelece as atribuições e competências de cada instituição que compõe o sistema responsável pelo planejamento, execução e fiscalização das políticas penitenciárias.

A opção das entrevistas em profundidade com gestores do governo federal (Depen e CNPCP) mostrou-se relevante, pois trata dos atores incumbidos da discussão e elaboração de políticas penitenciárias voltadas para o trabalho prisional, e de como o trabalho no regime fechado está inserido na política penitenciária. Após mapear as políticas penitenciárias no âmbito do Governo Federal, o foco dirigiu-se à implantação das referidas políticas no Distrito Federal, onde a atribuição recai na Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso (Funap)[8] – Fundação vinculada à Secretaria de Justiça e Cidadania, instituída para fomentar, implementar e gerenciar as oficinas, dentro das unidades prisionais, voltadas para o ideal reintegrador social da LEP.[9] Nessa fase, as entrevistas em profundidade foram realizadas com gestores e executores das políticas penitenciárias no Distrito Federal.

Em seguida, foram realizadas entrevistas com os magistrados e promotores de justiça, atores privilegiados da fiscalização da execução penal, cujas competências estão relacionadas na LEP. Apesar da relevância funcional, há poucos estudos que evidenciem suas crenças, tensões e expectativas em relação à função que desempenham.[10]

A organização judiciária de cada Estado prevê uma ou mais varas responsáveis por essa área. A definição dos juízes de direito convidados para a pesquisa pautou-se pela experiência na área de execução penal no Distrito Federal. Em relação às promotorias de justiça, o convite dirigiu-se às seis promotorias existentes, das quais três titulares foram entrevistadas.

Após a definição dos atores em cada esfera de atribuição, foram emitidos convites com a descrição da pesquisa desenvolvida e a finalidade almejada. Como ressaltado, optou-se pelas entrevistas em profundidade, com duração entre 45 e 90 minutos (DUARTE, 2006, p. 62).

Os sujeitos da pesquisa são observadores privilegiados do sistema penitenciário brasileiro e distrital. No decorrer das entrevistas, o guia inicial foi apenas o ponto de

partida, pois os extensos relatos tangenciaram outras questões, cruciais para a nossa interpretação. Ao mapear as diferentes imagens e percepções sociais das elites do sistema penitenciário brasileiro, pretende-se compreender os valores e crenças que orientam as práticas sociais relacionadas à execução das penas, especialmente no que tange ao trabalho prisional no regime fechado no Distrito Federal.

2 A Teoria das Representações Sociais (TRS) como categoria teórica de análise

A Teoria das Representações Sociais (TRS) constitui-se em ferramenta metodológica para análise social. Nessa abordagem, o foco é direcionado aos saberes produzidos em relação a uma determinada realidade social. Assim, pretende-se perquirir o imaginário de determinados atores ou grupos sociais sobre uma questão específica; e os discursos são privilegiados como matéria-prima para a construção analítica (PORTO, 2006, p. 250-273).

A compreensão de um dado fenômeno relaciona-se à forma como os atores selecionados – ou um determinado grupo social – constroem argumentos explicativos e elaboram a partir de experiências do senso comum. Nessa perspectiva, cabe indagar sobre os valores explicitados nas representações sociais, pois direcionam práticas e interações sociais. O estoque de conhecimento comum, na forma de mitos e valores, torna-se crucial para a análise sociológica.

Ao privilegiar a análise dos fenômenos sociais a partir das representações sociais, parte-se do pressuposto de que estas, embora articuladas por vivências individuais, relacionam-se aos papéis e formas de inserção social dos atores. Assim, sugerem determinadas percepções sobre a realidade e possíveis explicações dos fenômenos. No entanto, não são os atores meros coadjuvantes, mas ativos na configuração do espaço social e sugerem signos que indicam a orientação das condutas. Trata-se, assim, de base para a investigação social (PORTO, 2010).

As crenças, valores, ideologias e saberes nativos são valorados não por espelharem o real, mas por aportarem conhecimento social (MOSCOVICI, 1994, p. 7-16). Nesse enfoque, ação social e representação social estão articuladas, pois as expressões subjetivas atuam, direta ou indiretamente, na definição de ações e nos espaços das interações e interdependências. Nessa perspectiva, as representações sociais não são racionais ou irracionais, mas objeto do conhecimento, a serem submetidas à análise sociológica (MOSCOVICI, 2003, p. 167-214). Assume-se que as representações sociais não equivalem aos fenômenos sociais, mas se constituem em dado real ao ser metodologicamente analisado. A pesquisa orientada metodologicamente pelas representações sociais redireciona o olhar para os valores, mitos e crenças, na medida em que são relevantes para a compreensão do social. Assim, as ações sociais e as representações sociais articulam-se diretamente, pois estas orientam práticas e interações sociais.

3 O trabalho prisional na agenda da política penitenciária: proposições e diretrizes

Entre 2007 e 2013, o governo federal lançou programas de política penitenciária que contemplam, entre outras áreas, o trabalho prisional. Em 2007, o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), composto de 94 ações articuladas em 14 ministérios e estruturadas em grandes eixos de Segurança Pública, previa também a modernização das instituições de Segurança Pública e do Sistema Prisional.[11] Essa modernização focava na abertura de 41 mil novas vagas até 2011, em especial presídios para a faixa etária entre 18 e 24 anos, com condições mínimas para cumprir o ideal da "reintegração social", com salas de aula, laboratórios de informática e biblioteca nas unidades prisionais.[12]

Mudanças legislativas na LEP também estimularam a remição da pena pelo estudo e implementação de ações voltadas para a educação e capacitação do preso "mediante implementação de projetos educativos, esportivos e profissionalizantes".[13]

A criação de oficinas industriais dentro das unidades prisionais pretendia propiciar ambiente adequado para a reintegração social do condenado disponibilizadas aos estados por meio de convênio, com foco na costura industrial e costura de bolas, atendendo às características regionais das unidades. As metas do Pronasci eram acompanhadas por um Plano Diretor, elaborado pelos Estados e Distrito Federal para expor os resultados obtidos no Programa. Segundo dados do Depen, o Distrito Federal elaborou um Plano Diretor em outubro de 2007, cuja atualização dos dados foi feita em maio de 2010.

Em 2007, o Distrito Federal considerou que "as ações voltadas para programas de reintegração social ainda estavam muito aquém dos padrões desejáveis" e a falta de recursos humanos seria o principal obstáculo para a expansão dessas atividades.[14] Em 2010, o Distrito Federal afirma que reativou oficinas nas penitenciárias do Distrito Federal (PDF e PDF II), instalou padaria mais moderna,[15] transferiu oficinas entre unidades e acenou a possibilidade de edificar fábrica de colchões. Contudo, detectou-se obstáculo à expansão de atividades laborais nas unidades prisionais pois, com a inadimplência da Funap por causa de dívidas de INSS, frustraram-se novos convênios.[16]

Outro programa relevante, desenhado pelo Depen, foi lançado pelo Governo Federal em 2011. O Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional (PNASP) tinha o objetivo de "zerar o déficit de vagas feminino e reduzir o número de presos em delegacias de polícia, transferindo-os para cadeias públicas", além da abertura de 42,5 mil vagas no sistema prisional entre 2012 e 2014.[17] Embora o PNASP tenha privilegiado a construção de cadeias públicas, os recursos também previram a abertura de vagas com a construção de colônias penais e penitenciárias. Dados oficiais sugerem que entre 2011 e 2012 foram entregues 7.193 vagas em 11 estados brasileiros com o uso de recursos federais na construção ou reforma de penitenciárias e

centros de detenção, sempre com a contrapartida financeira dos Estados (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 6).

Importante destacar que as novas vagas devem atender à Resolução n. 9 do CNPCP, cuja implantação sinaliza avanços nos espaços de cada unidade prisional, impondo aos Estados a implantação de oficinas nas penitenciárias e nas colônias penais agrícolas, industriais ou similares (CNPCP, 2011, p. 51). O planejamento das unidades visa "favorecer as pessoas presas no desenvolvimento de competências para o convívio social e também para o trabalho remunerado" (ibidem, p. 72).

Cabe ressaltar que as políticas voltadas para o trabalho prisional é uma das competências da Coordenação de Trabalho e Renda (COATR) do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e também envolve outras coordenações, responsáveis pela articulação com outros órgãos do Governo Federal. A COATR incumbe-se da efetivação dos direitos previstos no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen),[18] a fim de proporcionar a harmônica integração social dos presos (fim expressamente declarado), incluindo-os em políticas públicas voltadas à integração, ao mercado de trabalho e à profissionalização.[19] O foco principal do Depen (finalidade manifesta) é qualificar os presos para o mercado laboral, oferecendo cursos de capacitação profissional e a implementação de oficinas permanentes para capacitar o preso de acordo com as demandas do mercado de trabalho em liberdade.[20]

Segundo o Depen, até 2010, a criação de oficinas recebia recursos do governo federal após a análise de projetos elaborados dos Estados interessados e o modelo predominante era o convênio. Na prática, relatam gestores entrevistados, a "burocracia" dificultava a implantação das propostas, em parte pela ausência de padronização das demandas, com pedidos complexos e pouco objetivos, desafiando a necessidade de criar um novo modelo para alocação de recursos federais, o que começou a ser revisto em 2012 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 7).

Uma das imagens difundidas entre os gestores entrevistados era a de que o sistema penitenciário brasileiro buscava ser autossuficiente para gerir demandas, sem atentar que muitas de suas ações integravam políticas estruturadas de outros ministérios, cuja articulação interministerial poderia contemplar a população prisional, na medida em que o preso mantém todos os direitos constitucionais não afetos pela pena, entre eles o trabalho, a educação e a saúde.[21]

Assim, optou-se que as demandas do Depen relacionadas à saúde prisional fossem inseridas no âmbito das ações políticas do Ministério da Saúde; as educacionais no âmbito das ações do Ministério da Educação e aquelas afetas ao trabalho e à qualificação profissional fossem inseridas como parte das políticas públicas afetas ao Ministério do Trabalho e Emprego. Conforme enfatiza o Depen, a proposta "visa a expansão e aperfeiçoamento dos programas e projetos de assistência à saúde, à educação, à capacitação profissional intra e extramuros como forma de reintegração social dos presos e egressos do sistema prisional" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 8).

Em relação ao trabalho do preso, as ações do Depen concentraram-se em dois programas específicos: o Programa de Capacitação Profissional e Implementação de Oficinas Permanentes (Procap), elaborado e coordenado pelo Depen, e o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico (Pronatec), elaborado e coordenado pelo MEC, no qual o Depen inseriu a população prisional por meio de acordos de cooperação entre os Ministérios envolvidos.

Com formatações distintas e finalidades diversas, o Procap é executado pelo próprio Depen, enquanto o Pronatec, criado em 2011 e cujo objetivo é ampliar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica à população brasileira,[22] insere a população prisional, com a criação de um formato específico de qualificação nas unidades prisionais ou a inserção de presos que estão no regime semiaberto, nos cursos oferecidos para toda a sociedade por meio de instituições de ensino que oferecem cursos profissionalizantes para atender demandas do mercado de trabalho.

Ao inserir a população carcerária no Pronatec, política pública coordenada pelo Ministério da Educação, as aplicações dos recursos do Funpen focaram outras ações coordenadas pelo Depen. Cabe ressaltar que o acesso ao Pronatec possibilita, ao encarcerado, além da capacitação profissional, o benefício da remição pelo estudo previsto no art. 126 da LEP, resultando na redução de um dia de pena a cada 12 horas de estudo, com possibilidade de acréscimo de 1/3 da remição se o preso concluir um ciclo completo de ensino durante o cumprimento da pena.[23] A proposta com o Pronatec era capacitar 90 mil presos do sistema penitenciário até 2014,[24] com previsão de alocar 180 milhões de reais para essa finalidade.[25] Na primeira etapa, os cursos seriam oferecidos fora das unidades prisionais para os presos dos regimes aberto, semiaberto e para os egressos do sistema prisional. Na segunda etapa, prevista para 2014, os cursos seriam oferecidos nas salas de aula das próprias unidades prisionais aos presos em regime fechado e provisórios.[26]

Já o Procap, programa idealizado pelo Depen, teve o foco inicial para os presos do regime fechado e fomentou a criação de oficinas de capacitação permanente nas unidades prisionais. Nesse sentido, buscando a padronização e a otimização dos recursos disponibilizados, o Depen definiu a verba de 300 mil reais para os Estados contemplados[27] e privilegiou Estados há mais tempo sem receber recursos da União e aqueles que mostraram maior eficiência na gestão de recursos em projetos anteriores. No Procap, cada Estado define quais oficinas irá implementar entre aquelas impostas pelo Depen e otimiza a quantidade de oficinas de acordo com o recurso disponibilizado.

Assim, se há recursos disponibilizados para os projetos que visam ao trabalho prisional em regime fechado, a primeira conclusão possível é que o principal óbice à implantação do trabalho em regime fechado não decorre da total indiferença dos formuladores de políticas penitenciárias, mas envolve a decisão governamental e a iniciativa de cada Estado na efetivação de projetos. Coincidentemente, segundo o Depen,

há maior desinteresse desse programa nos Estados com os piores indicadores no sistema prisional.

4 Representações sociais sobre a política penitenciária no Distrito Federal

O diagnóstico inicial apresentado interpela especialistas e atores que participam da gestão, da fiscalização e da execução da política penitenciária nacional. Ao conhecer as representações sociais dos atores envolvidos nas políticas penitenciárias no Distrito Federal, é possível lançar novas reflexões sobre as racionalidades punitivas, assim como identificar contradições discursivas compartilhadas pelos sujeitos da pesquisa. Essa estratégia metodológica parte da premissa de que, com base nas representações sociais, é possível adensar o conhecimento sobre práticas sociais de distintos atores e organizações relevantes em relação ao tema. Assim, sugerimos hipóteses para compreender alguns dos entraves e das dificuldades para a inserção do trabalho prisional no regime fechado.

Conforme informa o Depen, em 2014, havia um déficit maior que 231 mil vagas no sistema penitenciário brasileiro (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014). As vagas existentes, além disso, não atendem aos objetivos explicitados na LEP. As imagens e representações sociais sugerem convergências e divergências entre os entrevistados. Se o trabalho prisional deve integrar o projeto reabilitador da LEP, qual a razão para a ausência de investimentos? Se é verdadeira a crença de que o trabalho prisional é peça-chave no modelo ideal, que razões explicam a sua inaplicabilidade, reafirmando-se a mensagem da pena como castigo e neutralização dos indivíduos perigosos? As representações sociais de juízes de direito, promotores de justiça, gestores e executores sugerem algumas posições comuns. Apontam que o sistema penitenciário participa no processo de degradação humana do condenado e frustram o ideal reintegrador do modelo clínico da LEP.

Nos relatos dos diferentes atores envolvidos, direta ou indiretamente, com a gestão, fiscalização ou execução da política penitenciária, a absoluta falta de planejamento e investimentos na área seriam fundamentais para compreender a ineficácia do modelo legal. O escasso valor político dos programas partidários que dedicam espaço nas agendas para a discussão da política penitenciária seria determinante para compreender a alocação dos recursos públicos e a deficiência crônica de condições materiais e humanas no setor.

Há, contudo, diferenças importantes nas narrativas dos sujeitos da pesquisa. Não se trata de um bloco homogêneo. As narrativas revelam-se marcadas pela necessidade de nomeação e classificação, naquilo que Moscovici denominou de ancoragem e objetivação. O primeiro conceito refere-se à redução de categorias e imagens comuns. Ao nomear as coisas e eventos, algo abstrato torna-se concreto e palpável, permite objetivá-lo (MOSCOVICI, 2003, p. 60-62).

Conforme sistematização proposta nos itens seguintes, as narrativas estão ancoradas no mundo compartilhado pelos atores, o que revela distintas visões, crenças e valores.

4.1 Representações sociais dos gestores da política penitenciária

Os gestores do sistema penitenciário, peças-chave na idealização dos programas a serem implantados, relatam a importância do trabalho prisional no regime fechado. Nas entrevistas com os gestores, destacamos algumas categorias relevantes para analisar a ineficácia do trabalho prisional sob a ótica desses profissionais. As razões fundamentais podem ser classificadas em dois blocos distintos: de um lado, a responsabilidade dos políticos, que não dedicam a atenção devida ao tema, ausente da agenda dos partidos; de outro lado, a "cultura da prisão" seria refratária à construção de iniciativas bem-sucedidas neste campo da política penitenciária.

Um aspecto relevante é o reconhecimento da necessidade de mudanças na concepção da política penitenciária. Apontam-se a ineficiência do modelo existente, inclusive no funcionamento do Depen, e a escassez de recursos. Desperta a atenção do analista em políticas públicas a forma como os gestores associam cultura da prisão e obstáculos ao trabalho prisional. Na visão desses profissionais, a carência de servidores e de recursos materiais conforma práticas orientadas por "cultura voltada para a segurança", chave para compreender as dificuldades para a implantação de eventuais políticas dirigidas ao setor. Nesse sentido:

> É impossível hoje você pensar numa política isolada...todas essas áreas temáticas como saúde, trabalho, educação do sistema penitenciário... tudo isso deve ser pensado como partes de um todo... hoje, o sistema penitenciário deixou de achar que ele dá conta de tudo...até a década de 90, nos anos 2000, a ideia que se tinha era que o sistema penitenciário dava conta de tudo... e não dá .... o sistema penitenciário não consegue dar conta de tudo... Hoje tudo culmina para que as políticas do cárcere passem a integrar as políticas já existentes...O sistema penitenciário não é algo fora da sociedade... Muitos dizem: ah! O cara está preso, ele está à margem da sociedade...e ele [o preso] não está à margem da sociedade... ele está inserido na sociedade porque o sistema penitenciário é uma realidade da sociedade. Basta lembrar que não há pena perpétua e [pena] de morte...e ele voltará para a sociedade... (Gestor 1)

As narrativas dos gestores caracterizam-se pela utilização de razões técnicas. Em mais de um momento, há preocupação em buscar base teórica para os argumentos apresentados. As representações sociais dos gestores contemplam interpretações sobre o sentido da prisão. As racionalidades punitivas, muitas vezes traduzidas aos textos legislativos, também aparecem reproduzidas nas narrativas sobre as penas. O

relato de um gestor entrevistado associa o trabalho prisional à humanização da pena, em sintonia com a concepção da nova defesa social, teoria inspiradora da LEP (ANCEL, 1979, p. 282). Na visão que aposta no potencial "humanizador" do cárcere, o trabalho prisional teria um papel fundamental, porém não receberia a devida atenção na pauta de prioridades políticas. Outro gestor aposta nas iniciativas de capacitar o preso durante o cumprimento da pena. O modelo existente, com foco na fase final da pena, teria escasso efeito na trajetória do condenado. Além disso, o relato indica que a cultura dominante dificultaria a implantação de políticas públicas:

> Em temos de construção da política penitenciária... Embora haja um consenso sobre a necessidade de disponibilizar educação e o trabalho em presídios... de propiciar a possibilidade de cárceres menos desumanizados... O investimento nisso é muito baixo... o investimento é muito baixo nessa iniciativa... A perspectiva de trabalho no ambiente prisional é uma perspectiva de humanização... da possibilidade da pessoa ter acesso ao exercício de uma atividade... que faz bem a pessoa [do preso] enquanto ser humano... se nós retiramos também isso da pessoa [do preso] ... nós estamos cada vez mais retirando espaços de humanidade e de dignidade dessa pessoa... (Gestor 5)

> Eu acho que é uma questão de cultura... Muito se fala hoje que o egresso sai sem qualificação nenhuma... sem documentos... sem ter noção do que vai fazer quando sair [do sistema penitenciário] ... Todos falam 'nós temos que qualificar o egresso'... Não... Nós temos que qualificar o preso... porque o preso vai virar o egresso... Você não qualifica e não auxilia o cara [o preso] nos últimos dois meses de pena... Então... antes dele sair [ganhar a liberdade] ... (Gestor 1)

O diagnóstico sobre a ineficácia da política voltada ao trabalho prisional também não se restringe ao saber técnico. Um dos relatos apoia-se em conhecimento prático e impressão sobre a necessidade de repensar as atividades de gestão e execução de políticas públicas. No Distrito Federal, o trabalho prisional historicamente teria recebido pouca atenção no regime fechado. Na sua avaliação, a ousadia do executor seria um diferencial importante para a implantação da política pública. O que supõe, por exemplo, um novo perfil para quem dirige as instituições carcerárias:

> Eu vejo que os números de presos trabalhando pioraram... Nós não podemos ter nenhum preso trabalhando por experiência, por dedicação ou por voluntariedade... Todos os presos tem que receber salário... e eu vejo que... em tempos pretéritos... não vou muito longe... em 2006...

> Nós tínhamos aproximadamente 500 presos do regime fechado trabalhando dentro do sistema penitenciário... Eu volto na tecla da administração penitenciária... Então o Diretor penitenciário precisa ter um *plus*... além de Diretor precisa ser gestor... (Gestor 3)

A falta de interação entre os atores do sistema de justiça criminal também aparece na fala de um dos gestores como entrave à política penitenciária. A morosidade do Poder Judiciário no julgamento de presos provisórios agravaria o problema de falta de vagas nas instituições penitenciárias, e seria parte da "cultura do encarceramento" que orienta as práticas de magistrados, promotores de justiça, entre outros atores envolvidos na execução das penas. Nesse sentido:

> A espera [de julgamento no Brasil] dos presos provisórios é uma vergonha... a questão dos presos provisórios em qualquer país do mundo e ainda mais em um país como o Brasil, de proporções continentais, é uma vergonha... São quase 300 mil vagas [com presos provisórios] e 300 mil vagas é vaga pra caramba... o Brasil não precisava dessa quantidade de vagas [se houvesse apoio a alternativas penais]... mas atualmente precisa... é um mal necessário, mas você pode ir, aos poucos, abrindo os olhos do Poder Judiciário...Tem Estados [brasileiros] que 78 por cento dos presos são provisórios... tem Estado que é 45 [por cento], outros é 55 [por cento]... isso é um absurdo... então, não é só o sistema penitenciário... todo o sistema de justiça criminal precisa abrir os olhos... Ah, se diz que o [Poder] Executivo não abre vagas... não tem onde colocar [o preso]... os agentes [penitenciários] não são capacitados... muitos entram [no serviço público] sem capacitação nenhuma... não tem recursos pra comprar comida [para os presos]... eu concordo... o [Poder] Executivo tem uma série de demandas que tem que resolver mesmo... só que o [Poder] Judiciário não é só para aplicar a pena não.. Tem que começar a entender o que a legislação diz de uma maneira mais abrangente...entender a realidade [social]... Tem casos de preso encarcerado por ameaça que estava preso provisoriamente há 7 meses... Se esse preso for condenado, [possivelmente] a pena aplicada será substituída [menor potencial] e ela não deveria estar um só dia presa... é um absurdo... (Gestor 1)

Ainda que os papéis institucionais sejam legalmente bem definidos, as narrativas dos gestores apontam a falta de sintonia entre as organizações e os atores diretamente relacionados à fiscalização da execução penal. O principal entrave não seria a legislação, mas a imposição de penas de prisão, nem sempre necessária, a morosidade processual e o que é descrito de forma sintética como "cultura punitiva". Esses fatores atuariam

diretamente na implantação das políticas penitenciárias e frustrariam o ideal reabilitador inscrito no ideário da LEP.

4.2 Representações sociais dos promotores de justiça e dos juízes de direito

As representações sociais dos promotores de justiça e magistrados recomendam agrupar em um único bloco de análise, embora sejam perceptíveis algumas diferenças, fruto de experiências profissionais e acadêmicas distintas. O ponto de convergência associa-se aos papéis desempenhados por profissionais que ocupam carreiras jurídicas. As falas são extremamente críticas em relação aos políticos e os argumentos são construídos a partir da autoridade abalizada de quem domina a linguagem jurídica. Os juristas, tanto teóricos quanto práticos, nas visões compartilhadas por promotores e juízes, teriam "pouco a fazer". Os políticos seriam os grandes "vilões" das promessas não cumpridas da LEP.

Entre os promotores entrevistados, predomina a visão de que faltariam projetos para o setor. As razões seriam variadas. No rol de prioridades, em perspectiva que não diverge dos demais sujeitos da pesquisa, o investimento teria pouca adesão em relação ao público. Além disso, os destinatários da política penitenciária estariam temporariamente alijados da participação política. Nesse sentido:

> Eu [Estado] estou te mostrando que eu prendo, mas não queira, [é isso que, na minha opinião, o Estado pensa] … Não queira que eu [Estado] invista nessa clientela do sistema prisional… Essa clientela não é minha prioridade [do Estado] … Até por uma questão… Essa clientela não vota… O professor da escola vota… O pai que tem o filho na escola vota… E mesmo assim as políticas públicas no setor educacional são absurdas… São pífias também… Você não tem uma boa qualidade… No Brasil nós não temos essa visão… De que a coisa pública precisa funcionar… E no sistema prisional, até mesmo pelo princípio da menor elegibilidade… Até porque tem outras prioridades na segurança pública, etc. Você [o Estado] … se acomoda mais… Você [o Estado] … age menos… Então a eleição de prioridades [pelo Estado] está invertida… Ela [a visão que o Estado tem do sistema penitenciário] precisa de um projeto (Promotora de justiça 3)

Os relatos sobre a implantação de atividades laborais nas unidades prisionais de regime fechado do Distrito Federal sugerem interpretações distintas. Aqueles que participam diretamente na concepção e formatação dos programas (gestores) não parecem estar de acordo com os atores envolvidos na fiscalização e execução das políticas penitenciárias. As narrativas dos promotores de justiça explicitam visão de que teria havido retrocesso. No diagnóstico da realidade distrital, teria havido uma diminuição do número de presos inseridos nas atividades de trabalho prisional. A timidez em repensar o

modelo atual seria agravada pelo regime de horários. Na prática, optou-se pelo encarceramento, útil como estratégia de contenção e neutralização dos perigosos. Nas representações sociais, a ausência de planejamento seria a explicação fundamental. Em sintonia com os relatos dos gestores, a predominância da "cultura da segurança" repercute na formatação do modelo prisional. Do modelo arquitetônico ao regime de horários, variam os motivos que afugentariam a iniciativa privada:

> Vamos adotar que esse discurso de ressocialização seja algo pra levar a sério... Ressocializar significa então que você dará instrumentos à pessoa... Mesmo que seja minimamente... Há anos atrás... o número de postos de trabalho dentro dos presídios [regime fechado] era maior... e não cabe dizer que é porque a população aumentou... (Promotora de justiça 3)
> A maior preocupação do servidor é não ser agredido pelo preso... não entrar na linha de ação de alguma agressão e manter aquele indivíduo encarcerado... [...]. A pessoa [o agente] vê primeiro no preso um agressor... Tem todo um procedimento... Faz todo um "*mis en scène*" para tirar um preso da cela... O sistema penitenciário do Distrito Federal tem um problema que é a vedação de visitas [aos presos] nos finais de semana... Para o desenvolvimento de atividade laborativa isso é um grande empecilho... (Promotora de justiça 2)

As representações sociais desses profissionais não se estruturam apenas segundo razões jurídicas e práxis de quem atua na área. Um dos relatos destaca-se por investir em reflexões teóricas sobre o tema, inclusive de fundo criminológico. Entre as diversas implicações que o tema interpela ou sugere, a narrativa aponta dissonância entre o trabalho prisional e a realidade do mercado de trabalho em liberdade. Ao buscar fundamentos teóricos para a exposição do tema, a participante diferencia-se das narrativas estritamente pragmáticas ou, de qualquer forma, associadas ao senso comum. A fala articula-se a partir de literatura crítica e reconhecida no campo penal. Na extensa descrição, menciona expressamente a crítica de Bauman (1999, p. 119) às mudanças sociais e econômicas impulsionadas pela globalização, especialmente no contexto das relações de trabalho. No mesmo relato, explicita a crítica de Deleuze e Guatarri (2004, p. 11 e ss.), ao associar a prisão a uma organização esquizofrênica, direcionada para a dissociação do eu:

> Antes, você vendia força de trabalho e hoje? ... Você vende cérebro... você vende inteligência... você vende capacidade de pensar... Nós vivemos numa sociedade globalizada, volátil... e da informação... O preso do regime fechado... ele não tem acesso a esse tipo de coisa... Quer ver? ... Vamos colocar estudo para os presos do regime fechado... Vamos colocar cursos profissionalizantes... pedreiro... carpinteiro... seja lá o que for... São cursos

> que... não vão deixar [os presos] preparados para o mercado de trabalho... esses cursos deixarão os presos com alguma coisa... uma ferramenta mínima para tentar não morrer de fome... Hoje o que se vende é a capacidade de pensamento... A forma do sistema prisional no Brasil... é uma organização "esquizofrênica"... porque ela afirma uma coisa e ela nega... Ela afirma que vai ressocializar... mas ela nega isso na hora que termina com o 'eu' da pessoa. (Promotora de justiça 3)

Os relatos dos promotores de justiça são igualmente críticos em relação à lógica do sistema. No jogo entre os discursos legislativos, explicitam-se as contradições entre as promessas políticas traduzidas em textos legais e as práticas penitenciárias. As funções expressas (ideologias "re") cedem espaço às práticas estritamente punitivas. Reafirmam-se as funções latentes do sistema:

> A situação é muito ruim... Começa que o preso sai de lá [do sistema penitenciário] muitas vezes sem o dinheiro da passagem [de transporte]... começa daí... Se coloca no lugar dele [do preso]... Se você estava preso e ganha a liberdade... você precisa no mínimo de um dinheiro pro almoço... pro jantar... Pelo menos para um dia [de sustento] e nem isso ele [o preso] tem... Aí as pessoas [sociedade] falam assim: "nossa mas que índole terrível desse preso"...Não é isso...também [deve ser olhada] a falta de condições [do preso]... Esse é um viés cruel do sistema penitenciário... Nós [Estado e sociedade] cobramos [do preso] mas sem dar a mínima condição para que aquela cobrança seja atendida [pelo preso] ... São os "3 R" [reintegração, recuperação e reinserção] que nunca acontecem... E isso não é somente no Brasil. (Promotora de justiça 1)

Nos relatos dos juízes de direito entrevistados, um dos temas recorrentes é o discreto papel das políticas penitenciárias na agenda política. Para uma mudança estrutural, o caminho não é fácil. Muitas vezes, opta-se por ignorar que o preso será devolvido à sociedade após cumprir a pena. O tema também não gera a indignação da sociedade organizada. Aparentemente, na síntese das falas, "para a sociedade, quanto mais tempo encarcerado melhor". Esta visão também repercute na agenda dos partidos políticos e ações das agências encarregadas da implantação de políticas públicas. Apenas com a reformulação radical da visão pautada pelos meios de comunicação de massa, reproduzida no senso comum e nos discursos políticos seria possível pensar em mudanças em médio prazo:

> O problema prisional não é prioridade... em nenhuma política pública... para nenhum governante. Qual é a pergunta mais comum que a gente

> ouve? ... É melhor construir um hospital ou um presídio? ... é melhor colocar o professor numa sala de aula ou dentro do presídio? ... é melhor colocar o médico no hospital ou dentro do presídio? ... Então, o descaso histórico com o sistema prisional gerou necessariamente vários desafios (Juiz de direito 4).

> Basta perguntar a quem agrada uma obra no sistema penitenciário. Quem fica feliz com uma obra no sistema penitenciário? A população não é... Porque a população fica feliz se você construir uma nova rodoviária... Se você construir um novo hospital... algo que ela possa ver... A obra no sistema penitenciário é uma obra que não aparece, uma obra que não gera dividendos eleitorais, ela não gera uma satisfação pra população... A sociedade quer aquela ilusão de que fechada a porta da cadeia ela não precisa mais se preocupar... Isso é bom pro cidadão... Ele dorme tranquilo quando ele pensa "está preso" ... Mas ele não pensa que daqui há dois anos e meio, um ano e meio ele [o criminoso] estará junto com ele [o cidadão] de novo (Juiz de direito 1).

A maior parcela da população carcerária brasileira, segundo dados do Depen,[28] cumpre pena em regime fechado. Além disso, é nesse regime, em tese, que o preso cumprirá a maior parte da pena. No entanto, o cenário demonstra escassas oportunidades para o trabalho prisional. [29] Os juízes de direito, assim como os gestores, enfatizam a importância do trabalho prisional durante o regime fechado como o momento crucial para o cumprimento da pena e, por meio de ações políticas efetivas, prepararia o terreno para a progressão de regime. Embora a LEP não priorize o trabalho em um ou outro regime prisional, observa-se que, aqueles presos que se encontram no regime semiaberto ocupam maior atenção na agenda política. [30] Nesse sentido:

> O sentenciado que está no regime fechado... Ainda está naquela lógica da segurança pública... na visão da sociedade... É o preso que está esquecido... Quando o preso passa para o regime semiaberto... onde necessariamente eu [Estado] sou obrigado a reconhecer alguns direitos que implicam em liberdade... Me parece que surge uma natural preocupação [com o trabalho prisional]... porque eu [Estado] não posso manter o preso do semiaberto em um regime análogo ao fechado... Então pra não cometer uma ilegalidade... Existe uma preocupação maior de conceder a ele [o preso do regime semiaberto] um trabalho externo... Creio que a preocupação é essa... E penso que está errado... O trabalho deve começar aqui... No primeiro dia do cumprimento da pena... Principalmente no regime fechado... Porque ele produz um efeito no dia a dia da cadeia... (Juiz de direito 4)

As representações sociais dos juízes de direito também buscam apoio no saber teórico, especialmente o conhecimento jurídico-penal. As narrativas dos juízes de direito contemplam e descrevem as diferentes racionalidades punitivas, transformadas e reinventadas, especialmente a partir do século XVIII. A complexidade da programação do poder punitivo associa-se à concorrência de diferentes discursos que justificam e legitimam as penas. Dessa forma, o ideal ressocializador, reafirmado pela ideologia da defesa social, matriz teórica que inspirou a LEP, convive com o comando repressivo-preventivo do art. 59 do Código Penal brasileiro. Os magistrados são críticos em relação às políticas públicas. Um dos relatos remete às proposições de Von Liszt no século XIX (1995, p. 82-83). Na visão do penalista alemão, o ideal ressocializador poderia ser efetivo para a maioria dos reclusos, muito embora, influenciado pela criminologia positivista, sustentasse que a prisão perpétua deveria ser reservada para os incorrigíveis:

> Só abrir vaga não resolve nada... Porque a execução penal teria que punir, prevenir e reeducar a pessoa... Nós só estamos punindo... Eu acho que dentro desse universo de 100 por cento [de presos], você tem um percentual de 92 por cento que tem conserto e querem ser consertados... Pode ter certeza... Eles [os presos] querem ser classificados para o trabalho... Querem fugir da cela, da extorsão onde estão, numa cela que seria pra 8 presos e está com 20 presos... Ele [o preso] quer uma possibilidade melhor. (Juiz de direito 3)

Os relatos dos juízes de direito, observadores privilegiados das promessas descumpridas da LEP, sugerem diferentes variáveis para a compreensão do que é descrito como "cultura da segurança". Nessa visão, prevalecem as práticas que limitam o alcance do comando legal, o que remete de forma explícita ao diagnóstico compartilhado pelos gestores:

> É muito difícil entrar no regime fechado porque existe um preconceito muito grande... e também por que... Isso não é uma crítica, porque eu sei das dificuldades que se tem... Mas há uma certa resistência... Até de diretores de presídio... Porque o manejo do preso no regime fechado ou no regime semiaberto sem benefício... é um manejo difícil... Você às vezes precisa adaptar o expediente a um horário diferenciado para que o preso possa trabalhar... ou seja... Você mexe com uma área de conforto que já existe há muito tempo... É muito mais fácil você manter o preso encarcerado 24 horas do que tirar ele para trabalhar... ou estudar... Então tudo isso age contra [o trabalho no regime fechado] também... (Juiz de direito 1).

As motivações organizacionais não são irrelevantes na avaliação dos magistrados. O trabalho prisional também repercute nas rotinas dos executores (agentes penitenciários, especialmente). A definição das tarefas também se relaciona à economia dos esforços. O horizonte de melhoria na qualidade de vida do recluso com a inserção no trabalho prisional perde terreno se identificado risco à segurança da unidade prisional. Reafirma-se, assim, o castigo. O discurso da reintegração social seria reservado para aqueles que se fazem merecedores e, em momento distinto, alcançado com a progressão do regime. Nessa lógica, o regime fechado é *ressignificado* como momento ou etapa da "expiação". Reservado para a reflexão sobre os atos praticados pelo preso:

> Me parece que a lei trabalha com a lógica de que no regime fechado o preso é "plenamente incapaz", [o preso] progride para [o regime] semiaberto que é a "puberdade" até chegar no [regime] aberto... onde a lei fala que o preso se guiará pelo seu senso de autodisciplina e auto responsabilidade... Me parece que o trabalho no regime fechado... é onde eu teria a punição... Por isso eu chamo de penitenciária... É hora dele fazer penitência, de refletir..." o pai [o Estado] colocou ele [o preso] no quarto (na cela) e ele só sai de lá quando o pai [o Estado] autorizar"... depois de [cumprir] 1/6 [da pena] ele já refletiu... Então eu [Estado] começo a dar as oportunidades para ele [o preso]... Mas o sujeito [o preso] estava no regime fechado ontem... hoje ele está no semiaberto... o que mudou nesse sujeito [preso] de ontem pra hoje?...Somente a forma jurídica... antes ele era totalmente temido e agora eu [Estado] já posso confiar um pouquinho nele... Eu [Estado] estou dizendo que posso confiar não pelo que ele [o preso] é... mas pela classificação que eu [Estado] dei à ele... (Juiz de direito 2)

O modelo normativo brasileiro determina que, em regra, o condenado retorne ao convívio social. Certamente, esse "retorno" interpela juristas e cientistas sociais sobre as múltiplas racionalidades punitivas. Os altos índices de reincidência sugerem os efeitos "criminógenos" do cárcere.[31] Embora ainda faltem estudos empíricos que associem a inserção em atividades laborais à diminuição da criminalidade ou aos índices de reincidência, certamente o trabalho prisional, repensado sob o enfoque humanista, poderia, ao menos, minorar o processo de degradação (desconstrução do "eu") do indivíduo que normalmente integra uma instituição total com as características de uma penitenciária. Na reformulação do conceito de reintegração social, ao despir o conceito de sua pretensão invasora e transformadora das subjetividades, o trabalho prisional pode ser redimensionado como parte de uma estratégia dirigida à diminuição de danos (BARATTA, 1991, p. 253). Essa breve descrição surge nos relatos dos sujeitos da pesquisa quando se menciona o retorno ao convívio social daquele que foi submetido ao regime prisional brasileiro. Na visão compartilhada pelos magistrados, existem muitas razões que

poderiam explicar o escasso espaço do tema na agenda política. As propostas ou programas partidários relevantes para o sistema penitenciário normalmente são etiquetados pelos juízes de direito como "de baixo capital político". A cultura do controle, associada ao populismo punitivo, alimentaria a paranoia difundida e reproduzida pelo discurso criminológico midiático (ZAFFARONI, 2012, p. 261). Um dos juízes de direito sugere que a própria sociedade não veria com bons olhos os investimentos nessa área. O que acabaria legitimando a inação política em relação ao sistema penitenciário:

> Aquele que sai do sistema hoje... sai pior... Eu acho que a sociedade hoje... Ela não se encontra em sintonia com a nossa Lei de Execuções Penais... A impressão que eu tenho... Pelo que eu vejo na mídia, nos jornais, nas revistas e na opinião pública... É que a sociedade não quer só a punição... Ela quer muito mais que a punição... Ela quer a prisão perpétua... Ela quer a pena de morte... Ela quer diminuir a maioridade penal... Mesmo nós [sistema penitenciário] devolvendo uma pessoa muito pior para a sociedade... por falta de estrutura... por falta de condições... pela própria filosofia do sistema... Ainda assim nós [sistema penitenciário] não estamos atendendo a expectativa da sociedade [...]. (Juiz de direito 4)

Outro magistrado enfatiza o papel do cárcere como reprodutor das desigualdades sociais e processos de exclusão social. O relato reafirma a crítica à incoerência do discurso reintegrador, que supõe a implantação do modelo que contempla a prevenção especial positiva com as práticas de exclusão e isolamento social:

> Como é que você quer que um latrocida... que passou 10 anos no sistema [penitenciário]... Na hora dele ganhar a liberdade... eu tenho que dar a ele a passagem de ônibus... Como é que você quer que ele não volte [para o sistema penitenciário] ... O trabalho e o estudo são fundamentais para que ele [o preso] saia com uma perspectiva... O sujeito é retirado do esgoto... encontra-se enterrado no crack... eu determino que ele seja incluído em um tratamento rigoroso e intensivo... Esse sujeito passa um ano no sistema [penitenciário] e quando ele progride de pena novamente... eu pergunto para ele: Qual tratamento você recebeu? ... Nenhum Doutor... Os outros internos me davam açúcar por causa da abstinência [do vício]. (Juiz de direito 3).

Na visão dos magistrados – o que também é sugerido nas falas dos promotores de justiça –, a realidade da execução penal brasileira é pródiga em paradoxos. Por um lado, aposta-se na possibilidade de melhoria do modelo. As deficiências são gigantescas e inúmeros são os abusos. Em um horizonte de degradação humana, não raramente as racionalidades punitivas cedem espaço às urgências que as crises e tragédias interpelam.

As contradições entre as finalidades das penas aparecem nos relatos dos sujeitos da pesquisa: "Nós prendemos, colocamos o preso no sistema e no ano de 2014 estamos nos perguntando: E agora? O que vamos fazer com o preso?" (Juiz de direito 4).

O dispositivo da TRS permite aprofundar algumas questões sobre as representações sociais dos participantes da pesquisa, atores diretamente envolvidos na execução das penas no Distrito Federal. Entre os profissionais da carreira jurídica predomina a frustração diante do limite de atuação na área. Magistrados, promotores e advogados "fazem o que podem", atuam conforme os programas jurídicos disponibilizados. Contudo, a garantia de direitos pressupõe, especificamente em relação ao tema da pesquisa, de investimentos estatais. Predomina a crença de que o investimento no sistema carcerário não é prioridade política. Na ausência de mobilização para a mudança do *status quo*, os atores não sugerem caminhos em um horizonte próximo. Ao contrário, predomina o pessimismo e o "nada funciona".

4.3 Representações sociais dos executores da política penitenciária

As representações sociais dos executores podem ser agrupadas segundo categorias relevantes para a nossa análise. O saber prático de quem atua no interior das prisões é um dos fios condutores de suas narrativas sobre a prisão e sobre as possibilidades do trabalho prisional, inclusive em regime fechado. Diferentemente das falas dos gestores, movidas pela interdisciplinaridade ou as narrativas de juízes e promotores, fundadas em conhecimentos dogmáticos e criminológicos, as representações dos executores estão marcadas pelas práxis de quem "conheceria de perto" e "vivenciaria as rotinas" das prisões.

De início, um dos pontos destacados mostra a convergência com os relatos dos demais sujeitos da pesquisa. A percepção generalizada de que a implantação integral dos dispositivos da LEP sempre perdeu e perderá espaço no jogo da política. Os servidores designados para acompanhar as rotinas de uma penitenciária são igualmente céticos em relação à viabilidade de ações efetivas para uma mudança radical da política penitenciaria e redirecionamento para a reintegração social:

> Eu não tenho ideia sobre os pensamentos que [os Governantes] tem do [sistema penitenciário] … Mas eu penso que a [construção] de uma escola é mais visível que [a construção] de uma cadeia… da mesma forma que [a construção] de um viaduto é mais visível que [a construção] de uma rede de esgotos… Eu comparo [a construção] da escola à construção de um viaduto e [a construção] de uma cadeia [à construção] de uma rede de esgoto… Parece que ninguém vê quando [o Governo] constrói uma cadeia… [Nessa mesma opinião] Por que construir uma rede de esgotos se eu [Governo] tenho dinheiro para construir um viaduto… e ele [o viaduto] vai embelezar a minha cidade… (Executor 3)

As diferentes racionalidades punitivas, transformadas e reinventadas ao longo do século XX, não são irrelevantes. A produção legislativa pode ser identificada como campo fértil para análise das dinâmicas, muitas vezes contraditórias, em que os discursos que justificam e legitimam a pena são traduzidos e transpostos aos textos legais. Se a LEP contemplou e traduziu o ideal preventivo (especial positivo), reproduzido nas ideologias "re" – modelo clínico (art. 1º) –, os discursos dos atores que integram diferentes organizações responsáveis por diferentes etapas da implantação, execução e fiscalização da política penitenciária, sugerem a concorrência de múltiplas racionalidades punitivas. A semântica do trabalho prisional associa-se às distintas concepções sobre a sua inserção durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Para os executores, que vivenciam o cotidiano das penitenciárias, premidos pelas regras e rotinas de uma instituição total (GOFFMAN, 1999, p. 16), o trabalho prisional não aparece associado necessariamente ao ideal clínico que ele supostamente operaria nas subjetividades. No jogo de interesses, os papéis assumidos pelos diferentes atores que convivem e interagem também podem se relacionar à implantação do trabalho prisional no regime fechado. A disciplina e o controle surgem nos relatos como fatores relevantes, e novos significados podem ser atribuídos ao trabalho no regime fechado. As descrições sintetizam as mensagens legitimadoras da política pública: "acalmar o cárcere" e "fomentar o espírito colaborativo" (FOUCAULT, 2007, p. 107). Alguns dos relatos são exemplificativos:

> No transcorrer desses anos... eu pude perceber que o trabalho... ele influencia positivamente no relacionamento interno e também externo, no caso do egresso. Essa influência positiva vai desde [o tratamento] do interno [do preso] com o servidor, com o profissional da segurança, do interno [do preso] com os profissionais da saúde e da educação e do interno [do preso] com o próprio interno [preso] ... Em certo aspecto há o interesse direto pela remição... Essa influência é positiva... Porque o interno [o preso] tem muito a perder no caso de uma possível desclassificação... (Executor 2)

As falas dos executores reproduzem também o senso comum, em expressões como "o trabalho enobrece o homem". No entanto, a percepção de quem convive (os executores) com o preso sugere razões estratégicas ou dramatúrgicas (GOFFMAN, 1988, p. 146) que orientariam os comportamentos no cárcere. O trabalho prisional, ainda que desarticulado do ideal reabilitador, seria valorado pelos presos, conforme avalia um dos executores:

> O trabalho em si é algo que enobrece... E o preso se sente enobrecido... agradecido... O agente penitenciário muda o comportamento dele em relação àquele preso que trabalha... é um outro relacionamento... Você

> precisa colocar o interno pra trabalhar... Por uma questão de ressocialização... de ressocialização e as vezes de socialização porque ele nunca foi socializado... nunca existiu ali um cidadão... Mas a grande maioria, eu percebo que somente quer trabalhar pela remição e para diminuir [o tempo] de encarceramento. Eu noto que aquele interno [preso] que faz a limpeza da ala... aquilo ali para ele é estar livre do cárcere... [...] Nós colocamos na mão dele [do preso] um rodo e um balde de água e ele acha isso muito bom... Porque vai poder ficar fora da sua cela... Ele pensa assim: Eu estou fora da minha cela... Eu estou num mundo de liberdade... (Executor 3).

A chamada "cultura da segurança" no regime fechado, recorrente nas falas dos gestores e profissionais das carreiras jurídicas (promotores de justiça e juízes de direito), não é ignorada pelos executores. Alguns dos relatos aparecem como assunção de culpa ou responsabilidade. Segundo um dos relatos, o "não" surge como resposta natural e automática a qualquer proposta ou iniciativa que contemple o trabalho no regime fechado, se relacionada a qualquer indício de fragilidade para a segurança interna. Fatores operacionais também são relevantes. A carência de vagas e falta de servidores seriam obstáculos importantes. Nesse sentido:

> Não podemos pensar somente na segurança... Pensando na segurança há uma tendência natural de dizer não... Dizendo não, você não se expõe e deixa o preso 22 horas dentro da cela e 2 horas no banho de sol... Mas o preso recolhido muito tempo dentro da cela aumenta o nível de stress... As válvulas de escape que são o trabalho, o estudo, o banho de sol, a cantina ou a visita[32]... Se nós começamos a cortar isso, porque é mais fácil dizer não e deixar o preso dentro da cela... Nós recebemos de volta uma carga muito pior... Quando você começa a falar muito sobre ressocialização... você começa a ouvir piadinhas dos servidores... O Diretor é bonzinho... o chefe é bonzinho... Mas esse é o foco da execução penal... Nós precisamos tentar ressocializar o preso... de 3100 internos[33] se nós conseguirmos salvar 1... eu acho que a missão já foi cumprida... (Executor 1)

> A penitenciária precisa ter duas coisas essenciais... [a primeira] é a vaga para o preso... O preso tem que ter direito à sua vaga... à sua cama... [a segunda] é gente [servidores] pra cuidar dele [para vigiar o preso] ... Então, não adianta falarmos da possibilidade de aumento de oficinas se nós não temos sequer uma cama para o preso deitar... Se o Estado não está se importando em criar vagas para os presos... quem dirá criar vagas de trabalho dentro da penitenciária [...]. (Executor 3)

Alguns dos executores são críticos em relação às opções de política penitenciária para o trabalho prisional e às escolhas na gestão dos recursos público. O regime fechado é preterido nas tomadas de decisões relacionadas à alocação de recursos para o trabalho prisional. As motivações, aparentemente, são variadas. Entre as possíveis razões pragmáticas, a necessidade de agir preventivamente diante de possíveis rebeliões ou motins:

> Está invertido... O Estado investe pesado no preso que está no semiaberto... Que em tese é aquele preso que... Ou praticou um crime menos grave e foi condenado no regime semiaberto ou, se praticou um crime mais grave, já cumpriu um tanto de pena no regime fechado e já mostrou bom comportamento... Olhando assim, de forma crua... Quem menos precisa é quem mais tem... (Executor 1)

Nos relatos dos executores surgem também críticas à dificuldade de operacionalizar o trabalho em regime fechado sem meios suficientes para viabilizar o deslocamento dos internos. Sem um número suficiente de profissionais, haveria risco efetivo para a segurança interna. Os riscos em uma penitenciária são constantemente observados e desafiam as rotinas estabelecidas. A escassez de servidores e de meios leva (ou ao menos justifica a inação) ao cerceamento das atividades educacionais e laborais.

Em extenso relato que contextualiza as condições humanas do processo de globalização econômica, Bauman (1999, p. 119) cunha a expressão "lixo social" para se referir ao *output* humano produzido pelo maquinário punitivo. Entre os entrevistados, a expressão surge no relato de um dos sujeitos da pesquisa. Na descrição detalhada de um dos executores, a penitenciária lida com o lixo social:

> Eu costumo falar que eu trabalho com o "lixo social" ... Sem uma visão discriminatória. Mas aquilo que a sociedade rejeitou, eu recebo aqui... O aluno que não deu certo lá fora...O trabalhador que não deu certo lá fora...Eu tenho que recebê-lo e lapidar... Ele volta pior para a sociedade... Fala-se no senso comum que a cadeia... a penitenciária é um PHD, um doutorado... pelas más influências... Tudo aquilo de bom que talvez ele tenha aprendido na sociedade... ele acaba esquecendo aqui [no sistema penitenciário] ... Esse "lixo social" ... ele acaba devolvido à sociedade... menos lapidado se comparado quando ele entrou [no sistema penitenciário] ... (Executor 2)

Nos relatos dos entrevistados, a prática penitenciária aparece dissociada do modelo idealizado pela LEP (art. 1º da Lei n. 7.210). No caleidoscópio de imagens e descrições das rotinas carcerárias, os sujeitos da pesquisa sugerem as contradições

do que é descrito como sociedade punitiva. As mensagens que ecoam dos meios de comunicação direcionam o foco e a agenda para o endurecimento das penas e repressão.[34] O relato de um dos entrevistados explicita (e sintetiza) as ambiguidades que a prisão ainda suscita entre os sujeitos inseridos na teia de relações de uma instituição total:

> Eu tenho comigo... que daqui a 200 anos... a sociedade irá rir... vai sorrir mesmo... Irá criticar esse modelo de cárcere que nós vivemos hoje... Como nós rimos do calabouço de antigamente... onde se fritava o braço no azeite quente... onde a mesma vasilha em que se comia o alimento, se colocava as fezes... [...] Imagine uma pessoa ficar dentro de um "quadradinho" ... nós estamos falando de seres humanos... ficam dentro de um quadradinho 22 horas... e em um pátio... recebendo um banho de sol por 2 horas... [...] sem fazer nada... (Executor 3)

As narrativas podem, uma vez mais, ser aprofundadas a partir da TRS. A ausência de estrutura material e humana para dar efetividade ao comando da LEP leva à insatisfação generalizada em relação ao modelo instalado, pois não se identifica um horizonte de mudança do panorama descrito nos relatos dos participantes da pesquisa. Ao contrário, a ausência de condições mínimas no ambiente carcerário desloca o foco do objeto da pesquisa. As críticas dirigem-se à precariedade das prisões, descritas como ambiente sem as mínimas condições para atender ao ideal ressocializador, que acaba transformado, no contexto prisional, em motivo de "piada" na fala dos executores. Nesse contexto, a ausência de estrutura para o trabalho prisional em regime fechado desaparece ou é obscurecido pelo extenso rol de mazelas das prisões, relacionadas nas longas descrições dos sujeitos da pesquisa.

O pessimismo em relação à implantação do trabalho prisional leva a atribuições recíprocas de responsabilidades pelo completo esvaziamento da política pública. As referências à "cultura da segurança" do cárcere surgem como pano de fundo dos relatos dos participantes da pesquisa e configuram dispositivo que atua para dissipar eventual responsabilização pessoal. Atribuir a responsabilidade pela implantação da política pública à suposta "cultura da área" dilui eventual culpa pelo funcionamento inadequado ou pelo distanciamento das políticas públicas idealizadas. Em outras palavras: o sistema não funciona, entre outras razões, por culpa da "cultura da segurança".

Conclusões

O foco deste artigo foi, após o mapeamento inicial, indagar e discutir iniciativas e ações políticas relacionadas ao trabalho prisional no regime fechado no Distrito Federal, a partir das representações sociais de alguns dos atores diretamente envolvidos na gestão, fiscalização e execução penal.

Embora o ideal reintegrador configure o modelo legal de execução penal contemplado na LEP, o objetivo declarado mostra-se de difícil implantação. As práticas dos atores envolvidos na divisão do trabalho penitenciário sugerem a concorrência de outras racionalidades punitivas, especialmente a retribuição e a prevenção geral negativa. As dificuldades em se atender às exigências técnicas do Governo Federal para a liberação de recursos e a falta de capacitação técnica das burocracias estaduais agravam a operacionalização das políticas idealizadas pelos gestores. O distanciamento entre o modelo idealizado pela LEP e a realidade do sistema penitenciário brasileiro evidenciam que a previsão legal não alterou a precariedade das políticas penitenciárias voltadas à capacitação profissional no regime fechado.

Em que pesem os projetos dirigidos à implantação do trabalho prisional em regime fechado, no Distrito Federal a análise documental exploratória detectou que um dos entraves fundamentais ocorre na etapa de execução dos projetos, o que sugere reflexões. O funcionamento das oficinas laborais nas unidades do regime fechado está diretamente ligado à atuação da Funap. Se não houver projetos, os espaços permanecerão inutilizados, deficiência apontada nas falas dos sujeitos da pesquisa. Outro fator merece destaque: se houver projetos e a estrutura funcional for deficitária, característica do sistema penitenciário brasileiro, onde a escassez de "tudo" predomina, a tendência é a manutenção da segurança em detrimento do trabalho prisional.

Nota-se ainda que, nos últimos 6 anos houve a diminuição de atividades laborais remuneradas dirigidas aos presos em regime fechado no Distrito Federal. A situação é confrontada pelos sujeitos da pesquisa, os quais identificam supostos "efeitos positivos" em relação ao comportamento prisional quando ocorre a inserção do interno em atividades de trabalho ou estudo. Porém relata-se que as atividades laborais e educacionais se subordinam aos interesses do sistema e não à capacitação profissional do condenado.

As narrativas dos gestores orientam-se pelo mundo da técnica. O familiar associa-se à ocupação desempenhada por esses profissionais. As explicações dos gestores quanto à idealização e implantação de políticas públicas apresentam-se em discursos orientados pelo saber técnico. Em outras palavras, a expertise do "profissional das políticas públicas".

O saber técnico funda-se na interdisciplinaridade de equipes de trabalho que reúnem profissionais de distintas áreas de conhecimento, voltados à concreção das políticas penitenciárias. De forma marcadamente distinta das representações sociais dos executores, os gestores analisam cuidadosamente a peculiaridade do regime fechado, o que faria deste regime o mais adequado para a formação profissional em áreas determinadas.

Na fala desses profissionais, a responsabilização pela ineficácia das políticas públicas não lhes seria atribuível. As representações sociais apontam responsáveis, que ocupam polos opostos na cadeia de políticas públicas. De um lado, os relatos indicam o

mundo da política como grande "vilão", pois, na visão dos executores, iniciativas voltadas à população carcerária receberiam pouco ou nenhum espaço nas agendas partidárias. De outro lado, as representações desses profissionais associam problemas dificilmente solucionáveis na execução penal. Na fala dos gestores, "a cultura da prisão" seria um dos entraves determinantes à implantação da política de trabalho prisional em regime fechado. Nessa perspectiva, desenha-se horizonte pessimista quanto a possíveis mudanças, pois esbarrariam em questões cruciais, não apenas relacionadas a ações políticas dirigidas à reforma e adequação do ambiente prisional, mas também à resistência dos executores.

As narrativas de juízes de direito e promotores de justiça, como profissionais do mundo do direito, ancoram-se no referencial jurídico que fundamenta e confere consistência aos argumentos apresentados (MOSCOVICI, 2003, p. 60-63). A necessidade de contemplar o regime fechado articula-se diretamente ao modelo idealizado pela LEP. O discurso dos "direitos" articula-se com questões práticas, próprias das legislações com déficit de implantação, e surgem as comparações com outros diplomas legais que dependem de ações efetivas do Estado, de investimentos públicos. Assim como os gestores, juízes de direito e promotores de justiça atribuem a responsabilidade pela ineficácia da política pública ao inexistente interesse político despertado pelo trabalho prisional. As representações sociais estão marcadas por expressões ancoradas no papel assumido pelas instituições do sistema de justiça, que atuam segundo o horizonte programado pela legislação penal e processual penal. A atividade jurídica deve estar balizada pelos direitos fundamentais e regras estabelecidas pela LEP. Porém, sem investimentos efetivos, seria muito restrito o impacto da atuação de juízes de direito, promotores de justiça e outros profissionais do direito. A razão para o "nada funciona" atribui-se aos políticos, indiferentes à realidade prisional, e que tornariam nulas as promessas "inscritas na LEP".

O pessimismo explicitado nas falas de juízes de direito e promotores de justiça teria razões profundas, tanto sociais quanto econômicas e políticas. A população carcerária seria vista pela sociedade, e não apenas pela classe política, como "escória", indigna da utilização de recursos públicos. Estes deveriam ser realocados para áreas de interesse social, rol no qual não se contemplaria o investimento em melhoria de condições das prisões ou adequação das instalações para atender aos objetivos da LEP. As falas remetem à visão compartilhada pelos profissionais da área jurídica: a responsabilidade pelo descumprimento do comando legal não lhes é atribuível. Decorre de escolhas políticas, pois depende de investimentos.

As narrativas dos executores associam as políticas penitenciárias à realidade das prisões. Os executores reivindicam o conhecimento prático, desconhecido por "profissionais de gabinete" ou "burocratas" distantes das rotinas do cárcere. O familiar, nas falas dos executores, remete à política penitenciária descrita como "possível".

Ao reivindicar mais condições de trabalho e estrutura material e humana, as narrativas sinalizam diferentes funções das penas. Os discursos dos executores sugerem

que o regime fechado é o momento de "expiação da culpa", retratado por esses profissionais como necessário. Nos relatos, a primeira fase seria uma forma de purgar a culpa pelo "mal cometido". A construção discursiva atenua eventuais falhas estruturais detectadas na pesquisa de campo.

O saber prático dos executores também contempla parte das racionalidades punitivas que conformam os saberes penais e criminológicos. O regime fechado, em descrição explicitada na fala de alguns dos executores, é o momento do exercício da retribuição penal. A pena, inclusive, deve ser, narram os executores, um castigo exemplar. Nesse ponto, a argumentação deixa transparecer o senso comum sobre a razão das penas, mas na voz dos executores busca a autoridade do saber prático de quem "vivenciaria a realidade; que a conhece na prática e não apenas nos livros".

A TRS constitui-se em ferramenta teórica útil para abordar a implantação de políticas públicas. Neste artigo, a análise do trabalho prisional em regime fechado no Distrito Federal fundamentou-se nas representações sociais de alguns dos atores diretamente envolvidos em distintas fases da idealização e execução da política penitenciária. O enfoque permitiu adensar a compreensão dos significados do trabalho prisional, os entraves para a eficácia das medidas estabelecidas e os discursos que justificam a ineficácia das normas contempladas em diferentes diplomas legais, especialmente na LEP.

NOTAS

1 Sobre a diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, ver Luhmann (2005, p. 359 e ss e 473 e ss; 2007, p. 471 e ss). Conferir análise da diferenciação interna do subsistema jurídico penal (MACHADO, 2014, p. 49 e ss).

2 Sobre a teoria da evolução e as categorias variação, seleção e estabilização: (LUHMANN, 2007, p. 393-399).

3 Especialmente em relação às disputas e influências de comunidades epistemológicas na produção do direito penal, ver Enguéléguélé (1998, p. 563-581).

4 O vocábulo "trabalho" origina-se do latim ***tripalium***. Literalmente, instrumento de tortura, aquilo que fatiga ou provoca dor. Na etimologia da palavra trabalho (*tripalium*), designa instrumento romano de tortura, espécie de tripé formado por três estacas cravadas no chão, onde eram supliciados os escravos "tri" (três) e "palus" (pau) – literalmente, "três paus". De onde deriva o verbo tripaliare (ou trepaliare), que significava, inicialmente, torturar alguém no tripalium. Entre os séculos XII e XV, a palavra trabalho remetia à experiência dolorosa. Apenas no século XVI o vocábulo é associado a obra ou labor. À obra (poiesis) do homem artista e livre, ao labor (poneros) do homem pressionado por outro ou pela natureza, acrescentou-se então o trabalho ao ritmo da máquina. Assim, o vocábulo

"trabalhador" associou-se ao agricultor e o operário. No fim do século XIX, os três últimos termos mal se distinguiam entre si (ILLICH, 1974, p. 52).

5 Zaffaroni refere-se ao conjunto de teorias orientadas pela prevenção especial positiva como ideologias "re". Sobre o tema, consultar Roxin (2001, p. 89); Munoz Conde (2001, p. 72); Mir Puig (2002, p. 56); e Zaffaroni (2011, p. 116).

6 Segundo o Depen, dos 607.731 presos no Brasil, pouco mais de 58 mil presos trabalham, o que representa 16% da população prisional. Os demais (84%) não estão inseridos em nenhuma atividade laboral. Entre os que trabalham, 72% estão inseridos em atividades intramuros e 24% trabalham externamente. Nesse sentido, consultar Ministério da Justiça – INFOPEN 2014.

7 As entrevistas em profundidade foram realizadas por Marcos Aurélio Sloniak, segundo projeto amplamente discutido com Bruno Amaral Machado, orientador da dissertação aprovada em 31 de março de 2014, no Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Uniceub. Os autores são responsáveis pela divulgação das entrevistas neste artigo.

8 A Funap/DF foi criada pela Lei n. 7.533, de 2 de setembro de 1986, e seu funcionamento está previsto no Decreto n. 10.144, de 19 de fevereiro de 1987.

9 Essa possibilidade está prevista no art. 34 da LEP e representa significativa formatação dos sistemas penitenciários estaduais que gerenciam essa atividade por meio de fundações.

10 Sobre os órgãos de execução penal, consultar os arts. 61 ao 81 da LEP.

11 Ministério da Justiça. *PRONASCI:* Um novo paradigma para a Segurança Pública. Cartilha Institucional, p. 3-6.

12 Ministério da Justiça. PRONASCI: Ações Estruturais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={3FD1029C-C70B-4394-A81E-A52F2E42E259}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BA798EE9A-7471-4D92-A96D-0FA8B55925FE%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 27 ago. 2013.

13 Lei n. 11.530, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania e dá outras providências. Art. 3º, VIII.

14 Ministério da Justiça. DEPEN. Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-586745CB18%7D&Team=&params=itemID=%7B2AC5EC2A-C783-4C72-9B14-5BE75D88371%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 20 nov 2013.

15 O Distrito Federal inaugurou a padaria na Penitenciária do Distrito Federal em 25 de março de 2014. Com instalações modernas e investimentos de cerca de 2 milhões de reais, a estrutura prevê a fabricação diária de 80 mil pães e deve abrir 40 novas vagas de trabalho remuneradas para presos daquela Unidade Prisional. "PAPUDA ganha panificadora, meta é produzir 80 mil pães por dia". Disponível em: <http://www.df.gov.br/noticias/item/13138-papuda-ganha-panificadora-meta-%C3%A9-produzir-80-mil-p%C3%A3es-por-dia.html>. Acesso em: 2 abr. 2014.

16 Plano Diretor do Sistema Penitenciário. 2010. p. 21. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/ main.asp?View=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D&Team=&params=itemID=%7B2AC5EC2A-C783-4C72-9B14-5BE75D88371%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 20 nov. 2013. Essa mesma informação consta no documento da FUNAP de outubro de 2013, intitulado "Release".

17 Ministério da Justiça. Programa para sistema prisional quer zerar déficit de vagas femininas. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7CBDB5BEITEMID1ADB977D573D4D978CD4C0102521503APTBRIE.htm>. Acesso em: 30 ago.2013.

18 O Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela Lei Complementar n.79, de 7 de janeiro de 1994, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. O Funpen foi regulamentado pelo Decreto n. 1.093, de 23 de março de 1994 e

entre suas finalidades dispõe no Art. 3º, os recursos do Funpen serão aplicados em: implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos.

19 Ministério da Justiça. *Apoio ao trabalho e renda e qualificação profissional para presos, internados e egressos do Sistema Penitenciário Nacional*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cnpcp/main.asp? ViewID=%7BDA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-765C04797D9%7D&params=itemID=%7BDA6FDC65-C19A-4AE5-8366-35ECE41D0085%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 20 ago. 2013.

20 Ministério da Justiça. Ações de trabalho, renda e qualificação profissional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cnpcp/main.asp?View=%7BDA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-5765C04797D9%7D&Team=&params=itemID=%7BCCA31B27-5D4F-4D32-82FC-2E25CF666096%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 2 set. 2013.

21 Segundo o art. 203 da Constituição Federal, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos, entre outros: "III – a promoção da integração ao mercado de trabalho".

22 Ministério da Educação. O que é o Pronatec? Disponível em: <http://pronatec.mec.gov.br/institucional/o-que-e-o-pronatec>. Acesso em: 10 set. 2013.

23 Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Art. 126, § 5º.

24 Pronatec destinará 90 mil vagas a presos e pessoas que já cumpriram pena. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-02-07/pronatec-destinara-90-mil-vagas-presos-e-pessoas-que-ja-cumpriram-pena>. Acesso em: 10 fev. 2014.

25 Segundo os gestores do Depen, o orçamento para a capacitação profissional com verbas do Funpen era de R$ 6 milhões de reais. Com a possibilidade de inserir os presos no Pronatec a perspectiva de investimento passa para R$ 180 milhões de reais.

26 Ministério da Justiça. Governo Federal abre 90 mil vagas para qualificar presos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BFB3ADAA8-2180-4AC8-BF99-44D4CC507EA% 7D&params=itemID=%7BAB3FE8DA-5F60-41D4-BF9F-9FEA5746F320%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>. Acesso em: 10 set. 2013.

27 Dados do Procap. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/trabalho-e-renda-no-sistema-prisional/acoes-de-trabalho-nas-prisoes>. Acesso em 1 abr. 2015.

28 Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o Brasil possuía em junho de 2014, mais de 607 mil presos. Destes, 250.094 cumpriam pena no regime fechado, enquanto 89.639 presos cumpriam pena no regime semiaberto 250.213 eram presos provisórios (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

29 A LEP e o Código Penal preveem que o trabalho do preso será remunerado (art. 29 da LEP e art. 39 do Código Penal). De acordo com os dados da Funap-DF (release 2013, out. 2013, p. 9) o Distrito Federal possuía, em outubro de 2013, 155 vagas de trabalho remunerado para presos do regime fechado. Segundo o Depen, em junho de 2014 havia 6198 presos cumprindo pena no regime fechado no Distrito Federal o que representa a inserção, nessa atividade, de apenas 2,5% dos presos que estavam cumprindo pena no referido regime. Nesse cálculo não foram computados os presos que exercem atividades sem remuneração e os presos envolvidos em atividades educacionais.

30 De acordo com os dados da Funap-DF (release 2013, out. 2013, p. 9) o Distrito Federal possuía, em outubro de 2013, 1977 vagas de trabalho remunerado para presos do regime semiaberto, das quais 1.294 estavam ocupadas. Em junho de 2014, o Depen informa que 3322presos cumpriam pena no regime semiaberto no Distrito Federal. Assim, as vagas da Funap indicam a inserção de 59,51% dos presos em trabalho remunerado no regime semiaberto. Cabe ressaltar que esse percentual pode ser maior, vez que, empresários particulares também podem oferecer atividade remunerada aos presos do regime semiaberto, cujo procedimento passa, necessariamente, pelo

crivo da Vara de Execuções Penais, após a manifestação do Ministério Público sobre a proposta apresentada pelo empresário interessado.

31 Os efeitos do encarceramento (prisonização) foram definidos for Donald Clemmer, autor do Livro A Comunidade Prisional, lançado em 1940 no qual retrata a rotina de funcionamento de uma penitenciária de segurança máxima em Illinois. Mais tarde esse tema foi retomado por Erving Goffman. Sobre o tema, ver: ANITUA, (2008, p. 511); GOFFMAN (1999, p. 24).

32 Zaffaroni (2012, p. 449) retrata o quanto esses valores simbólicos são importantes no cotidiano penitenciário e por vezes responsáveis pela eclosão de trivialidades, no que define "o cárcere fabricando cadáveres".

33 O executor refere-se ao quantitativo de presos cumprindo pena na Unidade à qual pertence. Segundo dados da Penitenciária do Distrito Federal (PDF), a unidade foi projetada para abrigar 1584 presos. Em junho de 2015 contava com 3.426 presos. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=14&tipoVisao=presos. Acesso em: 15 jun. 2015

34 Salo de Carvalho (2010, p. 151) destaca que, desde a década de 1990, algumas leis brasileiras endureceram o cumprimento da pena. Entre essas legislações, a Lei (n. 8.072/90) Lei de Crimes Hediondos, a mudança de critérios para obtenção de progressão de regime e a criação de novos tipos penais. Esse conjunto de fatores contribuiu para o aumento da população criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCEL, Marc. *A nova defesa social:* um movimento de política criminal humanista. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos.* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: Por um concepto crítico de "reintegración social" del condenado In: ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. *Sistema penal para o terceiro milênio*: Atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: *Revan*, 1991.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Vidas desperdiçadas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: RT, 1999.

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico.* Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

_____. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos.* São Paulo: Edijur, 2002.

_____. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.* São Paulo: Abril Editora, 1979.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad.* Trad. Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 1999.

BRUNER, Jerome. *Actos de significado*: para uma psicologia cultural. Lisboa: Edições 70, 1990.

CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. Projeto de Lei n. 1569/2013. *Institui o Projeto Remição pela Leitura no âmbito dos Estabelecimentos Penais do Distrito Federal.*

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal.* São Paulo: LZN, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados:* o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, Salo de. *Crítica a execução penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Teoria agnóstica da pena*: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. Crítica à execução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II.* Porto Alegre: PUCRS, 2010.

CIONELLO, Alexandre et al. *Segurança pública e cidadania*: uma análise Orçamentária do Pronasci. Instituto de Estudos Socioeconômicos: Brasília, 2008.
CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: CNPCP, 2011.
_____. *Diretrizes básicas para arquitetura prisional*. Brasília: CNPCP, 2011.
_____. *Regras mínimas para tratamento dos presos no Brasil*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp>. Acesso em: 15 ago. 2013.
DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 1988.
DEPEN. *Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Prisional*. Brasília: 2013.
_____. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias*. Brasília: 2013.
DISTRITO FEDERAL. Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal – 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D&Team=&params=itemID=%7B2AC5EC2A-C783-4C72-9B14-65BE75D88>. Acesso em: 20. nov. 2013.
_____. Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Distrito Federal – 2010. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D&Team=&params=itemID=%7B2AC5EC2A-C783-4C72-9B14-5BE75D88371%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C>. Acesso em: 20. nov. 2013.
ENGUÉLÉGUÉLÉ, Stéphane. Les communautés épistémiques pénales et la production législative en matière criminelle. *Droit et Societé*, Paris, n. 40, 1998, p. 563-581.
FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal:* o criminoso e o crime. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.
_____. *Sociologia criminal*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. São Paulo: Minelli, 2006.
FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* a história da violência nas prisões. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
FEUERBACH, Johan Paul Anselm von. *Tratado de derecho penal comum vigente en Alemania*. Trad.Eugênio Raul Zaffaroni e I. Hagemeier. Buenos Aires: Mannurabi, 1989
FUNDAÇÃO DE AMPARO AO TRABALHADOR PRESO DO DISTRITO FEDERAL. *Release*. 2013.
GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*. Trad. Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997.
GOFFMAN, Erving. *Estigma:* nota sobre a manipulação da identidade deteriorada. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.
_____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1999.
GUATARRI, Félix; DELEUZE, Gilles. *O anti-édipo*: capitalismo e esquizofrenia. Trad. Joana Moraes Varela e Manuel Maria Carrilho. Lisboa: Assírio&Alvim, 2004.
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fundamentos de la filosofia del derecho*. Barcelona: Libertarias, 1994.
ILLICH, Ivan. *Convivencialidad*. Trad. GROSSMANN, Matea P de, Barcelona: Barral Editores, 1974.
JOVCHELOVITCH, Sandra. Psicologia social, saber, comunidade e cultura. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, n. 2, v. 16, p. 20-31, maio-ago. 2004.
KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.
_____. *Doutrina do direito*. São Paulo: Icone, 2003.
LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAÚJO, João Marcello de Araújo Junior (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. 2. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005.
_____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.
MACHADO, Bruno Amaral. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, v. 45,abr.-jun. 2012.
_____. A diferenciação interna do subsistema jurídico penal: história, organizações e trajetórias. *Revista de Estudos Criminais*, n. 52, jan.-mar. 2014.
_____. *Justiça criminal*: diferenciação funcional, organizações e decisões. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *O que é o Pronatec?* Disponível em: <http://pronatec.mec.gov.br/institucional/o-que-e-o-pronatec>. Acesso em: 10 set. 2013.
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Ações de trabalho, renda e qualificação profissional*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cnpcp/main.asp?View=%7BDA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-5765C04797D9&Team=&params=itemID=%7BCCA31B27-5D4F-4D32-82FC-2E25CF666096%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 2 set. 2013.
_____. *Apoio ao trabalho e renda e qualificação profissional para presos, internados e egressos do Sistema Penitenciário Nacional*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cnpcp/main.asp?ViewID=%7BDA8C1EA2-

5CE1-45BD-AA07-765C04797D9%7D&params=itemID=%7BDA6FDC65-C19A-4AE5-836635ECE41D0085%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D.>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. Cartilha sobre o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Penitenciário. Brasília: 2013.

_____. *Governo Federal abre 90 mil vagas para qualificar presos*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BFB3ADAA8-2180-4AC8-BF99-544D4CC507EA%7D&params=itemID=%7BAB3FE8DA-5F60-41D4-BF9F-9FEA5746F320%7D;&UIPartU>. Acesso em: 10 set.2013.

_____. *Plano Diretor do Sistema Penitenciário*: Diagnóstico, ações e resultados. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D&params=itemID=%7BF329E71B-B4C8-40E2-BF58-F206>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. *Programa para sistema prisional quer zerar déficit de vagas femininas*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7CBDB5BEITEMID1ADB977D573D4D978CD4C0102521503APTBRIE.htm>. Acesso em: 30 ago.2013.

_____. Pronasci Ações estruturais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={3FD1029C-C70B-4394-A81E-A52F2E42E259}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BA798EE9A-7471-4D92-A96D-0FA8B55925FE%7D%3B&UIPartUID=%7B>. Acesso em: 27 ago. 2013.

_____. Pronasci: um novo paradigma para a segurança pública. *Cartilha Institucional*.

_____. Sistema Penitenciário Federal. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B887A0EF2-F514-4852-8FA9-D728D1CFC6A1%7D&params=itemID=%7B5AC72BD6-09F6-49AE-BDB0-A5A1D5A28B9%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 5 set. 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2002.

MOSCOVICI, Serge. Prefácio. In: JOVCHELOVITCH, S; GUARESCHI, P. *Textos em representações sociais*. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. *Representações sociais*: investigações em psicologia social. Petrópolis: Vozes, 2003.

MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Julio Cezar Faira, 2001.

PORTO, Maria Stela Grossi. Polícia e violência: representações sociais das elites policiais do Distrito Federal. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, 2004.

_____. Crenças, valores e representações sociais da violência. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, 2006.

_____. *Sociologia da violência*: do conceito às representações sociais. Brasília, Editora Verbena, 2010.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*. Bogotá: Têmis, 1956.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general:* fundamentos la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Penã. 2. ed. Barcelona: Civitas, 2001.

SCHÜTZ, Alfred. *La construcción significativa del mundo social*: introducción a la sociología comprensiva. Trad. Eduardo J. Prieto. Barcelona: Paidós, 1993.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Nota a Imprensa. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional>. Acesso em: 10 set. 2013.

VON LISZT, Fran. *La idea del fin en derecho penal*. Buenos Aires: Granada, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, et alli. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Bruno Amaral Machado

Brasília – DF – Brasil

brunoamachado@hotmail.com

Pós-doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília.

Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona.

Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.

Pesquisador Associado do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Professor do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Universidade de San Carlos da Guatemala.

Promotor de Justiça em Brasília.

Marcos Aurélio Sloniak

Mestre em Direito pelo Uniceub.

Especialista em Segurança Pública pela PUC do Rio Grande do Sul, Gestão de Pessoas pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e Planejamento e Gestão de Ead pela Universidade Federal Fluminense.

Policial Civil no Distrito Federal.

Brasília – DF – Brasil

matungo@terra.com.br

RECEBIDO EM 05.07.2014 | APROVADO EM 24.06.2015

LEVANDO A SÉRIO OS DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS: INELEGIBILIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE *

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior e Rodrigo Mioto dos Santos

TAKING THE POLITICAL RIGHTS SERIOUSLY: INELEGIBILITIES AND CONTROL OF CONVENTIONALITY

RESUMO

Em tempos de "fichalimpismo" e de excesso de intervenção judicial na definição das regras do jogo democrático, impõe-se uma renovada reflexão sobre a dimensão jusfundamental dos direitos políticos, em especial, em relação ao direito fundamental de ser eleito. O objetivo geral deste artigo consiste em demonstrar que os casos de inelegibilidades infraconstitucionais disciplinados entre nós pela Lei Complementar n. 64/90 (doravante LC n. 64/90) não se compatibilizam com a garantia convencional prevista no art. 23, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante Convenção Americana ou Convenção), que só admite que eles sejam restringidos "exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal." Diante desta incompatibilidade, os juízes nacionais encontram-se autorizados a negar vigência à lei nacional e a fazer valer a proteção prevista na Convenção, a despeito de existir decisão proferida pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade revestida de força vinculante.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de convencionalidade; direitos políticos fundamentais; inelegibilidades infraconstitucionais; Lei da Ficha Limpa; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The emergence of a strong level of moralization and interference of the Judicial Power on the democratic game rules demands the reflection about the fundamental dimension of the political rights, specially, the right to be voted. In this article, I argue that almost all the hypothesis defined by the Brazilian Ineligibilities Act (Lei Complementar nr. 64/90) are not compatible with the guarantee ensured by the article 23 of American Convention on Human Rights, whereby all the citizens shall enjoy "the right and opportunity" (art. 23) to "be elected in genuine periodic elections" (art. 23, 1.b), and the exercise of this right should be restrict "only on the basis of age, nationality, residence, language, education, civil and mental capacity, or sentencing by a competent court in criminal proceedings" (art. 23.2). Because of this, all the domestic judges are authorized to deny validity to the national statute, and apply directly the conventional guarantee, despite the fact that the Brazilian Supreme Court had uphold the Ineligibilities Act by a decision endowed with binding force for all the national judges.

KEYWORDS

Control of conventionality; political rights; inelegibilities act; "Ficha Limpa" act; Brazilian Supreme Court.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201510

Introdução

Os manuais de direito eleitoral e direito processual eleitoral brasileiros permanecem em um silêncio eloquente quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos. Não existe uma única referência à garantia insculpida no art. 23 que consagra especificamente os direitos políticos como parte integrante do Sistema Interamericano de Proteção (COÊLHO, 2012; CÂNDIDO, 2012; COSTA, 2013; GOMES, 2013; ZILIO, 2012)[1]. Essa omissão, no entanto, não causa estranheza, já que a própria temática dos direitos políticos como direitos fundamentais carece de maiores reflexões, não somente por parte da doutrina especializada, mas, sobretudo, pelas Cortes eleitorais (GUEDES, 2013, p. 659-674; ESPÍNDOLA, 2013, p. 169-174).

No direito pátrio, costuma-se falar em uma teoria geral das inelegibilidades consistentes na configuração de situações que "impedem o exercício do *ius honorum* em determinada eleição" (MENDES, 1994, p. 163). Este conjunto de restrições derivariam do princípio da autenticidade eleitoral, posto que relacionado à "fidedignidade da representação política" (SALGADO, 2010, p. 57). Os impedimentos (provisórios ou permanentes) encontram-se expressamente consignados no texto constitucional (art. 14, §§ 4º e 8º, da CF) e na legislação complementar (LC n. 64/90, art. 1º).

Entre nós, o direito fundamental de concorrer aos pleitos eleitorais está sujeito ao preenchimento de um conjunto de condições de habilitação (condições de elegibilidade) e pode ser afastado diante da existência de quaisquer das causas de inelegibilidade, muitas das quais se trasvestem de sanções de inabilitação. De acordo com a legislação brasileira, estas sanções de inabilitação representam efeitos secundários (ou indiretos), definidos pela própria lei eleitoral, em relação à prática de condutas que estariam a revelar falta de "moralidade para o exercício de mandato", ou ainda, que poderiam configurar quebra de "legitimidade das eleições" (art. 14, § 9º da CF).

Se a lei de inelegibilidades brasileira, na redação originária de maio de 1990 (LC n. 64/90), já era pródiga na definição de hipóteses de inelegibilidade (para além da exclusão dos inalistáveis, previa originariamente oito situações geradoras de impedimento legal); com a promulgação da Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010 (doravante LC n. 135/2010), popularizada como Lei da Ficha Limpa, estas hipóteses multiplicaram-se para 16.

A alteração legislativa decorreu de um grande movimento popular de combate à corrupção eleitoral e foi desencadeada por iniciativa popular que reuniu mais de 1,5 milhão de assinaturas de eleitores espalhados em todos os Estados da Federação brasileira. Esta indiscutível pressão popular acabou por resultar em aprovação relâmpago desta norma sem que tenha sofrido alterações legislativas substantivas ao texto apresentado. E a despeito da exigência de anualidade para as alterações que modifiquem o processo eleitoral, conforme fixado pelo art. 16 da CF, o novo regramento foi parcialmente aplicado pela Justiça Eleitoral já nas eleições de 2010, situação que só foi revertida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 633.703 (Rel. Min.

Gilmar Mendes), quando já ultimado o pleito eleitoral.

Instado uma vez mais a se manifestar sobre a referida norma, agora sobre a sua compatibilidade material com o texto constitucional, em 9 de novembro de 2011 a Corte Suprema brasileira julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578. Nesta oportunidade, proferiu pronunciamento com eficácia vinculante que reafirmou a integral constitucionalidade das alterações determinadas pela LC n. 135/2010 no sistema de inelegibilidades infraconstitucionais.

Ocorre que, por ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde a sua promulgação interna decorrente do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, passou a viger na ordem jurídica interna a garantia expressa de que **todos** os cidadãos devem gozar do direito "de ser eleitos em eleições periódicas autênticas" (art. 23, item 1, letra "b"), direitos estes que só poderiam ser restringidos com base nas causas definidas no próprio texto convencional, vale dizer, "exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal." (art. 23, item 2). O dispositivo convencional foi taxativo ao restringir a liberdade de conformação dos Estados-Parte. As restrições aos direitos políticos enunciados no art. 23, item 1, só poderiam ser promulgadas em estrita observância das hipóteses mencionadas no texto (isto em face do termo "exclusividade").

Independentemente do *status* que se atribua a esta norma entre nós (BASTOS JR; GONÇALVES, 2013, p. 2393-2396), é inegável que a mesma foi devidamente internalizada na ordem jurídica e que, em face do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira, goza de um indiscutível caráter de fundamentalidade no plano doméstico (SARLET, 2013; 2015, p. 79-83). E, mais ainda, de acordo com o que vem sendo reconhecido no plano supranacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, todos os órgãos judiciários domésticos possuem um dever de remover os óbices internos à plena aplicação da norma internacional mais benéfica ao ser humano (SAGÜES, 2010, p. 120-122), razão pela qual devem engajar-se em um esforço coordenado de controle de convencionalidade das normas domésticas, tendo em vista a máxima aplicação dos *standards* mínimos de proteção internacional dos direitos humanos (BASTOS JR; CAMPOS, 2011; MAZZUOLI, 2013, p. 4-20). Se entre nós esta prática não é muito difundida, em outras jurisdições latino-americanas constatam-se importantes avanços no tocante à consideração dada pelas Cortes Constitucionais ao sistema interamericano de direitos humanos (AGUILAR, 2013).

Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo confrontar as hipóteses legais definidas na LC n. 64/90 com a garantia prevista no art. 23.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essa compatibilidade (ou sua ausência) será analisada a partir da confrontação entre a legislação brasileira (na forma como é compreendida pelo Supremo Tribunal Federal) com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante

CorteIDH ou Corte). A análise terá como perspectiva a identificação dos *standards* interpretativos fixados nos precedentes estudados que permitem a compreensão do conteúdo e do alcance a ser atribuído aos dispositivos e obrigações convencionais que se impõem aos Estados signatários.

É desta forma porque o marco normativo supranacional não se restringe à literalidade da norma convencional, mas deve ser analisado à luz de seu contexto normativo de significação, em outras palavras, em conjunto com o acervo jurisprudencial emanado da Corte responsável pela sua adjudicação (como intérprete qualificado de seus dispositivos) e pela interpretação dada pelos órgãos judiciais dos diferentes países igualmente signatários deste mesmo diploma internacional. Afinal de contas, a norma internacional deve ser interpretada de acordo com seu contexto (LUPI; BASTOS JR, 2008).

Especificamente em relação à regra em comento, existem dois importantes precedentes da CorteIDH que enfrentaram especificamente a abrangência dessa garantia convencional, um (o caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 6 de agosto de 2008) em que se discutiu a possibilidade de se assegurar a candidatura independente à Presidência como decorrência direta da garantia convencional prevista no art. 23.1.b; e outro (o caso *López Mendoza vs.Venezuela*, de 11 de setembro de 2011) em que se discutiu especificamente a aplicação de sanções de inabilitação em processos administrativos (apuração de sanção disciplinar e regularidade na execução orçamentária), afirmando que esta hipótese de suspensão de direitos políticos não estaria autorizada pelo art. 23.2 da Convenção.

Essas decisões exigem que se desencadeie uma profunda revisão da compreensão nacional sobre a natureza de jusfundamentalidade dos direitos políticos, bem como sobre os limites que se impõem à restrição de tais direitos. A situação é tanto mais premente quando se constata que praticamente **todo** o sistema de inelegibilidades infraconstitucionais, em face das alterações determinadas pela LC n. 135/2010, não sobrevive à análise de compatibilidade com a Convenção Americana.

A fim de explorar este tema, o presente artigo está estruturado nos seguintes termos: na primeira parte, será feita uma breve incursão sobre as inelegibilidades infraconstitucionais do direito brasileiro e os argumentos subscritos pelo Supremo Tribunal Federal para afastar a arguição de inconstitucionalidade dirigida contra a LC n. 135/2010; na segunda parte, serão apresentados os casos analisados pela CorteIDH, a fim de que seja apresentada sua visão sobre o alcance da garantia e sobre os limites à atividade de conformação do legislador nacional; e, na terceira e última parte, será feita a análise de (des)conformidade entre o diploma doméstico e os *standards* interpretativos emanados da CorteIDH em relação aos arts. 23.1.b e 23.2 da Convenção Americana.

Espera-se, com esse esforço, discutir as inelegibilidades (e a exacerbação conferida ao Poder Judiciário por conta da Lei da Ficha Limpa) a partir de uma perspectiva ainda mais enfática quanto à crítica a ser endereçada ao novo arranjo institucional

brasileiro. Afinal de contas, há de se levar a sério os direitos políticos fundamentais, a começar pela Corte Suprema brasileira.

1 Das inelegibilidades infraconstitucionais e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal

As inelegibilidades infraconstitucionais cominadas encontram sua justificação no próprio texto constitucional, vale dizer, no § 9º do art. 14:

> Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A fim de dar concretude a este comando constitucional, foi editada a LC n. 64/90, que trata sobre as inelegibilidades. Em sua redação originária, a norma elencou em seu art. 1º um conjunto de situações que, presentes, importariam em restrição temporária ao *ius sufragii* dos cidadãos. As restrições foram aqui agrupadas em cinco categorias, para fins de análise, como se verá adiante.

Pois bem, a LC n. 135/2010 operou um conjunto muito expressivo de alterações em relação às inelegibilidades: (A) as hipóteses foram significativamente ampliadas (de oito para dezesseis); (B) os efeitos decorrentes de decisões judiciais passaram a ser antecipados (ou seja, a Lei dispensou o trânsito em julgado da decisão, admitindo que a decisão por órgão colegiado seria suficiente para a restrição aos direitos políticos); (C) os prazos de suspensão dos direitos políticos foram ampliados (e uniformizados) para 8 (oito) anos; e, por fim, (D) algumas hipóteses tiveram a sua redação alterada.

O grupo das hipóteses de inelegibilidades pode ser assim descrito (alterações foram destacadas em *itálico*):

> (i) aqueles que não estiverem no gozo dos direitos políticos (alínea "a") (*sem alterações*);
>
> (ii) os agentes políticos, parlamentares e chefes do Executivo, que tenham tido seus mandatos cassados pelo Parlamento (inc. I, alíneas "b" e "c") *e que tenham renunciado ao seu mandato desde o oferecimento de petição que pudesse resultar na pena de cassação (art. I, alínea "k")* (*prazo ampliado para 8 anos*);
>
> (iii) aqueles agentes que tenham sido condenados em determinados processos

judiciais de índole eleitoral (inc. I, "d", *"j"*, *"n"* e *"p"*), criminal (inc. I, "e", *ampliação do rol dos crimes)* e civil (inc. I, "h", *"l"*) *(hipóteses acrescidas e prazos ampliados)*;

(iv) aqueles que tenham sido sancionados em processos administrativos (inc. I "f", "g", "i", *"m", "o" e "q"*) (*prazos ampliados*); e

(v) aqueles que não tenham se desincompatibilizado de determinados cargos públicos no prazo fixado pela legislação (incs. II a VII) (*sem alterações*).

Com tantas e significativas modificações em tema tão sensível, inevitável que a LC n. 135/2010 fosse submetida ao controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI n. 4.578 e ADC n. 29 e n. 30).[2] Razão pela qual diversos aspectos que serão objeto de consideração neste trabalho foram especificamente enfrentados pela Corte Constitucional, conforme será visto na sequência:

Quanto à eficácia retroativa da norma decorrente do fato de que a Lei ampliou os prazos de suspensão para 8 (oito) anos (alterando a regra anterior que previa prazos de 3 (três), 4 (quatro) e 5 (cinco) anos; inclusive, a própria coisa julgada) e que passou a abranger situações que, anteriormente à sua edição, não eram elencadas no rol das causas de inelegibilidade (A), assim se pronunciou a Corte Suprema:

1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao *regime jurídico* – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar n. 135/10 com a consideração de fatos anteriores **não pode ser capitulada na retroatividade** vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). (destaque dos autores) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 4.578; ADC n. 29; ADC n. 30, 2012)

Quanto às restrições indevidas e aumento desproporcional das hipóteses de inelegibilidade (B), assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. [...]

5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.
6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico*.
7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, **opõe-se à própria democracia**, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.
8. A Lei Complementar n. 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.
9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal. (destaque dos autores) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 4.578; ADC n. 29; ADC n. 30, 2012)

Especificamente em relação à presunção de inocência (C), já que a Lei projeta efeitos sobre elegibilidade antes do trânsito em julgado das decisões judiciais (se contentando com as decisões proferidas por órgãos colegiados), foram esses os argumentos lançados pela decisão em tela:

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.
4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito

> eleitoral. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 4.578; ADC n. 29; ADC n. 30, 2012)

Em relação à ofensa ao exercício do direito de renúncia parlamentar (D), a decisão restou assim ementada:

> 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 4.578; ADC n. 29; ADC n. 30, 2012)

Por fim, sobre a natureza das inelegibilidades (condição objetiva), que não se confunde com a sanção de suspensão de direitos políticos (E), o pronunciamento da Corte deu-se nos seguintes termos:

> 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius sufragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 4.578; ADC n. 29; ADC n. 30, 2012)

Ao final, a Corte julgou os pedidos formulados na ação de inconstitucionalidade improcedentes e, por consequência, procedentes os pedidos deduzidos nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Em face da natureza vinculante dirigida a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), de acordo com a ordem jurídica brasileira, os diferentes órgãos judiciais encontram-se impedidos de suspender a aplicabilidade de quaisquer dispositivos da LC n. 135/2010, sob o argumento de que ofendem a Constituição. No entanto, defende-se adiante que o juiz nacional, apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal, deverá deixar de aplicar esta norma tendo em vista a frontal colisão com as garantias convencionais insculpidas no art. 23.1.b e 23.2 da Convenção Americana.

2 Do alcance do direito de ser votado previsto na Convenção Americana (art. 23.1.b c/c o art. 23.2) e as obrigações dos Estados-Parte

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante SIDH), o vínculo necessário entre democracia e direitos humanos é assinalado nos principais pronunciamentos da CorteIDH, para quem os direitos políticos *"propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político"*, nos termos do pronunciamento nos casos *Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos* (CorteIDH, 2008, § 141, p. 42) e *Yatama vs. Nicaragua* (CorteIDH, 2005, § 192, p. 88).

Estes direitos encontram-se expressamente contemplados na Convenção Americana de Direitos Humanos nos seguintes termos:

> Artigo 23. Direitos políticos
>
> 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: [...]
>
> b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e [...]
>
> 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Ao empreender uma análise sobre o alcance dos direitos políticos na jurisprudência da CorteIDH e nos pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante ComissãoIDH), Alberto Dalla Via (2011, p. 20-21) consigna que:

> [...] el adecuado ejercicio de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH se vincula con la vigencia de sus derechos y libertades entre los cuales se encuentran asociados el derecho a la libertad de expresión (artículo 13); a las garantías judiciales (artículo 8); el derecho de reunión (artículo 15), a la libertad de asociación (artículo 16), el derecho a la protección judicial (artículo 25); el derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (IV); el derecho de asociación (XXII) y reunión (XXI); y el derecho de justicia (XVIII) de la DADH.
> Así lo ha entendido la Corte al sostener que: Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema

> interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. (Informe Haití, CIDH, 1990a, cap. I)

Em razão desse vínculo indissociável entre democracia e direitos humanos, a máxima realização da democracia participativa deve ser pautada por um feixe interpretativo estabelecido, primariamente, no próprio texto da Convenção. Fixadas estas premissas iniciais, convém tecer breves considerações sobre os precedentes da CorteIDH a fim de que se possa extrair deles os *standards* interpretativos a serem utilizados pelos togados na aplicação do juízo de compatibilidade vertical entre as normas domésticas e as convencionais (*res interpretata*) (FERRER, 2013, p. 688-693).

2.1 Análise do caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (6 de agosto de 2008). Direito à oportunidade de participação e limites ao Estado

O caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* foi julgado em 6 de agosto de 2008 e gravita, no que diz respeito especificamente ao objeto desse artigo, ao redor de dois aspectos fundamentais: a afirmação de que os Estados-Parte têm o dever de conferir aos cidadãos **oportunidades efetivas** para que os mesmos exerçam o direito a participar dos assuntos políticos (art. 23.1.b) e sobre a limitação do poder de conformação dos Estados no tocante à regulamentação dos direitos políticos que, para além das restrições explícitas definidas no art. 23.2, devem estar sujeitas ao crivo da proporcionalidade.

Os fatos submetidos à apreciação da Corte diziam respeito ao pedido de registro de candidatura individual e independente à Presidência da República, formulado pelo Sr. Castañeda Gutman ao órgão administrativo responsável pelos registros (Conselho Geral do Instituto Federal Eleitoral). O pedido foi negado sob o argumento de que somente os partidos políticos nacionais gozam da prerrogativa de solicitar o registro de candidaturas a mandatos eletivos. Contra essa decisão, o Sr. Castañeda Gutman ingressou, sem êxito, com recurso de amparo à Corte Regional Federal e recurso de cassação à Corte Suprema Mexicana (nesta última, com pedido de providência acautelatória). Os órgãos judiciais deixaram de conhecer do pedido formulado pelo Sr. Castañeda Gutman pois entendiam que não possuía legitimidade ativa para impugnar decisões do órgão administrativo federal (legitimidade confiada somente aos partidos políticos).

Ao propor a demanda perante a Corte, a ComissãoIDH postulou o reconhecimento de uma dupla violação aos direitos políticos da vítima: (1) o direito a um recurso judicial efetivo (art. 25 da Convenção) e (2) o direito concreto a ver registrada sua candidatura independente (art. 23.1.b da Convenção), já que a condição de filiação prévia a partido político não representava uma das exceções previstas pelo art. 23.2

da Convenção. Em razão dos objetivos desse artigo, a análise do caso limitar-se-á ao segundo aspecto.

Pois bem, no que diz respeito à abrangência dos direitos políticos definidos no art. 23.1 da Convenção, a CorteIDH fixou alguns importantes balizamentos, chamando a atenção para a peculiaridade da obrigação dos Estados de assegurar aos cidadãos ampla oportunidade de participação na vida política. Deste precedente, extraem-se as seguintes diretrizes interpretativas:

> 145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren **a los derechos de la persona como ciudadano**, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención **no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término "oportunidades"**. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado **genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva**, respetando el principio de igualdad y no discriminación. (destaque dos autores) (CorteIDH, 2008, § 145, p. 43)

E ainda:

> 148. Por su parte, la participación política mediante el **ejercicio del derecho a ser elegido** supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.
> 149. El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención

> Americana **no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular** mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos [...]. La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, **siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad**, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa. (destaque dos autores) (CorteIDH, 2008, §§ 148-149, p. 43-44)

Ao reiterar a essencialidade dos direitos políticos, a CorteIDH reconheceu que o Estado-Parte goza de uma relativa liberdade de conformação para definir os modelos eleitorais (engenharias institucionais) a serem adotados, de forma que:

> 157. [...] la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado. [...]
> 161. Como se desprende de lo anterior, la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana. (CorteIDH, 2008, §§ 157 e 161, p. 46 e 47)

No entanto, esta relativa liberdade de conformação não afasta a possibilidade de controle por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

> 161. [...] Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención. (CorteIDH, 2008, § 161, p. 47)

Portanto, após reafirmar a sua competência para conhecer da alegada violação à Convenção, a CorteIDH passa a empreender um rigoroso controle de convencionalidade

da lei mexicana aplicando os seguintes testes: a observância da reserva legal estrita (legalidade da medida restritiva, §§ 176-179) e a aferição da inexistência de excesso com base nos postulados do princípio da proporcionalidade (finalidade, §§ 180-184; necessidade, §§ 185-202; proporcionalidade em sentido estrito, §§ 203-205).

Ao final, a Corte reconheceu que o Estado "no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho político a ser elegido reconocido en el artículo 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]" (CorteIDH, 2008, § 251.3, p. 67).

Apesar de a Corte ter afastado a violação ao art. 23.2 da Convenção no caso em análise, ela fixou duas importantes diretrizes interpretativas que gozam de especial projeção para os propósitos deste artigo: (i) os direitos políticos são essenciais à democracia e impõem uma série de exigências de proteção tendo em vista o dever de assegurar a oportunidade aos cidadãos de participarem efetivamente da formação da vontade política do Estado, e (ii) no exercício do dever de regulamentação dos sistemas eleitorais, o Estado pode fixar condições não previstas no art. 23.2 para viabilizar o exercício ao direito de votar e ser votado, no entanto, a atividade de conformação do Estado está sujeita ao controle de compatibilidade a ser empreendido pelas instituições do SIDH.

2.2 Análise do caso *López Mendoza vs. Venezuela* (1º de setembro de 2011). A sanção de inabilitação (inelegibidade) deve ser proferida por órgão judicial

O caso *López Mendoza vs.Venezuela* foi julgado em 1 de setembro de 2011 e discute exatamente os limites impostos aos Estados no que diz respeito às restrições aos direitos políticos passivos (direito de ser votado). A questão de direito enfrentada analisa se é facultado aos Estados definir novas causas de restrições não previstas no art. 23.2 da Convenção Americana. Analisemos, pois, os fatos submetidos à apreciação da CorteIDH.

O Sr. Leopoldo López Mendoza foi eleito em 2000 (e reeleito em 2004) prefeito do Município de Chacao, unidade integrante do Distrito Metropolitano de Caracas. No final do segundo mandato, ele pretendia candidatar-se à Alcadía Mayor de Caracas (órgão político-administrativo que congrega a região metropolitana de Caracas), no entanto, foi impedido de se candidatar por força da imposição de duas sanções de inabilitação (sanções de inelegibilidade) decretadas pelo Controlador Geral da República[3]: a primeira, decorrente de processo que apurou a existência de conflito de interesses quando, antes de ser prefeito, trabalhava na empresa Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) e como voluntário em uma organização não governamental que recebeu subvenções sociais da estatal venezuelana; e a segunda, decorrente da aplicação de multa por ter ele, no exercício do mandato de Prefeito Municipal, aplicado verbas orçamentárias em desacordo com a finalidade legal.

Em razão do primeiro procedimento, o órgão administrativo aplicou-lhe sanção pecuniária (multa) equivalente a US$ 647,50 e, posteriormente, seguindo o rito procedimental local, foi editada Resolução de inabilitação para o exercício de funções

públicas por 3 (três) anos. Em razão do segundo procedimento, o órgão administrativo aplicou-lhe multa (equivalente a US$ 4.239,58) e, em seguida, por entender que a conduta era grave e que seria o caso de reincidência, editou Resolução de inabilitação para o exercício de funções públicas pelo período de 6 (seis) anos. Ambas decisões foram confirmadas pela Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça que afastou os recursos de nulidade requeridos para desconstituir estas decisões. Em virtude destas sanções, o Sr. Leonardo López Mendoza não pôde se inscrever para a postulação do cargo de Prefeito do Distrito Metropolitano de Caracas perante a Junta Eleitoral do referido distrito.

Ao propor a demanda perante a Corte, a ComissãoIDH postulou que fosse reconhecida a violação ao direito de ser eleito (ofensa ao art. 23.1.b e 23.2 da Convenção); a existência de ofensa às garantias judiciais nos procedimentos administrativos desenvolvidos; e, ainda, a existência do dever de adotar disposições de direito interno para salvaguardar tais garantias convencionais. Neste trabalho, ater-se-á mais detidamente ao primeiro aspecto.

Na análise do caso, a questão foi delimitada pela Corte nos seguintes termos:

> 100. El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al senor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. Luego de resenar los alegatos de las partes, la Corte determinará si dichas sanciones y sus efectos sobre la presunta víctima son o no compatibles con la Convención Americana. (CorteIDH, 2011, § 100, p. 43).

Dentre as inúmeras razões apresentadas pelo Estado contra a alegada incompatibilidade, destacam-se os seguintes argumentos:

> (i) o art. 105 da lei nacional foi promulgado em estrita observância da constituição venezuelana, razão pela qual eventual antinomia dele com o art. 23.2 da Convenção não resulta em automática prevalência desse em relação à Constituição da Venezuela;
>
> (ii) a sanção de inabilitação imposta pelo Controlador Geral não é de natureza política porque não implica em uma suspensão de todos os direitos políticos, mas somente o inabilita para exercer determinadas funções públicas, por determinado período;
>
> (iii) inúmeros outros países sancionaram normas semelhantes no contexto de luta contra a corrupção;

(iv) a sanção de inabilitação que impõe o Controlador tem como objetivo a luta contra a corrupção e a proteção do erário público, o qual corresponde a um interesse público imperativo.

Em relação ao primeiro e terceiro argumentos, pronunciou-se à Corte:

104. [...] No corresponde, en cambio, que la Corte se pronuncie sobre la interpretación del derecho interno venezolano y, en particular, sobre la compatibilidad o incompatibilidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF con la Constitución de Venezuela. Asimismo, la Corte considera que para decidir el presente caso no es necesario realizar un pronunciamiento respecto a los alegatos de derecho comparado presentados por el Estado. (CorteIDH, 2011, § 104, p. 44)

Em relação à situação analisada, a Corte entendeu que se trata de hipótese de aplicação direta do art. 23 da Convenção, "porque se trata de sanciones que impusieran una **clara restricción** a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo." (CorteIDH, 2011, § 105, p. 44-45).

O raciocínio empreendido pela Corte foi linear e afastou de maneira categórica as duas oposições feitas pelo Estado, *in verbis*:

106. El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; **ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas**, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.
107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, **que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal"**. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente", no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal", en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

> 108. La Corte estima pertinente reiterar que "el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, **los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de "oportunidades".** Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En el presente caso, si bien el senor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.
> 109. En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del senor Leopoldo López Mendoza. (destaque dos autores) (CorteIDH, 2011, §§ 106-109, p. 45)

Simples assim. A opinião majoritária da Corte nem sequer considerou os argumentos do Estado no tocante à existência de um esforço de combate à corrupção. Tratou a Corte de reconhecer que o dispositivo convencional impõe uma obrigação clara de que os Estados só poderiam restringir os direitos políticos fundamentais (de ser eleito, no caso) como resultado da prática de um comportamento tido por ilícito (inelegibilidade cominada) se, e somente se, este provimento judicial ostentasse os três elementos previstos na parte final do art. 23.2: ter sido emitido por juiz competente, ter havido uma condenação (com trânsito em julgado) e ter sido proferido em um processo penal.

Por sua vez, empreendendo autêntico controle judicial de convencionalidade, a CorteIDH analisou a compatibilidade do direito interno (art. 105 da Lei Nacional venezuelana) em face da Convenção nos seguintes termos:

> 206. En consecuencia, al no cumplir con el requisito de previsibilidad y, ademas, teniendo en cuenta lo senalado en el sentido que el articulo 105 de la LOCGRSNCF permite la restriccion del derecho a ser elegido por una autoridad que no es juez penal (supra parrs. 107 y 108), la Corte concluye en el presente caso se vulneraron los articulos 8.1, 23.1.b y 23.2, en relacion con los articulos 1.1 y 2 de la Convencion Americana. (CorteIDH, 2011, §§ 206, p. 73)

Em relação ao ponto específico – sobre a interpretação a ser atribuída ao art. 23.2 e sobre a possibilidade de que a mesma pudesse ser flexibilizada pelas jurisdições de outros Estados –, houve um embate vigoroso entre os juízes Diego García-Sayán e

Eduardo Vio Grossi, o que transparece nos votos concorrentes apresentados por ambos, em acréscimo à opinião majoritária da Corte.

O juiz Diego García-Sayán insurgiu-se contra a interpretação literal emprestada pela maioria ao art. 23.2 da Convenção Americana. Em seu voto, propôs uma interpretação compreensiva do dispositivo de forma a admitir a possibilidade de que o Estado impusesse outras restrições, sempre pela via judicial (é digno de nota), mediante decisões provenientes de outras instâncias de responsabilização (civil, eleitoral, administrativa, por exemplo).

Por seu turno, o juiz Eduardo Vio Grossi foi contundente em afirmar que o dispositivo convencional

> [...] resulta claro, sencillo y categórico, particularmente en lo que en autos interesa, a saber, que *"el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere"* el numeral 1 del mismo, especialmente el concerniente al derecho de *"ser elegido (...)"*, puede ser reglamentado *"exclusivamente"* por, entre otras causales, *"condena, por juez competente, en proceso penal"*. (CorteIDH, 2011, Voto Concorrente do juiz Eduardo Vio Grossi, p. 1)

Ato contínuo, o juiz Eduardo Vio Grossi empreendeu esforço em desconstruir as razões apresentadas pelo seu colega aduzindo ser equivocada a referência feita às técnicas de interpretação de direito internacional no processo de compreensão da expressão "exclusivamente" (do art. 23.2 da Convenção). Afinal de contas, "la Sentencia ha procedido fijando el sentido y alcance de este ultimo segun su unica alternativa de aplicación posible".

Vale registrar, por oportuno, o entendimento fixado por Nogueira Alcalá, que atuou no caso como perito e afasta o argumento de que a Lei Nacional é inconvencional *per si*, mas acusa como inadequado o pronunciamento feito pelos órgãos administrativo e judicial venezuelanos. Sustenta o constitucionalista chileno, com bastante propriedade, que a sanção administrativa acessória de inabilitação ao exercício de cargos públicos por tempo determinado

> [...] debería aplicarse sólo a los cargos que tienen su origen en un acto administrativo de nombramiento por alguno de los órganos del Estado, pero no debería aplicarse ni podría constitucionalmente aplicarse para los funcionarios que fueren electos mediante sufragio. En esta última hipótesis, es el pueblo quien elige, en ejercicio de la soberanía popular, de acuerdo al artículo 5º de la Constitución, no pudiendo un órgano administrativo contralor, conforme a la Constitución, limitarle al pueblo el ejercicio de su poder soberano. (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011, p. 361-362)

De todo o exposto, pode-se concluir que, em consonância com o precedente analisado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que: (i) o direito público de ser eleito (previsto no art. 23.1.b da Convenção) é de índole fundamental e só pode ser restringido em estrita observância às condicionantes definidas no art. 23.2 da Convenção; (ii) em se tratando de suspensão de direitos políticos decorrentes da aplicação de uma sanção, para que a mesma seja válida, faz-se imprescindível que tenha sido proveniente de um juiz competente, que tenha havido condenação definitiva e que tenha sido proferida em um processo penal.

2.3 Natureza jurídica da sentença interamericana. Eficácia *erga omnes* dos pronunciamentos da corte (*res interpretata*)

A CorteIDH considera as normas internas – atos administrativos, leis, constituição, decisões judiciais – como "meros fatos", expressões de vontade dos Estados, e procede ao cotejo destes fatos com a Convenção, buscando proteger a eficácia do objeto e o fim do instrumento internacional (LONDOÑO LÁZARO, 2010, p. 805-806). E, ante eventual incompatibilidade, a CorteIDH declara a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento da Convenção e condena-o a adequar o ordenamento interno à Convenção (REY CANTOR, 2009). Trata-se, portanto, de um exame de adequação de uma conduta do Estado com uma prescrição internacional estabelecida (LONDOÑO LÁZARO, 2010, p. 796-798). Nesse contexto, são irrelevantes justificativas internas – ainda que baseadas nas próprias Constituições – sobre a existência de esforço nacional de combate à corrupção, ou ainda, a observância de outros princípios de interesse público a justificar as restrições legais.

É bem verdade, como adverte Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2013, p. 655), que a eficácia vinculante (*res judicata*) só se opera em relação ao Estado-Parte acionado pela Corte (no caso, o Estado venezuelano), de forma que uma corte nacional não pode "invalidar una decisión de una corte internacional y [...] negar la existencia de una violación al derecho internacional ya declarada a nivel internacional en un caso concreto".

Isso não significa esvaziar os efeitos da decisão em relação aos demais países signatários. Muito pelo contrário, defende Eduardo Ferrer MacGregor que a sentença interamericana adquire ainda a eficácia "de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana", já que:

> 33. [...] se produce una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Parte de la Convencion, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional y, consecuentemente, al **criterio interpretativo establecido por la Corte IDH**, en tanto estandar minimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligacion de los Estados de respeto, garantia y adecuacion (normativa

> e interpretativa) que establecen los articulos 1o y 2o de la Convencion Americana; y de ahi la logica de que la sentencia sea notificada no solo "a las partes en el caso" sino tambien "transmitido a los Estados partes en la Convencion" en terminos del articulo 69 del Pacto de San Jose. (destaque dos autores) (FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 657).

O fundamento, pois, resulta de um compromisso compartilhado de se conferir efetividade regional a esses padrões reconhecidos como mínimos aceitáveis. Caso uma interpretação nacional não se ajuste a este padrão mínimo, "existe un incumplimiento de la obligacion de 'adecuacion' previsto en el articulo 2º del Pacto de San Jose, es decir, al existir una inadecuada actuacion interna con la Convencion" (FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 666).

Nesse contexto, não é dado aos Estados a faculdade de se escusar a cumprir tais padrões mínimos. Extrai-se da boa-fé contratual, que os Estados devam conferir aplicabilidade a dispositivo de sua ordem interna que seja mais protetivo à garantia convencional nos termos fixados pela diretriz interpretativa da Corte.

Em ambos os precedentes analisados, a par do reconhecimento do direito à reparação econômica pelo dano experimentado pela vítima, a Corte determinou aos Estados que realizassem, em um prazo razoável, a adequação de seus ordenamentos jurídicos nacionais à obrigação convencional tida por violada. Dessa forma, a Corte estabeleceu que fossem removidos os óbices legislativos e/ou que fosse adequada a norma processual doméstica a fim de que as diretrizes fixadas fossem devidamente incorporadas à legislação nacional.

A análise de conformação entre o sistema brasileiro de inelegibilidades (à luz da interpretação veiculada pelo Supremo Tribunal Federal) e os *standards* mínimos de proteção do direito político de ser votado (exercício do direito de sufrágio passivo) é o que será objeto de apreciação específica na próxima seção.

3 Controle de convencionalidade e as possiblidades de adequação do ordenamento pátrio aos termos da convenção

3.1 Controle de convencionalidade:

CONCEITO, HISTÓRICO, FUNDAMENTOS E OPERACIONALIZAÇÃO

O controle judicial de convencionalidade surge no âmbito do sistema regional de proteção de direitos humanos americano "como uma ferramenta sumamente eficaz para o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos descritos no Pacto [de San José da Costa Rica]" (SAGÜES, 2010, p. 118), resultado da construção pretoriana da Corte Interamericana. Por esse controle, "as normas locais passam a ter a compatibilidade aferida diante das normas internacionais" (RAMOS, 2005, p. 86).

À semelhança da contraparte nacional (o controle de constitucionalidade), o controle judicial de convencionalidade afirma-se discursivamente como meio de salvaguarda dos direitos humanos previstos em normas plasmadas em documentos internacionais. Ademais, o recurso a este mecanismo igualmente é justificado a partir do recurso aos postulados da integridade sistêmica (unidade, coerência e completude dos ordenamentos jurídicos), como se depreende da função de preservação da integridade da Convenção Americana, assinalada por Alberto Lucchetti (2008), ou a preocupação em salvaguarda de uma suposta "aplicação harmônica do direito vigente" genericamente preconizada por Susana Albanese (2008, p. 15).

A noção de confrontação e de compatibilidade vertical fica evidente na definição analítica de Rey Cantor (2009, p. 8-9), para quem:

> [...] (t)rata-se de um exame de confrontação normativa (material) do direito interno com a norma internacional, sobre alguns fatos – ação ou omissão internacionalmente ilícitos. A confrontação é uma técnica jurídica que se denomina controle, e tem por objeto "assegurar e fazer efetiva a supremacia" da Convenção Americana.

Apesar de a Corte ter cunhado a expressão "controle de convencionalidade", trata-se, de fato, de um autêntico "controle judicial de convencionalidade", uma vez que o dever de exercê-lo é endereçado aos juízes – ao Poder Judiciário –, que devem realizá-lo quando o legislador se esquivar de sua tarefa de suprimir ou de não editar normas contrárias à Convenção (GALVIS; SALAZAR, 2007; LUCCHETTI, 2008). Enfim, sinteticamente, o controle judicial de convencionalidade preconizado pela Corte Interamericana afigura-se como "um mecanismo jurídico pelo qual os juízes invalidam normas de hierarquia inferior à convenção que não tenham sido ditadas em conformidade com ela, tendo em conta não somente a Convenção mesma, mas igualmente a interpretação que a ela dá a Corte Interamericana" (SCHEPIS, 2009, p. 7).

No controle judicial de convencionalidade, operam tanto os juízes nacionais quanto a CorteIDH. Em razão disso, a doutrina distingue duas classes de controle de convencionalidade, a saber: (a) controle de convencionalidade em sede interna; e (b) controle de convencionalidade em sede internacional, respectivamente (REY CANTOR, 2009; SAGÜES, 2010).

Assim, os juízes nacionais encontram-se obrigados a rechaçar a norma interna "inconvencional" *ex officio*, independentemente de requerimento das partes (SAGÜES, 2010). Afirmar este dever de declaração *ex officio*, como assinala Hitters (2009), implica conferir preponderância ao princípio do *iura novit curia* em detrimento do princípio da congruência (comum no direito processual interno de adstrição do magistrado às alegações das partes).

Havendo observância dos ditames convencionais e das pautas interpretativas fixadas pela Corte pelos juízes internos, não há necessidade de acudir ao sistema internacional (REY CANTOR, 2009). Em suma, o controle de convencionalidade é realizado previamente pela instância doméstica, donde a intervenção da Corte Interamericana só se realizará necessária em face da inoperância ou ineficácia dos órgãos nacionais (HITTERS, 2008, p. 135-136).

A título de conclusões parciais, pode-se perceber que, de acordo com a construção pretoriana da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o exercício do controle de convencionalidade incumbe primariamente aos próprios juízes nacionais e, de forma subsidiária, às instâncias de controle supranacional. Desta feita, o controle de convencionalidade a cargo da Corte (controle de convencionalidade em sede internacional) constitui sua atividade por excelência, sua razão de existir, que o realiza desde sua instituição, ao confrontar os fatos que traduzem a conduta dos Estados-Partes com as normas convencionais.

3.2 Sistema de inelegibilidades infraconstitucionais e a análise de compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos

Fixadas as premissas teóricas, convém empreender um primeiro esforço de confrontação entre o sistema brasileiro de inelegibilidades e a garantia convencional de exercer os direitos políticos passivos (em especial, o de ser eleito).

De início, faz-se importante reiterar os *standards* interpretativos emanados dos casos analisados: (i) os direitos políticos são essenciais à democracia e impõem uma série de exigências de proteção tendo em vista o dever de assegurar ampla **oportunidade** aos cidadãos de participarem efetivamente da formação da vontade política do Estado (caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*); (ii) no exercício do **dever de regulamentação** dos sistemas eleitorais, o Estado pode fixar condições não previstas no art. 23.2, a fim de viabilizar o exercício concreto do direito de votar e ser votado (no sentido de exercício de condições de habilitação); no entanto, esta atividade não é livre e sujeita-se ao controle de proibição de excesso do princípio da proporcionalidade (caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*); (iii) o direito de ser eleito (23.1.b) é direito público subjetivo e só pode ser restringido em estrita observância às causas definidas no art. 23.2 (caso *López Mendoza vs. Venezuela*); (iv) em se tratando de suspensão de direitos políticos em face da aplicação de uma sanção, é imprescindível que esta repreensão advenha de juiz competente, revista-se de definitividade e tenha sido proferida em processo penal (caso *López Mendoza vs. Venezuela*).

A simples enunciação dessas premissas já são *per si* reveladoras. As inelegibilidades precisam ser tratadas desde uma perspectiva muito distinta daquela que, até então, vem dominando os tribunais brasileiros. Diferentemente do discurso de matiz moralizante e excludente que vige entre nós, a lógica que preside a matéria no âmbito do sistema interamericano é a de que os Estados devem ampliar, ao máximo, os legitimados para

se lançarem aos pleitos eleitorais (garantia de ampla oportunidade de participação em pleitos periódicos e autênticos).

Portanto, não são adequadas as interpretações que subtraem a feição de garantia fundamental aos direitos políticos passivos. O direito a lançar-se como candidato nas eleições é tão fundamental quanto o direito de votar. São duas facetas indissociáveis do *jus sufraggi* e que gozam de idêntica dignidade. Não há que se confrontar o direito de ser votado ao direito à democracia como bens em contraposição (como consigna o Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.578).

Desta feita, a restrição do direito público subjetivo de um candidato não afeta somente ao seu patrimônio jurídico, mas atinge a toda a coletividade que vê reduzida a sua liberdade de escolha democrática. Trata-se, pois, de uma garantia institucional que transcende (e excede) ao âmbito de proteção dos indivíduos que são afetados pela restrição do exercício de um direito fundamental seu. Trata-se de uma perspectiva muito diferente daquela que foi subscrita na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ainda há de se chamar atenção à (falta de) legitimidade do uso empreendido pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à proteção da moralidade administrativa e à defesa das instituições democráticas contra o abuso de direito (extraídos do art. 14, § 9º da CF). Os bens contrapostos no juízo de proporcionalidade aplicado pela Corte brasileira adotam parâmetros (e pontos de partida) bem diferenciados daqueles empreendidos pela CorteIDH. Não é possível opor o direito político fundamental de ser eleito à democracia, como quer o STF, pois a sua promoção ao máximo está intimamente conectada ao próprio exercício da democracia.

E o que se revela sintomático na jurisprudência da CorteIDH é que o argumento de combate à corrupção, de compatibilidade com o texto constitucional nacional e as necessidades imperiosas de salvaguarda do interesse público, nem sequer devem ser considerados quando se estiver diante de ofensa direta à garantia convencional fundamental. Nessas hipóteses – de restrições ao exercício do direito de ser eleito –, a interpretação deve se dar em estrita consonância com as condicionantes previstas na própria Convenção. Em outras palavras, em se tratando de lei que restringe o direito de ser eleito, não há outra alternativa hermenêutica à Corte que não a estrita observância das regras consignadas no art. 23.2. Portanto, quando se pretende fazer a análise de conformação entre a legislação brasileira sobre inelegibilidades faz-se imprescindível que as regras brasileiras sejam confrontadas com as causas definidas neste dispositivo convencional.

Na primeira seção deste artigo, foram listados grupos de causas de inelegibilidades, grupos esses que serão a seguir reproduzidos à medida que forem analisados neste artigo.

Para que se faça a análise de compatibilidade, faz-se necessário empreender um primeiro esforço de diferenciação entre aquelas inelegibilidades resultantes da decisão soberana do Estado de relativa liberdade de conformação do sistema eleitoral nacional,

e o regime das inelegibilidades que seriam resultantes de cominações fixadas pelo Estado em face de comportamentos tidos como incompatíveis com a possibilidade do exercício do direito político de ser eleito. E, ato contínuo, impõe-se fazer uma análise sobre o preenchimento (ou não) dos requisitos fixados pelo art. 23.2 em relação a estas últimas hipóteses de inelegibilidades cominadas.

Pois bem, o **primeiro grupo de inelegibilidades** – aquele que não goza do direito político passivo *tout court* (inc. I, "a"[4]) – diz respeito às chamadas inelegibilidades inatas, ou seja, resultante daquelas hipóteses em que os cidadãos não possuem os requisitos definidos pela legislação para serem reconhecidos como titulares de direitos políticos passivos (os inalistáveis) e, ainda, aquele grupo de cidadãos que, a par de ostentarem o status de direito político ativo, em face do não preenchimento de uma condição mínima (ser alfabetizado), não lhe é conferido o direito político passivo (de ser eleito).

Em relação ao primeiro elemento (a alistabilidade), uma adequada análise de compatibilidade da ordem brasileira ao sistema internacional exigiria que fosse feito análise pormenorizada das condições de alistabilidade e, ainda, das condições de elegibilidade definidas pela legislação. Essa análise seria importante para verificar se as hipóteses definidas na legislação seriam compatíveis com as restrições autorizadas pela Convenção ("idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental"). E, adiante, tendo sido identificada condição legal que não guarde relação direta com estas hipóteses, nos termos do que foi fixado no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, caberia fazer um acurado escrutínio sobre a norma nacional a fim de aferir se a restrição imposta passa pelo teste de legalidade e de proporcionalidade. Tal análise, no entanto, excede os limites deste trabalho.

Em relação ao segundo elemento (a condição de analfabeto), esta restrição encontra expressa previsão no dispositivo convencional como causa a justificar limite ao exercício dos direitos políticos previstos no art. 23.1.b. O texto convencional expressamente consigna a "instrução" como hipótese a autorizar a edição de norma restritiva de direitos, razão pela qual a norma passaria pelo teste de convencionalidade.

Para que seja feita a análise de compatibilidade em relação aos **demais grupos**, faz-se importante fazer uma rápida análise sobre a *natureza das inelegibilidades* ali definidas. Isto é assim porque, sendo elas tidas como inelegibilidades cominadas, as mesmas sujeitam-se ao escrutínio estrito fixado na parte final do art. 23.2 da Convenção.

Quando se lançou a proposta de alteração legislativa que resultou na LC n. 135/2010, o primeiro esforço de desconstrução empreendido dizia respeito à tentativa de desvencilhar a natureza de sanção destas hipóteses de inelegibilidade, a fim de tratá-la como condição objetiva de elegibilidade. Este esforço resultaria de uma

> [...] relevante mudança de paradigmas no direito eleitoral pátrio, assegurando a plena efetividade do disposto no §9º do art. 14 da

> Constituição Federal e instituindo importantes conquistas para o saneamento dos costumes políticos no país, protegendo a moralidade e a probidade administrativa no exercício de mandatos, considerando a vida pregressa do candidato. (COELHO, 2010, p. 55)

Em sentido diametralmente oposto, diversos autores reiteraram a natureza sancionatória desta espécie de inelegibilidade, pois elas resultariam da violação de um bem jurídico protegido. Nessa toada, tais restrições não se materializariam em face de um

> [...] simples impedimento ao exercício do *jus honorum*, configura-se o enquadramento na tipologia subsuntiva em uma pena, em que mesmo o cidadãos se afastando do fato jurídico descrito na lei, ainda assim ele estará inelegível pelo lapso temporal determinado na reprimenda. (AGRA, 2012, p. 22)

Como dito anteriormente, a questão não deixou de ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. Muito pelo contrário, a condição *sine qua non* para que aquela Corte reconhecesse a integral constitucionalidade do diploma consistia justamente no expresso afastamento da noção de sanção de inelegibilidade, a fim de reconceituá-la como "causa de inelegibilidade", em face da sua condição objetiva a ser aferível por ocasião do pedido de registro de candidatura. Sem a definição dessa premissa, seria difícil sustentar a constitucionalidade do diploma no tocante às alegadas violações à presunção de inocência e à irretroatividade da lei (decorrente da ampliação do tempo de impedimento e da inclusão de novas hipóteses).

Em certo sentido, a questão foi enfrentada pela Corte Interamericana no caso *López Mendoza vs.Venezuela*, quando afastou o argumento de que a sanção aplicada não se revestia de natureza política, porque o mesmo continuava no exercício dos demais direitos políticos. Este argumento igualmente foi utilizado na decisão do Supremo Tribunal Federal; no entanto, a Corte Interamericana assentou que este elemento não era suficiente para descaracterizar a natureza sancionatória da norma regulamentadora.

A restrição do direito político (mesmo que adstrita ao direito político passivo) configura, para os efeitos da incidência do art. 23.2, restrição de natureza sancionatória, o que, para a CorteIDH, só pode ser considerado como compatível com a Convenção Americana se tiver sido resultado de procedimento definido na parte final do mencionado dispositivo.

Inarredável, pois, o caráter sancionatório definido pelas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas "b" a "q". Sendo assim, devem-se aplicar os ***standards* interpretativos** extraídos diretamente da literalidade do texto convencional: (iv) é imprescindível que esta repreensão advenha de **juiz competente**, revista-se de **definitividade** e tenha sido proferida em **processo penal** (caso *López Mendoza vs.Venezuela*).

Sem sequer analisar detidamente outros critérios para aferição de compatibilidade das hipóteses legais brasileiras em relação à Convenção, à evidência as hipóteses que foram agrupadas no segundo grupo (agentes políticos cassados ou que tenham renunciado, hipóteses das alíneas "b",[5] "c"[6] e "k"[7]) e no quarto grupo (efeitos indiretos de sanções administrativas, hipóteses das alíneas "f",[8] "g",[9] "i",[10] "m",[11] "o"[12] e "q"[13]), não preenchem o primeiro requisito, qual seja, ter sido a **sanção de inelegibilidade resultante da imposição de um juiz competente**. Em qualquer contexto em que se leve a sério os direitos políticos fundamentais, não se pode consentir com a possibilidade de que sanções impostas por autoridades administrativas (inclusive corporações) possam ter tão grave efeito secundário: o banimento da vida pública de cidadãos por inadmissíveis 8 (oito) anos.

Nestas hipóteses, a simples confrontação já permite que se exclua, de plano, a possibilidade de reconhecer como convencional esta norma e, por conseguinte, admitir como compatível com o regime de proteções da Convenção afastamentos determinados com base nessas premissas.

Isso posto, convém analisar o **terceiro grupo de inelegibilidades** elencado como resultantes de decisão judicial. Neste universo, temos um conjunto de hipóteses que, presentes, atraem como consequência a inelegibilidade daquele que foi sancionado no âmbito dos procedimentos judiciais em questão.

Pois bem, as inelegibilidades resultantes de condenações em processos eleitorais (alíneas "d",[14] "j",[15] "n"[16] e "p"[17]) e processos de natureza civil (alíneas "h"[18] e "l"[19]) não se mostram compatíveis com a garantia convencional insculpida na parte final do art. 23.2. O óbice revela-se intransponível. A referência constante no dispositivo constitucional concernente à "vida pregressa do candidato" e à "normalidade e legitimidade das eleições" não é suficiente para conferir validade às hipóteses de inelegibilidade que impõem restrições outras que não aquelas definidas no art. 23.2. O dispositivo convencional excetua, tão somente, as hipóteses em que ocorre sanção decorrente de sentença em *processo penal*. E nada mais.

Por fim, quanto às hipóteses decorrentes de condenações criminais (alínea "e"[20]), os efeitos da inelegibilidade só podem advir de decisão que já tenha transitado em julgado.

Revestindo-se a inelegibilidade de inegável natureza sancionatória, quando a Corte condiciona que as restrições aos direitos políticos só podem decorrer de sentença em processo penal, acaba por estender à interpretação do regime de proteção o conjunto de precedentes da Corte no tocante às garantias processuais penais igualmente insculpidas na Convenção. Desta forma, a inovação levada a termo pela Lei Complementar n. 135/2010, que passou a reconhecer que os efeitos seriam decorrentes de "decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado", viola frontalmente o princípio da presunção de inocência (por força da vinculação determinada pelo art. 23.2 da Convenção).

O princípio da presunção de inocência é considerado como sendo de tratamento, porque orienta que o acusado seja tratado como inocente até que haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Isso impõe diversas limitações à forma de atuação do Estado para com o indivíduo denunciado. (CAMARGO, 2005, p. 57). Na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu bojo de direitos e garantias, encontra-se protegido o princípio da presunção de inocência. O art. 8.2 da Convenção dispõe que: "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Extrai-se desse estado de inocência, reconhecido pela Corte Interamericana (e pelos tribunais domésticos), que a única "mitigação" ao princípio da presunção de inocência derivaria das hipóteses de prisão preventiva, pois ali se trata de proteção do processo, não de antecipação de qualquer efeito condenatório, já que qualquer antecipação importa em violação à garantia do art. 8.2 do Texto Convencional. Razão pela qual a alteração legislativa que antecipa os efeitos da condenação criminal para fins de inelegibilidade revela-se de todo incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como com a jurisprudência da CorteIDH, seja no que se refere às inelegibilidades, seja na forma de compreensão da presunção de inocência.

Considerações finais

Desde a edição da Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010), experimenta-se um processo de exacerbação do papel a ser assumido pela Justiça Eleitoral como instância de controle da legitimidade dos pleitos eleitorais. De instância arbitral de contenção dos excessos, a Justiça Eleitoral assume um papel de instância reformadora da política (e dos vícios por si detectados). Ao agir desta forma, com o escopo de zelar pela legitimidade do pleito, a pretensão de depuração moral dos candidatos a ser controlada pelo Judiciário (nas impugnações do registro de candidatura) acaba por minar, em última instância, a própria legitimidade democrática do sistema de representação política.

O que se pretendeu neste artigo foi confrontar as hipóteses de inelegibilidade infraconstitucional (definidas no art. 1º da LC n. 64/90) com a garantia convencional definida no art. 23.1.b e art. 23.2 da Convenção Americana. Para tanto, buscou-se confrontar o direito doméstico com os *standards* interpretativos emanados da Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir dos quais se pode identificar o conteúdo e o alcance da garantia insculpida na Convenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui dois precedentes bastante emblemáticos em relação ao alcance dos direitos políticos passivos e o seu âmbito de proteção em face do Estado. O primeiro (o caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 6 de agosto de 2008) em que se discutiu a possibilidade de se assegurar a candidatura independente à Presidência como decorrência direta da garantia convencional prevista no art. 23.1.b; e o segundo (o caso *López Mendoza vs.Venezuela*, de 11

de setembro de 2011) em que se discutiu especificamente a aplicação de sanções de inabilitação em processos administrativos (apuração de sanção disciplinar e regularidade na execução orçamentária), afirmando que esta hipótese de suspensão de direitos políticos não estaria autorizada pelo art. 23.2 da Convenção.

Destes precedentes, especificamente em relação a essas garantias convencionais, podem ser identificados os seguintes *standards* interpretativos: (i) os direitos políticos são essenciais à democracia e impõem uma série de exigências de proteção, tendo em vista o dever de assegurar ampla **oportunidade** aos cidadãos de participarem efetivamente da formação da vontade política do Estado; (ii) no exercício do **dever de regulamentação** dos sistemas eleitorais, o Estado pode fixar condições não previstas no art. 23.2, a fim de viabilizar o exercício concreto do direito de votar e ser votado (no sentido de exercício de condições de habilitação); no entanto, esta atividade não é livre e sujeita-se ao controle de proibição de excesso do princípio da proporcionalidade; (iii) o direito de ser eleito (23.1.b) é **direito público subjetivo** e só pode ser restringido em estrita observância às causas definidas no art. 23.2; e, (iv) em se tratando de suspensão de direitos políticos em face da aplicação de uma sanção, é **imprescindível** que esta repreensão advenha de juiz competente, revista-se de definitividade e tenha sido proferida em processo penal.

Apesar desses precedentes não terem emanados de processos contra o Brasil, os mesmos gozam de eficácia *erga omnes*. Em outras palavras, espera-se que os demais Estados signatários possam incorporar esses *standards* como forma de reforço recíproco do conjunto de garantias convencionais no continente regional. Esta eficácia expansiva é tratada pela Corte como *res interpretata* e tem sido utilizada pelas instâncias de supervisão supranacional para aferir o grau de compatibilidade da ordem interna às obrigações convencionais.

Em decorrência do art. 25 (proteção judicial) c/c art. 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção, a Corte reconhece que todos os magistrados nacionais possuem um poder-dever de realizar a confrontação da legislação nacional em relação às obrigações internacionais assumidas pelo país. Esta faculdade impõe aos togados um dever de dupla verificação de compatibilidade vertical (controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade). É justamente em face deste poder-dever que os magistrados devem, a despeito da existência de decisão vinculante emanada da Suprema Corte, negar vigência às regras infraconstitucionais das inelegibilidades que sejam consideradas incompatíveis com a obrigação conferida aos cidadãos nos termos do art. 23.2 da Convenção.

Para fins de análise neste trabalho, as hipóteses de inelegibilidade definidas no art. 1º da LC n. 64/90 foram reunidas em cinco grupos distintos.

O primeiro grupo reúne as situações em que os cidadãos não ostentam as condições exigidas para gozarem dos direitos políticos passivos (alínea "a") e o último grupo, aqueles que devem se desincompatibilizar em determinado período antes do pleito (incs.

II a VII). A regulamentação destes requisitos decorre da liberdade de conformação dos Estados para empreender as escolhas do modelos eleitorais a serem adotados. Em análise preliminar, pode-se perceber que não há violação evidente em relação às garantias convencionais. No entanto, esta análise poderia ser mais aprofundada se fosse empreendida análise de proporcionalidade, nos termos fixados no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*.

Por outro lado, todas as inelegibilidades cominadas nas alíneas "b" à "q" não poderiam ser integralmente aplicadas na forma em que estão definidas na legislação brasileira. O segundo grupo (agentes políticos cassados e/ou que tenham renunciado) e o quarto grupo (agentes que sofreram condenações administrativas e/ou disciplinares) revelam-se flagrantemente inconvencionais porque projetam as graves restrições aos direitos políticos passivos sem que haja um pronunciamento do órgão judicial competente. Desta forma, uma das hipóteses que resultou no maior número de afastamentos nas eleições de 2012 e 2014 (inelegibilidade decorrente de rejeição de contas, alínea "g") revela-se de todo incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O terceiro grupo reúne hipóteses em que as inelegibilidades decorrem de sentenças judiciais. No entanto, deste grupo, as únicas hipóteses que poderiam passar pelo crivo de convencionalidade dizem respeito às inelegibilidades decorrentes de **decisão criminal**. É desta forma porque não basta que as decisões tenham sido proferidas em processos judiciais, mas esses processos devem ter índole criminal (processo penal), do contrário, igualmente essas condenações não poderiam ter o condão de suspender o gozo dos direitos políticos passivos.

Por fim, mesmo em relação às decisões proferidas em processos penais, reputa-se ser flagrantemente inconvencional qualquer **antecipação dos efeitos da condenação criminal** (ou seja, antecipação da inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado da decisão), pois do contrário estar-se-ia diante de flagrante ofensa ao princípio da presunção de inocência, fundamento das garantias penais insculpido no art. 8.2 do texto convencional.

O que se percebe é que, em uma análise peremptória, a quase totalidade do regime das inelegibilidades infraconstitucionais não resiste ao controle de convencionalidade. Afirmar isso permite, não somente, dirigir uma crítica contundente ao moralismo que o movimento do "fichalimpismo" provocou no âmbito do Judiciário (COSTA, 2013, p. 17; ESPÍNDOLA, 2013). Mas significa, a um só tempo, fornecer subsídios técnicos para que os juízes eleitorais possam deixar de aplicar as regras flagrantemente inconvencionais e, se for o caso, autoriza que os prejudicados possam postular o reconhecimento da violação ao direito de sufrágio passivo perante as instâncias de controle supranacional.

Em última instância, trata-se de afirmar uma nova frente de batalha contra o papel assumido pelo Judiciário como *alter ego* da sociedade. Afinal de contas, acredita-se que a aura de incorruptibilidade conferida às cortes (em detrimento das demais esferas de poder) acaba por intensificar o processo de esvaziamento e de demonização da política

e do político. Ao fim e ao cabo, a própria democracia é quem está sob ataque e precisa ser reabilitada.

NOTAS

***** Esta pesquisa foi parcialmente financiada com recursos provenientes do CNPq (Projeto 486144/2011-9, Edital Universal 14/2011).

1 Posteriormente à conclusão da pesquisa que ensejou o presente artigo, Marcelo Ramos Peregrino Ferreira (juiz Eleitoral Titular do TRE/SC entre 2012-2014) defendeu na PUC-SP, em 4 de setembro de 2014, dissertação sobre o controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa. Em um segundo momento, já posterior à submissão do presente artigo, o referido texto tornou-se livro, sendo a primeira monografia a correlacionar controle de convencionalidade e direito eleitoral em solo brasileiro (cf. FERREIRA, 2015).

2 As três ações do controle concentrado (ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30) foram julgadas conjuntamente, razão pela qual os três acórdãos são idênticos e as citações farão menção às três decisões.

3 "La Contraloría General de la República es un órgano con rango constitucional que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, pasó a ser parte del Poder Ciudadano. Este Poder, el cual es ejercido por el Consejo Moral Republicano, está integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 274 constitucional, la existencia de esta nueva rama del Poder Público tiene entre otras atribuciones la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, y velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público." (CorteIDH, 2011, § 31, p. 14)

4 Art. 1º São Inelegíveis: I – para qualquer cargo: a) os inalistáveis e os analfabetos.

5 b) os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura.

6 c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos.

7 k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura.

8 f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos.

9 g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.

10 i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade.

11 m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário.

12 o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário.

13 q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos.

14 d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes.

15 j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição.

16 n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude.

17 p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22.

18 h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes.

19 l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

20 e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver

condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Mora. Inconstitucionalidades da incidência da Lei Complementar n. 135/2010. In: _____. AGRA, Walber de Moura. *Temas polêmicos de direito eleitoral.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 11-32.

AGUILAR C., Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. *Revista de Direito GV,* São Paulo, v. 9, n. 2, p. 721-754, jul.-dez. 2013.

ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad.* Buenos Aires: Ediar, 2008.

BASTOS JR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ,* Rio de Janeiro, v. 1, n. 19, jun./dez. 2011. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1717/1331>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____; GONCALVES, Jair Domingos. O status atribuido aos tratados de direitos humanos realmente importa? Analise do posicionamento do STF sobre o tema. *Revista Eletronica Direito e Politica*, Itajai, v.8, n.3, p. 2390-2423, 3º quadrimestre de 2013. Disponivel em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5453/2878>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29.* Relator Ministro Luiz Fux. Julgada em 16 de fevereiro de 2012. DJe 29 de junho de 2012. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 13 de jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30.* Relator Ministro Luiz Fux. Julgada em 16 de fevereiro de 2012. DJe 29 de junho de 2012. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>. Acesso em: 13 de jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.578.* Relator Ministro Luiz Fux. Julgada em 16 de fevereiro de 2012. DJe 29 de junho de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 13 de jun. 2014.

CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil:* o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro.* 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.* Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C n. 184. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013.

_____. *Caso López Mendoza vs.Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C n. 233. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf>. Acesso em: 12 maio 2013.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral:* v. 1: teoria da inelegibilidade, direito processual eleitoral. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Justicia Electoral,* v. 1, n. 8, p. 15-79, 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A constituição de 1988 como garantia da democracia brasileira. O papel dos princípios constitucionais. Aportes comemorativos de seus 25 anos. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral,* Belo Horizonte, a. 5, n. 9, p. 169-182, jul./dez. 2013.

FERREIRA, Marcelo Peregrino. *O Controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa:* direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención

Americana (res interpretata) (sobre el descumprimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios Constitucionales*, a. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.
GALVIS, Maria Clara; SALAZAR, Katya. *La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales.* Washington D.C., jan. 2007. Disponível em: <http://www.dplf.org/uploads/1191599742.pdf>. Acesso em: 25 set. 2010.
GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
GUEDES, Néviton. Comentário aos artigos 14 a 16. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio L. et al. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 654-689.
HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). Revista *Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 10, p. 131-156, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2015.
LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano LXIII, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3212723>. Acesso em: 20 mar. 2013.
LUCCHETTI, Alberto J.. Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad. *In*: ALBANESE, Susana (org.). *El control de convencionalidad.* Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 131-162.
LUPI, André L. P. B.; BASTOS JR, L. M. P. A interpretação da norma internacional em conformidade com seu contexto: uma proposta para aplicação do direito internacional pelos tribunais brasileiros. *XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2008. p. 2490-2513.
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, L.G.; MAZZUOLI, V. de O. (org.). *Controle de convencionalidade:* um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 3-56.
MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades.* São Paulo: Malheiros, 1994.
NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano:* doctrina y jurisprudencia. 2. ed. Santiago: Librotecnia, 2012.
_____. Humberto. Informe pericial Caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcalá. *Estudios constitucionales*, a. 9, n. 1, p. 339-362, 2011.
RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
REY CANTOR, Ernesto. Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes. *X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima (Peru), 16-19 set. 2009.
SAGÜES, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. Disponível em: <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2010.
SALGADO, Eneida Desire. *Princípios constitucionais eleitorais.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.
SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, L.G.; MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Controle de convencionalidade:* um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 87-114.
_____. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
SCHEPIS, Marcelo. La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno. El control de convencionalidad. *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal.* Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Disponível em: <http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-consti-proceso.html>. Acesso em: 25 set. 2010.
ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral:* noções preliminares; elegibilidade e inelegibilidades; ações eleitorais; processo eleitoral. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior

Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional na graduação (Direito) e no programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

Florianópolis – SC – Brasil

lmagno@univali.br

Rodrigo Mioto dos Santos

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade do Vale do Itajaí.

Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

São José – SC – Brasil

rms@univali.br

RECIBIDO 09.07.2014 | APROBADO 10.07.2015

BIOPOLITICS AND *HOMO SACER* IN A TORTURE CENTER IN CHILE *

Hugo Rojas Corral

BIOPOLÍTICA E HOMO SACER *EM UM CENTRO DE TORTURA NO CHILE*

ABSTRACT

This article explains how the concepts of Biopolitics and *homo sacer* contribute to the understanding of what happened in the Villa Grimaldi concentration camp and torture center during the dictatorship of General Augusto Pinochet, in Chile. Prisoners were humiliated and tortured, losing their condition as subjects of law. The reification process of the prisoners by sadist guards and agents was added to the impossibility of the victims to legally defend themselves in front of tribunals. The archaic Roman law figure of *homo sacer* is perfectly applicable to explain the situation of the persons kept in clandestine concentration camps as Villa Grimaldi. The notion of *superstes tormentorum* (survivor of tortures) is also presented here for further discussion in order to refer to the complex and often painful process in which the 'victims-survivors-witnesses' of the horror of Villa Grimaldi and other similar spaces try to reinsert in society.

KEYWORDS

Biopolitics; *homo sacer*; torture; military dictatorship; Villa Grimaldi.

RESUMO

Este artigo explica como os conceitos de Biopolítica e homo sacer *contribuem para a compreensão do que aconteceu no campo de concentração e centro de tortura Villa Grimaldi, durante a ditadura do general Augusto Pinochet, no Chile. Os presos eram humilhados e torturados, perdendo sua condição de sujeitos de direito. O processo de reificação dos prisioneiros realizado pelos guardas e agentes sádicos somou-se à impossibilidade de as vítimas se defenderem legalmente diante dos tribunais. A figura arcaica romana do* homo sacer *é perfeitamente aplicável para explicar a situação das pessoas mantidas em campos de concentração clandestinos como Villa Grimaldi. A noção de* superstes tormentorum *(sobrevivente da tortura) é também apresentada aqui para uma discussão mais aprofundada, a fim de se referir ao processo complexo e doloroso em que as "testemunhas-vítimas-sobreviventes" do horror da Villa Grimaldi e outros espaços similares tentam se reinserir na sociedade.*

PALAVRAS-CHAVE

Biopolítica; homo sacer*; tortura; ditadura militar; Villa Grimaldi.*

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201511

Introduction

The main purpose of this article is to explain how the philosophical notions of biopolitics, presented by Michel Foucault (1926-1984)[1] and, *homo sacer*, reformulated by Giorgio Agamben (1942-),[2] are applicable to what happened at Terranova concentration camp in Chile. This clandestine detention, interrogation, torture, and even execution center better known as Villa Grimaldi was managed by the National Intelligence Directorate (DINA) between 1974 and 1977 and then, by the National Information Center (CNI) between 1977 and 1989. Although the military dictatorship headed by General Augusto Pinochet lasted 17 years from the *coup d'état* from September 11th 1973 to March 11th 1990 , this research only concentrates in the period that DINA managed Villa Grimaldi as a headquarter of the Metropolitan Brigade and concentration camp. It is considered that between 4,500 and 5,000 left-wing supporters were detained in that place, most of them were tortured and, 226 of them were executed or are still disappeared.

The first part of this essay, in order to approach the investigated phenomenon, explains the notions of biopolitics and *homo sacer* under a theoretical framework. One of the intentions of Foucault's engaging project was to elaborate a novel theory of power that could explain the *praxis* of domination and power in different scenarios, such as family, education, work, etc. Foucault verifies that starting in the 18th century, biological life enters the field of political techniques or rather, the biological field begins to be reflected in the political one. In the last part of the first volume of *The History of Sexuality* (1976), Foucault refers to biopolitics, showing how in modern life, devices of power are directly connected to the body (FOUCAULT, 1978 [1976], p. 184; GENEL, 2006, p. 43-62). Agamben problematized furthermore and complemented the concept of biopolitics with the notions of *homo sacer* (sacred man), concentration camp, and witness, with a new approach to sovereignty, and state of exception. He considers the camp as "the hidden matrix and *nomos* of the political space" (AGAMBEN, 2010 [1996], p. 37) or "the place in which the most absolute *conditio inhumana* ever to appear on Earth was realized" and, "the most absolute biopolitical space that has ever been realized" (AGAMBEN, 1998 [1995], p. 166 and p. 168-169; CASTRO, 2008, p. 49-85). In the second part, a brief historical explanation about DINA and Villa Grimaldi is presented in order to contextualize the case study to a broader audience. The third part aims at assembling the theoretical framework with the case study. In this section, it is explained why Villa Grimaldi can be characterized as a place created during a state of constitutional exception, where the prisoners lost their condition of legal subjects and were reified by the agents of DINA. As it will be shown, the control of the state was absolute regarding the bodies of the prisoners, violating their fundamental rights and impeding them to receive a proper defense in court. Finally, the most significant conclusions of this permanent and on-going research project on human rights are highlighted.

From a methodological point of view, after revising the specialized literature, secondary sources and different testimonies of survivors of Villa Grimaldi, field work was conducted in Chile during August 2011. The visits to the Villa Grimaldi Peace Park including its Oral Archive ,[3] the Museum of the Memory and Human Rights[4] and, the Vicarage of Solidarity Archives[5] allowed me to confirm or correct the preliminary drafts of this document. I want to thank the recommendations of Pedro A. Matta, a law student at University of Chile at the time of his arrest, on May 1975 and prisoner during thirteen months in different camps/centers, including Villa Grimaldi and the suggestions made by Elizabeth Lira, Commissioner of the National Commission on Torture and Political Imprisonment (Valech Commission, 2003-04) and Commissioner of the Presidential Advising Commission for the Qualification of Disappeared Detainees, Executed Prisoners, and Victims of Torture and Political Imprisonment (Valech Commission II, 2010-11).[6]

1 Biopolitics and *homo sacer*

1.1 The notions of power and biopolitics in Michel Foucault

Foucault challenged the way political power was understood and analyzed by classical authors as Jean Bodin, Thomas Hobbes, Montesquieu and even Karl Marx. In *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (1975), Foucault outlined that one of the central elements that characterizes modern society is the emergence of multiple disciplinary and surveillance techniques dedicated to control the mind and the body of the individuals in institutions like schools, hospitals, prisons, military bases and barracks, factories, etc. The fact that modern society is conceived by Foucault, like a 'disciplinary society', implies the recognition of the notable power that a set of technical and disciplinary procedures has reached since the 18th century. The main goal of those procedures has been to control the minds and bodies of the individuals and to make them, every day, more docile and able of manipulation (FOUCAULT, 1987 [1975], esp. p. 199-230; HEFFES, Dec. 2006 - Mar. 2007, p. 1-22). Although, the exercise of power is diffused in various institutions and social interactions, some more visible than others *e.g.* in daily life, work routine, etc., which allows Foucault to introduce the notion of 'micro-physics' of power (VÁSQUEZ, 2009, p. 72) , it is unquestionable that the modern state continues to be the most relevant agent in the anatomo-politics of human body. Power is omnipresent in all social interactions and relations, and in many times the agent that exercises power is invisible, while the subordinate is always visible. The best example of this new form to conceive modern disciplinary power is the Panopticon, proposed by Jeremy Bentham in 1787 to improve the efficiency of the penitentiary system in England (BENTHAM, 1995 [1791], p. 29-95). Prisons and concentration camps can be, in part, understood as

extreme spaces of disciplinary control of the prisoners' bodies. Also, the camps can be seen as the climax of rational and technological calculated oppression, in the service of the interests of someone who exercises power.[7]

Also, in the last chapter of the first volume of *The History of Sexuality,* Foucault begins a reflection on how since the 18th century politics and in particular the state has penetrated in the biological life of the citizens (FOUCAULT, 1978 [1976], p. 163-169). The state power has entered into demographic aspects and concerns, regulating aspects of life like births and abortions, health and illnesses, the mobility of people, death, races, etc. (FOUCAULT, 2010 [2004], p. 359). What Foucault notices is that the field of interest or the center of gravity of politics has changed in comparison with the previous centuries and, it is perfectly possible, and even preferable, to understand politics as 'biopolitics'. If, since the 18th century, a fundamental change has taken place in politics when the biological dimension of people's lives became controlled by the state, then the relationship between the exercise of power by the authority and the right of life and death of the citizens had to be different (FOUCAULT, 2003 [1997], p. 240). For example, if sovereign power in the past was characterized by the capacity of taking life or letting live, in the last centuries in contrast, the sovereign also has the power to 'make live and let die' (FOUCAULT, 2003 [1997], p. 241). Additionally, biopolitics cannot be conceived in individual terms like disciplinary devices, but in a global mass macro-level: "Biopolitics deals with population, with the population as a political problem, as a problem that is at once scientific and political, as a biological problem and as power's problem" (FOUCAULT, 2003 [1997], p. 245). The exercise of biopolitics implies more risks for mankind than disciplinary power, precisely for being the state the main institution that can completely regulate and control the life of the population.

Consequently, the fusion of disciplinary techniques with state regulations of life and death, forces us to understand how power has been exercised in modern society in a very different way compared to previous historical stages. When biopower and disciplinary devices are applied by a totalitarian regime, dictatorship, or liberal democracy in a state of constitutional exception, then the consequences in the lives of citizens can be horrible, as we have seen in the 20th century. A central aspect in this debate and new perception of political power has to do with the foundations of biopolitics. I disagree with Foucault when he affirms that "once the State functions in the biopower mode, racism alone can justify the murderous function of the State" (FOUCAULT, 2003 [1997], p. 256), because ideologies can also be seen as a central element that can define the regulation of the population, as it happened in Pinochet's dictatorship.

1.2 The notion of *homo sacer* in Giorgio Agamben

When meditating on the relationship between politics and life, Agamben dismantles the traditional definition of sovereignty given by German jurist Carl Schmitt: "Sovereign is

who decides on the exception" (SCHMITT, 1965 [1922]), p. 5). The sovereign can determine the suspension of certain rules and, in particular norms that recognize fundamental rights so, they are not effective during a period of time while the authority is able to put an end to an emergency, conflict, war, etc.[8] In such a sense, the state of constitutional exception is a kind of no man's land between public law and political facts (AGAMBEN, 2010 [2003], p. 10), where the legal order is redefined (AGAMBEN, 2010 [1999], p. 49). When the political authority establishes the state of exception, risks like the implementation of concentration camps in the country appear, and also transitory measures with time can become the general rule. For example, "Auschwitz is indeed the place where the state of exception coincides perfectly with the rule and, an extreme situation becomes the paradigm itself of the day to day" (AGAMBEN, 2010 [1999], p. 50).

In the archaic Roman law, the enigmatic notion of the *homo sacer* (sacred man, bare life, *zoē*) refers to the person who was condemned to live outside the city for having committed serious offenses. An offender that received the condition of *homo sacer* lost all social and legal relevance:

> *Homo Sacer* is a juridical term from archaic Roman law designating an individual who, in response to a grave trespass, is casted out of the city. From the moment of his ritual pronouncement as *homo sacer*, he can be killed with impunity by anyone but cannot be employed in sacrificial rituals that require the taking of a life. This "sacred man" is thereby removed from the continuum of social activity and communal legislation; the only law that still applies to him is the one that irrevocably casts him out of the communal sphere (DURANTAYE, 2009, p. 206).[9]

From the moment the individual was named *homo sacer*, anyone who killed such individual would be deemed to have committed homicide and the body could not be offered as sacrifice (*sacrificium*) to the gods of Rome (AGAMBEN, 1998 [1995], p. 8).[10] To explain the situation in which the prisoners of the concentration camps of the Nazi régime were, Agamben resurrects and appeals to the figure of the *homo sacer*. Once the individual was arrested and entered the camp, he/she did not have any possibility to defend him/herself and, if somebody killed him/her, no crime was committed by the perpetrator. The camp "is a portion of the territory that is placed outside the normal juridical order but, not because of that it is simply an external space" (AGAMBEN, 2010 [1996], p. 39). The problem is that in the camp the biological and political become indistinguishable between each other (AGAMBEN, 2010 [1996], p. 115)[11] and, whether we want it or not, maybe that is the biggest complexity that modern life must face and assume.

> *Inasmuch as its inhabitants have been stripped of any political status and reduced completely to naked life, the camp is also the most biopolitical space that has ever been realized – a space where power confronts nothing other than pure biological life without any mediation*. The camp is the paradigm itself of political space at the point in which politics become biopolitics and the *homo sacer* becomes undistinguishable from the citizen (AGAMBEN, 2000, p. 40).

2 DINA and Villa Grimaldi

DINA was the secret police of the Military Junta during the first four years of the dictatorship although, in reality, they responded directly to General Pinochet. Its purpose was to carry intelligence work in order to disarticulate the leaders and intellectuals of the left-wing *Unidad Popular*. Besides the intelligence tasks and maintaining Pinochet informed about the situation in the country, it was an organism that assumed repressive functions as well. Among the operations carried out by its agents were housebreakings, detentions, kidnappings, interrogations and executions of 'internal enemies' during the periods of constitutional exception. Its legal existence is dated to June 1974,[12] but the fact is that it began operating at the end of 1973. In charge of DINA was lieutenant colonel Manuel Contreras, who in 1967 was trained in a military intelligence unit at Fort Benning, United States (ENSALACO, 2002, p. 105) and later reached the rank of general. Contreras had relationships with the CIA and, even received money in exchange of information.[13] His office was in downtown Santiago but he regularly visited the different detention and concentration camps Villa Grimaldi (Terranova Barracks), 38 London St. (Yucatan Barracks), 1367 José Domingo Cañas St. (Ollagüe Barracks), Venda Sexy or Discothèque (3037 Iran St.), 8630 Simón Bolívar Ave., etc. and was daily informed by his subordinate officers. In the last two decades, Contreras has been convicted in several cases of assassination, kidnapping, and forced disappearance of prisoners, and is currently serving sentences in Punta Peuco prison, near Santiago.

DINA operated outside the law. It is considered that it had 4,000 agents (50% civilians and 50% members of the armed forces) and at least 16,000 informants (TOLEDO *et al.*, 2009, p. 66). The chiefs of DINA were trained in the School of the Americas in Panama, where they learned torture techniques and political repression. To justify their acts the officers invoked the National Security Doctrine and alluded to an 'internal civil war' in the country. The secret mission of DINA was to arrest and murder the leaders of the Marxist and revolutionary parties and movements: Communist Party (PC), Socialist Party (PS), Revolutionary Left Movement (MIR), United Popular Action Movement (MAPU) and, Christian Left (IC). It is necessary to mention that this 'internal war' never existed because, the left-wing sectors did not have any possibility neither to impede nor to revert the *coup d'état* or the dictatorship.

At the beginning of the dictatorship the repression of DINA was massive but from 1974 it focused on the capture of the leaders of the parties of the *Unidad Popular* and MIR. In that sense, in 1974 DINA strongly repressed MIR, until disarticulating it, in 1975 the PS, and in 1976 the PC (POLICZER, 2009, p. 83). The autonomy and power that gradually DINA was acquiring besides the questioning for the systematic violations to the human rights that its agents made mainly in Chile although also abroad[14] , generated nuisances in some high officers of the armed forces. Pinochet used DINA to impose and consolidate his power (POLICZER, 2009, p. 69-71), although internal and foreign pressures persuaded him to dissolve it in 1977. But, he substituted with another repressive organism: the National Information Center (CNI).[15]

DINA's main and more symbolic operations center was Villa Grimaldi, a 12,000 square meters property (TOLEDO *et al.*, 2009, p. 123), located at 8200 José Arrieta Ave., Peñalolén, in Santiago's south-east, near the Andes Mountains. It is interesting to see the historical evolution of the property of the place because it exemplifies great part of the history of Chile: since time immemorial the property belonged to the Picunche indigenous communities; during the Spanish Colony the *Hacienda Peñalolén* was given to the Society of Jesus (expelled in 1767 and, its lands were distributed among influential Creoles); in the 19th century it was in the hands of Juan Egaña, an intellectual and liberal politician and, later his family sold it to José Arrieta, a wealthy man. The mansion of the *hacienda* is today a private university, while the large house was acquired in 1964 by Emilio Vasallo Rojas who conditioned it as Restaurant Villa Grimaldi Paradise, in honor to his father, Emilio Vasallo Grimaldi.[16] On September 12th 1973, one day after the coup, the large house was searched and later Vasallo was forced to sell the place to the Housing and Urbanism Service (SERVIU). On December 1973, it was transformed into a secret detention center and concentration camp for political repression. Once DINA was dissolved, it was used as administrative offices and, on August 7th, 1980 the property was bought by CNI. In 1987, it was illegally registered under General Hugo Salas Wenzel's name, director of CNI at the time, who transferred the property to EGPT Ltd., a construction company owned by his relatives that destroyed the place with bulldozers in 1989. Once democracy was recovered, the local movement Permanent Assembly for Human Rights promoted the state expropriation of the place. In 1996, the Villa Grimaldi Peace Park Corporation was established and one year later, the park was inaugurated, where a memorial was built and, in 2004, Villa Grimaldi Peace Park was declared national historical monument.[17]

FIGURE 1 – **REPLICA OF VILLA GRIMALDI**



Photo: Fernando Rojas Corral © 2015 (printed with permission).

3 BIOPOLITICS AND *HOMO SACER* IN VILLA GRIMALDI

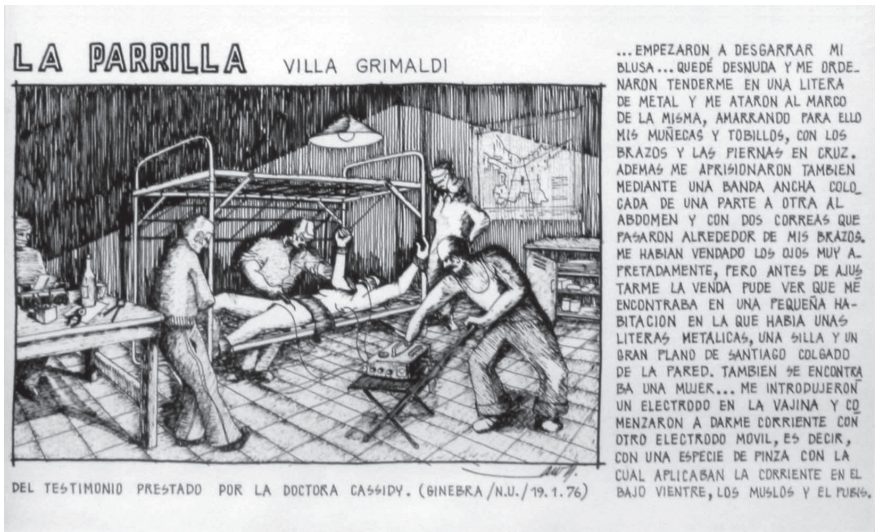
The purpose of this section is to apply the previous theoretical framework in the case study of Villa Grimaldi from 1974 to 1977, *i.e.* the years in which the place was used as the main clandestine torture center of DINA. Villa Grimaldi was managed and conditioned as a concentration and torture camp during the state of constitutional exception established by General Pinochet after the coup in Chile. In my opinion, the notions of biopolitics and *homo sacer* could be applied to explain what happened in Villa Grimaldi, but there are some additional considerations to take into account.

People were detained or kidnapped from their houses, workplaces, universities or even public spaces by secret police agents (GÓMEZ-BARRIS, 2009, p. 45), who blindfolded them while they were transported in cars or Chevrolet tracks without license plates until arriving to Villa Grimaldi. Once the metal door of the entrance was passed, the agents took the detainees down from the vehicle and, 'welcomed' them by hitting and kicking them all over their bodies. This 'ritual of passage' marked the transit from individual with rights to disappeared detainee or prisoner of DINA. Then, prisoners were taken to be interrogated over and over in the torture room. In this room the detainees were seated and tied, always blindfolded. If the agents did not obtain the information sought, then in most of the cases they undressed them and, tied them to the *parrilla* (metal bed or grill) and electrocute their bodies during the interrogation. The detainees received electric discharges in different parts of their bodies and, especially in the head, anus, genitals, etc., all of which caused painful burns (DURÁN, 2008, p. 172). In occasions, the electric shocks caused the

loss of the sphincter control, what made prisoners defecate and, some of the perpetrators forced them to eat their own excrements.[18] As María Eugenia Rojas explains,

> [In the interrogation room] the detainee is insulted and hit; if he/she does not respond is undressed and placed on the grill, tied and gagged. It is frequent that a radio is played up loud to suffocate the screams of the victim. The use of physical and psychological torture, can last for several days; this depends on the attitude assumed by the detainee and the urgency with which the agents require the wanted information (ROJAS, 1988, p. 50-51).

FIGURE 2 – **THE GRILL**



Drawn by prisoner Miguel Lawner (1976). Source: Lawner, 2003.
The original drawing is part of a collection on exhibition at the Museo de la Memoria y los Derechos Humanos (reference code: CL MMDH 00000014-000005-000053).

In general women were sexually humiliated, abused or assaulted. When forcing them to get undressed the agents looked at their bodies and, when they tied them to the grill they opened their legs to see their genitals. Male agents also told obscenities to female prisoners and touched their breasts or other parts of their bodies, even introduced objects in their vaginas. Many testimonies that have been published by women survivors of tortures contain references to violations and sexual abuses but,

also to the serious after-effects of such acts (ROJAS, H., 2012, p. 343-405). Do not think that only the women were object of sexual humiliations in Villa Grimaldi because, men also had to suffer sexual taunts. For example, Ángela Jeria General Alberto Bachelet's widow, who died in prison in 1974 and, mother of Michelle Bachelet, President of Chile (2006-2010 and 2014-) and former Executive Director of the United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN Women, 2010-2013) has mentioned the following aberration that she observed through the cell where she was kept:

> They took a group of young men in very bad conditions there, some of them wounded. They forced them to put their pants down and, to align in front of others. To those that were behind, they ordered them to put a finger in the anus of the person in front while masturbated. All this among the laughter and gibes of those who watched over them (GUZMÁN; ROJAS, 2005, p. 129; VILLAGRÁN, 2002, p. 101-102).[19]

The interrogations had the purpose of obtaining information about the leaders of the parties of *Unidad Popular* and MIR. For example, agents asked for names, meeting places, hiding places, contacts, collaborators, networks, etc. The declarations of the detainees were used as records to pursue and arrest other people and so, to ruin any possible resistance against Pinochet's military government. For example, Manuel Donoso lost consciousness as result of the electricity in his body. On the following day, agents took him out again for further interrogation and, they asked for names of members of the PC and their meeting places. As he did not provide any information, they hit him with fists, kicks and gun butts all over his body; they put him against a wall and made the machine guns sound (DONOSO, 2008, p. 165). There is no doubt that mock shootings are a psychological torture technique because, "right after it, one did not know if he was dead or alive" (HERMOSILLA, 2008, p. 272). In spite of the fear produced by mock shootings, there were other worse tortures. For example, agents brought other people into the camp including family members and friends and placed them on other grill and torture them, so they could listen the screams and because of that obtain the sought information. The collection of survivors' testimonies *One Hundred Voices Break the Silence* (2008, in Spanish) includes the heartbreaking stories of Hernán Villegas and his 15 year-old son. As the minor could not bear the pain of the tortures any longer, he begged his father to tell the agents what they wanted. In those stories written 30 years after the arrests, it is possible to see the horror of that time and the long-terms effects in their lives.

> *Father* – We arrived to Villa Grimaldi and they put my son on one grill and me on another grill. They began to throw water on us and my poor son

> told me: 'Daddy, daddy, tell them what you know so they won't kill me…Daddy, daddy, save me, don't let them kill me.' He was 14 years old… In that time he was studying but, he could not go on with his studies because they screwed him (VILLEGAS, H., 2008, p. 577).

> *Son* – They tortured me a lot: electricity, burns, blows in my whole body but, mainly in my testicles and head…I begged my dad to answer everything they asked so that they didn't make me suffer anymore (VILLEGAS, J., 2008, p. 575).

It is appropriate to mention that during the interrogations not only agents of DINA participated but, rather in occasions there were also medical doctors that collaborated in the tasks of reviving those who were tortured or to indicate the moment in which the interrogators should stop otherwise, the prisoner would die. Once the tortures finished, the detainees were taken to small cells where they had to remain the rest of the time. For example, the denominated *Casas Chile* (Chile Houses) were a 0.7 square meters wooden box of 2 meters of height, with a very small opening at the bottom of the door for air (LEYTON, 2008, p. 301). Some years ago, a survivor explained to me that to rest in a place like that you had to learn how to sleep standing up and leaning on the walls of the box. Héctor González, who was detained in Villa Grimaldi for six months, has explained that the reason of placing the prisoners in *Casas Chile* was to isolate and torture them in totally closed cells: "It was exasperating to be inside there, without light, with very little air and very hot, standing up or sat down on the floor with the legs bent because, it was not possible to stretch them…how many days and nights we spent there because, it was the place where you lost the notion of time more quickly" (LEYTON, 2008, p. 300).

They could also be taken to *Casas CORVI* (CORVI Houses) which were a one squared meter box, but they had to share it with other detainees so they had to organize and cooperate together to be able to move. In those places, they always had to remain blindfolded and chained. Luis Leyton has narrated that they put four detainees in each of those cells, having to take turns to be able to rest (LEYTON, 2008, p. 301). As they could not take a bath, the smell was unbearable and same as the prisoners in *Casas Chile*, they had a fixed schedule to go to the only bathroom and for just a few minutes each day. Many of the survivors have referred to the deep experiences of solidarity and affection that lived in Villa Grimaldi. For example, "when one was taken out to be tortured the others told you 'strength comrade, we are with you'. These expressions rebounded in the soul and in the conscience of each one of us like a warm medicine that invigorated the whole body" (MOYA, 2008, p. 353). For example, a couple was arrested and taken to Villa Grimaldi and

as both knew they were in the same detention center but could not see each other, she sang to him loud not only to encourage only him but also all the other prisoners.

> Claudio resisted and survived the torture sessions thanks to the solidarity of the rest of the detainees and, to Gabriela's chant, his partner, who was also detained in some place of the enclosure. She, with her melodious voice offered us songs that the wind took charge of diffusing. Her singing was listened all over the camp, it went through the walls of the cells and, silenced the threats of the torturers… until arriving to the lover's ears that received the message and, saw his energy to resist multiply (MOYA, 2008, p. 358-359).

FIGURE 3 – **CELL FOR PRISONERS AT VILLA GRIMALDI**



Photo: Fernando Rojas Corral © 2015 (printed with permission).

The most feared place was the tower, a six meter high construction located at the end of the enclosure and besides the swimming pool of the main house. The tower had a double function of surveillance and prison. The interior of the tower had a stairway with the shape of a snail from where it was possible to access a group of ten small wooden cells of 0.7 square meters. To enter such cells, it was necessary to cross a small door so, the detainees had to kneel down and go on all fours (as animals). In

the tower, there was also a small room specially equipped to interrogate and torture the prisoners. It is known that very few were able to survive the tower. In fact, those who were sent to that place were usually because DINA had decided to end their lives. The prisoners that were in the tower remember that they listened how during the summer nights, men and women that worked as agents of DINA in that place, dove and enjoyed the pool. The contrast could not be more shuddering: on the one hand, agents that made parties in a pool located beside the cells of the prisoners whose deaths had already been resolved; while on the other hand, prisoners had to listen to the laughs and drunken agents' orgies in a pool that had been used for torturing prisoners with the 'submarine' technique during the day.[20]

FIGURE 4 – **THE TOWER AT VILLA GRIMALDI**



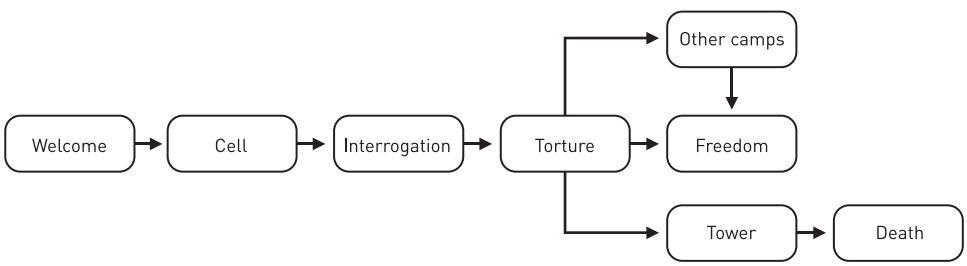
Photo: Fernando Rojas Corral © 2015 (printed with permission).

Once the death of the prisoners was decided, they were taken to Tobalaba aerodrome or Peldehue base. Prisoners were tied to rails and irons, then they were put into helicopters and finally thrown into the sea. Some of those rails were found by Judge Juan Guzmán, during the investigations of the human rights cases he conducted at the Court of Appeals of Santiago between 1998 and 2005, including the Pinochet Case. Since 2007, the rails are part of a memorial in Villa Grimaldi. On the other hand, if the leaders of DINA decided to set the prisoners free, they were usually

forced to sign documents in which they declared being well treated by the police (HERMOSILLA, 2008, p. 272). And then, they were taken to Cuatro Álamos or Tres Álamos concentration camps and detention centers. In those enclosures they would remain for several months, until DINA took a final decision or changed its mind. In Tres Álamos the conditions were better than in Cuatro Álamos; the detainees could be visited shortly by their relatives and were able to receive food and clothes. The information mentioned above, has been confirmed by many survivors who have said that Tres Álamos allowed victims to recover while, in Cuatro Álamos "the detainees were in wait and they could be sent to Villa Grimaldi" (VIDAL, 2008, p. 567-568).

As it can be seen, the proceedings used by DINA agents in Villa Grimaldi were similar to any assembly line (TAYLOR, 1967 [1911])[21]: (1) the person was arrested and kidnapped; (2) when entering the place, the person became a prisoner and agents gave him a 'welcome' reception; (3) then the interrogations and tortures began; (4) the prisoner was located in small cells so, he/she could not rest and recover; (5) if agents considered it necessary, the prisoner was subjected to interrogations, humiliations and tortures again and again; (6) finally, the decision regarding the prisoner's life was taken by differing among those who were taken to the tower or other detention centers. Just as José Moya has explained it; to be detained in Villa Grimaldi was like "to be sat in a lobby waiting for your turn to meet with death… Both, detainees and death, we were caught by a group of wicked armed ones that day and night inside these haunts delighted with the physical pain they inflicted to men and women" (MOYA, 2008, p. 355). In substance, individuals were reified, they were not longer considered as people and, they simply became a number and an object to hit and torture with total freedom and impunity. The life conditions were inhuman, food was precarious, detention places were boxes in which not even animals deserve to be in, prisoners were isolated and blindfolded the whole time, suffering tortures and listening how other prisoners were tortured. In sum, the power of the state on the prisoners' bodies was absolute. To be in Villa Grimaldi was probably one of the nearest experiences to spend a season in hell.

FIGURE 5 – **VILLA GRIMALDI ASSEMBLY LINE**



In that context of abuse and total control by the state, we have to add the nonexistence of appropriate legal mechanisms to defend the prisoners. Those who were arrested by DINA and taken to Villa Grimaldi were no longer subjects of law. The state and the secret police penetrated in the biological life of the detainees with impunity. The clandestine detention camp is the ultimate expression and paroxysm of biopolitics and disciplinary mechanisms. Just as the figure of the *homo sacer* in the Archaic Roman law, these people were outside the law and the act of killing them was not considered a crime. DINA agents did not have to respond before anybody for the death of a prisoner in Villa Grimaldi. Everything that happened in that place was a secret and denied by DINA and, in case of internal questionings, the 'national security' and 'internal war' arguments prevailed. Detained people were not entitled to anything; they could not make a phone call or communicate with their relatives, much less receive visits or hire the services of a lawyer. When their relatives looked for them and formulated *habeas corpus* or other legal petitions, the judges of the Court of Appeals of Santiago, as well as the vast majority of the judiciary, only conformed transmitting the answers they received from the Ministry of Interior: the individuals have not been arrested nor they are in the lists of prisoners. For example, between September 1973 and September 1983 the Committee of Cooperation for the Peace and the Vicarage of Solidarity gave assistance on the preparation or presentation of 5,400 *habeas corpus* before the Court of Appeals of Santiago, which together accepted ten *habeas corpus* and only in four cases the freedom of the prisoner was achieved (ROJAS, 1988, p. 11). In consequence, the executive branch and the judiciary did not do anything to impede the violations of human rights made by the agents of DINA or other state officials.

Once the prisoner was released and the fear of being kidnapped or tortured once again vanished *e.g.* exiles abroad, end of the dictatorship in 1990, etc. he/she is no longer a *homo sacer* and (supposedly) recovers the condition of subject of law. The experience of being tortured in camps like Villa Grimaldi makes it impossible to assume that the victim will be the same as before the arrest: it is now a victim, a survivor, and a witness. The recovery of fundamental rights does not mean that the survivors' nightmare has ended. In many cases the pain continues for diverse reasons, such as: lack of understanding and empathy of the rest of the society; having to leave the country and start a new life abroad; prejudices, stigmatization, and discrimination; serious physical and psychological after-effects; destruction of dreams, ideals, and life's projects; insufficient state reparation to compensate the damage; loss of relatives and friends; impunity of perpetrators, etc. (ROJAS, H., 2012, p. 353-405).

If from an ethical point of view in any process the human condition never fades, it is perfectly possible to make distinctions according to the moment in which the person is. Because of that, it is interesting the notion that Agamben uses to refer to someone whom is detained in a camp, at the mercy of the will of the guards. But the concept

of *homo sacer* loses its significance and opportunity once the prisoner is released and recovers the condition of subject of law. Maybe a way to talk about the survivor that leaves the camp, returns to the *polis* and, faces some of the difficulties previously mentioned, could be the expression *superstes tormentorum* (torture survivor). In other words, I believe a different concept to *homo sacer* is needed in order to allude to the person that has been detained and tortured in clandestine centers, without judicial guarantees, during a *de facto* regime or state of constitutional exception and, that later is liberated and then has to deal with a set of unexpected problems that affect his/her life and development as person, amplifying or prolonging the pain.

Conclusions

This article has shown how during the dictatorship of General Pinochet in Chile nonhuman disciplinary and control devices were applied in concentration camps like Villa Grimaldi. These techniques became more 'efficient' after DINA agents learned and accumulated experience in the commission of acts of torture against political prisoners. Villa Grimaldi should not only be seen as a matter of control and 'normalization' of nearly 5,000 individuals in a 'disciplinary' society under the rule of the armed forces. In addition, the Chilean state used the camps to seek information through extreme repressive measures, threatened the population and prevented any opposition of the members of the left-wing parties to the exercise of the armed forces' political and military powers. Pinochet's dictatorship killed and tortured people with ideological purposes, for this he invoked not only his sovereign power to kill his opponents but also his regulatory power over the life of the population. Consequently, Villa Grimaldi can be interpreted as an example of modern techniques of individual control and discipline and of an abusive exercise of state's biopolitics, as Foucault has warned us in his mature writings. One critic presented in this occasion to Foucault's theory of power has to do with the emphasis he makes in race and racism as the ultimate foundation of biopolitics. The revision of the Chilean experience allows me to conclude that it is not possible to ignore or exclude political ideologies as an important variable in the exercise of biopower in modern societies.

Also, it has been shown how persons who were kidnapped and placed in secret concentration camps like Villa Grimaldi lost their condition of legal subjects. The possibilities they had to defend themselves were limited: the military government denied most of the arrests; the courts denied the *habeas corpus* presented by the relatives and lawyers of the disappeared detainees; the self-amnesty Decree Law of 1978 impeded for years the investigation of crimes committed during the first five years of the dictatorship, etc. We have seen how prisoners in camps like Villa Grimaldi were terribly humiliated, beaten, threaten, reified by sadist secret police agents and members of the armed forces. The survivors' testimonies are heartbreaking, the nonhuman

conditions of life in the camps and the horror of systematic torture sessions exceed the imaginable. In Villa Grimaldi, prisoners were put in an assembly line that started with the welcoming reception (ritual of passage) and in occasions ended with death, passing by the grill, hangings, threats, submarine, rapes, the tower, and other control devices. In that sense, the expression *homo sacer* appropriated by Agamben from the archaic Roman law is a useful figure to understand the complex legal condition of the prisoners tortured in the camps. For the agents of DINA the death of a prisoner was irrelevant and did not imply the commission of a homicide. Nevertheless, it has been explained that the notion of *homo sacer* does not make sense to allude to the situation of the 'victim-survivor-witness' after the act of liberation. Who survives the nightmare of the camp has to face several difficulties and, it is not reasonable to pretend that the human condition and life of the survivor will be the same as it was before the arrest. I argued that is preferable to use another expression that better reflects the life conditions of the victim-survivor-witness that comes back to the polis and restarts a new life. The notion presented here for further discussion is *superstes tormentorum* (torture survivor), which might contribute to the understanding about the complexities in the life of a *homo sacer* that recovers freedom and faces unpredicted and even more painful circumstances than torture because the trauma does not end with the mere act of release.

NOTES

***** I would like to thank the contributions made by Simón Escoffier, María Angélica Garrido, Alejandro Gómez, Milena Grass, Evelyn Hevia, Yanina Hinrichsen, Ronald Jennings, Elizabeth Lira, Pedro Matta, Tim Murphy, María Antonieta Nestor, Leigh Payne, Mariana Penna, and Robert Wardrop. All errors are mine.

1 Agamben (1998 [1995]; 2010 [1996]; 2010 [1999]; 2010 [2003]). All translations are mine.

2 Foucault (1987 [1975]; 1978 [1976]; 2003 [1997]; 2010 [2004]). All translations are mine.

3 For more information, see <http://www.villagrimaldi.cl>.

4 For more information, see <http://www.museodelamemoria.cl>.

5 For more information, see <http://www.vicariadelasolidaridad.cl>.

6 For more information, see <http://www.comisionvalech.gov.cl>. The *Valech Report II* was presented to President Sebastián Piñera on August 18th 2011, adding 9,830 new cases to the list of 28,459 victims of torture and political imprisonment identified in the *Valech Report*. See *Diario El Mercurio*, August 19th 2011, C2.

7 For example, see Buchenwald and Mittelbau-Dora Memorials Foundation, *The Engineers of the "Final Solution". Topf & Sons – Builders of the Auschwitz Ovens* (Weimer: 2005).

8 Modern constitutionalism has accepted the inclusion of state of exception's norms in constitutions. For example, Hitler invoked Article 48, 2, of the Weimar Constitution to rule between 1933 and 1945. See Kennedy (2004).

9 As Pompeius Festus explains, "The sacred man is the one whom the people have judges on account of a crime. It is not permitted to sacrifice this man, yet he who kills him will not be condemned for homicide; in the first tribunitian law, in fact, it is noted that "if someone kills the one who is sacred according to the plebiscite, it will not be considered homicide." This is why it is customary for a bad or impure man to be called sacred" (quoted by G. AGAMBEN, 1998 [1995], p. 71).

10 As Katia Genel points out, "The life of *Homo sacer*, an obscure figure of archaic Roman law which can be killed without committing homicide but which cannot be sacrificed in any ritual form, is a life destined to die with complete impunity" (GENEL, 2006, p. 51).

11 According to Agamben, "The Foucaldian thesis will … have to be corrected or, at least, completed, in the sense that what characterizes modern politics is not so much the inclusion of *zoē* in the polis—which is, in itself, absolutely ancient—nor simply the fact that life as such becomes a principal object of the protections and calculations of State power" (AGAMBEN, 1998 [1995], p. 9).

12 Decree Law n. 521, 14 June de 1974, was partially published in the official gazette and some of its norms were only known by a limited number of persons.

13 *Hinchey Report*, 'Relationship with Contreras,' available at <http://foia.state.gov/reports/hincheyreport.asp>.

14 For example, in 1974 former Commander in Chief of the Army Carlos Prats and his wife were killed in Buenos Aires. In 1975, former Vice President Bernardo Leighton and his wife were seriously injured. In 1976, former Minister Orlando Letelier and his secretary were killed in Washington, D.C.

15 Decree Law n. 1.878, August 13th, 1977.

16 "Except for a short period as a restaurant, Villa Grimaldi was a place of imitation, where the elite displayed its economic difference and indifference to Chile's popular classes through a grandeur and opulence it could not sustain." (GÓMEZ-BARRIS, 2009, p. 44-5)

17 Information based in Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi, *Exposición Villa Grimaldi. Presente, pasado y futuro* (Santiago: privately printed, *s.d.*); Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi Website, <http://www.villagrimaldi.cl>; N. Fuentes *et al*. (*s.d.*), 9'20", available at <http://www.youtube.com/watch?v=xaBgoBAmCbU>; M. Gómez-Barris2009, p. 44-5; P. Matta (2000); S. Milla *et al.*, (2007), 10'27", available at <http://www.youtube.com/watch?v=vE8Ve8-xPwc>; M.E. Rojas (1988), p. 50-4; H. Vásquez (coord.), (2010, p. 47-8), available at <http://www.londres38.cl/1937/articles-90933_recurso_1.pdf>; Resolution n. 3.575, Corporación de Mejoramiento Urbano; 1974; Decree n. 264, Ministery of Education, 27 April 2004; *Rettig Report* (1) 55 and (2) 720; Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, *Memoria de la ciudad* (2009, p. 44).

18 P. Matta, 'Ante el suicidio de mi torturador', *Revista Puro Chile*, 30 January 2005, available at <http://www.paxsocial.com.ar/ante%20el%20suicidio.htm>.

19 In 2000, Mrs. Jeria recognized in the news the voice of the person that tortured her in Villa Grimaldi and, later noticed that the perpetrator was one of her neighbors.

20 The wet submarine consists in introducing the head of the prisoner in a container with liquid, causing temporal asphyxia.

21 I owe this comment to Pedro Matta. For a more detailed description of the torture process in Villa Grimaldi, see G. Salazar (2013).

REFERENCES

Books, articles and documents

AGAMBEN, G. *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press, 1998 [1995].

_____. *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Valencia: Pre-Textos, 2010 [1996].

_____. *Means Without End: Notes on Politics*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

_____. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*. Valencia: Pre-Textos, 2010 [1999].

_____. *Estado de Excepción. Homo Sacer II, 1*. Valencia: Pre-Textos, 2010 [2003].

BECKER, N. *Una mujer en Villa Grimaldi*. Santiago, Pehuén, 2011.

BENTHAM, J. *The Panopticon Writings*. London: Verso, 1995 [1791].

CASTRO, E. *Giorgio Agamben. Una arqueología de la potencia*. Buenos Aires: UNSAM EDITA, 2008), esp. Ch. 2 'Soberanía y Excepción', p. 49-85.

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*. Rettig Report). Santiago: Gobierno de Chile, 1991.

CORPORACIÓN Parque por la Paz Villa Grimaldi, *Exposición Villa Grimaldi. Presente, pasado y futuro*. Santiago: privately printed, *s.d.*), available at <http://www.villagrimaldi.cl/images/stories/docs/ed_revista_villa_grimaldi.pdf?ml=4&mlt=villa_grimaldi&tmpl=>.

DONOSO, M. Un testigo de la historia represiva de Chile. In: KUNTSMAN, W.; TORRES, W. & V. (eds.). *Cien voces rompen el silencio. Testimonios de ex presos políticos de la dictadura militar en Chile (1973-1990).* Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2008, p. 163-167.

DURÁN, F. Lo que no se debe olvidar. In: KUNTSMAN, W.; TORRES, W. & V. (eds.). *Cien voces rompen el silencio. Testimonios de ex presos políticos de la dictadura militar en Chile (1973-1990).* Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2008, p. 171-173.

DURANTAYE, L. de la. *Giorgio Agamben. A Critical Introduction*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2009.

ENSALACO, M. *Chile bajo Pinochet. La recuperación de la verdad*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México D.F.: Siglo XXI, 1987 [1975].

_____. *Historia de la sexualidad*. México, DF: Siglo XXI, 1978 [1976]. Vol. 1, La Voluntad de Saber.

_____. *Society must be defended. Lectures at the Collège de France 1975-1976*. London: Penguin, 2003 [1997].

_____. *Nacimiento de la Biopolítica. Curso en el Collège de France 1978-1979*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010 [2004].

FUENZALIDA, N. Cuartel Terranova. Análisis de la configuración espacial en relación a las estrategias de represión y control de detenidos y torturados. *La zaranda de ideas*, v. 7, n.1, Jan./June 2011.

GENEL, K. The Question of Biopower: Foucault and Agamben. *Rethinking Marxism: A Journal of Economics, Culture & Society*, 18(1), 2006, p. 43-62.

GÓMEZ-BARRIS, M. *Where Memory Dwells. Culture and State Violence in Chile*. Berkeley: University of California Press, 2009.

GUZMÁN R.; ROJAS, G. *Bachelet. La Hija del Tigre*. Santiago: RIL Editores, 2005.

HEFFES, O. D. Foucault y Agamben o las diferentes formas de poner en juego la vida. *Revista Aulas*, 3. Dec. 2006 - Mar. 2007, p. 1-22.

HERMOSILLA, M. Mujer y tortura. In: KUNTSMAN, W.; TORRES, W. & V. (eds.). *Cien voces rompen el silencio. Testimonios de ex presos políticos de la dictadura militar en Chile (1973-1990).* Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2008, p. 269-272.

HINCHEY REPORT, Relationship with Contreras. Available at <http://foia.state.gov/reports/hincheyreport.asp>.

KENNEDY, E. *Constitutional failure. Carl Schmitt in Weimar*. Durham, NC: Duke University Press, 2004.

LAWNER, M. *Isla Dawson, Ritoque, Tres Álamos…: La vida a pesar de todo.* Santiago: Lom Ediciones, 2003.

LEYTON, L. Yo también estuve en la Villa Grimaldi. In: KUNTSMAN, W.; TORRES, W. & V. (eds.). *Cien voces rompen el silencio. Testimonios de ex presos políticos de la dictadura militar en Chile (1973-1990).* Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2008, p. 299-302.

MATTA, P. Villa Grimaldi, Santiago de Chile. A Visitor's Guide. Santiago: privately printed, 2000.

_____. Ante el suicidio de mi torturador. *Revista Puro Chile*, 30 January 2005. Available at <http://www.paxsocial.com.ar/ante%20el%20suicidio.htm>.

MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, *Memoria de la ciudad*. Santiago: Gobierno de Chile, 2009.

MOYA, J. Con la venda sobre los ojos. In: KUNTSMAN, W.; TORRES, W. & V. (eds.). *Cien voces rompen el silencio. Testimonios de ex presos políticos de la dictadura militar en Chile (1973-1990).* Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2008, p. 353-361.

POLICZER, P. *The Rise and Fall of Repression in Chile*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2009.

ROJAS, H. 'Torture in Chile. 1973-1990): Analysis of One Hundred Survivors' Testimonies'. *California Western*

International Law Journal, v. 42, n. 2, Spring 2012, p. 353-405.
ROJAS, M. E. *La represión política en Chile. Los hechos*. Madrid: IEPALA, 1988.
SALAZAR, G. *Villa Grimaldi. Cuartel Terranova. Historia, testimonio reflexión*. Santiago: Lom, 2013.
SCHMITT, C. *Political Theory. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Cambridge MA: The MIT Press. 1965 [1922].
TOLEDO et al., M.I. *Visita a un lugar de memoria. Guía para el trabajo en derechos humanos*. Santiago: Lom Ediciones, 2009.
VÁSQUEZ, F. De la microfísica del poder a la gubernamentalidad neoliberal. Nota sobre la actualidad filosófica-política de Michel Foucault. *Contrahistorias. La otra mirada de Clío*, 12. May - Aug. 2009, p. 71-92.
VÁSQUEZ H. (ed.). *Una luz sobre la sombra. Detenidos desaparecidos y asesinados de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago: 2010. Available at <http://www.londres38.cl/1937/articles-90933_recurso_1.pdf>.
VIDAL, H. Todavía me siento joven y con ganas de trabajar por una sociedad mejor. In: KUNTSMAN, W.; TORRES, W. & V. (eds.). *Cien voces rompen el silencio. Testimonios de ex presos políticos de la dictadura militar en Chile (1973-1990).* Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2008, p. 565-571.
VILLAGRÁN, F. *Disparen a la bandada. Una crónica secreta de la FACH*. Santiago: Planeta 2002.
VILLEGAS, H. Aún no sé dónde estaban las armas. In: KUNTSMAN, W.; TORRES, W. & V. (eds.). *Cien voces rompen el silencio. Testimonios de ex presos políticos de la dictadura militar en Chile (1973-1990).* Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2008, p. 577-578.
VILLEGAS, J. Nunca supe por qué me torturaron. In: KUNTSMAN, W.; TORRES, W. & V. (eds.). *Cien voces rompen el silencio. Testimonios de ex presos políticos de la dictadura militar en Chile (1973-1990).* Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2008, p. 575-576.

Audiovisual and oral archives
FUENTES N. *et al*. Historia de la Ex Villa Grimaldi. Santiago: Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, *s.d.*), 9'20". Available at <http://www.youtube.com/watch?v=xaBgoBAmCbU>.
MATTA, P. Remembrance and Hope. Conference at Missouri State University, 2008). Available at <http://www.youtube.com/watch?v=e_5fgBpd4lg>.
MILLA S. *et al*. 'Villa Grimaldi, Espacio de Memorias'. Santiago: Universidad de Santiago & Cosmovisión Producciones, 2007), 10'27". Available at <http://www.youtube.com/watch?v=vE8Ve8-xPwc>.
PARQUE POR LA PAZ VILLA GRIMALDI, *Archivo Oral*. Santiago: 2011.

Websites
Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, <http://www.cdh.uchile.cl>.
Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi, <http://www.villagrimaldi.cl>.
Comisión Nacional sobre Tortura y Prisión Política (Valech Commission), <http://www.comisionvalech.gov.cl>.
Fundación Centro de Documentación y Archivo Vicaría de la Solidaridad, <http://vicariadelasolidaridad.cl>.
Memoria Viva, <http://www.memoriaviva.com>.
Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, <http://www.museodelamemoria.cl>.

Hugo Rojas Corral

Santiago – Chile
hurojas@uahurtado.cl

Professor of Sociology of Law (Alberto Hurtado University School of Law).
Doctoral Candidate in Sociology (University of Oxford, Wolfson College).
Master of Science in Law, Anthropology, and Society (London School of Economics & Political Science).
Master in Management and Public Policy (Adolfo Ibáñez University).

RECEBIDO EM 28.07.2014 | APROVADO EM 10.07.2015

O ILUMINISMO NO BANCO DOS RÉUS: DIREITOS UNIVERSAIS, HIERARQUIAS REGIONAIS E RECOLONIZAÇÃO

Guilherme Leite Gonçalves

A CRITICISM OF THE ENLIGHTENMENT: UNIVERSAL RIGHTS, REGIONAL HIERARCHIES AND RECOLONISATION

RESUMO

O artigo apresenta uma crítica ao processo de universalização do direito, concebido pelo projeto iluminista e que é fundamento tanto da concepção moderna de direitos humanos quanto da definição de padrões jurídico-políticos de desenvolvimento para as diversas regiões da sociedade mundial. A partir do recurso à noção de desigualdade material e (neo)colonialismo, são identificadas contradições no discurso jurídico universal que, dado seu fundamento moral unitário, o tornam meio de estabelecimento de hierarquias regionais e de recolonização das práticas jurídicas do Sul. Ao caráter autoritário do universalismo jurídico dominante contrapõe-se, ao final, projeto alternativo de direito global baseado na noção de heterogeneidade.

PALAVRAS-CHAVE

Crítica ao iluminismo; estudos pós-coloniais; universalização dos direitos humanos; (neo)colonialismo jurídico; heterogeneidade normativa.

ABSTRACT

This paper presents a critique on the process of universalization of law, designed by the illuminist project, and foundation for both the modern understanding of human rights and the definition of juridical-political patterns of development for different areas of world society. The critique is drawn from the reception of post-colonial studies in the area of sociology of law. Based on the notion of neocolonialism, contradictions in universal juridical discourse are identified, since its unitary moral foundation becomes a means for establishment of regional hierarchies and re-colonization of southern juridical practices. In conclusion, the alternative global law project based on the notion of heterogeneity is confronted with the authoritarian character of dominant juridical universalism.

KEYWORDS

Critique to enlightenment; post-colonial studies; universalization of human rights; juridical (neo)colonialism; normative heterogeneity.

Introdução

Não seria propriamente uma surpresa se, em algum congresso internacional, um grupo de juristas de diferentes nacionalidades identificasse, a partir de ordens estatais distintas,

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201512

um conjunto de referências jurídicas comuns. A tendência imediata seria atribuir esta coincidência ao processo de globalização. Porém não seria igualmente inusitado uma pesquisa histórica sobre Estado de Direito no século XIX ou sobre os limites à atividade privada na primeira metade do século XX concluir que qualquer desses temas foi compartilhado, em sua devida época, pelo debate jurídico de diversos quadrantes do mundo. Na atualidade, aos juristas de um universo significativo de países tornou-se rotineiro defrontar-se com modelos de argumentação jurídica, hermenêutica, direitos fundamentais, *accountability*, *governance* e democracia. No passado ou no presente, estes modelos são recepcionados em diferentes contextos e realidades, sempre sob a justificativa de que asseguram *um estado futuro melhor do que o corrente*. Dessa perspectiva, é possível afirmar que, baseadas em noções como "superação de deficiências", "progresso" ou "desenvolvimento", a legitimidade e a adesão global a estes instrumentos jurídicos é mediatizada pela dicotomia bem/mal, ou seja, pelo código da moral. Do ponto de vista filosófico, esta concepção de direito moralmente universalizada remete-se ao modelo iluminista do humanismo e do racionalismo, desenvolvido na história ocidental.

O objetivo deste artigo é oferecer uma crítica a esta forma dominante e hegemônica de direito ao explicitar tensões e contradições em seu processo de universalização. Trata-se de ensaio desenvolvido por meio de argumentação teórica, que, todavia, não se baseia em um único modelo, mas busca mobilizar diferentes referenciais questionadores do projeto jurídico iluminista. No item 1, analisarei, a partir das considerações da teoria dos sistemas sobre sociedade moderna, a própria estrutura discursiva do programa político-jurídico iluminista para compreender sua expansão mundial. Em seguida, combinarei estas considerações com a crítica do jovem Marx à abstração da forma jurídica e aos direitos dos homens e dos cidadãos para demonstrar como esse programa constrói-se como uma técnica de controle destinada à produção de desigualdades (item 2). Entre as diversas desigualdades possíveis, examinarei, no item 3, com base na noção de sociologia pós-colonial, desenvolvida principalmente por Costa e Boatcă (2009, p. 69-90), como o discurso jurídico universal contemporâneo se presta à manutenção de hierarquias e assimetrias regionais na sociedade mundial, de modo a criar uma autoridade moral e civilizatória das instituições do Norte frente ao Sul global. No item 4, estabelecerei um diálogo entre os estudos pós-coloniais e a sociologia do direito para, ao utilizar o (neo)colonialismo como categoria analítica, observar a universalização do discurso jurídico (iluminista) como técnica de recolonização das práticas jurídicas e sociais do Sul global. A principal referência para esse diálogo será a proposta de virada da teoria do direito internacional para o terceiro mundo, formulada por Chimni (2006, p. 3-27). No item seguinte, demonstrarei como é possível, por meio dos estudos pós-coloniais, principalmente do diálogo entre os Estudos Subalternos Indianos e a teoria do pluralismo jurídico na América Latina, pensar em um projeto de direito global à luz da

noção de heterogeneidade dos direitos. Esta noção me permitirá concluir a respeito do caráter autoritário do atual projeto dominante e hegemônico de universalização (iluminista) dos direitos.

Dentre as diversas referências combinadas, aquela que mais pode causar estranhamento é o recurso à teoria dos sistemas, geralmente considerada um pensamento conservador. No presente artigo, seu papel é oferecer uma crítica às semânticas e às narrativas universais. Outras teorias muito mais afins aos estudos pós-coloniais, como, por exemplo, o pós-estruturalismo, o neo-marxismo ou a nova filosofia do político, poderiam desempenhar o mesmo papel. Como, no entanto, este texto se ancora no âmbito da sociologia, mais precisamente da sociologia do direito, a fundamentação em premissas da filosofia geral ou política importariam o ônus da readaptação conceitual e metodológica. No entanto, no interior da teoria dos sistemas, já se consolidou uma certa tradição de uso heterodoxo e crítico de seu potencial analítico (AMSTUTZ; FISCHER-LESCANO, 2013; BACHUR, 2010; GONÇALVES, 2013a; OPITZ, 2012; STÄHELI, 2000; VILLAS BOAS FILHO, 2009). Para essa tradição, a noção de sociedade moderna como sistemas diferenciados de comunicação que operam de maneira contingente e paradoxal importa a constituição no campo sociológico de uma descrição que nega representações da totalidade, abandona a ideia de identidades pré-constituídas e aceita o pluralismo como fator constitutivo do social. A teoria dos sistemas é, assim, mobilizada como contraposição ao universalismo.

Esse caráter desconstrutivista afina-se não apenas com os fundamentos do pós-colonialismo, mas também com a proposta de sua conversão sociológica formulada por Costa e Boatcă (2009, p. 69-90).[1] Os primeiros estudos que buscaram mobilizar heterodoxamente a teoria dos sistemas foram oferecidos por De Giorgi (1980; 2004). O autor combinou-a com o marxismo para oferecer uma crítica à forma jurídica. Como tal crítica é o fundamento da teoria jurídica pós-colonial de Chimni (2006, p. 3-27) e Anghie (1999: 1-71), amplamente utilizada neste artigo para compreender o processo de recolonização do Sul pela universalização do direito, o uso da teoria dos sistemas para a compreensão da fragmentação da sociedade moderna se justifica no âmbito da presente análise. Assim, ainda que as referências adotadas partam de tradições distintas, teoria dos sistemas, marxismo e pós-colonialismo são levados a convergir pelo seu caráter crítico ao projeto político de emancipação pela universalização do discurso jurídico.

Por fim, cabe uma explicação a respeito do uso dos conceitos "Sul global" e "países periféricos". O ponto de referência adotado é a definição oferecida por Sousa Santos (2010, p. 43), segundo a qual epistemologias do Sul global são "novos processos de produção e de valorização de conhecimentos válidos, científicos e não científicos, e novas relações entre diferentes tipos de conhecimento surgidos de práticas de classes e grupos sociais que, de maneira sistemática, sofreram desigualdades injustas e discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo". Nesse sentido, é possível pensar a distinção secundária centro/periferia como dependente da distinção primária

Sul/Norte na medida em que a sociedade mundial contemporânea produz regiões economicamente periféricas (DOS SANTOS, 1998, p. 93-105). Isso, todavia, não significa adotar os padrões sociopolíticos do centro do capitalismo como horizonte normativo, mas, ao contrário, trata-se apenas de um referencial analítico para se constatar que as condições estruturais da respectiva sociedade produzem regiões cujas epistemologias ou enunciações são reprimidas.

1 Universalização do homem, do direito e da política

A definição de iluminismo é tradicionalmente objeto de diversas disputas nas ciências sociais. Isso se dá não apenas porque há diferenças substantivas entre os autores que o compõem, mas também por causa de sua própria inclinação ao inconformismo e autonomia do pensar. Lembre-se, nesse sentido, da resposta de Kant (1974[1784], p. 9) à pergunta "o que é o iluminismo?": "Sapere aude! Tenha coragem de servir-se de seu próprio entendimento". Como mostra Grespan (2008, p. 17), se, de um lado, essas características confirmam que o iluminismo era ambíguo e sua unidade, complexa e precária; de outro, também demonstram que os conflitos e tensões gerados impulsionavam o movimento iluminista e seu desdobramento em conceitos, métodos e argumentos latentes. Esse desdobramento levou à formação de uma concepção ontológica específica que ainda hoje é fundamental para o pensamento ocidental e sua expansão para o resto do mundo pelo (neo)colonialismo. Trata-se da filosofia do sujeito. Com ela, o iluminismo consolida o procedimento do conhecer a partir da distinção sujeito/objeto, segundo a qual as disposições do real incitam o pensamento que, por sua vez, as conhece em sua essência.

Dessa perspectiva, a natureza é definida como pura causalidade retilínea determinada por leis necessárias a serem reveladas racionalmente pela observação do sujeito. Nesse processo de revelação, há claramente uma noção subjetivista de conhecimento. Como, no entanto, o ato de conhecer é determinado pela distinção sujeito/objeto, para conhecer o mundo dos homens é preciso objetificar o sujeito (GONÇALVES; BACHUR, 2013, p. 116-117). Com isso, o procedimento racional pode ser (auto)observável e submetido ao seu próprio crivo (GRESPAN, 2008, p. 16). Nesse duplo movimento entre sujeito e objeto – subjetificação do objeto e objetivação do sujeito –, o iluminismo apresenta sua categoria semântica fundamental: a noção de razão abstrata e universal. Essa noção define a concepção ontológica do iluminismo que se baseia na objetividade natural enquanto domínio da razão e na essência a-histórica dos homens e da sociedade como fruto de uma razão abstrata (LESSA, 1996, p. 8-15). Tal concepção corresponde ao conceito de iluminismo a ser desenvolvido nos parágrafos seguintes.

Nesse sentido, é possível afirmar que o iluminismo constituiu-se sob a base de um programa fundado na construção racional da sociedade. Com isso, pretendia-se

delimitar uma racionalidade igual para todos os homens. Como desta Razão eram deduzidas leis universais, absolutas e imutáveis, era possível adotá-la como fundamento maior de justiça, o que legitimava sua pretensão de indicar o conteúdo do agir. Era a Razão justa; refletia o direito igual. Podia, portanto, impor finalidades e metas, pois estipulava a construção de condições sociais para edificar um futuro de certezas e de equidade. A concepção moderna de democracia, e também de direito, é produto desta Razão, moralmente universalizada: enquanto o racional caracterizava-se pelo bem e pelas luzes, o irracional era identificado com o mal e o obscurantismo.

O ideal iluminista, como afirma De Giorgi (2000, p. 138), foi construído a partir das ruínas da sociedade feudal. Nas palavras de Luhmann (1981, p. 26), isso significou a superação das estruturas sociais estratificadas e a afirmação do princípio da "inclusão generalizada de todos nas prestações de cada sistema". Tal processo é reconstruído pela teoria dos sistemas como característica fundamental do surgimento da sociedade moderna e implica a destruição de instâncias superiores que se destinam a representações globais do todo social baseadas em um *ethos* universal (LUHMANN, 1998, p. 963). Isso levaria a uma pluralidade de estruturas e funções desempenhadas na sociedade, que a fragmentaria em diversos sistemas sociais diferenciados entre si (idem). A partir da noção luhmanniana de aquisições evolutivas, De Giorgi (2000, p. 138) indica que tal fragmentação iniciou-se em três planos distintos: na universalização dos direitos (sistema jurídico), na monetarização da propriedade (sistema econômico) e na convergência entre bem comum e vontade geral (sistema político). Substituía-se, assim, a lógica dos privilégios e a distribuição desigual das possibilidades comunicativas pela igualdade quanto ao acesso às prestações dos sistemas sociais: compra-se uma mercadoria por causa de seu preço e não do *status* da pessoa que a vende, por exemplo.

Para Luhmann (1998, p. 962-963), significativo dessas transformações é a modificação das formas de representação da sociedade. Enquanto, para a semântica medieval, a sociedade se observava por meio do estrato superior, que, determinado por fatores externos – a natureza ou a vontade divina –, monopolizava as alternativas descritivas (LUHMANN, 1998, p. 894), o pensamento iluminista elegeu o sistema político como instância reflexiva de toda sociedade (ibidem, p. 963-964). A mudança do observador – do estrato superior para uma esfera social específica – implicou tanto a eliminação dos fundamentos metafísicos quanto o perecimento dos estamentos. Isso porque a política, ao estabilizar estruturas internas, como, por exemplo, soberania popular, eleições e Estado de direito, criou as possibilidades para se autolegitimar e operar por meio de distinções diversas daquela inferior/superior, própria da ordem hierárquica da sociedade estratificada (LUHMANN, 2002, p. 255-256).

A adoção da política como o sistema universal da sociedade moderna pelo iluminismo baseou-se em uma concepção ontológica de mundo que foi construída pela

semântica tradicional europeia e se baseava principalmente no princípio da causalidade (DE GIORGI, 2000, p. 138). Nesse sentido, o sistema político era identificado como meio de fixação de normas destinadas a regular toda sociedade, que eram resultado de um esquema de causalidade desencadeado por princípios *a priori* que, conforme tal concepção, regeriam a própria natureza. A atividade política consistia, assim, para fazer referência a uma expressão de De Giorgi (1998, p. 14), em um "método de pesquisa da verdade", segundo o qual o *dever ser* era considerado explicitação de conteúdos do *ser*.

Tal método remonta ao esquema do legislador racional, concebido por Montesquieu. Em sua definição, leis "são relações necessárias que derivam da natureza das coisas" (Montesquieu, 2004 [1748], p. 3). Segundo Durkheim (1989 [1892], p. 114), esta definição implica assumir que as leis encontram-se pré-condicionadas, pois são, racionalmente, deduzidas das necessidades inerentes à natureza das coisas. Montesquieu considera que, para tal lei se realizar, são essenciais movimentos, meios que a confirmem: assim como as leis físicas comportam alterações de massa e de velocidade que comprovem a regra geral, nas relações humanas, as leis positivas devem se adaptar às condições históricas e sociais para sustentar o conteúdo das leis racionais. Este papel é atribuído ao legislador (MONTESQUIEU, 2004 [1748], p. 3). De modo mais específico, ao sistema político cabia, primeiro, identificar os nexos causais dos quais eram deduzidas leis universais e, depois, como a forma das coisas poderia variar conforme o meio, era necessário adaptar tais leis às situações específicas para manter válida sua universalidade. Os mecanismos de adaptação eram as leis positivas, igualmente extraídas do princípio da causalidade.

O sistema político torna-se, assim, parte da relação de causalidade: era uma necessidade para a universalização das leis naturais. Nesse sentido, é resultado de uma construção racional. Se essa Razão era necessária, não havia alternativas. Era, portanto, a única justiça possível. A razão justa precisava de uma política justa para se autoafirmar como Justiça. Ainda conforme De Giorgi (2000, p. 137), essa circularidade causalmente construída vinculava o direito à política e, também, justificava sua posição privilegiada na estrutura social.

Em resumo: o projeto iluminista pressupõe a existência de um conjunto de valores inerentes à natureza humana. Trata-se de uma humanidade intangível que, por residir na essência dos homens, é considerada presente em todos indistintamente sendo, portanto, universalizada. Esta propriedade compreende uma noção de justiça baseada na igualdade. Ainda que haja variabilidade das leis positivas (diferentes ordenamentos jurídicos, por exemplo), todas se fundamentam no mesmo direito racional. Assim, se qualquer indivíduo carrega a humanidade em si, mas a exteriorização de seus atos está aberta à contingência, cabe à política opor os direitos universais (dos homens) às ações vulgares concretas.

2 Desigualdade material e abstração da forma jurídica universal como controle

A concepção de humanidade descrita, apesar de aparentemente neutra e uniforme, produz muitas contradições. A primeira delas, conforme já apontada pelo jovem Marx, relaciona-se com o problema da forma jurídica. Para explicá-la, recorro à releitura de De Giorgi (1980, p. 21 ss; 2004, p. 23 ss). Segundo o autor, a constituição da sociedade burguesa caracteriza-se pelo advento de desagregação e alta complexidade, pois implica a ruptura e a fragmentação da concepção religiosa, unitária e transcendental do mundo que determinava o socialmente possível nas sociedades pré-modernas (DE GIORGI, 2004, p. 14). De maneira oposta, a sociedade burguesa decompõe e distingue o agir em diversas esferas sociais diferenciadas. Nas palavras de De Giorgi, ao ativar a desagregação, a sociedade burguesa "acresce infinitamente a complexidade" (idem). Esta ideia corresponde, na verdade, a uma noção que se tornou notória no *Manifesto Comunista* e que se refere à insegurança e à volatilidade das relações sociais produzidas no capitalismo. Segundo Marx e Engels (1969 [1848], p. 465) "a subversão contínua da produção, o abalo incessante de todas as condições sociais, a insegurança e a agitação perpétuas distinguem a época burguesa de todas as anteriores".

A conclusão desta particularidade da sociedade (burguesa) moderna não é, no entanto, o reconhecimento da incerteza como valor assumido pela sociedade. A desagregação significa, ao contrário, medo que, por sua vez, ativa forças opostas destinadas à conservação, à certeza, ao controle e à segurança. Nesse sentido, a sociedade burguesa forma-se a partir de um princípio contraditório, segundo o qual a imensa complexidade gerada constrange a própria sociedade a afrontar o problema da coesão do agir que fora fragmentado (DE GIORGI, 2004, p. 16). Como, após a destruição do centro transcendental de certeza, a complexidade e a desagregação não podem ser eliminadas, a coexistência torna-se possível apenas como abstração. Em outras palavras, diante da impossibilidade real da coesão, a sociedade burguesa estabelece um plano de indiferença à diferença. Este plano, afirma De Giorgi, "iguala, na abstração, a diversidade" (idem). Como é uma ilusão oposta à desagregação fática, é, também, uma forma de dominação. É importante notar que esta forma é uma contradição exigida pelo processo de formação da complexidade. Para evitar os riscos da desagregação (que pode implicar crítica e questionamento permanente), a complexidade estabelece sistemas de abstração para controlar a coexistência das estruturas diferenciadas. O discurso dos direitos humanos ocupa posição de destaque no desempenho desta função.

Desde as considerações do jovem Marx (2006 [1844], p. 362 ss.), é possível identificar que os direitos humanos são um corpo unitário, dividido, no entanto, por dois padrões de direitos: direitos que reforçam ou negam a essência associativa da vida humana. De um lado, os *droits du citoyen*, que pressupõem a vinculação do homem em comunidade; de outro, os *droits de l'homme*, o direito de propriedade e do homem egoísta,

que se baseia no divórcio da vida associativa e no confinamento do social ao indivíduo (ibidem, p. 362-364).

Marx (2006 [1844], p. 362) desenvolve a crítica ao discurso dos direitos humanos por meio da contraposição entre *droits du citoyen* e *droits de l'homme*. Ao estabelecer legalmente a igualdade de todos, os *droits du citoyen* suspendem diferenças materiais (culturais, religiosas, de classe ou de gênero), mas não as anulam, pois elas permanecem fora da esfera da legalidade, tornando-se diferenças não legais (ibidem, p. 355-356). A legalidade permite que tais diferenças se reproduzam a seu modo na sociedade, conforme sua própria natureza. Cabe aos *droits de l'homme* protegê-las (ibidem, p. 362 e ss.). No primeiro espaço, o homem se constitui como ente genérico (*Gattungswesen*); no segundo, indivíduo real (*wirkliches Individuum*) (ibidem, p. 355). Abstrata e artificial, a igualdade generalizante (do legalismo) é uma alegoria que possibilita, na instância material, a imposição de interesses particulares e critérios discriminatórios, que, por sua vez, serão reconhecidas pelo direito privado ou, se preferirem, *droits de l'homme*.

Note-se que a atribuição de aspecto universal à base axiológica dos direitos (os valores inerentes à natureza humana) interrompe abstratamente as desigualdades no âmbito da cidadania universal, mas, no entanto, deixa que elas operem, a seu modo, fora desse âmbito. Em outras palavras: os direitos humanos constroem formalmente um espaço de reconhecimento de igualdade a todos os homens e as desigualdades são repassadas para a sociedade. Cabe aos direitos individuais, como o direito à liberdade, à propriedade ou à autodeterminação, garanti-las. Assim, enquanto a igualdade constitui uma abstração, a existência real caracteriza-se por diferenças que se reproduzem ao ritmo das potencialidades particulares. Em um contexto como o da sociedade mundial, de vasto conflito pela equalização substantiva dos atores sociais, universalismo e igualdade formais são adequados às posições dominantes, pois, sob a crença gerada pelo plano legal de que todos são iguais, critérios discriminatórios podem ser afirmados e incentivos à mobilização, minados.

3 Vigência universal do direito particular e a superioridade moral das instituições jurídicas do Norte

Esta contradição do iluminismo, do humanismo e do racionalismo revela-se especialmente no risco de hierarquizações sociais por conta do seu alto potencial de atribuição de superioridade moral às instituições jurídicas e padrões normativos de sociabilidade do Ocidente (os países do Norte global) (COSTA, 2003, p. 25). Como visto, a semântica universalista dos direitos baseia-se na premissa fundamental humanista – a existência de um universo valorativo inerente a todos os homens – da qual é derivada a exigência de sua validade e vigência na sociedade mundial e a sua imposição sobre âmbitos destoantes. Esta pretensão universal de validade é justificada por um fundamento moral de legitimidade que, por sua vez, é inferido de um projeto de racionalização

do mundo. Em contraposição à ordem estabelecida por uma visão (considerada) mística, o homem racional deduziria de sua essência leis que corresponderiam à natureza objetiva, não a um outro poder (taxado de) misterioso.

Existe, assim, um processo de moralização do discurso jurídico iluminista que viabiliza sua difusão pela sociedade mundial. Essa concepção de direito moralmente universalizado baseia-se no modelo de cidadania, que é caracterizado pela relação de abstração e generalidade ("racionalização") da forma jurídica e desenvolvido pelo constitucionalismo e pelo pensamento jurídico ocidental. Na história do direito dos Estados europeus, a estrutura jurídica é construída como uma categoria que se descola das ações concretas, se eleva sobre os lados em conflito e os transforma em "partes". Esta categoria vincula-se a uma ordem política (a concepção ocidental de democracia) e, com isso, define um critério único de justiça. Neste momento, ela se externaliza, isto é, trata como injusto o que poderia ser apenas diferente. Quando existe um critério superior e unicamente válido de justiça, outros critérios precisam ser tutelados ou eliminados. Com isso, a violência física ou/e simbólica torna-se parte integrante do direito (MENKE, 2001, p. 38). Esta lógica funcionou para a formação do Estado-Nação europeu em face dos particularismos jurídicos medievais e é transportada para as instituições globais.

Este é o ponto de partida para se fixar um critério universal de bem e de justiça, do qual se extrai uma hierarquia moral: de um lado, espaços civilizados, detentores das virtudes da racionalização intelectual; de outro, bolsões de injustiça, governados por normas irracionais e atrasadas. Instituições, valores e formas de vida, definidos como racionais, adquirem, assim, superioridade na escala da civilização. Tal lugar é ocupado pelos países do Norte não apenas pela autoria na elaboração desse projeto, conhecido por iluminismo, mas também pela relação dialética da qual ele se constitui. Como as instituições e padrões universalizados correspondem ao percurso histórico-social da Europa e dos EUA (sua forma de direito, de Estado e de economia), uma história específica se apresenta, por meio de conceitos aparentemente neutros (homem, razão, direito, democracia), como lei da humanidade e, com isso, constrói uma estratégia de colonização dos processos globais (COSTA, 2003, p. 26).

Ressalte-se que a origem não é um problema *per se*, mas se transforma em um problema por causa da estrutura contraditória de um discurso que reúne em si mesmo moral, humanismo e universalização. Ao se pretender universal, não se reconhece a diferença (outras racionalidades) no mesmo *status* de igualdade. Como, no entanto, a diferença permanece por conta da diversidade do mundo, o discurso tem de lhe dar uma forma de tratamento. É, dessa forma, que a diferença é absorvida como inferiorização do "outro". Ela é representada pela humanidade (mantém-se o universalismo), mas, ao mesmo tempo, em sua especial fragilidade (porque é diferente). Se os diferentes são iguais enquanto homens, mas inferiores em suas potencialidades, o grupo autoproclamado "esclarecido" pode, então, "protegê-los" (DE GIORGI, 2010, p. 3 ss.). Assim, sob o manto do discurso humanista, assimetrias e dominações são fixadas.

Ao estabelecer a vigência universal de uma experiência particular, o processo de universalização dos direitos se constrói discursivamente por mecanismos contraditórios de alternância de sentido entre o todo e a parte. Este recurso linguístico à sinédoque instaura imagens de superioridade moral do Norte em relação à observância dos direitos, de modo a tornar suas práticas e instituições isentas de questionamento e, ao mesmo tempo, critérios para julgar o resto do mundo. Ressalte-se que isso se verifica mesmo nas situações em que os países dessa região violam abertamente os respectivos direitos. Pense-se, por exemplo, na conivência de tribunais e órgãos oficiais supranacionais com os campos de detenção de imigrantes irregulares, com as políticas de segurança contra o terrorismo ou com a previsão legal da pena de morte. Ou, ainda, se preferirem em um plano microssocial, pense-se na quantidade de denúncias de violações dos direitos humanos na América Latina oferecida à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos pelas *Law Clinics* das Faculdades de Direito dos Estados Unidos, país que, junto com seu vizinho Canadá, não ratificou o Pacto de San José da Costa Rica.

4 Sociologia pós-colonial do direito: crítica à universalização do discurso jurídico do Ocidente

Esse conjunto de críticas à pretensão de universalização dos padrões sociais e semânticos dos países do Norte é desenvolvido pelos estudos pós-coloniais, cuja origem remonta à obra de Edward Said sobre o orientalismo. O autor constata que o conhecimento do Ocidente sobre o Oriente atende a uma lógica autorreferencial (SAID, 2003 [1978], p. 2-4). Influenciado pela noção de discurso de Foucault, Said apresenta o orientalismo como uma invenção imaginativa europeia destinada à reafirmação da própria ideia de Ocidente (ibidem, p. 3). O Oriente é artificialmente construído como o "outro" e o "inferior". Por oposição, os valores ocidentais constituem sua identidade e sua superioridade. O orientalismo, conclui Said, expressa "um estilo ocidental para dominar, reestruturar e ter autoridade sobre o Oriente" (idem).

Com o surgimento de outras abordagens pós-coloniais, as estratégias discursivas do Ocidente são redimensionadas: o "outro" projetado como inferior ou atrasado abrange o resto do mundo (HALL, 2007, p. 56-60). A exemplo da autorreferencialidade que moldou o orientalismo, a distinção Ocidente/resto do mundo é discursivamente construída de maneira assimétrica pelo imaginário dos países europeus que, para constituírem sua identidade, fabricam sua superioridade. Como, no entanto, este discurso é imposto como dado universal, inerente à natureza, este processo conduziu à monopolização por parte da semântica ocidental das noções de *humano*, *desenvolvimento* e *modernidade*. Com isso, foi possível legitimar intervenções político-militares e exportações de modelos sobre as demais regiões: poderiam ser justificadas como meios de modernização, civilização e melhora do Sul global, mesmo que isso tenha

significado o apoio a ditaduras em grande parte do mundo e a difusão global de técnicas de tortura. Tem-se, assim, na base do conhecimento do mundo, uma estratégia discursiva de dominação que o pós-colonialismo latino-americano denominou *colonialidade do saber* (DUSSEL, 2000).

Conforme o programa de pesquisa formulada por Boatcă e Costa (2009, p. 69-90), o diálogo entre a sociologia e os estudos pós-coloniais oferece à teoria social o (neo)colonialismo como critério de análise dos modelos de sociedade, dos atores políticos e das relações culturais contemporâneos. Por meio dessa proposta, seria possível interpretar os processos sociais a partir do impacto da experiência colonial, isto é, conforme as assimetrias entre Norte e Sul que sobreviveram à independência administrativa e permanecem na forma de reprodução do conhecimento e nas relações econômicas, políticas e culturais (ibidem, p. 53).

Em primeiro lugar, ao demonstrar que o legado ocidental não corresponde a uma realidade objetiva, mas a um discurso constitutivo de identidade por oposição ao outro (o resto do mundo), a observação sociológica pós-colonial identifica no interior dos projetos universais da modernidade ocidental estratégias de exclusão, colonização e hierarquização dos processos globais. Assim, para essa abordagem, as forças sociais dominantes não se constituem apenas pelo uso da violência. Ainda que esta dimensão não seja ignorada, a dominação, como aponta Chimni, só se estabiliza quando o dominado concebe e aceita a visão do mundo do dominador como a "ordem natural das coisas" (CHIMNI, 2006, p. 15). Por meio desta noção, seria possível, no âmbito de uma sociologia pós-colonial do direito, reinterpretar a função social dos discursos jurídicos à luz das relações assimétricas de poder entre as regiões globais.

5 O discurso jurídico universal como processo de recolonização do Sul global

Como sinônimo de humanidade, desenvolvimento e modernidade, a cultura jurídica ocidental tornou-se instrumento para a naturalização das ideias dominantes do Norte pelo Sul global. Neste processo, o papel da linguagem do direito é ideológico e legitimador: traduz a concepção do Norte em conceitos e regras racionais e justas que podem ser naturalmente aceitas como referências pelo Sul (CHIMNI, 2006, p. 15). Por suas supostas qualidade e neutralidade, o discurso jurídico ocidental eleva teorias e instituições do direito dos países centrais à superioridade na escala de civilização, o que lhes permite determinar o comportamento dos atores jurídicos do Sul. Trata-se de um processo de ocultação de relações coloniais entre Norte e Sul por meio do direito.

À luz desta consideração, o processo de universalização da racionalidade jurídica pode ser relido. Tal racionalidade foi apresentada pela Europa no século XIX como um discurso superior, formado por enunciados que resultavam do acúmulo de saber

sobre o mundo (ANGHIE, 1999, p. 20 ss.) e baseado em métodos científicos que, conforme esquemas lógicos de dedução e indução, eram capazes de promover generalização de regras a partir de casos e, com isso, oferecer segurança para a ação. Assim, ao se afirmar como única condição para o direito moderno, a racionalização jurídica separou, do ponto de vista do direito, o mundo entre regiões civilizadas (detentoras de tal conhecimento) e incivilizadas (com formas jurídicas "irracionais e primitivas") (ibidem, p. 20). Na base desta distinção, está a justificativa para a imposição global do modelo jurídico dos países do Norte e para a colonização das manifestações destoantes de direito no resto do mundo.

Para se ater a questões atuais, pense-se, por exemplo, nos desenhos jurídicos projetados no Norte como universais sob justificativa de uma neutralidade e qualidade ética ou moral. *Governance*, *accountability*, *democracia* etc. são conceitos que, quando operacionalizados, constroem um campo de comparação em que o desenvolvimento sociojurídico do Norte é tido como único válido, de modo a gerar uma pretensa superioridade que se torna critério para julgar e excluir práticas jurídicas do resto do mundo. Nesse sentido, é possível afirmar que no Sul global engenharias institucionais orientadas pelo grau de cidadania ou governança das "verdadeiras" democracias reproduzem a mesma lógica das "missões civilizatórias" e autorizam recolonizações (CHIMNI, 2006, p. 3).

De maneira resumida, o discurso universal do direito reproduz o seguinte esquema: uma vez que ele adota os padrões ocidentais (particularmente, da Europa e dos EUA) como sinônimo de "humanidade", "desenvolvimento" ou "modernidade", a realidade jurídica conceitualmente desajustada dos países do Sul é reconstruída por comparação; a ausência das mesmas características, traduzida como atraso; os padrões (do Norte) não encontrados são adotados como critério normativo de evolução e, portanto, importados ou impostos. Com isso, as posições hierárquicas do poder global são mantidas. Reproduz-se, assim, por meio do direito, a mesma estrutura lógica da relação colonial: a noção de "universalismo", monopolizada pela semântica dos países do Norte, não só oprime manifestações empíricas e cognitivas do Sul global (incompletude, irracionalidade, desvio), como exige a sua conformação (modernização) (HALL, 1996, p. 246-254).

6 Teoria da heterogeneidade de direitos como projeto mundial alternativo de direito

Enquanto a racionalidade jurídica ocidental baseia-se na pretensão de universalidade, os esquemas semânticos das demais sociedades apoiam-se no reconhecimento da diferença ou das particularidades étnicas, culturais, religiosas e sociais (até como resistência à expansão do projeto iluminista) (CHATTERJEE, 1998, p. 277-282; 2006, p. 37 ss.). Assim, sem equivalentes autóctones, a imposição do modelo de direito europeu ou norte-americano levou à cisão, nos espaços colonizados, entre o discurso jurídico, que

segue o arquétipo ocidental, e a dinâmica social, que exige estatutos que respondam a suas especificidades. Sob este olhar, o diagnóstico usual sobre a separação entre direito e sociedade no Sul global adquire outro sentido. De um lado, explica a rotinização do discurso da reforma pelos atores jurídicos destas regiões, pois a realidade parece sempre frustrar as expectativas geradas por desenhos institucionais baseados no modelo norte-americano ou europeu (BOATCĂ; COSTA, 2009, p. 55). De outro, revela os obstáculos empíricos e teóricos que projetos de democracia baseados na universalização de um modelo de direito e de um tipo de sociedade encontram em muitos países.

Para demonstrar tais obstáculos, o pós-colonialismo questiona o potencial emancipatório da noção de sociedade civil e, com isso, sua capacidade de oposição ao Estado. Dentre as escolas pós-coloniais, esta compreensão de rearticulação da ação política é especialmente enfatizada pelos estudos subalternos indianos. Segundo Chatterjee (1990, p. 128 ss.), Estado e sociedade civil são retóricas imbricadas: enquanto forma de homogeneização da população, a sociedade civil transforma demandas cotidianas em ação institucionalizada e autodirecionada ao Estado, que a absorve por meio de categorias jurídicas universais como cidadania e igualdade. Não há confrontação, mas ideal de articulação. Por este motivo, as forças do mercado são consideradas movimentos da sociedade civil. Neste caso, a autoimplicação torna-se engrenagem do próprio capitalismo. Assim, ao tratar a multiplicidade de atores sociais como massa uniforme por generalizações conceituais, a dicotomia Estado/sociedade civil oprime diferenças e identidades (ibidem, p. 129-130).

No lugar da noção de sociedade civil, os estudos subalternos indianos buscam, a partir de um diálogo com Gramsci, resgatar a ideia de sociedade política. Diferentemente da abstração da sociedade civil, as sociedades políticas transformam-se na esfera de ação os atores políticos do Sul cujos interesses se chocam com o capitalismo e não são contemplados pelo direito oficial. É possível diferenciar estes horizontes de atuação em duas formas de resistência: (i) ao capital e (ii) ao Estado. Quanto à primeira, as sociedades políticas são alternativas à dominação capitalista que, nas regiões colonizadas, depende da imposição de abstrações uniformizadoras como *cidadania* (meios de ocultação das diferenças reais), introduzidas pela ideia de *sociedade civil*, que se vale da aparente universalização dos interesses, mas, na verdade, é constituída pelos valores das poucas minorias assimiladas: os descendentes dos colonizadores. Quanto à oposição ao Estado, as sociedades políticas tornam-se meio de restauração da identidade política e de reaproximação entre discurso jurídico e dinâmica social nos países periféricos. Isso implica a substituição, nessas áreas, da universalidade pela heterogeneidade dos direitos de cada comunidade. Nesse caso, as enunciações jurídicas seriam resultado dos interesses concretos de grupos particulares e atenderiam às especificidades e diferenças politicamente construídas pelos segmentos sociais. Assim, a partir do diagnóstico da falsa dicotomia entre Estado/Sociedade

civil, os estudos pós-coloniais e subalternos consideram que a autêntica confrontação entre sociedades políticas e Estado instaura espaços de reivindicações em que os direitos são conquistados conforme demandas particulares, e não de acordo com a retórica formal dos universalismos (CHATTERJEE, 2006, p. 69-78).

Na América Latina, até agora a ideia de fragmentação dos direitos foi desenvolvida particularmente no âmbito dos estudos jurídico e se baseou em uma releitura sociológica e antidogmática sobre o direito, como se pode depreender dos trabalhos de Sousa Santos. Para o autor, a noção de autonomia do direito e a semântica jurídica ocidental não são adaptadas à realidade latino-americana (SANTOS, 1995, p. 89 ss.). Como estas sociedades são fragmentadas cultural e discursivamente, as pretensões de monopólio da produção do direito pelo Estado exigem a conformação das possibilidades sociojurídicas e, ao se basearem nos padrões de sociedade moderna definidos pelo centro, institucionalizam assimetrias de poder baseadas na distinção desenvolvido/atrasado. Para o direito liberar suas potencialidades, seriam necessárias ordens jurídicas que reflitam a diversidade social (étnica, cultural, religiosa etc.) existente. Isso implica o reconhecimento de uma pluralidade de fontes sociais do direito, alternativas às conexões formais do Estado.

Neste sentido, Sousa Santos sugere a libertação de múltiplas formas jurídicas emanadas dos diferentes tipos de solidariedade e passados comuns existentes em cada comunidade (SANTOS, 2006, p. 26 ss.). Do ponto de vista do discurso jurídico, isso significa a substituição da pretensão exclusivista do legalismo dogmático estatal pela pluralidade de discursos jurídicos tópicos. Segundo o autor, por conta do baixo grau de institucionalização e do acesso restrito aos meios de coerção, os direitos das comunidades possuem espaços retóricos mais amplos que o direito estatal (SANTOS, 1977, p. 96 ss.). As decisões não resultam da aplicação unívoca de regras gerais nem se orientam pela adjudicação. Buscam, ao contrário, a aceitação das partes e dos vizinhos. Por esta razão, dependem da persuasão, cooperação, participação e consenso. Para Sousa Santos, essas experiências jurídicas são instrumentos de justiça alternativa e, a exemplo de outras experiências revolucionárias, são fatores de ruptura da ordem jurídica imposta (ibidem, p. 103). São exemplos de tais experiências o direito das favelas e o constitucionalismo bolivariano presente na América Latina.

Conclusão

A crítica à universalização do discurso jurídico desenvolvida neste artigo não significa uma defesa ao relativismo dos direitos humanos ou ao multiculturalismo. Tais construções não são alternativas, mas parte do modelo universalista, na medida em que a autonomia do "outro" é assegurada por técnicas de congelamento cultural, exotização e subalternização. Produz, nesse sentido, hierarquias culturais, que excluem o "exótico" dos processos decisórios, transformando-o em místico,

nativista ou primitivo a ser salvaguardado e preservado (COSTA; GONÇALVES, 2011, p. 68-69).

Esta crítica também não deve ser vista como uma negação aos direitos humanos. Trata-se apenas de apontar tensões no atual projeto dominante de universalização. Com isso, busca evitar uma postura excessivamente entusiasmada e muitas vezes ingênua de adesão incondicional ao sistema universal de direitos humanos que, todavia, é cega às contradições que ele mesmo produz. Esta postura possui um elevado risco de defender posições que são aparentemente progressistas, mas, na verdade, perpetuam formas de controle e repressão.

Da perspectiva deste artigo, a tentativa de imposição universal da razão jurídica iluminista como a única "razão justa" e do modelo de direitos humanos dela decorrente adquire um caráter conservador. O que significa racionalidade universal se a sociedade produz, no seu operar, diferenças? Segundo De Giorgi (2000, p. 13 ss.), o monopólio iluminista da razão buscou destruir a diversidade que surgiu nos últimos dois séculos. Tal tentativa, no entanto, não acarretou a eliminação de projetos alternativos baseados em outras racionalidades. Ao contrário, como mostra De Giorgi (1999, p. 29), razões destoantes surgem permanentemente e, apesar da falta de reconhecimento, colocam um dilema para a razão iluminista: ela precisa se provar universalmente racional. Mas quem pode afirmar que aquela Razão é universal? Uma outra razão: a Razão, conclui De Giorgi, precisa de uma outra razão para se descrever racional (idem). Paradoxalmente, ela perde seu caráter de universalidade. Isso significa que só poderá se afirmar como tal se recorrer ao autoritarismo, ou seja, eliminando as outras razões.

Em resumo, o projeto universal do iluminismo jurídico é, na verdade, pleno de tensões. Trata-se de semântica aparentemente neutra que, na verdade, encobre posições de poder e bloqueia a irrupção de semânticas diferentes. Da perspectiva da história colonial, fica claro que esta violência é imprescindível para a expansão do capitalismo. Isso não significa rechaçar a tese da mundialização do direito, mas sim, diante das contradições do projeto dominante de universalização, assinalar a imperiosidade da emergência, no plano global, de regimes jurídicos e sociedades políticas alternativas.

NOTAS

1 Para uma ampla discussão sobre a possibilidade de diálogo entre teoria dos sistemas e pós-colonialismo, ver meus trabalhos anteriores (GONÇALVES, 2013b, 2013c).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMSTUTZ, M.; FISCHER-LESCANO, A. (Orgs.). *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*. Bielefeld: Transcript, 2013.
ANGHIE, A."Finding the peripheries: sovereignty and colonialism in nineteenth-century international law". *Harvard International Law Journal*, v. 40, n. 1, p. 1-71, 1999.
BACHUR, J. P. *Às portas do labirinto:* para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Azougue, 2010.
CHATTERJEE, P. "A response to Taylor's modes of civil society". *Public Culture*, v. 3, p. 119-132, 1990.
_____. "Community in the East". *Economic and Political Weekly*, v. 33, n. 6, p. 277-282, 1998.
_____. *The politics of the governed:* reflections on popular politics in most of the world. New York: Columbia University Press, 2006.
CHIMNI, B. S. "Third world approaches to international law: a manifesto". *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006.
COSTA, S.; BOATCĂ, M."Postkoloniale soziologie: ein programm". In: REUTER, J.; VILLA, P. (Orgs.). *Postkoloniale Soziologie. Empirische Befunde, theoretische Anschlüsse, politische Intervention*. Bielefeld: Transcript, 2009.
COSTA, S.; GONÇALVES, G. L. "Human rights as collective entitlement? Afro-descendants in Latin America and the caribbean". *Zeitschrift für Menschenrechte*, v. 5, p. 52-71, 2011.
COSTA, S. "Democracia cosmopolita: déficits conceituais e equívocos políticos". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 53, p. 19-32, 2003.
_____. "Essentialismuskritik, transnationaler Antirassismus, Körperpolitik. Paul Gilroy und der Black Atlantic". In: REUTER, J.; KARENTZOS, A. (Orgs.). *Schlüsselwerke der postkolonialen Studien*. Wiesbaden: VS, 2012.
DE GIORGI, R. *Multiculturalismo, identidad y derecho*. Buenos Aires: Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, 2010. Disponível em: <http://www.sasju.org.ar/>. Acesso em: 27 jul. 2015.
_____. *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa, 2004.
_____. "Problemi della governabilità democratica". In: CAMPILONGO, C. *Diritto democrazia e globalizzazione*. Lecce: Pensa, 2000.
_____. "Niklas Luhmann: die Zukunft des Gedächtnisses". In: STICHWEH, R. (Org.). *Niklas Luhmann – Wirkungen eines Theoretikers: Gedenkcolloquium der Universität Bielefeld am 8 Dezember 1998*. Bielefeld: Transcript, 1999.
_____. *Wahrheit und Legitimation im Recht. Ein Beitrag zur Neubegründung der Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.
DURKHEIM, E. *Il contributo di Montesquieu alla fondazione della scienza politica*. Napoli: Il Tripode, 1989[1892].
DUSSEL, E. "Europa, modernidad y eurocentrismo". In: LANDER, E. (Org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, Caracas: Unesco/UCV, 2000.
GONÇALVES, G. L.; BACHUR, J. P. "O direito na sociologia de Niklas Luhmann". In: SILVA, F. G.; RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
GONÇALVES, G. L. *Direito entre certeza e incerteza:* horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013a.
_____. "Pós-colonialismo e teoria dos sistemas: notas para uma agenda de pesquisa sobre o direito". In: BACHUR, J. P.; DUTRA, R. (Orgs.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013b.
_____. "Postkolonialismus und Systemtheorie: Eine Forschungsperspektive zum Recht im Süden?". In: TZANEVA, Magdalena. (Org.). *Nachtflug der Eule: 150 Stimmen zum Werk von Niklas Luhmann: Gedenkbuch zum 15. Todestag von Niklas Luhmann (8. Dezember 1927 Lüneburg – 6. November 1998 Oerlinghausen)*. Berlin: LiDi EuropEdition, v. 1, p. 125-156, 2013c.
GRESPAN, J. *Revolução francesa e iluminismo*. São Paulo: Contexto, 2008.
HALL, S. "When was 'the Post-colonial'? Thinking at the Limit". In: CURTI, L.; CHAMBERS, I. (Orgs.). *The*

Post-colonial Question: Common Skies, Divided Horizons. London: Routledge, 1996.
_____. "The West and the Rest: Discourse and Power". In: DAS GUPTA, T. *et al*. (Orgs.). *Race and Racialization: Essential Readings*. Toronto: Canadian Scholars Press, 2007.
KANT, I. "Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?" In: BAHR, E. (Org.). *Was ist Aufklärung? Thesen und Definitionen*. Stuttgart: Reclam, 1974[1784].
LESSA, S. *Iluminismo e marxismo: a questão ontológica*. Fortaleza: FACED/UFC, 2001. Disponível em: <http://www.sergiolessa.com/no_published/ILUXMARX.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.
LUHMANN, N. *Politische Theorie im Wohlfahrsstaat*. München: Olzog, 1981.
_____. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher, 1987.
_____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, v. 2, 1998.
_____. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
MARX, K. Zur Judenfrage. In: MARX, K.; ENGELS, F. *Werke*. Berlin: Dietz, v. 1, p. 347-377, 2006 [1844].
_____; ENGELS, F. *Manifest der kommunistischen Partei*. In: MARX, K.; ENGELS, F. *Werke*. Berlin: Dietz, p. 459-493, 1969 [1848].
MENKE, C. *Recht und Gewalt*. Berlin: August, 2011.
MONTESQUIEU, C.-L. de S. *Lo spirito delle leggi*. Milano: Bur, v. I, 2004 [1748].
OPITZ, S. *An der Grenze des Rechts:* Inklusion/Exklusion im Zeichen der Sicherheit. Weilerswist: Velbrück, 2012.
SAID, E. W. *Orientalism*. London: Penguin Books, 2003 [1978].
SANTOS, B. S. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: IIDS, 2010.
_____. "La sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias: para una ecología de saberes". In: SANTOS, B. S. *Renovar la teoría crítica y reinventar la amancipación social*. Buenos Aires: Clacso, 2006.
_____. *Toward a new common sense:* Law, science, and politics in the paradigmatic transition. London: Routledge, 1995.
_____."The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in pasargada". *Law & Society Review*, n. 12, p. 5-126, 1977.
SANTOS, T. "A teoria da dependência: um balanço histórico e teórico". In: SEGRERA, Francisco L. *Los retos de la globalización – Ensayos en homenaje a Theotônio dos Santos*. Caracas: Unesco, v. 1, 1998.
STÄHELI, U. *Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie*. Weilerswist: Velbrück, 2000.
VILLAS BÔAS FILHO, O. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Guilherme Leite Gonçalves

Rio de Janeiro – RJ – Brasil
guilherme.leite@uerj.br

Professor de Sociologia do Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

RECIBIDO 28.10.2014 | APROBADO 24.06.2015

NACIONALISMOS Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES EN EL TERRITORIO ARGENTINO: EL CASO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Anahí Patricia González

NATIONALISMS AND RIGHTS OF INTERNATIONAL MIGRANTS IN THE ARGENTINE TERRITORY: THE CASE OF THE AUTONOMOUS CITY OF BUENOS AIRES

RESUMEN

Este artículo aborda el tema del reconocimiento y el acceso a los derechos de los migrantes internacionales que habitan en Argentina. Específicamente, se analiza las decisiones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ Baires) respecto al derecho al trabajo y al ejercicio de la docencia de maestros extranjeros. Se efectúa el análisis desde una perspectiva sociológica, ya que se ha focalizado en las representaciones sociales que se pueden rastrear en la sentencia. En suma, se ha logrado evidenciar que la mirada de la mayoría de los jueces intervinientes en el caso se encuentra cargada de elementos nacionalistas (de tipo culturalista y constitucionalista), que obstaculizan garantizar el acceso de los migrantes internacionales al derecho en cuestión.

PALABRAS CLAVE

Migrantes; derechos; Argentina; representaciones sociales; nacionalismo.

ABSTRACT

This article discusses the issue of recognition and access to the rights of international migrants living in Argentina. Specifically, it discusses the judicial decisions of the Superior Court of Justice of the Autonomous City of Buenos Aires (TSJ Baires) with regard to the right to work and exercise of the teaching of foreign teachers. The analysis is carried out from a sociological perspective, since it has been focused on the social representations that can be tracked in the sentence. In short, it has achieved to demonstrate that the look of the majority of the judges interveners in the case is loaded with nationalistic elements (of type culturalist and constitutionalist) that prevents to guarantee the access of the international migrants to the right in question.

KEYWORDS

Migrants; rights; Argentina; social representations; nationalism.

Introducción

Las migraciones no son un fenómeno nuevo para Argentina. Ya a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX se producen las olas migratorias de mayor envergadura,

fundamentalmente provenientes de Europa, en particular italianos y españoles (DEVOTO, 2003, p. 247). Paulatinamente, estas migraciones fueron dejando lugar a las regionales. Así, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se modifica la cantidad y el origen de los migrantes internacionales que arriban al territorio, manteniéndose, en el tiempo, el aumento numérico progresivo de extranjeros de países limítrofes frente a los de países extrarregionales. Con todo, el porcentaje de migrantes históricamente, nunca ha superado el 5%, en relación a la población total.

Particularmente, a partir de la década del noventa, se profundizan los procesos de concentración de la riqueza a consecuencia de medidas (tales como la privatización de sectores fundamentales de la economía y la desregulación de los mercados) que afectarían la estructura productiva y social del país, trayendo consigo altos niveles de desempleo, marginalidad, exclusión y fragmentación social (PUCCIARELLI, 1999, p. 29-38). En este escenario, surgieron, desde diversos espacios, discursos discriminatorios que culpabilizaban de todos los "males" de la sociedad argentina a los extranjeros. Estos discursos, que se reproducían desde instancias gubernamentales, sindicatos, partidos políticos, medios masivos de comunicación, etc., obtuvieron un amplio consenso en la sociedad y permitieron que las causas estructurales asociadas con aquel específico modo de acumulación, que se desarrollaba, quedaran ocultas (GONZÁLEZ; PLOTNIK, 2011, p. 35).

Con el correr de los años, luego del gobierno y la caída posterior del mandato del presidente Fernando de la Rúa en el 2001, comienza un proceso de reconfiguración económica y social del país. En materia migratoria, empieza a atenuarse, al menos desde instancias gubernamentales, aquel discurso que culpabilizaba al extranjero de los altos niveles de desempleo y de la inseguridad, entre otros tantos flagelos sociales. Por otra parte, a nivel normativo, se produce un hecho fundamental. En el año 2003 se deroga la denominada "Ley Videla" que, sancionada durante la Dictadura Militar, regía las cuestiones ligadas al derecho migratorio. Dicha norma, atravesada por la Doctrina de Seguridad Nacional, negaba una serie de derechos a los migrantes y, al tiempo que incentivaba la llegada de la inmigración europea, establecía disposiciones restrictivas para los migrantes de países limítrofes. En ese marco, una de las herencias de dicha ley, aun luego de muchos años del retorno de la democracia, sería la potestad de las fuerzas represivas para detener a cualquier migrante que no tuviera documentación sin ningún tipo de intervención judicial, incumpliéndose así garantías básicas del Estado de Derecho. Asimismo, el Ministerio del Interior estaba facultado para expulsar a todo extranjero "cualquiera [que] sea su situación de residencia" cuando fuere condenado por juez argentino por delito doloso con pena mayor de 5 años o realizare en el país o en el extranjero actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público.

Finalmente, la "Ley Videla" será reemplazada en el 2004 por la Ley n. 25 871. Imbuida por una perspectiva de Derechos Humanos, la norma reconoce una serie de

derechos fundamentales a los extranjeros. Ahora bien, este cambio de normativa debe ser considerado como un punto de partida interesante para la discusión acerca de los derechos de los migrantes. No obstante, el trabajo de litigio y de concientización acerca de la ley, que se encuentra aún en proceso, es fundamental. Es en este sentido que el análisis de las representaciones[1] de diversos actores sociales, sobre todo de aquellos que forman parte del Poder Judicial como institución estatal, resulta primordial. En consonancia con este planteo, se analizan las representaciones que se evidencian en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el nombre de la ciudad se abreviará: CABA).

Por ello, si bien este inciso fue finalmente derogado por medios legislativos, no ha sido objetivo del presente artículo el análisis de dicha resolución, ya que el objeto de investigación lo constituyen las representaciones del poder judicial, específicamente las del Tribunal Superior de Justicia de la CABA. No obstante, puede decirse que "… las razones de los votos que conformaron la minoría devinieron en el debate ampliado las que justificaron la modificación de estatuto impugnado." (CLÉRICO; SCHVARTZMAN, 2007, p. 368).

En suma, el caso[2] a analizar en el presente artículo se trata de un pedido de declaración de inconstitucionalidad del artículo 1° inciso "a" de la Ley 668, que establecía ser argentino como requisito para ingresar a la docencia en la CABA. El Gobierno de la Ciudad, al contestar la demanda, expone que los fines que persigue la normativa cuestionada, remite a que la tarea docente en el ámbito de la educación pública debe ser un lugar de transmisión de la identidad nacional, siendo los maestros argentinos los encargados de llevarla a cabo. Por este motivo, los extranjeros —en su calidad de nacidos fuera de la comunidad nacional— no serían idóneos. La Asociación por los Derechos Civiles[3] (ADC) lleva adelante un pedido de inconstitucionalidad del inciso de la ley, alegando que viola el "principio de igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado por razones de nacionalidad".[4]

En el caso se establece, como dice Bourdieu (2000, p. 185), un "conflicto reglado entre partes". En la sentencia[5] se relatan cada una de las posiciones y se establece una disputa argumentativa entre los involucrados. La sentencia, cuyos tramos se analizarán en clave de *representaciones sociales*[6], es la emitida por los jueces del Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Son varias las subdimensiones sobre las que se indagará, pero que pueden resumirse en el análisis bajo la categoría de representaciones sobre el *nacionalismo* (entendiendo por tal la ideología del Estado nación) en sus dos versiones: *culturalistas* y *constitucionalistas*. Estas categorías de análisis han sido tomadas de Terán (2008, p. 121), quien define que "…el nacionalismo culturalista dice que ser argentino o lo que fuere es identificarse con un conjunto de pautas culturales (tales como la lengua, ciertos símbolos, usos y costumbres presentes y pasados, cierto «tipo nacional»)" mientras que el nacionalismo constitucionalista "… dice que la identidad nacional se define por pertenecer y adscribir a un mismo conjunto de

leyes fundamentales…", por ejemplo la Constitución Argentina. El análisis del caso procura visibilizar las marcas o "huellas históricas" (COHEN, 2009, p. 12) que aún persisten en los imaginarios actuales acerca de la identidad nacional argentina y su vinculación con las limitaciones al reconocimiento de los migrantes como sujetos titulares de derechos. En este sentido, al evidenciar, en los argumentos de los jueces, las representaciones sociales excluyentes, se pretende señalar la gravedad que este tipo de sentencias supone para el principio de progresividad en materia de derechos humanos.

Los argumentos de los jueces hacen referencia cada una de las dimensiones mencionadas anteriormente. Con fines expositivos, el artículo se estructura del siguiente modo. En primer lugar, se realizan algunas especificaciones teórico-metodológicas. Luego, a modo de contextualización, se presentan brevemente un mapeo de la jurisprudencia sobre derechos de los migrantes en Argentina y una mención a la legislación migratoria actual. A continuación, se analiza el contenido del fallo. Se empezará desglosando los fundamentos "nacional-culturalistas" y la relación entre la idoneidad para ejercer el cargo de docente de primaria y la pertenencia nacional para luego continuar con los argumentos vinculados al nacionalismo-constitucionalismo. Finalmente, se presentan algunas palabras de cierre.

1 Estrategia teórico-metodológica

El análisis de este caso se desprende de una investigación de mayor envergadura, cuyo objetivo ha sido indagar acerca de las representaciones sociales y el desempeño institucional del sistema judicial del ámbito de la CABA con relación a los derechos humanos de los migrantes internacionales llegados a nuestro país a partir de la segunda mitad del siglo XX. Este caso se seleccionó por considerarse paradigmático, ya que, en la sentencia se hace referencia a un derecho fundamental, como lo es el derecho al trabajo, por su pretensión de generalidad, al tratarse de un pedido de inconstitucionalidad, y las representaciones sociales sobre los migrantes, en relación con la identidad nacional, lo que puede evidenciarse, dada la riqueza de los argumentos de los jueces que fallan. De este modo:

> La selección del caso [no] se realiza por azar como en los métodos estadísticos, porque se parte de la no equivalencia entre los casos, que se destaca a través de la propuesta orientada a la comprensión de la especificidad de cada caso. El proceso de selección está basado en criterios teóricos, en experiencias de observación y en las expectativas depositadas en la unidad seleccionada, en términos de su potencialidad para proveer una base empírica relevante para la interpretación y comprensión del fenómeno estudiado. (ARCHENTI, 2007, p. 246)

En términos generales, este caso se presenta en la jurisprudencia consultada sobre derechos de migrantes en el país, se cita en documentos y artículos de juristas y/o académicos y también se menciona en oportunidad de entrevistas realizadas a "informantes claves", a los que se ha consultado, por las características regresivas del fallo en cuanto al reconocimiento de derechos de los extranjeros. De esta manera, haciendo nuestras las palabras de Clérico y Schvartzman (2007, p. 345):

> Cuando podíamos sostener que el acceso a la docencia pública y privada en el nivel básico y medio de los extranjeros residentes en el país formaba parte de un derecho amparado por la igualdad consagrada en la Constitución Nacional, irrumpe el fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires sobre la constitucionalidad del Estatuto Docente Municipal que exige el requisito de nacionalidad argentina para el ingreso o reingreso a la docencia.

Asimismo, analizar un caso a través de sentencias adquiere relevancia porque en Argentina los juicios orales son escasos, lo que sitúa los fallos como entre los medios centrales por los cuales la comunidad jurídica se comunica entre sí y con la sociedad en su conjunto.

Para el análisis de la sentencia y de las representaciones sociales presentes en la misma, se realizó inicialmente una codificación abierta según la metodología de Strauss y Corbin (2002) para estimular el descubrimiento de categorías, propiedades y dimensiones de análisis. Luego, se utilizó el programa Atlas Ti, de modo de llevar a cabo una codificación selectiva en la búsqueda de un proceso de reducción de categorías, facilitando así el entrelazamiento de codificación-grillado, el análisis de contenido de los discursos y la interpretación de la información obtenida.

La hipótesis central, que subyace al análisis del caso, es que existe una representación social diferencial, entre los miembros del sistema judicial, acerca del reconocimiento y el acceso universal a los Derechos Humanos que migrantes internacionales, por un lado, y nativos, por el otro, deberían tener. La misma se sustenta en que se considera cuando menos *pensable* establecer algún tipo de distinción entre extranjeros y nacionales, contradiciéndose así los principios de universalidad e integrabilidad de los derechos humanos.

De esta hipótesis se desprenden las siguientes preguntas problema: ¿Cómo se vincula el sistema judicial con las poblaciones migrantes internacionales recientes? ¿Cuáles son las representaciones sociales sobre los migrantes que componen la mirada que el sistema judicial tiene sobre aquellos? Teniendo en cuenta esa mirada: ¿Cuál es el grado en que los derechos humanos de las personas migrantes son justiciables? ¿Cómo inciden en las garantías para el acceso real de los migrantes a la justicia? ¿Cuáles serían los obstáculos que dichas representaciones sociales pueden significar para

que efectivamente se den esas garantías? ¿Qué rol le compete al sistema judicial? ¿Cómo se ve reflejado en las representaciones sociales de los miembros del poder judicial? ¿Y en su accionar? ¿Qué idea de igualdad y de derechos humanos persiste? ¿Cuáles son las contradicciones del sistema judicial, del propio Estado y del modo como está organizada la comunidad política estatal nacional, frente a la retórica de la universalidad de los derechos humanos?

2 Algunas referencias a la jurisprudencia sobre derechos de migrantes en Argentina

Existen una serie de casos paradigmáticos sobre derechos de migrantes, tales como: Repetto, Calvo, Gottschau, Hooft y Reyes Aguilera. Estos casos, que forman parte de antecedentes importantes en materia de reconocimiento de derechos de extranjeros, llegaron a la Corte Suprema de Justicia, la cual entendió que las distinciones empleadas eran categorías sospechosas de discriminación. En estos casos se aplicó el "test de razonabilidad estricto" que supone que "…el fin de la medida (de distinción) sea legítimo e importante pero además imperioso" (DULITZKY, 2007, p. 20).

El primer antecedente es el fallo de "Repetto c/ Provincia de Buenos Aires", en el que se debatía la validez de una norma que establecía que se debía ser nacional para ejercer un cargo docente en un jardín privado. En los fundamentos del fallo se presume la inconstitucionalidad de la norma en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Nacional, que establece que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos del ciudadano. Luego, vendrían otros casos en los que también se discutía acerca de la igualdad entre nacionales y extranjeros. En el caso "Calvo y Pesini", se cuestionaba una norma de la Provincia de Córdoba que exigía la nacionalidad argentina para un cargo de psicóloga en un hospital público. Dejando de lado el criterio de mera razonabilidad y aplicando el más estricto, la justicia decidió que el Estado no había logrado fundamentar fuertemente las razones para la distinción, declarándose la norma como inconstitucional. En el caso "Hooft" también se aplicó el test y se declaró inconstitucional el artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que exigía ser argentino o hijo de argentino para acceder al cargo de juez de cámara. También vinculado a un cargo judicial (en este caso, secretario de Primera Instancia) se requería la nacionalidad argentina. Retomando el test aplicado en Hooft, la Corte Suprema exigió al Estado que justificara rigurosamente los motivos de la distinción. Los estándares de estos dos últimos casos fueron aplicados luego al caso "Mantecón Valdés", en el que se discutía la distinción de nacional como criterio para concursar al cargo de auxiliar en la Biblioteca de la Corte Suprema de la Nación. Finalmente, en el caso Reyes Aguilera, en el que una niña de nacionalidad boliviana solicitaba una pensión por invalidez, dos de los jueces dictaminaron la inconstitucionalidad de la norma en cuestión,

aplicaron un criterio estricto de igualdad e invirtieron el cargo de la prueba hacia el Estado.[7]

De este modo, estos casos fueron marcando una tendencia hacia una mayor exigencia y fundamentación respecto a los motivos para el establecimiento de distinciones entre extranjeros y nacionales en normas como las reseñadas. Es así, que Clérico, Ronconi y Aldao sostienen que se viene produciendo un cambio de paradigma (en el que la nacionalidad es un criterio de clasificación prohibido y que implica la aplicación de un examen estricto de igualdad) que "... ha permitido reconocer derechos principalmente a aquellas personas que no solo padecen una discriminación por la nacionalidad sino también, principalmente, a los migrantes y otros grupos que padecen una situación de desventaja estructural" (CLÉRICO, RONCONI y ALDAO, 2013, p. 128). En el marco de esta tendencia, el resultado del caso aquí presentado se aleja de aquellos precedentes.

Por otro lado, a modo de contextualización, debe decirse que, en Argentina, desde la reforma de la Constitución de 1994, se han reconocido una serie de derechos humanos y se han incorporado un cúmulo de tratados internacionales al texto normativo. Sin embargo, esta "constitucionalización de los derechos" ha sido paralela a un proceso de deterioro en el cumplimiento de los mismos, producto del desmantelamiento, por la vía legislativa, de prestaciones sociales universales y otros derechos laborales que históricamente habían sido reconocidos en nuestro país. Este doble proceso, de carácter esquizofrénico, generó un escenario en el que las leyes reconocían de manera progresiva y universal todos los derechos humanos, al tiempo que su incumplimiento se volvía casi una política de Estado. Frente a esta situación se instaló el concepto de "judicialización de la política social", que se refería a una creciente participación por parte del sistema judicial —dado que ciertos sujetos y grupos comenzaron a tomar el recurso judicial como una herramienta más para la defensa de sus derechos— en la resolución de casos sobre derechos económicos, sociales y culturales (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p. II). Así, hacia los años 80 y, fundamentalmente, en los 90, este tipo de "soluciones" a través del sistema judicial, comienza a proliferar.

Teniendo en consideración este rol central del poder judicial y que la aplicación de un criterio de igualdad más o menos exigente en relación con los extranjeros, como también la consideración acerca de si el legislador o el Estado logra presentar razones imperativas para que la distinción aplicada sea o no constitucional, siguen siendo decisiones de los magistrados, nuevamente, adquiere importancia el análisis del presente caso, desde una perspectiva que incluya las representaciones sociales de los miembros del sistema judicial. En tanto la sentencia va a contramarcha de los precedentes reseñados más arriba, suponiendo un retroceso en la consecución de construir una sociedad que incluya a los extranjeros en condiciones de igualdad con los nativos, indagar acerca de los argumentos de este tipo de planteamientos resulta imperativo para que el criterio de universalidad de los derechos humanos no quede reducido a una simple declaración de intenciones.

3 La institución escolar y la función de transmisión de la "cultura nacional"

Cinco son los jueces que fallan en el caso. Dos de ellos lo hacen a favor del pedido de inconstitucionalidad del inciso y tres en contra del mismo. Los primeros afirman que las razones de la distinción son discriminatorias y que el Estado no logra argumentar por qué resulta necesaria la misma a los efectos de que se cumpla un "fin estatal imperioso". Cuando se aplica este criterio estricto de igualdad, es el Estado el que debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo. No es suficiente, entonces, con señalar la licitud del fin a alcanzar, sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una clasificación sospechosa para cumplir esos fines. Así, desde la perspectiva de los jueces que fallan a favor de declarar inconstitucional el inciso de la norma, el argumento de la necesidad de ser argentino no puede sostenerse.

> a) la actora ha demostrado cabalmente el empleo por parte de la legislación local de una de las "clasificaciones sospechosas" señaladas por el art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires [en adelante: CCBA], en el caso, la nacionalidad;
> b) el Estado, a su turno, no ha logrado justificar la necesidad del empleo de esta clasificación para efectuar una distinción de trato que, en este caso, excluye a un grupo de personas —los extranjeros— de la posibilidad de ingresar o reingresar a la docencia, excepto i) en el área de educación superior y ii) en el supuesto de que "razones de idoneidad así lo requieran, debiéndose fundamentar tal circunstancia en el acto de designación" (ley n° 668, art. 1°) en cuyo caso el aspirante deberá acreditar otros cuatro extremos —aquí no reproducidos—, exigidos por la norma en crisis;
> c) las razones alegadas por el Estado, excesivamente genéricas a veces, implausibles otras (que, incluso, agravan el carácter arbitrariamente discriminatorio de la norma impugnada), no logran demostrar que la distinción resulte necesaria, tan siquiera adecuada, para alcanzar un fin legítimo. Vagamente se esgrimen razones vinculadas con una supuesta "incapacidad de absorción de elementos axiológicos" por parte de los extranjeros, los cuales hacen a una idiosincrasia nacional, transmitida sólo por quienes están imbuidos de tales elementos telúricos, imprescindibles para enseñar, por caso, un teorema matemático. ¿Cuál es la relación entre estas especulaciones, que contrarían al menos tres normas constitucionales de nuestro país e incontables disposiciones internacionales que obligan a nuestro Estado, por un lado, y la exigencia de idoneidad pedagógica, que debería ser el tema excluyente de debate entre la actora y el Gobierno local, por otro?

> De igual modo, el propio régimen jurídico de la función docente descalifica el empleo del supuesto "argumento de la idiosincrasia". En efecto, de acuerdo con el régimen vigente, las funciones para las cuales se les impide concursar a los extranjeros para cargos en la crucial función docente, por considerárselos, por así decir, "biográficamente inhábiles", son ejecutadas por personas que concursaron, claro está, sin tener que dar cuenta de su sostenida convicción íntima en tanto "ser argentino" … puede advertirse claramente que el argumento de la necesidad de ser argentino ni siquiera puede sostenerse a la luz del régimen jurídico vigente. […].
> Esta pretendida fundamentación no sólo es pobre y confusa, sino que, al igual que el texto de la norma impugnada, resulta (como destaca la parte actora a fs. 26), "una típica generalización esteriotipada (sic) y discriminatoria de los extranjeros, en tanto se les atribuye en forma genérica y especulativa, la capacidad de 'contaminar' las mentes de los alumnos de las áreas de educación distintas a (sic) la superior, lo cual resulta claramente inadmisible a la luz de la jurisprudencia reseñada" (fs. 26). (Párrafos de la sentencia Asociación por los Derechos Civiles (ADC) *vs.* Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad del 31 de marzo de 2005. En adelante ADC *vs.* GCBA)

En suma, en el caso de las juezas que evaluaron que el pedido de inconstitucionalidad era acertado, los argumentos para fundamentar el fallo remitían a considerar sospechosas las normas que clasifican y definen la idoneidad para el cargo en función de la nacionalidad de la persona. Así, estas juezas recurren, entre sus fundamentos centrales, a la prohibición de distinción que establecen los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires para él, así como la no exigencia de adquirir la ciudadanía. Asimismo, una de ellas toma del Derecho Internacional la prohibición de discriminación por nacionalidad. La otra jueza que conforma la minoría fundamenta la presunción de categoría sospechosa, fundamentalmente, a partir de que el Estado no logra demostrar que la distinción para el ingreso a la docencia por nacionalidad estuviera justificada. De este modo, plantea que los motivos por los cuales se considera que los extranjeros no son idóneos para el cargo poseen un nivel de abstracción que los convierte en inadmisibles y absurdos:

> Lo que no puede dejar de advertirse es la autocontradicción en que se incurre cuando son expuestos —según le corresponde por obligación al GCBA— los propósitos "de interés superlativo" por los que la norma en crisis discrimina a los extranjeros en la materia que la ley n° 668 procura regular. En efecto, no se requiere demasiado para advertir el hiato en el razonamiento que se configura si se afirma, por un lado, que "resulta

> irrazonable e intrusivo exigir un comportamiento enraizado en las convicciones más íntimas del ser humano a quien por no ser argentino, habilita palmariamente una presunción en contra de la posesión de las mismas en su carácter de foráneo" y, por otro, que tal imposibilidad empírica de verse dotado de tales "íntimas convicciones" puede ser rápidamente subsanada, por un trámite absolutamente burocrático, merced a la decisión de naturalizarse argentino/a, procedimiento que, además, comporta "un trámite sencillo". Todas estas aseveraciones, su carácter contradictorio y hasta absurdo en el intento de ocultar motivaciones discriminatorias que se presumen a menos que se brinden las plausibles explicaciones del caso… (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

De este modo, se hizo alusión a lo inconsistentes que resultaban los argumentos, que remitían a la defensa de la identidad nacional, la idiosincrasia y los valores nacionales del Estado, para negar el acceso a un cargo docente en las escuelas públicas. Al contrario, se advertirá cómo esos mismos argumentos sí resultaron razonables para los jueces que fallaron a favor de la constitucionalidad del inciso de la ley en cuestión.

Asimismo, desde la postura minoritaria se rechaza todo elemento vinculado a la idiosincrasia o a una visión esencialista de la identidad que inhabilitaría a los docentes extranjeros a ejercer un cargo de maestro de primaria. Del mismo modo, si bien se recurre a la Constitución Nacional y los artículos que reconocen la igualdad entre nativos y extranjeros, son mencionados por una de las jueces también normativas internacionales. Estos pactos y tratados de carácter internacional son los incorporados en el reforma de 1994.

Por otra parte, en los fundamentos de los jueces (la mayoría) que sostienen la constitucionalidad del inciso de la norma, pueden evidenciarse argumentos del tipo de "nacionalismo culturalista". El análisis de esta sentencia permite ver el ideario y las funciones que en parte del sistema judicial se le atribuyen a la escuela como institución estatal y su relación con la presencia de migrantes. Históricamente, la institución escolar ha cumplido un rol fundamental en el proceso de constitución de la identidad nacional. Los docentes llevarían adelante en la escuela pública normal la "misión nacionalizadora", ya que allí confluirían los niños de las más diversas extracciones sociales. Ya fuesen nativos, migrantes, nativos hijos de migrantes o de nativos, se "encontrarían" a los efectos de aprender a leer y escribir, adquirir conocimientos de las diversas ciencias, pero también valores, imaginarios, un sentimiento de pertenencia nacional, de patriotismo, de semejanza. Se trataría de homogeneizar a una población, de normalizar a una masa de futuros ciudadanos. Este rol, que se le encomienda a los docentes en la época de la formación de los Estados nacionales, iría acompañado por un imaginario acerca de cómo debería ser ese docente. Muchos de los elementos de ese imaginario parecieran persistir en lo dicho por los jueces en esta

causa, ya que asocian la idoneidad con la capacidad de los docentes de transmitir los "ideales nacionales".

> El Estado considera que los niños que se encuentran en determinada edad escolar y concurren a las escuelas públicas deben formarse con maestros que deben reunir, entre otros requisitos de idoneidad, el de la nacionalidad argentina. ¿Por qué? La misma ordenanza lo explicita en su art. 6°, inc. b). En este punto, también cabe mencionar lo expresado hace más de un siglo por el prestigioso publicista ya citado cuando dijo: "En toda nación libre la escuela debe realizar estos tres conceptos: crear su cultura humana, encaminarla a fortalecer y perpetuar la nacionalidad, y hacer al pueblo capaz de gobernarse por sí mismo y realizar con verdad los propósitos generales y especiales de la Constitución. (Joaquín *vs.* González, p. 175 en Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

A razón de estas referencias al pasado, se hará un breve paréntesis para mencionar algunos procesos que definieron la conformación de la escuela como institución en Argentina y que resuenan aun hoy en la misma.

Bertoni (2007, p. 43) plantea que la "cuestión nacional" no era la preocupación inicial en las escuelas, sino que ella iría apareciendo gradualmente. A fines de 1870 y comienzo de 1880 urgía con mayor apremio resolver la cuestión de cómo enseñar sin contar con la cantidad necesaria de maestros facultados ni la capacidad edilicia requerida. Esos fueron los primeros objetivos del Estado en relación con la educación. Recién hacia 1887 se percibe un "...movimiento renovador en el Colegio Nacional de Educación, que coincide con el auge de la preocupación por la nacionalidad y la manifestación del entusiasmo patriótico" (BERTONI, 2007, p. 45). Esta referencia a la preocupación, en general, por la nacionalidad es una muestra de cómo la escuela, en tanto institución, no puede ser vista por fuera del Estado y del campo social en general. Así, la escuela refleja los acontecimientos sociales y objetivos del estado nacional. En vistas de este «propósito nacionalizador» "... se destacaron los contenidos nacionales en los nuevos planes y programas y se estableció la selección y autorización periódica de los libros de texto; se otorgó mayor importancia a la enseñanza de la historia patria y a la realización de actos escolares, y se procuró que la actividades escolares trascendieran hacia la sociedad en ocasión de las fiestas patrias" (BERTONI, 2007, p. 45). Continuaban siendo, para ese momento, problemas centrales la escasez de maestros bien formados, la reducida matrícula y el ausentismo de los estudiantes. Era necesaria la presencia de los niños en las escuelas para generar el sentimiento de pertenencia a la patria. A ello se sumaba la existencia de las escuelas de extranjeros (de italianos, españoles, alemanes), en las que se inculcaba el sentimiento hacia otro terruño y que competían con la "escuelas comunes",

como se las llamaba. Así, el objetivo principal sería crear un sistema que estuviera regido por lo dictaminado por el Estado nacional.

Ya hacia los años finales del siglo XIX podía leerse, en la declaración del director de la Escuela Normal de Profesores de Buenos Aires, la advertencia a los maestros acerca de que el alumno "vendrá, en una palabra, con la cabeza, con el corazón y hasta con el estómago italiano" y la escuela debía ser, por ello, el lugar donde se despertara el sentimiento patriótico, "en la República Argentina, más que en cualquier país de la tierra, la educación debe tener un propósito nacional" (BERTONI, 2007, p. 119).

En suma, se trataba de "moldear" las personalidades de los niños, "contaminados" por los idiomas, costumbres y sentimientos patrióticos que aprendían en sus hogares. De modo tal, que no serán solo contenidos conceptuales y destrezas las que se impartirían sino también valores nacionales, cuasi morales. Como plantea Feldfeber (1996, p. 8): "La educación moral se convertiría en el objetivo principal de la escuela pública, junto a los ramos instrumentales y aquellos conocimientos mínimos que acrediten a cada individuo como 'ciudadano' de la Nación".

Retomando ahora el análisis del fallo, en vinculación con la dimensión que asocia idoneidad e identidad nacional, puede verse que se realza la importancia que la escuela cumple en la conformación del sentimiento nacional y el interés que en el mismo tiene el Estado. En ese objetivo los docentes son los principales transmisores de contenidos vinculados a la recreación del sentir nacional.

> Que los docentes del 'preprimario' y 'primario' trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible, y que sus personalidades (no sus meras apariencias) se convierten en modelos de identificación de los niños y los estampan significativamente en su futuro comportamiento social... También es verdad que el Estado tiene en la educación un interés vital. (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

> ...en buena parte de sus supuestos, el de los maestros de escuela primaria, el docente es un conductor único de la enseñanza en el grado, de manera que si la nacionalidad es significativa para la transmisión del mensaje, naturalmente es también justificado que sea ella exigida al único transmisor: el maestro. En el caso de los docentes del área de Educación Superior, la situación es algo menos intensa. Mientras el compromiso que la ciudadanía implica puede estimarse relacionado con la enseñanza de la historia, es difícil verlo en el supuesto de la de matemáticas. Sin embargo, es admisible que el legislador vea en todo educador, en mayor o menor grado, un *líder espiritual*... (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

Las instituciones estatales son las encargadas de crear y reactualizar continuamente el "compromiso con la comunidad nacional" de todos sus miembros (BALIBAR, 1991, p. 152; 2005, p. 61). Para lograr su eficacia ese relato histórico recreado debe ser además invisible. En esa labor los docentes y la escuela cumplen un rol fundamental, ya que allí los docentes imponen una "visión del mundo" que aparece como natural. La idea de Nación se ancla en una doble ilusión: de proyecto y de destino (BALIBAR, 1991, p. 136) que comparten los miembros de la comunidad nacional. Pero para la generación de esta identidad, que es transindividual, es preciso un proceso de identificación. Allí es cuando la escuela actúa como regeneradora de sentimientos tales como; el patriotismo, la idea de una "etnicidad ficticia", de valores comunes compartidos "desde siempre": "*...toda comunidad social, reproducida mediante el funcionamiento de instituciones, es imaginaria*, es decir reposa sobre la proyección de la existencia individual en la trama de una relato colectivo, en el reconocimiento de un nombre común y en las tradiciones vividas como restos de un pasado inmemorial [...]". Esto viene a significar que *sólo las comunidades imaginarias son reales, cuando se dan determinadas condiciones"* (BALIBAR, 1991, p. 145). En suma, en este proceso transindividual de creación de identidad, las instituciones (escuela, justicia, ejército, etc.) reducen la multiplicidad y complejidad de identidades, jerarquizándolas y colocando a la identidad nacional como una de las principales.

> El requisito de la nacionalidad, por sí solo, no convierte a una persona en idónea para cumplir con los deberes que las leyes de educación le imponen —aptitudes que deberán ser apreciadas, en cada caso, por la autoridad administrativa correspondiente—, pero *sí permite suponer, en ese individuo que posee la nacionalidad, un mayor compromiso con la comunidad que lo recibe. Es por ello que resulta razonable el requisito de nacionalidad establecido en la normativa en cuestión*. (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)
>
> ... Es a todas luces evidente que quien es habitante de la Nación, pero no adopta la nacionalidad argentina no obstante tener abierta esa posibilidad, está en una situación en que le resulta difícil ser convincente en la tarea de inducir el compromiso del alumno con la sociedad argentina. Ello no significa forzar al habitante extranjero a naturalizarse, ni por imperio de la ley ni de la presión económica, puesto que tiene muchos modos de ejercer su profesión sin acudir al empleo público. La categoría con que el legislador ha buscado distinguir entre quienes tienen el compromiso con la idea transmitida y quienes no lo tienen es una categoría que recorta estrictamente el universo de quienes pueden predicar con el ejemplo. (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

De esta manera, solo los miembros de la comunidad nacional pueden "predicar con el ejemplo". La idea de pertenencia rememora a lo dicho por Anderson (2002, p. 23)

en relación a la cuestión de la Nación y a los mecanismos de creación y recreación de la comunidad nacional. Entre sus ideas fundamentales se encuentran que la nación y/o el nacionalismo son "artefactos culturales" de una clase particular creados a fines del siglo XVIII y define a la Nación como "...una comunidad política imaginada como inherentemente limitada y soberana. Es imaginada porque en la mente de cada uno vive la imagen de la comunión", aunque nunca lleguen a conocerse entre sí cada uno de sus miembros. Es limitada porque tienen fronteras finitas, aunque elásticas: "...ninguna Nación se imagina con las dimensiones de la humanidad". Es soberana porque se basa en un Estado Soberano nacido en la época en que la Revolución Ilustrada que echó por tierra la legitimidad del "reino dinástico jerárquico divinamente ordenado". Es una comunidad porque se concibe como un "compañerismo profundo, horizontal" más allá, y a pesar, de las desigualdades que pudieran existir.

Es decir, en cuanto comunidad limitada resulta inclusiva pero también excluyente. A ello se refiere Terrén (2003, p. 134) cuando postula la paradoja de la notridad, de Alexander, para explicar la producción de solidaridad social de un grupo determinado. De manera que la imagen de Nación habilita la delimitación de fronteras, no solo materiales, sino también simbólicas (BALIBAR, 2005, p. 77-86). En este caso, el docente extranjero representa aquel que no porta los valores que deberían transmitirse a los futuros ciudadanos de la Nación. Encarna al forastero de Schütz, aquel ser que posee pautas culturales (usos y costumbres, leyes, hábitos, modas) diferentes a las de la sociedad receptora.

¿Cómo puede mesurarse el compromiso con los valores nacionales? Más aún: ¿Cuáles serían esos valores nacionales que deberían transmitirse y protegerse de una eventual contaminación exógena de docentes extranjeros? Puede decirse que una visión estática de la identidad nacional atraviesa estas ideas. Esta mirada supone una doble ilusión: de proyecto y de destino. Que se basa en creer que, de generación en generación, se transmite una especie de sustancia o sustrato invariable y en la creencia que esa evolución que compartimos es la única que podría acontecer (BALIBAR, 1991, p. 135).

La *extranjeridad*[8] del docente migrante estaría dada por conservar formas de pensar y de actuar esencialmente diferentes a las "nuestras". Dicho docente posee otro esquema de pensamiento para manejarse en el "mundo de la vida", en la cotidianeidad. Ahora bien, como se ha planteado anteriormente, el modo como los nativos nos representamos a los "otros" extranjeros, es decir, nuestras representaciones sociales, si bien suponen la clasificación y clasificación, no siempre debe ser excluyente. Ello sucede cuando opera además un proceso de jerarquización. Esta jerarquización puede o no ser más evidente o puede enmascararse bajo un "multiculturalismo tolerante". En este último caso, no se niega que puedan existir otras pautas culturales que deban respetarse; pero lo mejor sería que se manifestaran solo en un espacio privado, como los hogares de cada extranjero, o incluso en escuelas privadas, pero no en las estatales. De este modo, "...la tolerancia no incluye la aceptación del valor del otro; por el contrario, es,

una vez más, aunque de manera más sutil y subterránea, la forma de reafirmar la inferioridad del otro" (BAUMAN, 1996, p. 82).

> […] El Gobierno de la Ciudad, al contestar la demanda, ha expuesto los fines que persigue la normativa cuestionada, en síntesis, que la tarea docente en el ámbito de la educación pública *"sea desempeñada por agentes educadores que resulten portadores naturales del sistema de valores, de la visión del mundo, de la condición de identidad cultural e histórica que es particularmente propia de nuestro país y que puede no serlo de otro", y destacado la importancia que tiene para ese Gobierno "…el proceso de socialización primaria, durante el cual el individuo conforma su identidad".* Señaló también las características de la sociedad postmoderna multicultural, multirracial y multiétnica, propias del mundo globalizado, en el que las identidades de los extranjeros ya no se funden con las del país receptor sino que se mantienen en forma claramente diferenciada". (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

De este modo, en la época multicultural no puede aplicarse el "exitoso" proceso de asimilación, que describimos anteriormente, propio del proceso de conformación de Estado Nacional Argentino. Ahora, el respeto por la diferencia y la particularidad del "otro" se presenta como un valor central de las sociedades plurales en las que vivimos. Al mismo tiempo, para el multiculturalismo, los extranjeros parecen ser más "obstinados" en mantener sus costumbres y prácticas culturales. Es por ello que, como sostienen diversos críticos del multiculturalismo, la tolerancia multicultural resulta ser uno de los discursos más convenientes para el orden económico y político de nuestro tiempo, ya que, al tiempo que respeta a los "otros" con sus singularidades culturales, ello permite también dos procesos complementarios de no-vinculación con el "otro": por un lado, mantenerlo a distancia, posibilitando que pueda desplegar sus atributos, costumbres y valores esencialmente diferentes y, por otro lado, no incluir en la ecuación las reivindicaciones económicas y políticas de los colectivos que conforman esa alteridad apreciada como tangencialmente disímil a "nosotros" (ZIZEK, 2008, p. 56; DÍAZ POLANCO, 2006, p. 173).

En esta misma línea, autores como Zizek problematizan categorías que suelen resonar tanto en ambientes académicos, escuelas, plataformas políticas, etc., cuando se intenta hablar de las relaciones y las condiciones en que nos vinculamos con los "otros", tales como: "tolerancia" y "respeto". Zizek (2008, p. 60), en su libro *En defensa de la intolerancia*, y en sintonía con su conceptualización del multiculturalismo liberal, sostiene que en este se tolera la otredad mientras la misma no suponga el establecimiento de relaciones reales con el otro. En ese momento la *mirada* tolerante se acaba. En términos concretos, cuando el extranjero quiere acceder a un puesto laboral, reservado por ley —en tanto imposición soberana estatal— a los nativos, es

cuando la tolerancia encuentra su límite. En ese intento por excluir al migrante se considera valorable la "cultura" del aquel, pero no para su transmisión en los espacios escolares. De este modo, el "generoso" Estado —en tanto polo dominante— determina quién es incluido y quién es excluido.

> […] tanto la Ciudad de Buenos Aires ha entendido, anticipadamente a la concreción constitucional explícita del ideario argentino en educación, que la enseñanza pública debe comprometerse en brindar a los hijos de sus vecinos una formación, a partir de recursos docentes idóneos por su nacionalidad argentina, que priorice la unidad nacional, que tienda a proteger la identidad y pluralidad cultural, que se ocupe de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y que, asimismo, tome a su cargo promover los valores democráticos (art. 75, incs. 17, primer párrafo, y 19, tercero y cuarto párrafo de la Ley Suprema). (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

Asimismo, esta manera de concebirse la diversidad implica que los discursos negativos acerca de "lo otro" también sean menos burdos y abiertos y que se recurra a la idea de la negociación entre las partes para lograr un pacto acordado. En sí misma, esta posición no sería criticable si se tuviera en cuenta que "las partes", que participan de ese diálogo suelen estar situadas en diferentes y desiguales lugares. Consecuentemente, la posibilidad de que el resultado de la negociación sea a favor de una parte o de la otra, dependerá de la fortaleza y de los capitales (económicos, simbólicos y sociales) de cada uno de los involucrados. En el caso de los migrantes internacionales y el Estado, es evidente que quien posee el mayor grado de fuerza es este último. En este sentido, es el Estado el que decide qué tolerar, o en el ejemplo aquí trabajado, quiénes pueden ocupar los cargos, diferenciando en públicos y estatales, de nivel primario, medio y universitario, qué prueba de "lealtad" se le requerirá al extranjero que quiera acceder a determinado puesto docente, etc. La asimetría de poder es evidente, así como su arbitrariedad, la cual se hace más clara cuando el extranjero se convierte casi "mágicamente" en idóneo para trasmitir los valores patrios y el sentimiento nacional al cumplir con el trámite de nacionalización, otro acto generoso, claro está, por parte del Estado para con el migrante, que le permite pasar por esa prueba de lealtad si pretende acceder a cumplir con la misión de transmisión de la identidad nacional. La cuestión de la nacionalidad (garante del compromiso) podría resolverse entonces con un trámite burocrático que compruebe el compromiso con la comunidad nacional, una especie de "rito de pasaje" a través del cual afirmaría el interés genuino del migrante en formar parte de "nosotros", de nuestra comunidad de "iguales".

> Las reflexiones precedentes, en un país decididamente generoso para otorgar a los extranjeros la naturalización con la corta residencia de dos

> años continuos en el país —tal cual lo contempla y garantiza el art. 20 de la Constitución Nacional—, convierten el requisito de la nacionalidad para la docencia oficial en algo diferente a un indebido o exorbitante privilegio para los naturales del país. No es, por lo demás, una odiosa o inequitativa discriminación con finalidad persecutoria para con los extranjeros en general, o para con una nacionalidad en particular, extranjeros a quienes, además de la posibilidad de la naturalización, se les reconocen con amplitud el derecho a trabajar y ejercer industrias lícitas, incluso la docencia en establecimientos privados. (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

Como se ha planteado, a fines del siglo XIX, la insistencia en la importancia de delimitar las fronteras geográficas iría acompañada por un proceso de nacionalización de la sociedad. Actualmente, los procesos de globalización están acompañados por otros discursos, también mencionados, que refieren al carácter cada vez más multicultural de las sociedades. Coincidiendo con lo que se sostiene en este tramo de los fundamentos de la sentencia, la globalización de capitales implicó un proceso de colonización en misma escala (ZIZEK, 2008, p. 55-56). En ese proceso se acepta con mayor displicencia la movilidad de los capitales que de las personas.

> El pensamiento idealista que expresa la frase de Sócrates que refiere al hombre como ciudadano del mundo fue perdiendo el sentido altruista primigenio, constatable por la mundialización o globalización de la posmodernidad que, descarnadamente, ha entrañado la pretensión de una dominación universal por algunos países que la proyectan en lo político, económico y cultural, bajo la disuasión de su indiscutible poderío financiero y bélico". (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

No obstante, esta consideración acerca de las consecuencias que el proceso de globalización —ciertamente deshumanizante— ha tenido no implica, necesariamente, que el mejor modo de contrarrestarlo sea la exacerbación del nacionalismo. Para que el migrante internacional se constituya en ese "otro" cultural y moralmente diferente, al que puede excluirse —por ejemplo, de un derecho laboral— debe llevarse a cabo un proceso de esencialización de las diferencias. Ese momento esencializante "... es débil porque naturaliza y deshistoriza la diferencia, y confunde lo que es histórico y cultural con lo que es natural, biológico y genético. [...] siempre que naturalizamos categorías históricas fijamos ese significado fuera de la historia, fuera del cambio, fuera de la intervención política" (HALL, 2003, s/p).

En suma, por los elementos que se han podido analizar en esta sentencia, el asunto sobre el que se trata (derechos de los migrantes al trabajo) y los argumentos ligados

a la nacionalidad como sinónimo de idoneidad, en la institución judicial, pareciera manifestarse una perspectiva sobre la globalización en la que

> … en general, se acepta la idea de que en la época contemporánea de globalización económica, el Estado se ha desligado del concepto de economía nacional. […] Sin embargo, la concepción del Estado Nacional sigue asociándose a la noción de una cultura homogénea única representativa de un pueblo específico, uniforme tanto en identidad como en historia. (STAVENHAGEN, 1994, p. 11)

Siguiendo con Stavenhagen, puede decirse que la Nación sigue siendo un referente central en la constitución identitaria, aunque a nivel de la economía mundial algunos Estados vean debilitado su accionar. Dicha persistencia identitaria se ve reforzada frente a la vulnerabilidad económica, lo que robustece la "notridad" al tiempo que refuerza las fronteras —simbólicas y materiales— con los "otros". En este sentido es que los capitales financieros son mucho mejor recibidos por las sociedades receptoras que los sujetos que migran. Al respecto, teniendo en cuenta lo dicho respecto a los procesos de fragmentación económica y social que atravesaron a la sociedad argentina, con niveles mayores o menores de exacerbación, los migrantes han cumplido el rol de "chivos emisarios". Así, aunque este tipo de discurso excluyente se presente más o menos virulento a lo largo de la historia argentina, el mismo se mantiene latente, pudiendo resurgir dependiendo de los avatares políticos y, fundamentalmente, económicos. Frente a este tipo de coyunturas, el recurso del "chivo expiatorio", encarnado en los extranjeros, y la necesidad imperiosa de fortalecer "nuestra" identidad nacional reaparecen y se aúnan en un solo discurso.

> Así, los comunes denominadores que permitieron hablar de una patria humana universal, se ven desmentidos en el campo de la realidad concreta lo que obliga a una Argentina postergada a reafirmar y defender su identidad, valiéndose del instrumento poderoso de la educación y reivindicando los valores del patriotismo. (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

Sociedades que, cada vez, pueden negar menos la existencia de diferencias; pero que, por medio de mecanismos de discriminación, señalamiento y demarcaciones, unos más sutiles que otros, profundizan procesos de exclusión en un mundo que retóricamente se presenta más tolerante e intercomunicado que nunca. Al mismo tiempo, las fronteras nacionales se manifiestan cotidianamente, en algunos países, con leyes de extranjería más restrictivas y, en casi todos, incluyen procesos cotidianos (a partir de normas, pero también de acciones, actitudes y prácticas reproducidas en diversos

ámbitos sociales) de establecimiento de fronteras materiales y simbólicas, basadas en la pertenencia nacional. Al respecto, puede leerse en la sentencia:

> El requisito de la nacionalidad argentina para quienes desempeñen la docencia en el ámbito público de la Ciudad de Buenos Aires encuentra su fundamento en razones que la Legislatura ha valorado como positivas dentro de la política de educación que le toca diseñar [...] Entre estos fundamentos, puede señalarse la transmisión de: la tradición cultural, los valores inherentes al concepto de Nación y de democracia, las formas de concientizar la pertenencia a la comunidad argentina, los conceptos patrios, de justicia y de respeto por los derechos humanos, entre otros (art. 6º, ordenanza 40.593). (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

Entre esos ámbitos que trabajan en el proceso de elaboración de fronteras simbólicas se encuentran las instituciones. Así, la institución escolar funciona hasta el día de hoy, como maquinaria creadora de ciudadanos nacionales, por medio del ejercicio de la violencia simbólica sobre el conjunto de las sucesivas generaciones, confirmándose que "[...] uno de los poderes mayores del Estado es el de producir y de imponer (principalmente por medio de la escuela) las categorías de pensamiento que aplicamos espontáneamente a cualquier cosa del mundo" (BOURDIEU, 2002, p. 1).

Hasta aquí los fundamentos que se enmarcan dentro de un "nacionalismo culturalista". Sin embargo, también es posible encontrar en la sentencia puntos que remiten a un "nacionalismo constitucionalista".

4 Alberdi, el inspirador de la Constitución Nacional Argentina

Como se ha analizado, el nacionalismo culturalista (más cercano a los fundamentos que refieren a la centralidad de la escuela como transmisora de la identidad nacional) supone la identificación con una serie de pautas culturales como la lengua, los símbolos patrios, costumbres, etc. En cambio, el nacionalismo constitucionalista e imitativo postula que "...la pertenencia a una nación se define por la adhesión a la Constitución de un país en tanto código que establece las leyes fundamentales que regulan aquellos derechos naturales y por ende universales: libertad, propiedad, seguridad, etc" (TERÁN, 2008, p. 104).

Se considera a Juan Bautista Alberdi como un miembro destacado de lo que se denominó, en la historiografía argentina, la "Generación del 37". Dicho movimiento intelectual, cuya influencia se desarrollará desde 1837 hasta aproximadamente 1880, enfatizaba la necesidad de construir una identidad nacional. Sus integrantes fueron Esteban Echeverría, Domingo Faustino Sarmiento, Juan María Gutiérrez, Vicente Fidel López, José Mármol, Félix Frías y, por supuesto, Juan Bautista Alberdi (TERÁN, 2008,

p. 61). Las obras fundamentales de éste último son: *Acción de la Europa en América*, de 1842, y *Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina*, de 1852. Según Terán, ambos nacionalismos pueden encontrarse en los discursos de la época de construcción de la Nación Argentina y Alberdi (citado recurrentemente en la sentencia) sería uno de sus representantes fundamentales. En la definición de Nación de Alberdi —en cuyas ideas y pensamientos se basa la Constitución Nacional Argentina—, no hay referencia a la idiosincrasia, no hay una preocupación por la contaminación de los valores nacionales por parte de los extranjeros. Al contrario, su propuesta inicial se orientaba al "transplante inmigratorio", que permitiría, luego de la mezcla con lo autóctono, la "mejora" del pueblo. Su visión se encuentra influenciada por el pensamiento liberal inglés, por Smith, por el individualismo y la importancia del desarrollo de patrimonio nacional, donde la riqueza es sinónimo de patria.

Alberdi será citado en ambas posturas para defender, claro está, la posición de cada una de ellas. En la de los jueces que consideraron la inconstitucionalidad, puede leerse:

> Tanto el artículo 16 como el 20 de la Constitución Nacional tienen antecedente directo en el proyecto elaborado por Juan Bautista Alberdi y explicado en sus Bases. El artículo 16 de la Constitución Nacional (en adelante CN) encuentra su paralelo en el artículo 17 del proyecto de Alberdi que dice en lo pertinente: "[T]odos son admisibles a los empleos. […] La ley civil no reconoce diferencia entre extranjeros y nacionales". A su vez, el artículo 20 CN lo reconoce en el 21 de dicho proyecto que establece: "[N]ingún extranjero es más privilegiado que otro. Todos gozan de los derechos civiles inherentes al ciudadano, y pueden comprar, vender, locar, ejercer industrias y profesiones, darse a todo trabajo, poseer toda clase de propiedades y disponer de ellas en cualquier forma; entrar y salir del país con ellas, frecuentar con sus buques puertos de la República, navegar en sus ríos y costas. (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

De este modo, se hace referencia en la sentencia a "Las Bases…" de Alberdi. Específicamente, a los artículos vinculados al derecho al trabajo del que gozarían todos los extranjeros. La perspectiva alberdiana es de índole liberal[9] en lo económico, pero no en lo político. Un sistema económico liberal era necesario sobre todo para el desarrollo nacional. Este será el objetivo que regirá lo postulado por Alberdi en todos los aspectos a los que se refiere en "*Las Bases*…", incluyendo la cuestión de los extranjeros y sus derechos. La totalidad de los postulados de Alberdi giran alrededor de la meta del impulso a la modernización. Así, la frase célebre "gobernar es poblar" se vincula con el fomento de la inmigración europea y el "transplante" de migrantes como fuerzas productivas que permitieran el desarrollo del país. El reconocimiento al acceso de puestos laborales constituiría parte de esta misma estrategia. Los valores a los

que Alberdi apela en "*Las Bases*..." son los de la individualidad, el egoísmo: "...la idea de que cada ser humano es un sujeto independiente lanzado a su autorrealización", para lo cual hay que dar garantías y derechos —principalmente, el de la propiedad privada—, que posibiliten el despliegue del accionar económico y productivo[10] (TERÁN, 2008, p. 2004). En este sentido, si bien Alberdi forma parte de aquellos que consideraron que la migración sería un aporte para el desarrollo del país, quienes debían conformar esa ola migratoria no serían migrantes cualesquiera, sino que "...el ejemplar por imitar se ciñe al continente europeo, y dentro de él, a Francia e Inglaterra, por motivos diversos en la valoración que alternativamente le merecen" (TERÁN, 2004, p. 24).

> El español, el francés, el italiano, son, para formar el edificio político, como la piedra redonda; se resbalan y salen de su lugar. El inglés es quebrado y cortado para servir al todo, y por eso su libertad es tan sólida como su macadams. (Póstumos de Alberdi, Tomo VII citado en TERÁN, 2004, p. 95)

Cabe recordar que, para Alberdi, la mezcla de los pobladores locales con la que se "trasplantara" de Europa, es decir, el "crisol de razas", no sería negativo, sino que supondría una mejora en la civilización, a partir de la importación de un *ethos* económico que posibilitara la modernización de un país que, solo con sus elementos endógenos, no lograría llegar a nada. Sería necesario modificar la masa de la sociedad, por medio de la llegada de determinados extranjeros y el desarrollo del «momento económico», no así el político, que solo podría llegar luego de que el primero se hubiera concretado lo suficiente como para que el orden pudiera instaurarse. Es por ello que los derechos que se reconocerían a la masa de nativos y extranjeros serían aquellos que posibilitaran el desarrollo económico de sus capacidades productivas; pero no aun las políticas.[11]

Asimismo, los extranjeros gozarían de todos los derechos civiles, como también lo establece nuestra Constitución Nacional de 1853, y aún permanece así luego de la reforma de 1994. En relación a esto, si bien parece haber un consenso respecto a que puede asimilarse la categoría de derechos civiles, de la época histórica a la que referimos, al conjunto de derechos (excepto los políticos) de los que gozarían en igualdad nativos y extranjeros, puede evidenciarse en el fallo que la indeterminación de esta cuestión habilita a una interpretación más restrictiva de los derechos que se le reconocerían a los extranjeros en nuestro país. Así, puede leerse en la sentencia, primero una parte del artículo 21 de las Bases (en cursiva) y luego, la interpretación del juez:

> ***Debe abrirles acceso a los empleos públicos de rango secundario, más que en provecho de ellos, en beneficio del país, que de ese modo,***

> ***aprovechará de su aptitud para la gestión de nuestros negocios públicos y facilitará la educación*** *oficial de nuestros ciudadanos por la acción del ejemplo práctico, como en los negocios de la industria privada. En el régimen municipal será ventajosísimo este sistema*. Según se ve, hay una clara distinción entre el manejo de la noción de derechos civiles y el del acceso al empleo público. Tanto ello es así que Alberdi interpreta su cláusula relativa al empleo público, contenida en el artículo 21 que transcribí, de un modo más limitado que el que podría indicar una lectura ingenua del párrafo que destaqué con negrita. A la luz de lo que aquí dice, dicho párrafo puede leerse, sin temor a errar, en el sentido de que la ley no puede excluir al extranjero naturalizado por el solo motivo de haber nacido fuera del territorio nacional; pero, no está diciendo que no puede excluir al extranjero que no adopta la nacionalidad; siempre hablando del empleo público, porque está claro que no puede obligarlo a tomar dicha nacionalidad, ni tampoco excluirlo de los derechos civiles por no adoptarla. (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

Continúa afirmando el juez:

> …la expresión "derechos civiles" no puede ser entendida de modo que alcance a todo derecho que no tenga naturaleza política. Derechos civiles eran, y son, los garantizados por las leyes civiles. A su vera, podían distinguirse, como es hoy usual distinguir, derechos subjetivos públicos, uno de los cuales podía ser el acceso al empleo estatal. Suponer un ámbito más amplio para los derechos civiles implica olvidar que la voluntad del constituyente fue extender las mismas garantías del Tratado de 1825 a otros extranjeros, pero no extender el universo de garantías. Ese universo estuvo definido teniendo en mira asegurar a los extranjeros un tratamiento legislativo igualitario para los recursos que introdujeran al país, pero no un acceso a los recursos nacionales. Esto es así con mayor razón cuando se trata de recursos siempre limitados; en el caso, porque existe un número de plazas limitado directa o indirectamente por la ley. Si alguna duda generaba el texto del art. 21 del proyecto de Alberdi, ella se disipa con la eliminación, en el texto del art. 20 de la Constitución Nacional, de la referencia al empleo. (Párrafo de la sentencia ADC *vs.* GCBA)

La alusión a la Constitución, como ley fundamental, y a sus referentes intelectuales, también puede ser funcional a una lógica excluyente, sobre todo cuando, como se lee en el párrafo anteriormente citado, se trata de fundamentar el argumento de los "recursos siempre limitados del Estado". Clérico y Schvartzman (2007,

p. 349) dicen que esta interpretación de lo propuesto por Alberdi se enmarca en una perspectiva originalista de la Constitución y que "…la aplicación exclusiva de este canon de interpretación suele ser atribuido a posiciones de interpretación constitucional conservadora".

> También este artículo debe ser examinado a la luz de los pasajes transcriptos de las Bases. Mientras el texto y sus antecedentes están indicando que fue vocación de sus redactores abrir la administración pública a los habitantes no ciudadanos, no es dudoso, al mismo tiempo, que ven en la condición de extranjero una razón para poner límites al acceso a ciertos cargos que podríamos llamar sensibles.

Las menciones a "empleos sensibles" que requieren el "compromiso con la Nación" recuerdan la centralidad del Estado y sus instituciones como organizadoras de la sociedad. Así, "… el Estado es una asociación de dominación de carácter institucional" (WEBER, 2007, p. 94) en la que se monopolizan diversas funciones (educativas, judiciales, represivas, etc.) a los fines de pautar un orden. En el caso de los extranjeros, desde la redacción de nuestra Constitución Nacional y las sucesivas normativas y medidas tomadas por los gobiernos, se instauró un modo de concebir al migrante o bien como el que traería, por medio de la mezcla, de la imitación y de sus prácticas, la civilización; o bien como el que aportaría la fuerza de trabajo necesaria para el despliegue de la producción de riquezas; o bien, el "chivo emisario" al que culpar por los conflictos propios del desarrollo de un modo de producción capitalista de clases. En suma, el Estado ha calificado y clasificado a los migrantes a partir de una lógica funcional que repercutió y repercute aún hoy en los modos como nos representamos a los extranjeros, así como consecuentemente, el lugar vulnerable que han ocupado dentro de la configuración social.

A modo de conclusión, podemos decir entonces que confluyen, en los elementos empleados para los argumentos desarrollados en la sentencia, lo que Terán (2008, p. 104) llamó, dos tipos de nacionalismos y que marcaron el proceso de construcción del Estado Nacional Argentino. Haciendo referencia a esos elementos del pasado, Cohen (2009, p. 20) sostiene que existen "huellas históricas" que resignificadas atraviesan las relaciones sociales actuales:

> A lo largo de este, aproximadamente, siglo y medio pudo haberse constituido el país como una sociedad intercultural rica en diversidad étnica, con pueblos originarios, migrantes externos de origen latinoamericano, europeo, africano y asiático. Sin embargo, no se optó por esta alternativa, siempre el modelo predominante fue el de constituir una sociedad excluyente y hacedora de una obsesión, considerar que para construir su

> identidad nacional debía confrontar con su propio origen, más aún debía negarlo en su calidad de tal. El examen de admisión del que habla Bauman [refiere a la idea sobre el test de pertenencia permanente y de nunca acabar al que el Estado somete a los extranjeros] quizá pueda aprobarse en el futuro, pero para ello habrá que romper con estos puentes que aún perduran desde la segunda mitad del siglo XIX.

En suma, lo grave no sería lo que aquel ideario postulaba, ya que el mismo debe analizarse en relación al contexto histórico al que pertenece, no queriendo decir con esto que este fuese el único pensar de la época. No obstante, puede decirse, que lo preocupante es que aquellas perspectivas sean trasladadas al día de hoy, cuando la cuestión del reconocimiento, el respeto por la diversidad y los derechos humanos se presentan como un valor central en las sociedades actuales, además de verse reflejados en nuestra Constitución a partir de su reforma en el año 1994.

Conclusiones

En las sentencias no solo se toma una decisión respecto a determinado conflicto, sino que además su desarrollo incluye una "puesta de escena" que se materializa principalmente en los argumentos que los jueces especifican para fallar en el sentido que lo hacen. Es decir, son una "representación para otros" (BARRERA, 2012, p. 130). En este sentido, el discurso —que se plasma en el escrito judicial— es una declaración para los demandantes, los abogados defensores y litigantes, otros miembros de la "familia judicial", futuros integrantes del sistema judicial y para la sociedad presente y futura, en tanto muchos de ellos sientan jurisprudencia o doctrina. En las sentencias, además, se ejerce una violencia simbólica, en el sentido de Bourdieu, y las decisiones del juez *tienen una verdadera función de invención* (BOURDIEU, 2000, p. 177). A partir de las sentencias, se dictamina —en estos casos— cuál es el grado de reconocimiento de derechos de los no nacionales. En el caso analizado, los fundamentos, también establecen —reforzando imaginarios sociales y de sentido común— ideas, imágenes acerca de los extranjeros como ciudadanos, sus obligaciones y niveles de "merecimiento" de determinados derechos tanto civiles como económicos y sociales.

El resultado del fallo fue que se rechazara el pedido de inconstitucionalidad, contradiciendo una serie de precedentes judiciales a favor de la igualdad entre nativos y migrantes. No obstante, luego, la Legislatura aprobó la ley 1696, que, finalmente, modificó el estatuto en cuestión, permitiendo a los docentes extranjeros acceder al puesto de maestros de escuelas públicas primarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). De este modo, sería el Poder Legislativo y no el Judicial el que reconocería los derechos de los maestros extranjeros que pretendieran ejercer su profesión en la mencionada jurisdicción. De esta manera, la Ley 1696 modificó las condiciones

de acceso a la docencia de los extranjeros estipulando con fuerza de ley que para la misma se debe:

> a) Ser argentino nativo, por opción, naturalizado o extranjero. En todos los casos dominar el idioma castellano. En el caso que el aspirante sea ciudadano extranjero deberá acreditar: 1- la existencia de título suficiente que lo habilite para el ejercicio de la actividad de que se trate; 2- el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley Nacional de Migraciones para su residencia en el país; y 3- A los efectos de esta ley, podrán ser equiparados a los argentinos nativos los hijos de por lo menos un progenitor argentino nativo, que circunstancialmente hubieran nacido en el exterior con motivo del exilio o radicación temporaria de su familia, y tuvieran pendiente la tramitación para la obtención de la ciudadanía.[12]

No obstante este hecho, lo que interesó analizar una sentencia, en tanto modo privilegiado de transmisión de decisiones del Poder Judicial. Dicha decisión, que contradecía la jurisprudencia acerca de ciertos derechos de migrantes (que no sin resistencias y contramarchas había logrado desarrollarse en el país), permitió visibilizar la persistencia de discursos y representaciones sociales ligadas a la identidad nacional y a su asociación con la existencia de distinciones en el reconocimiento de derechos.

De este modo, el señalamiento de este tipo de casos debe encender las alarmas, para quienes consideramos de suma relevancia el progresivo avance de la igualdad de derechos entre todos los seres humanos. En este sentido, es que no debe ser ignorada la gravedad que implica, por sus consecuencias de regresividad en materia de derechos humanos, los intentos —como el analizado en las páginas precedentes— de establecer diferencias en el reconocimiento de derechos entre nativos y migrantes, basándose en distinciones que resultan contradictorias a los principios de igualdad, progresividad, universalidad e integrabilidad de los derechos humanos.

NOTAS

1 Esta línea de trabajo, que focaliza en la indagación y análisis de las representaciones sociales de los nativos sobre los migrantes externos, ha sido desarrollada en el marco de una serie de proyectos de investigación dirigidos

por el Dr. Cohen, con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Universidad de Buenos Aires, en los cuales la autora del presente artículo ha participado.

2 Causa n. 3103/04 "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". 31 de marzo de 2005.

3 Se trata de una organización no gubernamental entre cuyas tareas principales están las de monitorear políticas públicas, promover reformas legales y realizar actividades de investigación. Asimismo, utiliza el litigio de interés de público como herramienta privilegiada para promover acciones concretas en el desarrollo de los derechos humanos. Para mayor información puede consultarse: http://www.adc.org.ar/#

4 Expte. n° 4172/05, "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia de fecha 9/8/2006. Disponible en: <http://www.adaciudad.org.ar/sitio/pdfs/fallos/TSJ/Asociacion_Derechos_Civiles.2006.pdf>.

5 El texto completo del fallo se encuentra disponible en: http://www.tsjbaires.govs.ar/index.php?option=com_flexicontent&view=category&cid=29&Itemid=26

6 Se toma la definición de representaciones sociales de Jodelet (1986), es decir, se trata de un conocimiento práctico que al dar sentido a acontecimientos y actos que terminan por sernos habituales resulta ser un conocimiento que participa en la construcción social de la realidad.

7 Para ampliar esta cuestión ver: Treacy (2011); Rodríguez Miglio y Toledo (2009); Morales (2012); Abramovich (2009).

8 Este término implica un enfoque que estudia las migraciones "...en términos relativos o relacionales, considerando su historia e incluyendo, en su abordaje, el nuevo proceso que se gesta con la construcción de su extranjeridad al interior de la trama de relaciones sociales que lo contiene en la sociedad receptora. Este abordaje relacional del migrante externo incluye al nativo como actor social que participa en el proceso de otorgar sentido a la presencia del migrante, sentido que no siempre es reconocido por este último, sentido que puede ubicarlo en condiciones desiguales respecto el nativo. Es un sentido que puede crear condiciones de tensión y hasta de conflictividad". (COHEN, 2004, s/p)

9 "Siendo el desarrollo y la explotación de los elementos de riqueza que contiene la República Argentina el principal elemento de su engrandecimiento y el aliciente más enérgico de la inmigración extranjera de que necesita, su Constitución debe reconocer, entre sus grandes fines, la inviolabilidad del derecho de propiedad y la libertad completa del trabajo y de la industria. Prometer y escribir estas garantías no es consagrarlas. Se aspira a la realidad, no a la esperanza. Las constituciones serias no deben constar de promesas, sino de garantías de ejecución. Así la Constitución argentina no debe limitarse a declarar inviolable el derecho privado de propiedad, sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes, a pesar de la República, que hacen ilusorio y nominal ese derecho. Con un derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sud arrebata por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo". (Las Bases, Alberdi)

10 En este sentido, el nacionalismo constitucionalista puede ser compatible con una perspectiva liberal que coloque al individuo por encima de todo. En cambio, entra en contradicción con el nacionalismo culturalista, ya que éste ubica a la idea de comunidad nacional por encima de los intereses de cada individuo.

11 En las Bases, al postular la "República posible", Alberdi es claro al proclamar un sistema de gobierno elitista, al menos para el momento y el "tipo" de población con el que contaba el país, por ejemplo, así se refiere a la cuestión del sufragio universal: "la universalidad de los sufragantes carece de toda educación, de toda inteligencia de las prácticas del sufragio verdadero [...] libres al modo de los menores y de los incapaces del orden civil, esas multitudes tituladas soberanas eligen como eligen las mujeres y los menores de edad: lo que se les hace elegir. (Escritos Póstumos de Alberdi, Tomo IV, citado en TERÁN, 2004, p. 92)

12 Disponible en: <http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_1.php?id=10&id2=139&id3=665#>.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, *VS.* El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: ABRAMOVICH, VS; PAUTASSI, L. *Revisión judicial de políticas sociales: estudio de casos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

ALBERDI, J. B. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina.* La Plata: Terramar, 2007.

ARCHENTI, N. Estudio de caso/s. In: A. MARRADI, N. ARCHENTI; J. I. PIOVANI, *Metodología de las ciencias sociales*. Buenos Aires: Emecé Editores, 2007.

BALIBAR, E. La forma nación: historia e ideología. In: E. Balibar, & I. Wallerstein, *Raza, Nación y Clase*. Madrid: IEPALA, 1988.

_____. *Nombres y lugares de la verdad.* Buenos Aires: Ed. Nueva Visión, 1995.

_____. *Violencias, identidades y civilidad.* Barcelona: Gedisa, 2005.

BARRERA, L. *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial.* Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2012.

BAUMAN, Z. Modernidad y ambivalencia. In: GIDDENS, A. LUHMANN, N.; BECK U., *Las consecuencias perversas de la modernidad*. España: Anthropos, 1996.

_____. *La globalización. Consecuencias humanas.* Brasil: FCE, 1999.

_____. *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias.* Buenos Aires: Paidós, 2005.

BERTONI, L. A. *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas. La construcción de la nacionalidad argentina a fines del siglo XIX*. Buenos Aires: FCE, 2007.

BOURDIEU, P. *Poder, derecho y clases sociales.* Bilbao, España: Ed. Desclée de Brouwer, [2000] 2001.

_____. *Elementos para una sociología del campo jurídico* en BOURDIEU, P. & TEUBNER, G., La fuerza del derecho. Colombia: Siglo del Hombre, 2000.

_____. *Cosas dichas*. Barcelona: Gedisa, 1996.

_____. *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.

_____. Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático en *Revista Sociedad*, Facultad de Ciencias Sociales (UBA), 2002. Disponible en: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/1042.pdf>

CLÉRICO, L.; ALDAO, M. La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de DD.HH. *Estudios Constitucionales, 9*(1), 2011.

CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; & ALDAO, M. Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Revista Direito GV, 9*(1), 2013.

CLÉRICO, M.; SCHVARTZMAN, S. "Repetto" revisitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre el acceso a la docencia en el caso de extranjeros. In: M. Alegre, & R. Gargarella, *El derecho a la igualdad*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

COHEN, N. No es sólo cuestión de migrantes: migraciones externas y exclusión social. In: Goinheix. *Conflictos y expresiones de la desigualdad y la exclusión en América Latina.* Buenos Aires: El Aleph, 2009.

_____. *El inmigrante externo y el ámbito laboral. Puertas adentro: la inmigración discriminada,* Buenos Aires: IIGG, FCS, UBA, 2004.

DE SOUSA SANTOS, B. *A crítica da razão indolente.* San Pablo: Cortez Editora, 2009.

DEVOTO, F. *Movimientos migratorios: historiografía y problemas.* Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1992.

_____. *Historia de la inmigración en la Argentina*. Buenos Aires: Sudamericana, 2003.

DIAZ POLANCO, H. *Elogio de la diversidad: globalización, multiculturalismo y etnofagia.* México: Siglo XIX, 2006.

DULITZKY, A. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. *Anuario de DD.HH.* (3), 2007.

FELDFEBER, M. Las políticas de formación docente en los orígenes del sistema educativo argentino. *Ponencia presentada en el III Congreso Iberoamericano de Historia de la Educación Latinoamericana.* Caracas, 1996.

FRASER, N. Justicia social en la era política de la identidad. En N. Fraser, & A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, s.f.

GONZÁLEZ, A.; PLOTNIK, G. ¿De la homogeneidad a la diversidad? La construcción de la otredad del migrante externo en el ámbito educativo. Propuesta Educativa, 2011.

HALL, S. ¿Qué es "lo negro" en la cultura popular negra?, 2003. Obtenido de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/1899.pdf >.

JODELET, D. La representación social: fenómenos, concepto y teoría. En S. Moscovici, *Psicología social*. Barcelona: Paidós, 1986.

MARRADI, A.; ARCHENTI, N.; PIOVANI, J. *Metodología de las Ciencias Sociales*. Buenos Aires: Emecé, 2007.

MORALES, D. Derechos Humanos de los migrantes en la Argentina. Apuntes sobre nuevas perspectivas jurisprudenciales. (D. T. Legal, Ed.) *Revista de Derecho* Público, 1(2), septiembre de 2012.

PUCCIARELLI, A. ¿Crisis o decadencia? Hipótesis sobre el significado histórico de algunas transformaciones

recientes de la sociedad argentina. *Estudios Sociológicos del Colegio de México*, XVII(49), enero-abril de 1999.
RODRÍGUEZ MIGLIO, E.; TOLEDO, L. Jurisprudencia argentina en materia de derechos de migrantes. In: CERNADAS CERIANI, P.; FAVA, R. *Políticas migratorias y Derechos Humanos*. Remedios de Escalada, Pcia. de Buenos Aires.: UNLa, Universidad Nacional de Lanús, 2009.
SABA, R. Desigualdad estructural. *Revista Derecho y Humanidades* (11), 2005.
STRAUSS, A.; CORBIN, J. *Bases de la investigación cualitativa: técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Colombia; Universidad de Antioquia, 2002.
TERÁN, O. *Las palabras ausentes: para leer los escritos póstumos de Alberdi*. Buenos Aires: FCE, 2004.
_____. *Historia de la ideas en la Argentina. Diez lecciones iniciales, 1810-1980*. Buenos Aires: Siglo XIX, 2008.
TERRÉN, E. La ironía de la solidaridad: cultura, sociedad civil y discursos sobre el conflicto racial de El Ejido. *REIS* (102), 2003.
TREACY, G. F. Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. Lecciones y *Ensayos* (89), 2011.
WEBER, M. *La política como profesión*. Madrid: Espasa Calpe, 2007.
ZIZEK, S. *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Ediciones Sequitur, 2008.

Anahi Patricia González

Merlo – Provincia de Buenos Aires – Argentina
anahipgonzalez@gmail.com

Becaria Post-doctoral en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, (CONICET) con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani.
Docente de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

RECEBIDO EM 04.05.2015 | APROVADO PELA EDITORA-CHEFE EM 29.05.2015

DOSSIÊ: DIREITO E MEMÓRIA

CINQUENTA ANOS DE UM CONFLITO:
O EMBATE ENTRE O MINISTRO RIBEIRO DA COSTA E O GENERAL COSTA E SILVA SOBRE A REFORMA DO STF (1965) *

Rafael Mafei Rabelo Queiroz

FIFTY YEARS OF A CLASH: THE DISPUTE BETWEEN JUSTICE RIBEIRO DA COSTA AND GENERAL COSTA E SILVA REGARDING THE REFORMATION OF BRAZIL'S SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1965)

APRESENTAÇÃO

Este texto objetiva apresentar as íntegras dos pronunciamentos de Álvaro Ribeiro da Costa, presidente do STF, e Artur da Costa e Silva, ministro da Guerra do governo Castelo Branco, nos instantes imediatamente antecedentes ao Ato Institucional 2 (AI-2). Os discursos são precedidos de breve apresentação, que situa historicamente os personagens e o ambiente político em que se deram os fatos, tidos como determinantes na história do STF no contexto da ditadura militar de 1964-1985.

Introdução

Na terceira semana de outubro de 2015, completam-se cinquenta anos de um conflito político que se mostrou decisivo para a história das instituições brasileiras, em especial o Supremo Tribunal Federal.

No dia 20 de outubro de 1965, o jornal *Folha de S. Paulo* publicou um longo artigo do ministro Álvaro Ribeiro da Costa, presidente do Supremo, intitulado "A Reforma do STF" (COSTA, 1965, p. 3). Nele, o magistrado fez dura defesa da autonomia do tribunal em face dos propósitos de investida sobre a corte, planejada pelos militares. Desse pronunciamento ficou célebre uma frase de efeito: "Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da nação" (COSTA, 1965, p. 3). O texto de Ribeiro da Costa repercutiu instantaneamente no Congresso, onde o Executivo travava uma dura batalha pela aprovação de projetos de lei e de emendas constitucionais. Deputados

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201514

de oposição destacaram a defesa daquele poder por seu presidente, contra a sanha reformadora do governo (ARTIGO..., 1965, p. 10).

Dois dias depois, deu-se um exercício militar em Itapeva, interior de São Paulo, ao qual esteve presente o próprio presidente Castelo Branco. Na ocasião, o então ministro da Guerra, general Artur da Costa e Silva, respondeu, em tom inflamado, ao pronunciamento de Ribeiro da Costa. Há relatos de "olhos marejados" e "voz embargada" durante o seu discurso, que foi interrompido várias vezes, de forma nem sempre protocolar (GASPARI, 2002, p. 187),[1] por "centenas de oficiais do II Exército que participavam de banquete" em homenagem ao Presidente (COSTA..., 1965, p. 1). Costa e Silva classificou a posição do presidente do Supremo de "histórica agressão" cometida contra as Forças Armadas, por "um homúnculo" que ele insinuava não estar à altura do cargo que ocupava (VEEMENTE..., 1965, p. 3).

Sete dias depois do texto de Ribeiro da Costa, e cinco dias depois do discurso de Costa e Silva, o Chefe de Governo Civil do presidente Castelo Branco, Luís Vianna Filho, lia, às onze horas da manhã, o preâmbulo do Ato Institucional 2 no Palácio do Planalto, em cerimônia repleta de políticos e jornalistas (VIANNA FILHO, 1975, p. 354-355). O AI-2, entre outras coisas, alterou a Constituição de 1946 para prever o número de 16 ministros no STF, elevando de duas para três o número de turmas julgadoras daquela corte. O embate entre o presidente do STF e o ministro da Guerra, representante político máximo da chamada "linha dura", foi um capítulo decisivo deste momento da história do Poder Judiciário brasileiro.

O objetivo deste texto é trazer a público a íntegra desses dois discursos (Anexos A e B), situados por breve comentário de contextualização dos personagens e do contexto político que foram decisivos para o desfecho dos eventos históricos em questão. Os fatos aqui descritos baseiam-se em fontes primárias como os documentos de imprensa da época e decisões relevantes do STF anteriores ao AI-2, com apoio de fontes secundárias quando necessário, tais como a historiografia sobre o período e as memórias de alguns de seus protagonistas.

1 Os personagens

Para melhor entendimento dos discursos anexos, pressupõe-se algum conhecimento sobre os personagens que os proferiram.

Álvaro Ribeiro da Costa nasceu na cidade Rio de Janeiro, em 1897. Tinha na família traços tanto de magistratura quanto de militarismo, além de ter cursado colégio militar no Rio de Janeiro, seu pai, Alfredo Ribeiro da Costa, era militar de alta patente e chegou a fazer parte do então Supremo Tribunal Militar. Quando Ribeiro da Costa já era ministro do STF, seu irmão Orlando foi ministro togado do Superior Tribunal Militar, entre 1963 e 1967 (COSTA, 2010).

Juiz de carreira no estado do Rio de Janeiro, Álvaro Ribeiro da Costa foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal na vaga de Filadelfo Azevedo, por

indicação do presidente José Linhares – este último, caso raro de ministro do STF que logrou indicar nomes para a corte, em razão de ocupar interinamente a Presidência da República no vácuo da saída de Getulio Vargas em 1945.[2]

Nos anos agitados que antecederam seu embate com Costa e Silva, como ministro do STF e do TSE, Álvaro Ribeiro da Costa acostumou-se a participar de julgamentos politicamente conturbados: em 7 de maio de 1947, foi voto vencido na decisão que determinou a cassação de registro do Partido Comunista do Brasil.[3] Em outras situações, tomou partido contra a esquerda: nos episódios envolvendo o Clube Militar ao final do governo de Juscelino Kubitschek, sugeriu que o STF recomendasse ao presidente uma tomada de atitude contra seus dirigentes, que haviam se solidarizado com o político gaúcho Leonel Brizola em seu plano de estatização da companhia elétrica daquele estado (COSTA, 2010). Na crise que levou à queda de João Goulart, Ribeiro da Costa já era presidente do tribunal. Esteve presente naquilo que Elio Gaspari chamou de "cerimônia bizarra" de posse de Ranieri Mazzilli na presidência da República: sob testemunho da menor comitiva na história republicana, no meio da madrugada e com seus participantes subindo escadas no escuro à luz de fósforos.[4]

Ribeiro da Costa já vinha há algum tempo criticando o que via ser descompostura de algumas autoridades, cujas ações açodadas, a seu ver, só contribuíam para o acirramento dos já tensos ânimos políticos no Brasil. Em outro julgamento envolvendo representante do Clube Militar, em julho de 1963, o ministro fez um longo e crítico discurso em seguida à decisão do Plenário do STF. Na ocasião, a corte rejeitou *habeas corpus* pedido em favor de Augusto Magessi, presidente do Clube, dando licença às autoridades militares para investigá-lo por indisciplina. Ribeiro da Costa afirmou que "a grave situação política" vivida no Brasil era menos culpa daqueles que a agitavam, e mais culpa "daqueles a quem, por detenção de altos cargos públicos, cab[ia] o dever de tornar tranquila a situação do Brasil" (DECIDE..., 1963, p. 1). Finalizou seu pronunciamento culpando diretamente o governo pela incapacidade de conter a crise, bem como pelo clima de animosidade interno às Forças Armadas. Por ironia, o mesmo pedido de compenetração e responsabilidade lhe seria feito, dois anos depois, pelo ministro de Castelo Branco que o tinha como interlocutor nas discussões sobre a reforma do Poder Judiciário.[5]

Pelas posições manifestadas anteriormente ao 31 de março de 1964, não chega a ser surpreendente o aval de Ribeiro da Costa à deposição de João Goulart. Além de sua participação de caráter institucional na "cerimônia" de posse de Ranieri Mazzilli, Ribeiro da Costa fez declarações públicas de apoio ao golpe: "O desafio feito à democracia foi respondido vigorosamente. Sua recuperação tornou-se legítima através do movimento liderado pelas Forças Armadas, já estando restabelecido o poder de

governo pela forma constitucional" (STF, 1964a, p. 4). Adotou a mesma linha manifestada por outras instituições do mundo jurídico, como a OAB nacional (OAB, 1964) e Associação dos Advogados (HOMENAGEM..., 1964, p. 23), que igualmente saudaram a tomada de poder pelos militares.

Após o golpe de 1964, tornou-se evidente a divisão das Forças Armadas em duas facções. A primeira, chamada de "linha Sorbonne", compreendia os egressos da Escola Superior de Guerra e tinha no próprio Castelo Branco seu líder maior. A outra redundou na conhecida "linha dura", também chamada de "revolucionários fervorosos" por Milton Campos, primeiro ministro da Justiça de Castelo, e de "revolucionários ortodoxos" por Luís Vianna Filho, chefe da Casa Civil do marechal.[6] Seu líder político maior era Artur da Costa e Silva.

Nascido em Taquari, Rio Grande do Sul, em 1899, Costa e Silva ostentava a trajetória típica do militar engajado do século XX. Primeiro, por sua educação, já que passou por dois dos principais redutos formadores de militares politizados no Brasil republicano: o Colégio Militar de Porto Alegre e a Escola Militar do Realengo. Alfredo Bosi (1992, p. 281 e ss.)[7] já sustentou a tese de que esses centros, divulgadores pioneiros do positivismo comteano no Brasil, foram fundamentais para a formação de uma classe militar politicamente engajada, defensora de um Estado forte e providente. Quando jovem oficial, Costa e Silva também praticara seus próprios atos de subversão: em julho de 1922, recusou-se a reprimir os envolvidos na "Revolta do Forte de Copacabana" e amargou três meses de prisão administrativa, mas não chegou a ser processado (SILVA, 2010).

Desde então, fez carreira de sucesso no Exército, sempre ascendendo até ocupar uma posição administrativa que se mostrou estratégica: em 1962, assumiu a chefia do Departamento Geral de Pessoal do Exército. Lá, retomou contatos diários com os companheiros de farda que, dois anos depois, desencadeariam o golpe contra João Goulart. Castelo Branco era, à época, chefe do Estado-Maior do Exército (SILVA, 2010), e Costa e Silva reunia-se com ele muito frequentemente. Tomou posse no Ministério da Guerra no dia 4 de abril de 1964, de onde só sairia para a Presidência da República.

Enquanto ministro da Guerra, Costa e Silva foi uma pedra nos sapatos de Castelo Branco. Se não pertencia à "ala intelectual" dos egressos da Escola Superior de Guerra, como ele próprio reconhece no discurso anexo, era, por outro lado, um experiente general com enorme apoio das tropas, que, possivelmente, se viam mais empáticas à dureza de Costa e Silva do que à erudição e ao distanciamento protocolar do marechal cearense. Isso bastava para fazê-lo politicamente poderoso, naquele contexto em que as agitações, dentro do Exército especialmente, vinham sendo mais regra do que exceção. Costa e Silva sabia bem disso e usava essa conjuntura a seu favor, alimentando as ambições da "linha dura". O discurso que ora se reproduz foi um momento icônico dessa sua estratégia, que se mostrou constrangedora para

o próprio Presidente da República (VIANNA FILHO, 1975, p. 352).[8]

2 O CONTEXTO

O plano das constituições republicanas, que nem sempre se realizava em prática institucional efetiva, era que o Judiciário ocupasse a posição de árbitro de grandes conflitos políticos. Na Constituição de 1824, essa tarefa cabia ao Imperador, no exercício do Poder Moderador.[9] Oscar Vilhena Vieira aponta, com acerto, que a elevação do Judiciário, e do Supremo em particular, ao papel de árbitro máximo da República foi acidentada e progressiva (VIEIRA, 2008, p. 445).

Em minha interpretação, o intervalo entre nossas duas grandes experiências ditatoriais do século XX – as duas décadas de 1945 a 1964 – foi o período em que o Supremo finalmente buscou ascender à importância dessa missão institucional. Mas tal ascensão não se deu sem conflito: ocupar a posição de árbitro-mor da República, afinal, implicaria perda de autoridade política por parte de outras instituições que até ali desempenhavam esse papel. Dentre elas, a principal era justamente as Forças Armadas, e o Exército em particular: todas as grandes crises políticas brasileiras até então haviam sido de alguma maneira encaminhadas com participação decisiva dos militares. Mesmo nos períodos de normalidade democrática, os homens de farda tinham importante papel: Dutra, o primeiro presidente do período em questão, era militar e foi eleito por voto direto; e nas três eleições seguintes, embora derrotados, candidatos militares disputaram todos os pleitos presidenciais.[10]

Os antecedentes imediatos do conflito entre Ribeiro da Costa e Costa e Silva, porém, podem ser situados de maneira mais precisa e remetem a duas ordens de fatos distintos. A primeira foi política: a pressão pública que se fez sobre a corte, desde os primórdios da "Revolução", por nela figurarem diversos ministros que, por terem sido indicados por presidentes rivais dos militares, eram acusados de "contrarrevolucionários". A segunda foi técnica, porque ligada ao próprio exercício de sua função jurisdicional: os sucessivos *habeas corpus* concedidos pelo STF em favor dos perseguidos políticos mais incisivamente atingidos pela caça às bruxas posterior ao 1º de abril de 1964. Na medida em que ambas se somavam, Ribeiro da Costa elevava o tom na defesa da corte; e nesse mesmo diapasão, mais se inflamavam os que clamam por alguma forma de interferência no Supremo Tribunal Federal.

Quanto à pressão política, diversas entidades pediam o "saneamento da justiça" como necessário percurso da "marcha da Revolução". O Sindicato dos Advogados de São Paulo, por exemplo, soltou nota afirmando que "nenhum dos poderes estava imune à revolução", tendo todos eles o dever de "limpar de seu seio" os "comunistas e todos aqueles que contribuíram decisivamente para a tentativa de instauração, no País, de um regime comuno-caudilhista" (SINDICATO..., 1964, p. 4). Do Congresso, o deputado udenista Jorge Curi tampouco poupava os

ministros do Supremo. O ministro Evandro Lins e Silva, que seria pouco tempo depois cassado após o AI-5, recordava-se de que Curi "falava permanentemente" (SILVA, 1997, p. 381) contra ele e Hermes Lima, os dois indicados de Jango. À imprensa da época, Curi chegou a sustentar que poupar o STF, enquanto eram expurgados o Congresso e o Executivo, implicava "odiosa discriminação" em favor do tribunal (STF..., 1964b). Também o jornal *O Estado de S. Paulo*, em ao menos duas oportunidades, defendeu a intervenção na corte, nomeando inclusive os ministros Evandro Lins e Hermes Lima (EXPURGO..., 1964, p. 5; ROTEIRO..., 1964, p. 1).

É importante destacar que não havia consenso entre os militares sobre a conveniência do expurgo, o que talvez explique a "odiosa discriminação" vista por Curi. Não só o Supremo foi inicialmente preservado, ao contrário dos demais poderes, como Castelo Branco fez questão de valorizar publicamente a corte em diversas oportunidades. Numa delas, Evandro Lins e Silva recordou-se que, em meio à campanha pela intervenção na corte, o presidente visitou o Supremo e fez questão de conversar brevemente com ele e Hermes Lima, cortesia que não estendeu a qualquer outro ministro além do presidente Ribeiro da Costa. Em sua interpretação, Castelo "deixou entrever, no seu gesto de cumprimentar aqueles que eram visados pela campanha da imprensa, uma mensagem de que não estava pretendendo nos atingir, de que ia respeitar o Tribunal e seus juízes" (SILVA, 1997, p. 383).[11]

Como combustível da crise, a esse embate político mais abstrato somou-se a atuação concreta do Supremo no exercício de sua judicatura. Desde o golpe, os militares recorreram aos Inquéritos Policiais Militares, e às prisões cautelares no âmbito desses IPMs, como mecanismos para tirar rapidamente de cena seus adversários políticos mais agudos. As investigações invariavelmente envolviam acusações de alguma forma de tentativa de subversão da ordem e, mais especificamente, de crimes contra a segurança nacional.

Os atingidos corriam ao Judiciário, e eventualmente ao STF – esse mesmo cujo expurgo era reclamado para depurá-lo de infiltrações "comunistas" e "contrarrevolucionárias" –, buscando amparo. Faziam-no com base em duas teses: a primeira, excesso de prazo na prisão cautelar; a segunda, incompetência da justiça militar. O Supremo com alguma frequência acatava à primeira; e firmou jurisprudência pacífica em favor da segunda.

Essa orientação jurisprudencial tornava-se particularmente incômoda ao governo quando casos de grande repercussão eram julgados. Nos meses anteriores ao AI-2, houve ao menos dois: o *habeas corpus* em favor de Mauro Borges, então governador de Goiás; e o *habeas corpus* em favor de Miguel Arraes, em que quase se trocou a prisão do ex-governador pela do comandante do I Exército por desobediência ao tribunal. Em ambos funcionou como advogado Sobral Pinto, que pouco tempo antes rejeitara convite de Juscelino Kubitschek para integrar o Supremo.

O caso de Mauro Borges (STF, Habeas corpus n. 41.296-GO) veio primeiro.

Foi acompanhado *pari passu* pelas mais altas autoridades militares, que ficaram consternadas com o resultado (PRESIDENTE..., 1964, p. 5). Após liminar concedida pelo relator, o tribunal concedeu ordem preventiva de *habeas corpus* para sustar processo de impedimento contra o governador. Entenderam os ministros que, por ser baseado em acusação de crime comum, o processo contra Borges dependia de prévia licença da Assembleia Legislativa, nos termos da vigente constituição do Estado de Goiás. A chave para a decisão estava no entendimento do Supremo de que crimes militares equivaliam a "crimes comuns" para fins constitucionais.

Por trás do caso de Goiás havia outros elementos explosivos. Segundo Gaspari, nos IPMs que envolviam o governador Mauro Borges ocorreu "o primeiro grande caso de insubordinação e violência" após o golpe (GASPARI, 2002, p. 187). Seu protagonista foi o tenente-coronel Danilo Darcy de Sá da Cunha e Mello, chefe das investigações e comandante do 10º Batalhão de Caçadores. As investigações do tenente Danilo baseavam-se em declarações de um suposto agente infiltrado que, posteriormente, foi constatado portador de esquizofrenia paranoide: flagraram-lhe bebendo água de um vaso sanitário e ele jurava ter descoberto a cura da cegueira por meio de contatos mediúnicos com uma condessa de romance (ibidem, p. 188). Após a decisão do Supremo, o encarregado pelos IPMs divulgou nota atacando o julgamento do STF como "uma farsa". Foi chamado para explicar-se em Brasília e recebeu afagos do Presidente, com quem se reuniu pessoalmente. Durante o julgamento, Ribeiro da Costa, que presidia a sessão, advertia a todos os presentes que a decisão do Supremo deveria ser respeitada e que a plateia não deveria se manifestar em qualquer sentido, qualquer que fosse o resultado (JULGAMENTO..., 1964, p. 5).

Menos de seis meses depois, e na esteira de seguidos julgamentos em que prisões em IPMs eram relaxadas, o Supremo voltou a pautar um *habeas corpus* de personagem político de destaque: Miguel Arraes, governador deposto de Pernambuco (STF, Habeas corpus n. 42.108-PE). A questão jurídica versava sobre a incompetência da Justiça Militar para julgar acusados de "crimes contra a segurança nacional" – maior obstáculo legal aos IPMs como forma de ataque aos adversários dos militares.

Na ocasião, o STF reafirmou seu entendimento de que, por força da Constituição de 1946, à justiça militar só cabia julgar civis no caso de atentados à segurança *externa* do país.[12] Tal entendimento prejudicava a maior parte das investigações militares contra os adversários do regime que, quando muito, poderiam ser acusados de atentado contra a segurança *interna* do país, e nada mais. Os militares, porém, advogavam a tese de que atos internos estavam ligados aos atos externos de subversão, na esteira da chamada "guerra revolucionária", cujas dimensões seriam necessariamente transnacionais.[13] O Supremo nunca lhes deu razão e não decidiu de maneira diferente porque o caso envolvia Arraes.

Mesmo após a concessão da ordem em favor do político pernambucano, os encarregados de sua prisão mantiveram-no preso, sob alegação de que seu encarceramento se fundamentava também em outro IPM. Ribeiro da Costa então reagiu duramente e acusou os militares de insubordinação, já que o fundamento da incompetência absoluta da Justiça Militar abrangia, por óbvio, quaisquer IPMs contra o governador. O presidente do STF enviou duro telegrama ordenando ao general Edson de Figueiredo, do I Exército: "acate pois aquela decisão, como lhe foi comunicada". Os militares chegaram até Castelo perguntando-se como reagir. Com a intervenção direta do Presidente, que posteriormente manteve contato telefônico com Ribeiro da Costa para esfriar ânimos exaltados, a decisão foi cumprida. Arraes deixou a Fortaleza de Santa Cruz e foi levado, de carona por um oficial do Exército, até a casa de um tio no bairro de Botafogo (ARRAES..., 1965, p. 1).

Por casos assim, a relação entre Ribeiro da Costa e os militares foi deteriorando-se rapidamente, em que pese os esforços pessoais empenhados por Castelo no sentido de apaziguar conflitos. O ministro que saudara o golpe como normalização democrática do governo tornou-se, em pouco mais de um ano, um incômodo político enorme para os militares, e um espinho atravessado na garganta da "linha dura". O temperamento rude de "extremados" como Costa e Silva ou Carlos Lacerda encontrava em Ribeiro da Costa respostas à altura em contundência e aspereza.

Estando cada vez mais claro que o Judiciário, como um todo, e o Supremo, em particular, teriam de ser contemplados nas reformas que pavimentariam o "roteiro da Revolução" de que falava Júlio de Mesquita Filho, o governo incumbiu o ministro da Justiça Milton Campos de conduzir trabalhos nesse sentido. Campos formou então uma comissão, que contava com o ex-presidente da OAB e prócer udenista Prado Kelly, que igualmente seria feito ministro do STF em seguida ao AI-2, o também advogado Dario de Almeida Magalhães e o ministro aposentado do Supremo Orozimbo Nonato (REFORMA..., 1965, p. 9). A eles coube pensar a reforma do Judiciário, o Supremo aí incluso.

Ribeiro da Costa respondeu: criou uma comissão de reforma do Judiciário dentro do STF e exigiu que ela fosse interlocutora dos trabalhos da comissão governamental, no que foi atendido. Da comissão do tribunal fizeram parte, além do próprio presidente, os ministros Luís Gallotti, Victor Nunes Leal e, numa primeira fase, Cândido Motta Filho.

As reformas pretendidas pelo governo baseavam-se na justificativa de melhorar o desempenho da corte, passando pela melhor definição de suas competências e pela sua organização interna. Nem tudo era desacordo, já que o STF não se opunha, por exemplo, à diminuição de sua competência: via com bons olhos deixar de julgar os recursos de *habeas corpus* como os que soltavam os acusados em IPMs, desde que a Constituição fosse regularmente alterada para tanto. A comissão trabalhava também

para imprimir mais eficiência ao trabalho do tribunal: data desta época a adoção das súmulas, implementada principalmente por iniciativa de um de seus membros, o ministro Victor Nunes Leal.

O tema das aposentadorias compulsórias ou do aumento do número de ministros, porém, era tabu. Ribeiro da Costa não os admitia e aí os diálogos sempre emperravam: os membros mais exaltados do governo, entre os quais Costa e Silva, não concebiam a hipótese de ter de conviver por anos a fio com o órgão de cúpula do Poder Judiciário recheado de ministros indicados por Goulart, Juscelino e Getulio Vargas. Ribeiro da Costa, por sua vez, não admitia presidir um Judiciário cuja independência não se preservasse. Segundo Evandro Lins e Silva, Ribeiro da Costa mandou avisar a Castelo Branco que, se tal intervenção acontecesse à revelia da vontade do Supremo, ele trancaria o tribunal e mandaria as chaves ao Presidente (SILVA, 1997, p. 380).

É importante destacar que a posição de Ribeiro da Costa angariou apoio de todos os ministros da corte, independentemente de seus posicionamentos políticos.[14] No auge da crise com o Executivo, e pouco antes do segundo ato institucional, os ministros do STF reuniram-se, num sábado, na casa do vice-presidente Cândido Motta Filho e unanimemente concordaram em prorrogar o mandato de Ribeiro da Costa até o final de sua judicatura, o que lhe garantiu alguns meses mais na liderança do Judiciário (SILVA, 1997, p. 382). No dia em que a inédita mudança regimental foi anunciada no plenário da corte, três ministros não puderam estar presentes, mas fizeram questão de registrar voto favorável à incomum emenda, garantindo-lhe aprovação por unanimidade e respaldando à liderança de Ribeiro da Costa naquele delicado momento de enfrentamento institucional (MANOBRA..., 1965, p. 9).

Os discursos anexos foram proferidos no cume desta crise, quando parecia claro a todos que finalmente era chegada a hora do "expurgo", que talvez não acontecera até então não só pela indisposição de Castelo (que ao final cedeu aos "linhas dura"), mas pela postura do presidente do STF, que jamais jogou a toalha em sua luta em favor da autonomia do Supremo Tribunal Federal. Esta era a opinião de Evandro Lins e Silva: "O Supremo não foi atingido, a meu ver, e nós não fomos imediatamente cassados, em virtude da atitude de Ribeiro de Costa" (SILVA, 1997, p. 382).

Uma semana depois, em 27 de outubro de 1965, viria o AI-2.

ANEXO A:

A REFORMA DO S.T.F.[15]

Ministro Ribeiro da Costa (Presidente do Supremo Tribunal Federal)

Sob todos os ângulos por que se examine a controvérsia suscitada pela pretensão que se assoalha imposta por certa área militar, no sentido de aumento do número dos membros do Supremo Tribunal Federal, não por iniciativa deste, mas exclusivamente do sr. Presidente da República, a exemplo de permissibilidade constante do Ato Institucional,[16] afigura-se-nos inaconselhável a sugestão, por sua manifesta inconveniência e inutilidade, agravando de enorme ônus a despesa pública, além de acarretar maiores dificuldades à celeridade dos julgamentos por exigir tempo muito mais dilatado para se proceder à apuração, em cada caso, do pensamento do órgão judicante.

Em verdade, nada mais contundente absurdo, esdrúxulo e chocante com os princípios básicos da Constituição, que vedam em sua sistemática se cogite de aumento de juízes da Corte Suprema sem que de sua iniciativa se manifeste essa necessidade mediante mensagem dirigida ao Congresso Nacional.

Não se compreende possa legitimar-se tal propósito ao simples critério do chefe de Estado e a aprovação do Parlamento. Se, entretanto, viesse a vingar esse procedimento, o que nos parece de todo inviável, teríamos praticamente instaurado grave conflito entre os poderes da República, dois contra um, ou seja, o Executivo e o Legislativo, de mãos dadas, a fim de invadirem área específica ou privativa do Judiciário, com quebra de princípios fundamental da independência e harmonia dos poderes (Constituição, art. 7º, n. VII, letra B).[17]

Ora, não só por essa razão relevantíssima, impõe-se meditar sobre o apregoado problema, antes de lhe dar encaminhamento com evidente risco de se estabelecer gravíssimo conflito entre os poderes.

É que, de modo expresso, pertence privativa e exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, propor o aumento do número de seus membros, consoante dispõe o art. 98, parte segunda, da Constituição.[18] É isso atributo que espelha e diz com sua própria independência.

Torna-se fora de dúvida evidente que, se assim prescreve a lei maior, não revogada, nessa parte, pelo Ato Institucional, este deixa de armar a autoridade do presidente da República e a do Congresso, da faculdade aludida, que permanece, logicamente, sob o resguardo da conveniência – medida *interna corporis* – sobre a qual só ao próprio órgão judiciário cabe o poder de manifestar-se, pois é ele o único árbitro, de providência que diz respeito à sua composição e, pois, à sua estrutura constitucional.

Transferir para outros poderes iniciativa cometida privativamente a um deles, por conveniência de sua própria organização e independência, é atentar contra princípio fundamental da Constituição, ferindo sua sistemática e suas traves basilares.

Desobedecê-las, importa em fazer ruir o próprio regime constitucional.

Advirta-se, ainda, a nação da ruinosa e imeritória pretensão, agitada aqui e ali

até por chefes militares, que por muito entenderem do seu próprio ofício, nem por isso conhecem a aparelhagem constitucional no que diz respeito ao Poder Judiciário, notadamente a Suprema Corte, uma vez que com o inusitado aceno bem revelam desconhecer a formação deste órgão, como as suas necessidades relevantes, dentro das quais se destaca, como ponto culminante, a sua estrutura, mantida sua composição pela prática e experiência, em número de onze juízes, desde mais de 30 anos.[19]

O aumento preconizado no anteprojeto redigido pelo sr. ministro Milton Campos, encampando sugestão de dois ilustres advogados,[20] integrantes da comissão composta por s. exa., visa elevar a 16 o número dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ficando este dividido em três turmas com a competência para julgarem definitivamente o contencioso de legalidade, ao passo que o Tribunal Pleno, apenas julgará o contencioso da constitucionalidade.

Afirmamos a contundência de tal proposta pois ficaria o Tribunal dividido em três Supreminhos, sendo irremovível a divergência entre eles, o que criaria o impasse para se atingir a unificação jurisprudencial, impondo-se criar o recurso de revista,[21] endereçado ao pleno. Demais disso, que autoridade, respeitabilidade e confiança, poderá inspirar o Supremo Tribunal Federal, fragmentado em turmas autônomas? A Constituição vigente desconhece em relação a esse órgão a sua divisão em turmas. A criação destas, se deve a um mero decreto-lei que sempre considerei incompatível com a Lei Magna.[22] As turmas sobrevivem porque o Supremo Tribunal as mantém em seu regimento. Mas não são elas autônomas, como ora se deseja inovar.

Afirmamos, sob a autoridade de nossa convicção, sedimentada durante vinte anos de exercício no STF, a absoluta desnecessidade de tal aumento, visto ser sobretudo, ruinoso, inútil, prejudicial à apuração dos julgamentos, abolindo a celeridade já alcançada pela emenda regimental instituidora da súmula e da remessa das turmas para o Pleno dos feitos que apresentam maior complexidade. Com esse procedimento caminhamos, praticamente, para a extinção das turmas, dando ao Pleno maior ênfase, evitando a repetição de julgamentos pela oposição de embargos.

Alertando os Poderes Executivos, ao mesmo passo que assim o fazemos tendo em vista as insistentes intromissões de militares nesse assunto que não lhes diz respeito, sobre o qual não lhes cabe opinar, e que, entretanto, vêm ocorrendo lamentavelmente, coisa jamais vista nos países verdadeiramente civilizados.

Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da nação, como há pouco o fizeram, com estarrecedora quebra de sagrados deveres, os sargentos instigados pelos jangos e brizolas. A atividade civil pertence aos civis, a militar a estes, que sob o sagrado compromisso juraram fidelidade à disciplina, às leis e à Constituição.

Se ao Supremo Tribunal Federal cabe o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos dos outros poderes, por isso mesmo ele é investido de excepcional

autonomia e independência, tornando-se intolerável a alteração do número de seus juízes por iniciativa do Executivo e chancela do Legislativo. Inaugurado que seja esse sistema mais adiante aumentar-se-á novamente o número dos membros do STF, sob qualquer pretexto, político ou militar. A que se reduzirá, então, a independência do Poder Judiciário se até o seu mais alto tribunal poderá ficar à mercê da oscilação de opiniões e das vontades estranhas àquele Poder?

Afirmamos, ainda uma vez, ser ruinosa e inútil, prejudicial e gravosa dos encargos do Tesouro Nacional aquele aumento que importará em despesa incalculável, não só pelo estipêndio que será devido a mais cinco (5) ministros cujo gabinete se compõe de um secretário jurídico, um auxiliar de plenário e um motorista. Acrescente-se a aquisição de um automóvel para cada um deles, sua manutenção, gasolina e gastos eventuais. Some-se, mais, a necessidade imediata de novas instalações do mobiliário da sala de sessões, de seu estrado, cobertura de tapete etc. Cada ministro dispõe de um gabinete de trabalho, mobiliado convenientemente. Há de ser necessário construir-se um edifício anexo, com pelo menos cinco gabinetes providos de mobiliário adequado.

Aí está a estarrecedora resenha, a despesa inútil, incalculável que representará a imposição, inteiramente dispensável, do aumento de cinco ministros do STF.

Quem, devemos dizê-lo, de boa ou má-fé deseja esse aumento, revela seu desamor a este país, não preza a defesa do Erário Público nem a sobrevivência das instituições democráticas delineadas tradicionalmente em bases constitucionais sistemáticas. Por que tanta insistência e tão descabido propósito em aniquilar um dos atributos básicos da independência do poder judiciário e da autonomia do Supremo Tribunal Federal? Com que vantagem, senão o seu desprestígio ofensivo de suas tradições mais caras a este país que, desse modo, se mostra indiferente à sorte de suas próprias instituições?

Felizmente o alto idealismo de que somos possuídos, alimenta a esperança e a certeza de que profunda meditação há de inspirar o eminente Chefe de Estado, em cujo patriotismo e serenidade confiamos, situando-se ele imune a influências superficiais e interesseiras, que tende à distorção dos princípios tradicionais da organização de um dos poderes da República e ao enfraquecimento de suas bases constitucionais.

Se é certo que via de regra o homem constrói ou destrói, cabe-nos alertar que o momento nos enseja todos os esforços para evoluirmos, dentro dos ditames legais, constitucionais e democráticos reforçando a autoridade, a segurança e a confiança nas instituições da República, a fim de que à sua sombra o trabalho frutifique e a tranquilidade restaure nos brasileiros a fé pelos destinos da pátria.

ANEXO B:

DISCURSO PROFERIDO PELO MINISTRO DA GUERRA ARTUR DA COSTA E SILVA (ITAPEVA-SP, 22/10/1965)[23]

Velhos soldados afeitos à vida da caserna, estamos com o coração em festa vendo este trabalho realizado com a proficiência de homens que se dedicam à vida militar, com dedicação, amor e patriotismo. Nós sabemos e bem conhecemos as dificuldades para a realização vitoriosa, para a realização eficiente de um trabalho como o que acabamos de observar e apreciar. V. exa., como oficial de alto mérito, de Estado-Maior, cuja vida transcorreu imaginando, concebendo, planificando, e eu, modesto general que veio da tropa, que vivi na tropa mais de 40 anos, posso dizer, como v. exa. também dirá, que esse trabalho foi uma grande vitória profissional. É, sem dúvida, grande vitória profissional, e por quê? Porque encontrou no âmbito civil aquela consideração desinteressada, com algum sacrifício mesmo, para que se pudesse realizar uma coisa que parece tão simples: o tipo real de artilharia, o tiro real dos blindados. Isso nós observamos, senhor presidente, e é com o coração em festa que eu declaro o meu contentamento. E o sr. Presidente da República também por certo estará com o seu coração em festa neste momento.

Mas se é verdade que estes trabalhos, estas manobras, demonstram a alta compreensão da responsabilidade que lhes pesa sobre os ombros, dos chefes militares, também é verdade que estamos incompreendidos e até mesmo ultrajados e agredidos por pessoas que deveriam ter a máxima noção da responsabilidade que lhes pesa sobre o ombro no momento difícil da vida nacional. Quero referir aos senhores a histórica agressão que acaba de ser dirigida aos militares do Brasil pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. Como se fôssemos tênues atribuições de poder da República, s. exa. se volta contra os militares cometendo, praticando a maior das injustiças já praticadas contra o soldado brasileiro. Diz o senhor presidente do Tribunal Federal da República, um dos poderes da República:

> Alertando os poderes Executivo e Legislativo, ao mesmo passo que assim o fazemos tendo em vista as insistentes intromissões dos militares neste assunto que não lhes diz respeito, sobre o qual não lhes cabe opinar. E que entretanto vem ocorrendo lamentavelmente, coisa jamais vista nos países verdadeiramente civilizados. Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da nação, com há pouco o fizeram com estarrecedora quebra de sagrados deveres os sargentos, instigados pelos jangos e brizolas.

Será possível, srs., que estes homens estejam esquecidos da ação das Forças Armadas a 31 de março? Será possível que não lhes pesa sobre a consciência a agressão que nos dirigem? Senhores, aí estão as

palavras com que nós militares fomos brindados por s. exa. o sr. presidente do Supremo Tribunal Federal que nós militares, tendo-o a nossa mercê nos primeiros dias de abril de 1964, preservamos de qualquer mutilação.

Antes estávamos em que ilusão? A de que o Tribunal saberia compreender a Revolução que acabávamos de tornar vitoriosa, quando, atendendo às aspirações da nação e do povo, formos à rua para acabar com o comunismo que se procurava implantar neste país. Quando "jangos" e "brizolas" procuravam subverter a disciplina militar e fechar o Congresso Nacional e conspurcar a ação dos juízes, o Exército veio à rua para restabelecer a ordem, a disciplina, a decência, a austeridade no governo. E o fizemos certos de que não defendíamos nem instituições nem partidos, nem interesses de classes, mas sim a estabilidade da pátria. Agora, fomos mandados pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, fomos mandados recolhernos aos quartéis? Saímos do quartéis a pedido do povo, a pedido da sociedade que se via ameaçada e só voltaremos aos quartéis quando o povo assim o determinar, mas permaneceremos de armas perfiladas para evitar que volte a este país a subversão, a corrupção, a indisciplina e o desprestígio internacional.

Há um ano e meio, naquele dia de março, ou melhor dito, naquele 1º de abril – que não será nunca um 1º de abril para o Brasil, mas sim uma afirmação categórica – há um ano e meio fomos para o sacrifício, vimos o gesto magnífico de civilismo, de misticismo civilista de s. exa. o sr. presidente da República.

Nós conservamos este regime que se diz democrático, mas que quer ser ditatorial por intermédio da ditadura judiciária. Há um ano e meio, depois de tantos sacrifícios, depois de tanta dedicação, dando a este País a paz, a tranquilidade necessária para o seu desenvolvimento, vem um homem de alta responsabilidade dizer que devemos voltar aos quartéis. Não. Só voltaremos aos quartéis quando o povo determinar ou então quando s. exa. o ser. Presidente da República, que é o Executivo deste país, disser: "voltem aos quartéis". O termo voltar aos quartéis é uma metáfora, porque na realidade, nós não saímos dos quartéis e a prova está nesse exercício que acabamos de realizar.

A prova está nas manobras programadas para Mato Grosso no próximo mês. Segunda-feira, dia 25, estaremos em Resende assistindo a uma grande manobra de nossos paraquedistas, que diariamente arriscam suas vidas. Senhores, eu não queria me exaltar neste momento. Mas, senhores, ofendido, agredido na minha classe, eu não posso deixar de revidar a esta afronta. Aconteça o que acontecer. Disseram alhures que o presidente da República está fraco politicamente. Não nos importa que ele esteja fraco politicamente; está forte militarmente.

Senhores: eu tenho em minha mão um documento histórico onde esse mesmo homem que se diz presidente da mais alta corte de Justiça do nosso país se dirigiu a um general brasileiro em termos inconvenientes. O sr. presidente da República revidou, entretanto. Amparou o general e disse a esse ministro que não era assim que se tratava um general brasileiro. Os dias

são de ontem. Não preciso recapitular.[24] Pois bem, eu vou trazer isto a público, para que se saiba onde está a coragem e onde está a lealdade e onde está a verdade. Em dias do mês de maio, o comandante da 11ª Região Militar me comunicava em parte. Eu vou ler, com absoluta tranquilidade, a parte:

> Participo a v. exa. que fui procurado na manhã de hoje pelo exmo. sr. dr. Álvaro Ribeiro da Costa, presidente do Supremo Tribunal Federal, e como eu não fosse encontrado por me achar inspecionando a região do campo de instrução, telefonou o mesmo ao coronel Darci Lázaro, comandante do Batalhão de Guarda Presidencial, comunicando-lhe que de acordo com um informe recebido, de pessoa altamente idônea, haveria nesse dia, no de hoje, 13 de maio, uma revolução visando implantar um regime ditatorial no Brasil. Durante conversa que teve com o coronel Darci Lázaro, demonstrou o presidente do STF as apreensões que pairavam nos espíritos dos membros do Poder Judiciário, dizendo-lhe que nessa ocasião o problema da Justiça poderia ser resolvido favoravelmente à Revolução, através de uma emenda constitucional de sua autoria, que pretendia sugerir ao deputado Adauto Lúcio Cardoso, para apresentação ao Congresso. Às 11hs55 apresentou-se ao Q.G. da 11ª. R.M. o coronel Darci Lázaro, entregando-me a minuta de um projeto da emenda supracitada, que recebera do presidente do STF, para entrega ao exmo. sr. chefe do Gabinete Militar da Presidência, e que por esta passo a v. exa. através do escalão avançado do Ministério aqui em Brasília. Recebida a orientação de v. exa. através do escalão avançado, informo que me comunicarei com o presidente do STF, dando-lhe ciência de que fiz parte de suas ponderações. As. – General José Nogueira Paz, comandante da 11ª Região Militar.

O documento é este senhores. Eu tenho fotocópia na minha mão. Este documento escrito pelo próprio punho do presidente do STF, procurando resolver uma situação que ele havia criado, agredindo os encarregados dos inquéritos, concedendo *habeas corpus* absurdos. E ele então dizia:

> Emenda constitucional – aprova para todos os efeitos os atos praticados pelo Alto Comando Revolucionário de 31 de março de 64 e bem assim aqueles decorrentes da aplicação do Ato Institucional de 9 de Abril de 1964 (vide art. 18 das disposições transitórias da Constituição de 1934).[25]
> Lei ordinária – concede atribuição privativa aos encarregados de investigação policial-militar para prorrogar, no interesse da apuração de responsabilidade, o prazo de detenção dos indiciados até a ultimação do procedimento processual. Parágrafo 1º – Alcança todos os processos de Investigação Policial-Militar, a critério dos

> respectivos encarregados, atingindo, inclusive, os indiciados já beneficiados por concessão de *habeas corpus*.

Senhores, isto é um recuo, isto é uma covardia inominável que o sr. presidente da República não aceitou e mandou que se rasgasse esse documento. Mas eu já tinha cópia desse documento no arquivo do Exército.

Exmo sr. presidente da República, talvez o seu ministro tenha faltado com o devido respeito a v. exa. Se assim o fiz, senhor presidente, queira desculpar. Mas v. exa. é um velho soldado. Sabe o quanto de ofensivo houve nas declarações do ministro do STF. Falam em ditadura militar. Falam em ditadura. E ele sabe, como sabe o presidente do Senado da República, que nós não fomos a ditadura porque não quisemos. O sr. presidente da República é testemunha disso. Ele e eu tivemos que dialogar, tivemos que argumentar, tivemos que defender a insinuação malévola que dizia existir no Brasil um triunvirato ditatorial e nós reagimos e preferimos conservar o regime atual porque sabemos que o defeito não é do regime, o defeito é dos homens.

É preciso, senhores, que os homens desta República cresçam, cresçam na altura da grandeza imensa deste país. Este país exige homens grandes, homens de alto espírito público e não homúnculos que venham degradar por interesses pessoais, por interesses partidários, por interesses de classe ou de clã, prejudicando o desenvolvimento deste país, que só pede que o deixem crescer, deixem progredir, deixem marchar. E nós havemos de dar ao Brasil, como a pessoa de s. exa., o presidente da República, que é um homem da nossa formação, nós havemos de dar ao Brasil a oportunidade de marchar, de progredir e atingir os seus altos destinos, que ele bem que merece e que lhe dá de conceder.

NOTAS

* A pesquisa que resultou neste texto foi parcialmente financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

1 O autor informa que os presentes gritavam "manda brasa!" nos momentos mais agudos da fala de Costa e Silva.

2 José Linhares exerceu o cargo de presidente do Brasil entre outubro de 1945 e janeiro de 1946, quando entregou o cargo ao marechal Eurico Gaspar Dutra. Embora tenha passado poucos meses na presidência, Linhares indicou três nomes para o STF: além de Ribeiro da Costa, chegaram ao Supremo por suas mãos os ministros Lafayette de Andrada e Edgard Costa (Supremo Tribunal Federal, 20??). Após exercer a presidência da República, Linhares voltou ao Supremo e lá ficou até sua aposentadoria, em 1956.

3 Tribunal Superior Eleitoral (TSE), *Processo* n. 411/412. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Relator Ministro Sá Filho. Julgado em: 7 de maio de 1947. Ribeiro da Costa acompanhou o voto do relator, negando a cassação do registro por falta de provas. Ambos restaram vencidos. O voto de Ribeiro da Costa está às páginas 87 a 105.

4 Como João Goulart já era vice do presidente eleito Jânio Quadros, que renunciara em 1961, Ranieri Mazzilli, presidente da Câmara, era o próximo na linha de sucessão. A posse lhe foi dada pelo presidente do Senado, Auro de Moura Andrade. Ribeiro da Costa avalizou o ato como presidente do Poder Judiciário. Entre o pequeno grupo de presentes estava também Luís Vianna Filho, que pouco tempo depois teria decisiva participação na articulação jurídica do governo de Castelo Branco, no qual, além de ministro interino da justiça (entre Milton Campos e Juraci Magalhães), foi Chefe do Gabinete Civil – cargo equivalente ao hodierno Ministro-Chefe da Casa Civil. Para uma descrição detalhada da cerimônia e dos presentes, veja Gaspari (2002, p. 111 e ss.); e Vianna Filho (1975, cap. III).

5 O pedido a Ribeiro da Costa seria feito por Juraci Magalhães, então ministro da Justiça encarregado de negociar as reformas constitucionais, no mesmo dia em que saía publicado o artigo do presidente do STF sobre a reforma do tribunal (Anexo A).

6 Luís Vianna Filho (1975) assim descreve a diferença entre ambos, devendo ser lido sob a ressalva de que ele próprio militava no governo de um "Sorbonne": "o grupo da Escola Superior de Guerra [era o dos] militares intelectuais da 'Sorbonne'" (p. 62). "O tempo [...] mostrou claramente a formação de duas correntes na área revolucionária. Uma radical, ortodoxa, violenta, convicta de que o êxito da Revolução seria correspondente à amplitude e energia das punições. Outra, liberal, generosa, tinha as punições como um meio, nunca como objetivo da Revolução. A [...] tendência, radical, subsiste em setores ponderáveis dos comandos militares e das próprias correntes civis que apoiaram o movimento em todo o seu curso. Nesses setores continua-se a estimular uma ação drástica do Governo." Formavam estes, na linguagem popular, "a linha dura" (p. 93).

7 De fato, é espantoso notar quantos de nosso presidentes no período militar passaram por educação escolar no Rio Grande do Sul: Getulio Vargas, Castelo Branco, Costa e Silva, Médici, Geisel e Figueiredo passaram pelo Colégio Militar de Porto Alegre ou pela Escola Militar do Rio Pardo, sua antecessora, e dois deles vieram de muito longe para tanto: Castelo Branco era cearense, e Figueiredo, carioca. Durante o período de estudos desses militares no Rio Grande do Sul, convém lembrar, vigorava no estado da chamada "Ditadura Republicana" de Júlio de Castilhos e Borges de Medeiros, na contramão do liberalismo da Primeira República. Esses mesmo ex-presidentes, com exceção de Vargas, estudaram também na Escola Militar do Realengo, no Rio de Janeiro.

8 O autor registra em suas memórias: "Entre os generais presentes, o mal-estar foi visível. E o ministro percebendo haver avançado nas asas do entusiasmo, concluiu pedindo desculpas ao Presidente, caso tivesse extravasado no arroubo oratório. Castelo, constrangido, fez pequeno discurso, no qual deixou entrever o desagrado irremediável". O autor lembra, em seguida, que Ribeiro da Costa mandou devolver ao presidente Castelo Branco as condecorações que recebera para participar de um banquete oferecido aos chefes de estado da Bélgica, que visitavam o Brasil naquela semana.

9 Nesse sentido, partilho da opinião de José Reinaldo de Lima Lopes: "com a República o Judiciário foi, desde 1891, encarado como o árbitro possível dos grandes conflitos de poderes e lhe foi dado, no Supremo Tribunal Federal, conscientemente, uma parte das atribuições do extinto Poder Moderador" (LOPES, 2006, p. 30). À lição de Lopes, eu acrescentaria que a evolução institucional de nossas repúblicas concebeu também outros órgãos, todos dentro do Poder Judiciário, a quem cumpria esse papel, tal qual o Tribunal Superior Eleitoral e, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça.

10 Comblin também sustenta a relevância do papel dos militares na política civil no período em questão (COMBLIN, 1978, p. 152).

11 O mesmo não se podia dizer dos partidários da "linha dura": esses cobravam o presidente por poupar o Supremo, fazendo até insinuações de conchavos e favorecimentos. Foi o caso de Carlos Lacerda quando, já rompido com Castelo Branco, acusou-o de haver poupado o STF em troca de decisões favoráveis ao candidato do PSD nas eleições ao governo de Minas Gerais (CARLOS LACERDA..., 1965, p. 20).

12 Constituição de 1946, art. 108: "A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são, assemelhadas. § 1º Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos, expressos em lei, para a repressão de crimes contra a **segurança externa** do País ou as instituições militares" (destaques do autor).

13 Olavo Bilac Pinto, deputado udenista muito próximo a Castelo Branco, foi um dos principais defensores da ideia de "guerra revolucionária". Seus discursos parlamentares sobre o tema foram posteriormente reunidos em livro (PINTO, 1964). Bilac Pinto foi feito ministro do Supremo por Médici, na vaga aberta pela aposentadoria de Themístocles Brandão Cavalcanti. Durante o governo Castelo Branco, foi embaixador em Paris.

14 À época, como hoje e possivelmente em qualquer outro momento de sua história, o STF tinha ministros com perfis ideológicos variados, que poderiam ser considerados, politicamente, adversários. Ao lado dos ministros mais associados a João Goulart e JK, havia outros perfilados no oposto do espectro ideológico: o ministro Pedro Chaves, segundo Evandro Lins e Silva (1997, p. 386), "era muito contra a política de Jango" e "manifestava-se pessoalmente" contra o governo; Luís Gallotti era também considerado opositor dos "juscelinistas" pela dura posição que encampou contra a mudança do STF para Brasília, logo após a inauguração da capital. Para a posição de Gallotti, ver matéria do periódico lacerdista *Maquis* (VOTO..., 1960, p. 22-24).

15 Publicado em: *Folha de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 3, 20 out. 1965.

16 O ato institucional em questão é o AI-1, de 9 de abril de 1964, mas que à época era chamado apenas de "ato institucional" por ser único e ter sido concebido como tal. Originalmente, os juristas ligados ao regime militar defendiam que a "Revolução" havia se esgotado com o primeiro ato institucional, devendo o país voltar à normalidade institucional no momento imediatamente subsequente. A crise política de 1965, dentro da qual se insere o embate entre Ribeiro da Costa e Costa e Silva, foi determinante para a decisão do governo de "reabrir o processo revolucionário", dentro do qual se sentiam livres para alterar as regras jurídicas sem as amarras do devido processo legislativo.

17 "Art. 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: [...] b) independência e harmonia entre os poderes."

18 "Art. 98. O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze Ministros. Esse número, mediante proposta do próprio Tribunal, poderá ser elevado por lei." Uma semana depois de publicado o discurso do Ribeiro da Costa, o AI-2 alteraria este dispositivo constitucional para prever o número de 16 ministros, divididos em três turmas de cinco julgadores cada. O STF funcionou com esta estrutura até fevereiro de 1966, quando a constituição foi alterada pelo AI-6 e o número de ministros foi reduzido novamente a 11.

19 A Constituição de 1891 (art. 56) havia estabelecido em 15 o número do ministros do STF. A exemplo da Suprema Corte dos EUA, os julgamentos eram todos plenários, não havendo turmas. Em 1931, ainda durante o governo revolucionário de Getulio Vargas, o Decreto 19.656/1931 alterou o número de juízes para 11, vigente desde então com exceção do intervalo entre o AI-2 (1965) e o AI-6 (1969).

20 Os advogados a que se refere Ribeiro da Costa provavelmente são Prado Kelly, prócer udenista que seria feito ministro do Supremo na esteira do AI-2, e Orozimbo Nonato, ministro aposentado do STF que, à época, se dedicava a grandes causas e emissão de pareceres. Além deles, colaborou também na comissão formada pelo ministro da Justiça Milton Campos, encarregada de conceber o projeto de reforma da Justiça, o advogado Dario de Almeida Magalhães (REFORMA..., 1965, p. 9).

21 O recurso de revista, de longa tradição na história judicial brasileira, dá a um tribunal o poder de cassar uma decisão e devolvê-la ao juízo *ad quem*, para que a refaça de acordo com a lei. Segundo Lopes (2008, p. 307), era o recuso de maior importância do Supremo Tribunal de Justiça no Império, de quem, em matéria contenciosa, o STF se tornou sucessor direto nas Repúblicas.

22 Por referir-se a "decreto-lei", Ribeiro da Costa provavelmente tem em mente o Decreto-lei n. 6, de 16 de novembro de 1937, art. 5º: "Todos os feitos da competência do Supremo Tribunal Federal serão julgados por turmas de cinco juízes, revogado o artigo 3º do decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931". O citado decreto de 1931, porém, já mandava a organização provisória do STF em turmas de cinco juízes (art. 2º).

23 Publicado em: *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 3, 23 out. 1965.

24 Costa e Silva provavelmente refere-se ao caso Arraes (STF, Habeas corpus n. 42.108-PE, Relator Ministro Evandro Lins e Silva. Julgado em: 19 de abril de 1965), já citado no comentário do texto principal desde artigo, em que Ribeiro da Costa ameaçou prender o comandante do I Exército.

25 Constituição de 1934, Disposições transitórias: "Art. 18 - Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRAES livres desde ontem. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. 1, 22 abr. 1965.

ARTIGO do Presidente do STF repercute na Câmara. *Folha de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 10, 21 out. 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 41.296-GO, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira. Julgado em: 23 de novembro de 1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 42.108-PE, Relator Ministro Evandro Lins e Silva. Julgado em: 19 de abril de 1965.

_____. Supremo Tribunal Federal. Linha Sucessória dos Ministros. Brasília-DF, 20—?. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_ago_2014.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE), *Processo* n. 411/412. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Relator Ministro Sá Filho. Julgado em: 7 de maio de 1947. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb>. Acesso em: 30 abr. 2015.

CARLOS LACERDA retira candidatura e investe contra governo. *Folha de S. Paulo*, Ilustrada, São Paulo, p. 20, 8 out. 1965.

COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*: o poder militar na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

COSTA, Álvaro Moutinho Ribeiro da. In: *Dicionário Histórico e Biográfico Brasileiro.* Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 2010. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. A Reforma do STF. *Folha de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 3, 20 out. 1965.

COSTA e Silva: Castelo é militarmente forte. *Folha de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 1, 23 out. 1965.

DECIDE contra Magessi o STF; militares vão combater o comunismo. *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 1, 13 jul. 1963.

EXPURGO no âmbito do Judiciário. *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 5, 14 abr. 1964.

GASPARI, Élio. *A Ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HOMENAGEM da Associação dos Advogados. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Geral, São Paulo, p. 23, 5 abr. 1964.

JULGAMENTO do habeas corpus no Supremo. *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 5, 24 nov. 1964.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Modelos históricos do judiciário: poder político ou poder neutro? In: *Direitos Sociais*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MANOBRA do STF para manter o seu presidente. *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 9, 26 out. 1965.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Ata da 1115ª sessão do Conselho da OAB, 7 abr. 1964. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/links_internos/estexcec_declpovina.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

PINTO, Bilac. *Guerra Revolucionária*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

PRESIDENTE acompanhou os trabalhos no Supremo. *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 5, 24 nov. 1964.

REFORMA do Judiciário: governo encampa projeto de juristas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Primeiro Caderno, p. 9, 1 set. 1965.

ROTEIRO da Revolução. *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 1, 12 abr. 2014.

SILVA, Costa e. In: *Dicionário Histórico e Biográfico Brasileiro.* Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 2010. Disponível em: < http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>. Acesso em: 30 abr. 2015.

SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos*:

depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro/FGV: Nova Fronteira, 1997.
SINDICATO dos Advogados: pelo expurgo no Judiciário. *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 4, 29 abr. 1964.
STF vê o Governo restaurado. *Jornal do Brasil*, Primeiro Caderno, Rio de Janeiro, p. 4, 4 abr. 1964a.
STF: Expurgo é necessário, diz deputado. *O Estado de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 4, 24 abr. 1964b.
VEEMENTE resposta ao presidente do STF. *Folha de S. Paulo*, Primeiro Caderno, São Paulo, p. 3, 23 out. 1965.
VIANNA FILHO, Luís. *O governo Castelo Branco*. São Paulo: Livraria José Olympio, 1975.
VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 441-464, jul.–dez. 2008.
VOTO (contra) do ministro Gallotti, documento para a história. *Revista Maquis*, a. 6, n. 150, Rio de Janeiro, p. 22-24, 30 abr. 1960.

Rafael Mafei Rabelo Queiroz

São Paulo – SP – Brasil
mafei.rafael@gmail.com

Professor-Doutor da Faculdade de Direito da USP, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito.

ANOTAÇÕES

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV (DIREITO GV LAW REVIEW) IS A GENERAL JOURNAL THAT PUBLISHES ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS IN SEVERAL FIELDS OF BRAZILIAN, INTERNATIONAL AND GLOBAL LAW. IT ALSO PUBLISHES PAPERS ON THEORY OF LAW, SOCIOLOGY OF LAW, PHILOSOPHY OF LAW AND HISTORY OF LAW.

THE JOURNAL IS OPEN TO DIFFERENT THEORETICAL AND METHODOLOGICAL APPROACHES, INCLUDING INTERDISCIPLINARY PAPERS AND ARTICLES THAT FALL INTO THE FIELDS OF LAW & DEVELOPMENT, LAW & SOCIETY AND LAW & ECONOMICS. IT ALSO REVIEWS AND PUBLISHES PAPERS CONCERNED WITH TEACHING TECHNIQUES IN LAW AND LEGAL RESEARCH METHODS.

THE 'BOOK REVIEWS AND ESSAYS' SECTION AIMS TO ATTRACT READERS' ATTENTION TO RELEVANT BRAZILIAN AND FOREIGN BOOKS AND ARTICLES, IN ORDER TO PROVOKE CRITICAL EXCHANGE. BOOKS OF ACADEMIC INTEREST ARE PREFERRED TO THOSE PRIMARILY FOCUSED ON PROFESSIONAL USE. ESSAYS ARE FORMAT-FREE, AND SELECTED FOR THEIR RELEVANCE AND NOVELTY.

REVIEW

EVERY ARTICLE IS REVIEWED BY THE EDITOR-IN-CHIEF (DESK REVIEW) WHO ASSESSES WHETHER OR NOT IT FITS THE JOURNAL'S EDITORIAL POLICY, ITS ACADEMIC CONTRIBUTION AND WHETHER OR NOT IT MEETS THE FORMAL SUBMISSION REQUIREMENTS. THE ARTICLE IS THEN SENT TO TWO ANONYMOUS REFEREES WHO EVALUATE ITS CONTENT AND STYLE IN ACCORDANCE WITH THE PRINCIPLES OF DOUBLE BLIND PEER REVIEW. COMMENTS WILL THEN BE FORWARDED TO THE AUTHOR FOR ACKNOWLEDGMENT, ACCEPTANCE OR IMPROVEMENT. IN THE LATTER CASE, A MODIFIED TEXT CAN BE SENT TO THE JOURNAL TO BE RE-EVALUATED BY THE EDITOR-IN-CHIEF. AUTHORS WILL BE EMAILED ABOUT THE STATUS OF THE EVALUATION PROCESS AND WILL BE ABLE TO ACCESS REFEREES' COMMENTS ON THEIR ARTICLE. EXCEPTIONALLY, THE EDITOR-IN-CHIEF CAN INVITE ARTICLE SUBMISSIONS.

SUBMISSIONS

ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS MUST BE WRITTEN IN PORTUGUESE, SPANISH OR ENGLISH, AND MUST NOT HAVE BEEN PUBLISHED ELSEWHERE OR BE UNDER CONSIDERATION BY OTHER JOURNALS. THEY CAN BE MAILED ELECTRONICALLY TO **REVISTADIREITOGV@FGV.BR** ALONG WITH THE FORM "STATEMENT OF SUBMISSION, NOVELTY AND ORIGINALITY; AUTHORIZATION FOR PUBLICATION AND TRANSFERENCE OF COPYRIGHTS", AVAILABLE AT: BITLY.COM/RDGV-TERM.

WE ASK AUTHORS TO INFORM **REVISTA DIREITO GV** OF ANY FINANCIAL SUPPORT, PRIVATE OR PUBLIC, AND OF ANY MATTER REGARDING THE ARTICLE THAT COULD CREATE CONFLICTS OF INTEREST.

ARTICLES MUST HAVE A MAXIMUM OF 30 PAGES OF 2100 CHARACTERS PER PAGE, INCLUDING SPACES. LONGER PAPERS CAN BE PUBLISHED SUBJECT TO THE EDITOR'S EVALUATION.

BOOK REVIEWS MUST HAVE A MAXIMUM OF 10 PAGES OF 2100 CHARACTERS PER PAGE, INCLUDING SPACES, PREFERABLY WITHOUT FOOTNOTES. THEY MUST HAVE A TITLE AND SHOULD NOT BE PRECEDED BY AN ABSTRACT. SUGGESTIONS FOR BOOKS TO BE REVIEWED CAN BE SENT TO THE EDITOR BY EMAIL. ***ESSAYS*** MUST HAVE A MAXIMUM OF 15 PAGES OF 2100 CHARACTERS PAGE, INCLUDING SPACES.

SUBMISSIONS MUST FOLLOW THE GUIDELINES BELOW:

FORMATTING RULES:

TEXT EDITOR: ***MICROSOFT WORD***

MARGINS (LEFT, RIGHT, TOP, BOTTOM): ***3 CM***

PAGE NUMBER: ***RIGHT SIDE, INFERIOR CORNER***

FONT: ***TIMES NEW ROMAN, 12 POINT***

PARAGRAPH: ***ALIGNMENT: JUSTIFIED; DOUBLE SPACING; SPACE BEFORE TEXT: 0; SPACE AFTER TEXT: 12 POINT***

FIRST PAGE OF THE SUBMITTED TEXT MUST HAVE:

- ***TITLE*** WITH A MAXIMUM OF 8 WORDS, BOLD, IN EITHER PORTUGUESE OR ENGLISH
- ***ABSTRACT WRITTEN IN PORTUGUESE*** (OR SPANISH), WITH ABOUT 150 WORDS, LEFT ALIGNED, CONTAINING ***STUDY FIELD, OBJECTIVES, METHODOLOGY, RESULTS AND CONCLUSIONS***
- FIVE ***KEYWORDS*** IN PORTUGUESE, LEFT ALIGNED
- ***ABSTRACT WRITTEN IN ENGLISH***, WITH ABOUT 150 WORDS, LEFT ALIGNED, CONTAINING STUDY FIELD, OBJECTIVES, METHODOLOGY, RESULTS AND CONCLUSIONS
- 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. EXAMPLE: "A CHAMADA 'PANDECTÍSTA' HAVIA SIDO A FORMA PARTICULAR PELA QUAL O DIREITO ROMANO FORA INTEGRADO NO SÉCULO XIX NA ALEMANHA EM PARTICULAR" (LOPES, 2000, P. 225). A COMPLETE BIBLIOGRAPHY MUST BE PRESENTED IN ALPHABETICAL ORDER AT THE END OF THE TEXT.

NOTES MUST BE CUT TO THE MINIMUM NEEDED AND PRESENTED AT THE END OF TEXT, SEQUENTIALLY NUMBERED, BEFORE THE BIBLIOGRAPHY.

DIAGRAMS, GRAPHS AND TABLES MUST PRESENT TITLE AND SOURCE, AND BE PLACED AT THE END OF TEXT, AFTER THE BIBLIOGRAPHY. THEIR POSITION HAVE TO BE INDICATED IN THE BODY OF THE ARTICLE, AVOIDING REPETITION OF INFORMATION IN BOTH CHART AND TEXT.

COMPLEMENTARY INFORMATION

IN THE SAME FILE, THE AUTHOR MUST ADD A ***COVER LETTER*** CONTAINING THE FOLLOWING INFORMATION: TITLE OF THE ARTICLE, FOLLOWED BY AUTHOR'S IDENTIFICATION – FULL NAME, EDUCATION, INSTITUTIONAL AFFILIATION, FULL ADDRESS, TELEPHONE AND EMAIL.

AUTHORS ARE FULLY AND EXCLUSIVELY RESPONSIBLE FOR THEIR ARTICLES.

COPYRIGHTS

REVISTA DIREITO GV OWNS THE PATRIMONIAL RIGHTS OF ALL ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS PUBLISHED, INCLUDING TRANSLATIONS RIGHTS.

REVISTA DIREITO GV ADOPTS THE CREATIVE COMMONS ATTRIBUTION-NONCOMMERCIAL 4.0 INTERNATIONAL LICENSE, EXCEPT WHERE IS IDENTIFIED OTHERWISE. FULL OR PARTIAL COPIES AND REPRODUCTIONS ARE ALLOWED, SINCE PROVIDED FOR NON-COMMERCIAL PURPOSES AND WITH THE IDENTIFICATION OF ITS SOURCE.

FOR ALL OTHER PURPOSES, THE PERMISSION OF **REVISTA DIREITO GV** IS REQUIRED.

POLÍTICA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos (nacional ou internacionalmente) 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 nos campos de pesquisa Direito e Desenvolvimento (*Law & Development*), Direito e Sociedade (*Law & Society*) e Direito e Economia (*Law & Economics*). Ademais, recebe 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, relevantes e suscitar discussões críticas sobre eles. As resenhas privilegiam 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 (*desk review*) realizada pela editora-chefe, verificando sua adequação à política editorial da Revista, seu potencial para publicação e o atendimento aos requisitos formais de submissão. Após essa avaliação, os artigos aprovados são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *double blind peer review*. Recebidos os pareceres, estes são encaminhados 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 e terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pela Editora.

SUBMISSÃO DE ARTIGOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês e não podem estar sob avaliação em outro periódico. Os autores só poderão submeter um artigo por vez, seja como autor principal ou em coautoria, exceção feita às chamadas de trabalhos temáticas ou dossiês especiais. Os artigos devem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgv.br** juntamente com o "Termo de submissão de artigo, declaração de ineditismo e originalidade, termo de autorização para publicação e cessão dos direitos autorais", disponível em: bitly.com/rdgv-termo.

Solicita-se que o autor informe à Revista qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais ou não, e que declare não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2100 caracteres com espaços. Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério da editora, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até 10 laudas de 2100 caracteres com espaços, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros a serem resenhados podem ser encaminhadas para o e-mail da Revista. Os **ensaios** devem apresentar até 15 laudas de 2100 caracteres com espaços.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Regras de formatação

- Editor de texto: **Microsoft Word**
- Margens: esquerda, direita, superior e inferior de **3 cm**

Paginação: **canto inferior direito**

- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **alinhamento justificado; espaçamento entre linhas: duplo; espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos**

A primeira página do artigo deve conter:

- **Título**, com, no máximo, oito palavras, em negrito (português e inglês)
- **Resumo em português** (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, **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, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco **palavras-chave**, alinhamento à esquerda, em inglês

Referências devem seguir o sistema de chamada autor-data (ABNT NBR-10520), isto é, as citações devem vir no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. Ex.: "A chamada 'pandectísta' havia sido a forma particular pela qual o direito romano fora integrado no século XIX na Alemanha em particular" (LOPES, 2000, p. 225). As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto (ABNT NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas sequencialmente, 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 uma **capa** (página de rosto) contendo as seguintes informações: título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, titulação, instituição à qual está ligado, endereço para correspondência, telefone e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

DIREITOS AUTORAIS

A **REVISTA DIREITO GV** detém os direitos patrimoniais dos artigos, resenhas e ensaios que publica, inclusive os de tradução.

A **REVISTA DIREITO GV** adota a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional, exceto onde estiver expresso de outro modo, permitindo-se cópias e reproduções, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais e com identificação de sua fonte.

Para todos os outros fins, é necessária a autorização expressa da **REVISTA DIREITO GV**.

v. 11 n. 1 jan-jun 2015

EDITORIAL: **007**

ARTIGOS

TAX EXCHANGE OF INFORMATION AND INTERNATIONAL COOPERATION IN BRAZIL
HELOISA ESTELLITA E FREDERICO SILVA BASTOS: **013**

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO
JÚLIO CÉSAR CASARIN BARROSO SILVA: **037**

MEDIDAS CAUTELARES INTERPRETATIVAS E DE EFEITOS ADITIVOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA APLICAÇÃO
LUCAS DE LAURENTIIS E HENRIQUE GALKOWICZ: **065**

NOVA LEI DOS PORTOS: DESAFIOS JURÍDICOS E PERSPECTIVAS DE INVESTIMENTOS
ANA CLAUDIA FARRANHA, CONRADO DA SILVEIRA FREZZA E FABIANA DE OLIVEIRA BARBOSA: **089**

A MORALIDADE DO CONFLITO NA TEORIA SOCIAL: ELEMENTOS PARA UMA ABORDAGEM NORMATIVA NA INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA
DAVID WILSON DE ABREU PARDO E ELIMAR PINHEIRO DO NASCIMENTO: **117**

COSTUME FISCAL E A NORMATIVIDADE DAS PRÁTICAS REITERADAS DA ADMINISTRAÇÃO: UMA LEITURA SISTÊMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO
RAFAEL KÖCHE: **141**

RIGHTS AS TRUMPS AND BALANCING: RECONCILING THE IRRECONCILABLE?
JOÃO COSTA NETO: **159**

DISCIPLINA OU RESSOCIALIZAÇÃO? RACIONALIDADES PUNITIVAS, TRABALHO PRISIONAL E POLÍTICA PENITENCIÁRIA
BRUNO AMARAL MACHADO E MARCOS AURÉLIO SLONIAK: **189**

LEVANDO A SÉRIO OS DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS: INELEGIBILIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE
LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JÚNIOR E RODRIGO MIOTO DOS SANTOS: **223**

BIOPOLITICS AND HOMO SACER IN A TORTURE CENTER IN CHILE
HUGO ROJAS CORRAL: **257**

O ILUMINISMO NO BANCO DOS RÉUS: DIREITOS UNIVERSAIS, HIERARQUIAS REGIONAIS E RECOLONIZAÇÃO
GUILHERME LEITE GONÇALVES: **277**

NACIONALISMOS Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES EN EL TERRITORIO ARGENTINO: EL CASO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
ANAHI PATRICIA GONZÁLEZ: **295**

DOSSIÊ: DIREITO E MEMÓRIA

CINQUENTA ANOS DE UM CONFLITO: O EMBATE ENTRE RIBEIRO DA COSTA E COSTA E SILVA SOBRE A REFORMA DO STF (1965)
RAFAEL MAFEI RABELO QUEIROZ: **323**

ISSN 1808 - 2432