

V. 12 N. 3
SET-DEZ 2016
ISSN 2317-6172

 **FGV DIREITO SP**

25

REVISTA DIREITO GV

Revista **DIREITO GV**

ISSN 2317-6172

V. 12 N. 3 SET-DEZ 2016

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

APOIO:



Ministério da
Ciência, Tecnologia
e Inovação



Ministério da
Educação



REVISTA DIREITO GV [RECURSO ELETRÔNICO] / FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS. - VOL. 1, N. 1 (MAI. 2005) - SÃO PAULO :
FGV DIREITO SP, 2005-
V.

QUADRIMESTRAL

EDITORES: CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014-
[ATUAL]; JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005/2014.

VERSÃO DIGITAL E PERIODICIDADE QUADRIMESTRAL
A PARTIR DE 2016

DISPONÍVEL EM: [HTTP://BIBLIOTECADIGITAL.FGV.BR/
OJS/INDEX.PHP/REVDIREITOGV/INDEX](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/index)

ISSN 2317-6172

1. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 2. RODRIGUEZ,
JOSÉ RODRIGO. 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-NÃO COMERCIAL 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
[HTTP://DIREITOSP.FGV.BR](http://DIREITOSP.FGV.BR)

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

v. 12 n. 3 SET-DEZ 2016

EDITORA-CHEFE

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

CONSELHO EDITORIAL

ALBERTO DO AMARAL JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

ÁLVARO P. PIRES – *UNIVERSITY OF OTTAWA (CANADÁ)*

CHARLES FREDERICK SABEL – *COLUMBIA UNIVERSITY (EUA)*

DAMIAN CHALMERS – *THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (INGLATERRA)*

DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

DAVID TRUBEK – *UNIVERSITY OF WISCONSIN (EUA)*

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA – *UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLÔMBIA)*

GREGORY SHAFFER – *UNIVERSITY OF CALIFORNIA (EUA)*

HANS-JÖRG ALBRECHT – *MAX-PLANK INSTITUTE (ALEMANHA)*

JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO – *UNIVERSITAT DE BARCELONA (ESPANHA)*

JOSÉ EDUARDO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – *UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA (PORTUGAL)*

JOSÉ MARÍA DE AREILZA CARVAJAL – *ESADE, UNIVERSIDAD RAMON LLULL (ESPANHA)*

JOSEP JOAN MORESO – *UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ESPANHA)*

JUDITH HOFMEISTER MARTINS-COSTA – *UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (BRASIL)*

KEITH S. ROSENN – *UNIVERSITY OF MIAMI (EUA)*

MARCOS SEVERINO NOBRE – *UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (BRASIL)*

MARIA TERESA SADEK – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

MARTÍN FEDERICO BÖHMER – *UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (ARGENTINA)*

MIGUEL POIARES MADURO – *EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE (ITÁLIA)*

MIGUEL REALE JR. – *UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (BRASIL)*

RAFFAELE DE GIORGI – *UNIVERSITÀ DEL SALENTO (ITÁLIA)*

ROGELIO PÉREZ-PERDOMO – *UNIVERSIDAD METROPOLITANA (VENEZUELA)*

SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN – *UNIVERSIDAD CATÓLICA NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN (PARAGUAI)*

REDAÇÃO

ASSISTENTES EDITORIAIS

BRUNO BORTOLI BRIGATTO, MAYARA LUIZA PEREIRA E NIKOLAY HENRIQUE BISPO

REVISÃO

ANA ALVARES E CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

ULTRAVIOLETA DESIGN

BASES DE DADOS E INDEXADORES

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL | CITEFACTOR | DIADORIM | DOAJ – DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS | EZB ELECTRONIC JOURNALS LIBRARY | HEINONLINE | IBSS – INTERNATIONAL BIBLIOGRAPHY OF THE SOCIAL SCIENCES | LATINDEX – SISTEMA REGIONAL DE INFORMACIÓN EN LÍNEA PARA REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA, EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL | PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES | REPOSITÓRIO FGV DE PERIÓDICOS E REVISTAS | SCIELO – SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE | SHERPA/ROMEO | ULRICHSWEB

SUMÁRIO

EDITORIAL : 606

ARTIGOS

REFLEXÕES SOBRE AS POSSÍVEIS RAZÕES PARA NÃO OCORRER
UMA REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL
REFLECTIONS ON THE POSSIBLE REASONS FOR NOT OCCURRING A TAX REFORM IN BRAZIL

DANIEL LEIB ZUGMAN : 610

O MODELO DE ENSINO PARTICIPATIVO NO DIREITO INTERNACIONAL:
RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA
THE PARTICIPATIVE TEACHING MODEL IN INTERNATIONAL LAW: DESCRIPTION OF AN EXPERIENCE

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, ADRIANE SANCTIS DE BRITO, DÉBORAH DE SOUSA E
CASTRO MELO, GUILHERME BONÁCUL RODRIGUES, MARCEL KAMIYAMA, MARIANA BOER
MARTINS E THIAGO RODRIGUES SÃO MARCOS NOGUEIRA : 632

HOMOAFETIVIDADE E DIREITO: UM ESTUDO DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS
PELOS MINISTROS DO STF AO RECONHECEREM A UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL
*SAME-SEX RELATIONSHIPS AND LAW: A STUDY ON ARGUMENTS USED BY STF'S MINISTERS
WHEN RECOGNIZING SAME-SEX UNIONS IN BRAZIL*

RAQUEL MORAES E LEONCIO CAMINO : 648

EXPLORANDO A ESTRUTURA DA CONFIANÇA: APONTAMENTOS EM SOCIOLOGIA
DO DIREITO A PARTIR DO FUNCIONAMENTO DA LEI DE MEDIDAS CAUTELARES
*EXPLORING THE TRUST STRUCTURE: NOTES IN SOCIOLOGY OF LAW BASED ON THE OPERATION
OF THE PRECAUTIONARY MEASURES LAW*

PEDRO DALLA BERNARDINA BROCCO : 667

EXCESSO DE AUTORREFERÊNCIA E FALTA DE HETERORREFERÊNCIA:
O SIMBOLISMO DA ATUAÇÃO DO STF EM DIREITO À SAÚDE
*EXCESS OF SELF-REFERENCE AND LACK OF HETEROREFERENCE: THE SYMBOLISM IN THE SUPREME
COURT JUDGMENTS ABOUT THE RIGHT TO HEALTH*

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA : 691

RESILIÊNCIA DA PROGRESSIVIDADE, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA
REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA NA TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS FÍSICAS EM ÉPOCA
DE CRISE – UM ESTUDO OBJETIVADO NA CRISE FINANCEIRA PORTUGUESA
*RESILIENCE OF PROGRESSIVITY, CONTRIBUTORY CAPACITY AND REDISTRIBUTION ON PERSONAL INCOME
TAX IN TIMES OF CRISIS – A STUDY FOCUSED IN THE PORTUGUESE FINANCIAL CRISIS*

JOÃO RICARDO CATARINO E MARIA ADOSINDA TEIXEIRA : 718

DEMOCRACIA E TRANSCONSTITUCIONALISMO: "DIREITO AO ESQUECIMENTO",
EXTRATERRITORIALIDADE E CONFLITO ENTRE ORDENS JURÍDICAS
*DEMOCRACY AND TRANSCONSTITUTIONALISM: THE "RIGHT TO OBLIVION", EXTRATERRITORIALITY
AND THE CONFLICT BETWEEN JURIDICAL ORDERS*
FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA : **748**

OS ATORES INTERESTATAIS NO DESENVOLVIMENTO REGIONAL E A
PARTICIPAÇÃO SOCIAL: A ATUAÇÃO DOS GRUPOS ARGENTINOS NOS
PROJETOS DE INFRAESTRUTURA DA IIRSA E DO FOCEM
*INTERSTATE ACTORS IN REGIONAL DEVELOPMENT AND SOCIAL PARTICIPATION: ARGENTINIAN INTEREST
GROUPS ACTION WITHIN IIRSA AND FOCEM INFRASTRUCTURAL PROJECTS*
JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ, MARIANA PORTO DE PAULA E DANIELA VIEIRA SECCHES : **776**

SUPERPRECEDENTES
SUPERPRECEDENTS
SIDDHARTA LEGALE : **810**

PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
PORTUGUÊS: INOVAÇÕES DO DECRETO-LEI N. 4/2015
*PARTICIPATION PRINCIPLE IN PORTUGUESE ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE:
INNOVATIONS IN DECREE-LAW N. 4/2015*
JANAÍNA RIGO SANTIN : **846**

PARTICIPANTE OU OBSERVADOR? UMA ESCOLHA ENTRE DUAS PERSPECTIVAS
METODOLÓGICAS DE ESTUDO E APLICAÇÃO DO DIREITO
*PARTICIPANT OR OBSERVER? A CHOICE BETWEEN TWO METHODOLOGICAL PERSPECTIVES OF STUDY
AND APPLICATION OF LAW*
JOÃO ANDRADE NETO : **869**

DELEGITIMIZING, CORRUPTIVE CRISES
CRISES DE LEGITIMIDADE E CORRUPÇÃO
ÁNGEL R. OQUENDO : **892**

RESENHA

APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE FERRAJOLI:
A PROPÓSITO DE PRINCIPIA IURIS
AN APPROACH TO FERRAJOLI'S PRINCIPIA IURIS IN REGARDS TO DEMOCRATIC THEORY
LEONARDO GARCÍA JARAMILLO : **913**

EDITORIAL

<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201624>

É com satisfação que apresentamos o terceiro e último número da **Revista Direito GV** em 2016 (vol. 12, n. 3, set.-dez. 2016).

Este número traz um conjunto de doze artigos inéditos e bastante diversos de pesquisadores brasileiros e estrangeiros e uma resenha.

Como já afirmamos no Editorial anterior (<http://ref.scielo.org/zmkx9s>), com a expansão de dois para três números por ano, esperamos tornar mais rápida a publicação dos artigos recebidos. Todavia, a mera alteração da periodicidade e a maior agilidade na gestão das submissões não bastam.

Diante do aumento crescente do número de artigos recebidos a cada ano, outras medidas são necessárias. Uma das mais importantes é reforçar os mecanismos de *desk review*, isto é, a análise dos requisitos formais mínimos exigidos em nossa Política Editorial. Outra medida, ainda nesta primeira fase, é tornar mais rígida a avaliação da aderência do artigo às prioridades editoriais da Revista, o que tem levado a um aumento da taxa de rejeição liminar (*immediate reject*).

A Revista reitera seu foco na publicação de textos que aprofundem um tema bem recortado, com pergunta ou problema de pesquisa claro, metodologia bem escolhida e explicitada e que inovem o conhecimento em sua área. Damos preferência para artigos interdisciplinares, de pesquisa empírica ou aplicada ou que se enquadrem no campo de pesquisa de Direito e Desenvolvimento (*law & development*), área de concentração do mestrado acadêmico da FGV Direito SP.

Essas são medidas necessárias para que somente sejam enviados para os pareceristas *ad hoc* artigos que atendem às prioridades editoriais da Revista e que, portanto, tenham reais chances de publicação. Mesmo assim, após a etapa de dupla avaliação cega, nova e rígida seleção vem sendo feita já que, de todo o material submetido, não mais do que 10% é publicado. Diante disso, incentivamos a comunidade de autores a visitar nossa Política Editorial.

Por fim, aproveitamos este último editorial para fazer um agradecimento especial aos professores e pesquisadores que atuaram como pareceristas *ad hoc* no ano de 2016. São contribuições voluntárias, não remuneradas e anônimas, mas indispensáveis à seleção deste seleto grupo final de artigos publicados.

O trabalho cuidadoso e tempestivo dos pareceristas *ad hoc* é fundamental para o progresso da academia jurídica brasileira.

A todas e a todos, o nosso muito obrigado!

Catarina Helena Cortada Barbieri

Editora-Chefe

EDITORIAL

<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201624>

*We are pleased to introduce the third and final issue of **Direito GV Law Review** of 2016 (vol. 12, No. 3, Sep.–Dec. 2016).*

This issue contains twelve original and diverse articles from Brazilian and foreign researchers, along with a book review.

As stated in the previous Editorial (<http://ref.scielo.org/zmkx9s>), with our expansion from two to three issues per year, we hope manuscript publication will become more agile. However, merely changing from two to three issues per year and handling submissions faster are not enough.

In light of the recent increase in the number of articles we receive each year, other measures are necessary. One of our main strategies is to reinforce the desk review mechanisms, i.e., the analysis of the minimum formal requirements as described in our Editorial Policy. Another is to make a more rigorous assessment of the article's compliance with the journal's editorial priorities. This has led to an increase in the immediate rejection rate.

***Direito GV Law Review** reiterates its focus on publishing texts that analyze a well-delineated theme, tackle a clear research question or problem, contain a well-chosen and well-explained methodology, and makes an original contribution to knowledge. We give preference to interdisciplinary articles, those that deal with empirical or applied research, and that fit into the law & development research field, which is the focus of FGV SP Law School's master's program.*

These measures are necessary so that our ad-hoc reviewers are sent only texts that meet the journal's editorial priorities and hence have a real chance of publication. After the double-blind assessment stage, a further selection has to be made. No more than ten percent of the articles submitted are published. Therefore, we encourage the community of authors to review our Editorial Policy.

Lastly, we would like to express our gratitude to the professors and researchers who acted as ad-hoc reviewers in 2016. Their contribution is voluntary, unpaid and anonymous, yet indispensable for the selection of this special final group of articles.

The thorough and timely work of ad-hoc reviewers is crucial for the progress of Brazilian legal scholarship.

We thank you very much!

Catarina Helena Cortada Barbieri

Editor-in-chief



Reflexões sobre as possíveis razões para não ocorrer uma reforma tributária no Brasil

REFLECTIONS ON THE POSSIBLE REASONS FOR NOT OCCURRING A TAX REFORM IN BRAZIL

Daniel Leib Zugman¹

Resumo

Este texto analisa o problema da reforma tributária brasileira sob a perspectiva do Direito e Desenvolvimento. Pretende explicar por que, apesar de existir aparente consenso sobre a necessidade de reforma, o sistema tributário do país não sofre alterações estruturais. Utilizam-se textos nacionais e estrangeiros que tratam de política e reforma tributária e da relação entre Direito e Desenvolvimento. São apontados os principais atores, obstáculos e resultados de tentativas de reforma tributária já realizadas. Aparentemente, o problema vem sendo enfrentado como de natureza meramente técnica, quando, na verdade, a não ocorrência da reforma pode estar mais relacionada a divergências políticas existentes entre estados, municípios e a União. Nesse contexto, as lições do Direito e Desenvolvimento sugerem que reformas jurídicas amplas e radicais tendem a fracassar. Procura-se demonstrar as amarras institucionais que dificultam o acontecimento de profunda reestruturação do sistema de tributos brasileiro e sugerem-se, exemplificativamente, estratégias alternativas incrementais que podem contribuir para o sucesso de futuras medidas modificativas.

Palavras-chave

Reforma tributária; Direito e Desenvolvimento.

Abstract

This paper aims at analyzing the Brazilian tax reform issue from a Law and Development perspective. The goal is to explain the reasons why, despite the existence of apparent consensus on the need for a tax reform in the country, up to now the Brazilian tax system has not suffered structural changes. We have used domestic and foreign texts regarding tax policy and tax reform, as well as texts drafted by scholars who analyze the relation between Law and Development. We point out stakeholders, obstacles and results of previous attempts to reform the Brazilian tax system. Apparently, up to the moment the tax reform issue has been addressed as being purely technical, while the difficulties for implementing a tax reform may be more closely related to political disagreements. The Law and Development lessons suggest that broad and radical reforms tend to fail. In this context, we demonstrate the institutional shackles that hinder the occurrence of a profound restructuring of the Brazilian tax system and suggest, not exhaustively, incremental alternative strategies that may be helpful in future attempts to reform the Brazilian tax system.

Keywords

Tax Reform; Law and Development.

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS OBJETIVOS

O tema da reforma tributária no Brasil sempre foi envolvido por aparente consenso: todos concordam que o sistema tributário pátrio é problemático e que, portanto, precisa ser modificado. A despeito disso, as numerosas emendas constitucionais e propostas legislativas já criadas com esse objetivo não tiveram êxito. A maioria delas não chegou sequer a ser aprovada no Congresso Nacional ou, quando isso aconteceu, não se conseguiu alterar significativa e positivamente o sistema em funcionamento. Pior: em diversas oportunidades ocorreu aumento da carga tributária e da complexidade do sistema, ao contrário do que se prometia obter com tais reformas.

Para os propósitos deste artigo, “reforma tributária” corresponde a uma ampla e estrutural modificação do sistema de tributos brasileiro, promovida por meio de reforma legislativa em nível de lei complementar ou por emenda constitucional, cujos efeitos sejam, principalmente, a redução da carga tributária e da complexidade das normas tributárias.

Tendo isso em vista, o objetivo deste trabalho é explicitar, a partir da literatura do Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*), por que as diversas tentativas de reformar o sistema tributário brasileiro fracassaram, culminando, quase sempre, na piora do sistema e na majoração da carga tributária.

Para tanto, este texto está organizado em cinco tópicos, além deste. No segundo tópico o percurso metodológico trilhado é narrado, de modo que se permita ao leitor verificar se os resultados obtidos estão amparados por premissas e métodos adequados.

No terceiro tópico o problema da reforma tributária é brevemente apresentado, indicando-se quem são os principais atores, obstáculos enfrentados e resultados de tentativas de reforma já realizadas.

No quarto tópico são trazidas a lume lições da literatura do “campo”¹ denominado Direito e Desenvolvimento, que sugerem os motivos pelos quais reformas jurídicas nem sempre conduzem aos resultados esperados.

No quinto tópico os ensinamentos dos autores que tratam da questão do Direito e Desenvolvimento são aplicados ao sistema tributário pátrio e, em especial, a *path dependence*² é minudenciada de molde a demonstrar as amarras que dificultam o processo de reforma tributária no país.

Por fim, no último tópico são apresentadas considerações finais que podem contribuir para o aprofundamento do debate acerca da reforma tributária brasileira e são sugeridos

...

1 Alguns autores como Brian Z. Tanamaha ressalvam que o Direito e Desenvolvimento não pode ser considerado um campo, pois lhe falta coerência interna: “Em vez disso, o trabalho do Direito e Desenvolvimento é mais bem visto como uma aglomeração de projetos perpetuados por atores motivados e que contam com o apoio de financiamentos” (TANAMAHA, 2010, p. 179).

2 O conceito de *path dependence* será estudado detalhadamente mais adiante. Por ora, pode ser traduzido como “inércia institucional”.

caminhos alternativos que podem contribuir para o sucesso de eventuais reformas. Ressalve-se que tais sugestões não são exaustivas e podem ser frustrantes caso se esperem delas fórmulas para o sucesso ou a via sacra para as soluções que nosso sistema tributário demanda. Este texto não tem a pretensão de oferecer tais respostas, mas apenas apresentar alguns dos motivos que podem explicar a não ocorrência de ampla reforma e, subsidiariamente, recomendar rotas alternativas que a longo prazo podem se tornar frutíferas.

I NOTA METODOLÓGICA

Este é um artigo teórico que utiliza textos de autores que estudam as relações entre Direito e Desenvolvimento para analisar o problema prático da reforma tributária brasileira. Além dessas obras, também serviram de base artigos e livros de conhecidos doutrinadores do Direito Tributário, especialmente a obra *Tributação e desenvolvimento*, coordenada por Eurico Marcos Diniz de Santi (2011), que reúne textos de vários autores que relacionam o campo tributário com a questão do desenvolvimento.

Durante a redação deste *paper* também sentiu-se a necessidade de consultar autores que lidassem com o tema da reforma tributária sob perspectivas não estritamente jurídicas. A obra *Crise, reforma e desordem do sistema tributário nacional*, do professor Fabrício Augusto de Oliveira (1995), da Fundação João Pinheiro, o livro *Lessons of tax reform*, editado pelo Banco Mundial (WORLD BANK, 1991), o qual relata experiências de reformas tributárias em diversos países, bem como o texto “Taxation and development”, do professor Richard Bird (2010), da Universidade de Toronto, foram fontes de pesquisa úteis.

Finalmente, o relatório de pesquisa “Reforma tributária viável: simplificação, transparência e eficiência”, elaborado pelo Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (2010), foi fundamental. Os textos, entrevistas e demais dados empíricos confeccionados e coletados pelo Núcleo constituíram material rico e fecundo para o desenvolvimento das ideias a seguir apresentadas.

2 REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: APARENTE CONSENSO

Estudiosos do Direito Tributário, economistas, políticos, empresários e cidadãos em geral parecem compartilhar a ideia de que o sistema tributário brasileiro precisa sofrer ampla reforma. Pode-se dizer com José Souto Maior Borges que a “[...] Reforma Tributária [...] representa uma aspiração nacional praticamente unânime” (BORGES, 1985, p. 53).

Além disso, como ensina Eurico Marcos Diniz De Santi, há também relativa convergência em relação aos problemas e expectativas sobre as premissas norteadoras de uma reforma tributária. São elas: “simplicidade, eliminação da cumulatividade dos impostos indiretos, redução da tributação sobre o trabalho, eliminação da tributação sobre o investimento

e transparência do valor do tributo para o contribuinte de fato (econômico)” (SANTI, 2012, p. 56).

Embora esse “consenso” aparentemente exista, as motivações, declaradas ou não, que levam cada grupo interessado a chegar à mesma conclusão são as mais diversas. Empresários, regra geral, querem a redução da carga tributária e a simplificação do sistema. Economistas costumam apontar as distorções que a dinâmica tributária existente causa na economia. Políticos, de um lado, por vezes ecoam as diversas vozes do quadro social nacional, mas, de outro, buscam geralmente aumentar a arrecadação tributária para os estados e municípios que representam.

O ensinamento de Aires Fernandino Barreto corrobora o argumento *supra*:

Todos preconizam e aceitam uma reforma tributária: a União, desde que cresça a sua fatia no todo; os Estados-membros, desde que aumentem suas receitas, os Municípios desde que possam contar com mais recursos; no outro lado, sozinho [...] o espoliado contribuinte, que, na contramão, quer redução de tributos [...] (BARRETO, 2005, p. 2).

Obviamente, o panorama acima desenhado é uma simplificação do complexo tecido social brasileiro, mas é o suficiente para demonstrar os diferentes interesses por trás do “consenso” acerca da reforma tributária.

E essa aparente concordância já vem de longa data. Não por outro motivo, a história dos tributos no Brasil é recheada de tentativas de reforma. José Roberto Vieira (2011) recorda as Emendas n. 05/1961 e n. 18/1965, à Constituição de 1946, ambas promovendo “reformas tributárias”; na sequência, o próprio texto da Carta Magna de 1967, logo alterado pela Emenda n. 01/1969, os dois diplomas também apresentando reformas ao sistema constitucional tributário; e, outrossim, o novo capítulo do Sistema Tributário da Constituição de 1988, que, tal qual as Leis Maiores precedentes, não escapou de introduzir reformas, como a da Emenda n. 42/2003; e isso sem mencionar as numerosas propostas de emendas constitucionais e leis complementares.

A mais ampla e recente tentativa de reforma é aquela veiculada pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 233, de 28.02.2008, de iniciativa do Poder Executivo e que tramita no Congresso Nacional apensada à PEC n. 31/2007.

A despeito das nobres intenções dos reformadores,³ as expectativas em relação aos efeitos dessa PEC, se eventualmente aprovada, não são as mais positivas. Isso se deve ao fato de

...

3 Vejam-se alguns trechos da Exposição de Motivos assinada pelo ministro da Fazenda: “Os objetivos principais da Proposta são: [...] avançar no processo de desoneração tributária e eliminar distorções que prejudicam o crescimento da economia brasileira e a competitividade de nossas empresas, principalmente no que diz respeito à chamada ‘guerra fiscal’ entre os Estados’; [...] estimular a atividade econômica e a competitividade do País, através da racionalização e simplificação dos tributos, e promover a justiça social [...]”.

que as diversas reformas realizadas no país não tiveram sucesso, ou pelo menos não cumpriram os objetivos a que declaradamente se propuseram. É o que leciona Souto Maior Borges:

Nas experiências de reforma tributária, identifica-se, sempre, em seu ponto terminal, a frustração de legítimas expectativas nacionais quanto aos seus benefícios. Ela é ingenuamente visualizada como o modo de instauração do paraíso fiscal na terra, remédio infalível para todos os males que enfermam o sistema tributário nacional.

[...]

Se a essência de um fenômeno é a sua invariância, a essência da reforma tributária, sob a falsa aparência de aperfeiçoamento do sistema, é o aumento da carga tributária. Esse aumento é o que sempre resta da experiência do passado. O que fica do que passou. Essa lição não é porém considerada na análise da reforma. (BORGES, 2011, p. 383, grifo nosso).

Isso posto, pode-se dizer que a história das reformas tributárias no país é marcada por intenções, em grande medida, legítimas por parte dos reformadores, pois os objetivos declarados são quase sempre sedutores. Geralmente, pretende-se a simplificação do sistema, o que parece estar em harmonia com as aspirações da maior parte da população. Entretanto, é igualmente uma história de contradições, uma vez que os resultados obtidos são invariavelmente marcados pelo desapontamento: a elevação do fardo dos tributos e o aumento da complexidade do sistema.

Sobejam razões, portanto, para desconfiar do êxito da PEC 233/2008 e de quaisquer eventuais tentativas radicais de reforma tributária pela via legislativa.

Ante o exposto, surgem questionamentos inquietantes: se há convergência no sentido de que é necessário reformar o sistema tributário pátrio, e se já existiram numerosas experiências em diferentes momentos históricos e contextos políticos, por que a maior parte delas não teve êxito? Por que a via legislativa não tem sido efetiva na reformulação do sistema tributário?

3 DIREITO E DESENVOLVIMENTO E OS DESAFIOS DE UMA REFORMA JURÍDICA

As lições do Direito e Desenvolvimento podem lançar alguma luz sobre o insucesso das várias reformas tributárias já intentadas no país. Sobre Direito e Desenvolvimento pode-se dizer, em apertada síntese, que se trata de campo de estudos que procura analisar as interações entre o sistema jurídico de determinado Estado e o grau de desenvolvimento deste.⁴

...

⁴ As concepções de desenvolvimento costumam variar entre crescimento econômico e desenvolvimento em um sentido mais amplo, que contempla a melhoria das condições de vida da população, de modo a lhe garantir maior livre arbítrio. Isso envolveria o incremento no acesso à educação, à saúde, ao debate político em sentido *lato* e a outros direitos básicos.

Como explica Richard Swedberg (2005), professor do Departamento de Sociologia da Cornell University, Max Weber foi o precursor desse tipo de análise. Os estudos de Weber inspiraram os primeiros passos do Direito e Desenvolvimento, na década de 1960. Geralmente, os autores que trabalham com o tema costumam narrar um percurso histórico, dividindo o Direito e Desenvolvimento em diferentes fases, conforme o substrato teórico que norteou as iniciativas em prol do desenvolvimento ocorridas em cada momento. No entanto, para o propósito deste trabalho, importa apenas uma ideia que nasce a partir desse histórico:⁵ a chamada *path dependence*.

No princípio da década de 1990, a denominada Nova Economia Institucional ganhou força nos meios acadêmicos e nos foros de economistas, consolidando o jargão “instituições importam” (*institutions matter*). Douglass North (1990), principal expoente dessa doutrina e premiado com o Nobel de Economia, alega que as instituições são as regras de uma sociedade que regulam a interação humana. Seu intuito é reduzir as incertezas envolvidas nessa relação interativa, decorrentes da complexidade dos problemas que surgem em uma dada sociedade.

Assim sendo, a formatação institucional dita os limites em que os atores de uma sociedade operam, tornando inteligível a interconexão entre as regras do jogo e o comportamento dos diversos atores sociais. Desse modo, em economias desenvolvidas as instituições seriam adequadas ao aumento de produtividade e ao crescimento econômico, pois protegem eficientemente os direitos de propriedade, o que reduz os custos de transação, permitindo lucros maiores e expansão dos mercados. De outro lado, nos países em desenvolvimento, a ausência de um ambiente institucional fortalecido impõe uma série de custos para a realização da atividade econômica, o que desencoraja o aumento de produtividade e, conseqüentemente, inibe o desenvolvimento econômico e social.

A partir dessa interpretação da realidade surge a equação “bom direito + boa aplicação/efetividade = bons resultados econômicos” (*good law + good enforcement = good economic results*), baseada na ideia de que as economias desenvolvidas atingiram esse estágio em razão de suas instituições, especialmente dos direitos de propriedade bem protegidos. Destarte, para que os países em desenvolvimento alcançassem o mesmo patamar, deveriam adotar instituições similares e garantir o império do direito (*rule of law*), o que inexoravelmente conduziria ao desenvolvimento. Como diz Peter Evans, professor do Departamento de Sociologia da Universidade de Berkeley, Califórnia, o mote dessa corrente era: “[...] o que é replicável e transferível deve ser trazido à luz e compartilhado com os outros” (EVANS, 1995, p. 21). E dessa visão resultou a famigerada expressão *one size fits all* (“um tamanho serve para todos”).

Nesse passo, organizações internacionais que antes destinavam a maior parte de seus financiamentos a projetos de infraestrutura, passaram a investir em reformas jurídicas e

...

5 Para mais informações, consultar Schapiro e Trubek (2012).

institucionais. Em vários países em desenvolvimento, foram implementados projetos no modelo *one size fits all*, em que as instituições e instrumentos jurídicos de países desenvolvidos, como Estados Unidos e Inglaterra, eram transplantados a Estados em desenvolvimento.

Entretanto, essas reformas jurídicas não tiveram o êxito esperado. Conforme Schapiro e Trubek, “[...] os países mais fiéis às agendas reformistas, como Argentina e México, tiveram um desempenho menos expressivo do que os seus pares mais rebeldes, como China e Índia” (SCHAPIRO; TRUBEK, 2012, p. 40). Acrescente-se que muitas dessas reformas não foram sequer capazes de alterar a realidade que pretendiam modificar, sendo criadas leis e instituições sem aderência aos países em tela.

De forma geral, as reformas supramencionadas ignoraram a realidade local dos diversos países em que foram intentadas, fracassando no objetivo de promover o desenvolvimento. Não consideraram as culturas locais e as especificidades de cada sociedade e fecharam os olhos para as resistências políticas, sociais e econômicas que mudanças radicais poderiam vir a enfrentar.

De acordo com Katharina Pistor e Curtis Milhaupt (2008), professores da Columbia Law School, essas consequências foram frutos da visão de que o direito é uma dotação de fatores (*endowment*) politicamente neutra, que poderia ser transplantada de um local para outro. Mas, conforme argumentam, o direito, obviamente, é produto da interação humana.

Desta feita, os processos interativos de cada sociedade importam para a produção e a aplicação do direito. Estrutura de governo, natureza do sistema político, nível de educação, desigualdade socioeconômica, entre um sem fim de elementos, são algumas das peças do complexo mosaico sobre o qual o direito se instala. Nessa linha, Brian Tamanaha, professor da Washington University Law, afirma que os intelectuais e profissionais do Direito e Desenvolvimento aprenderam a lição e já reconhecem a importância do contexto e das condições locais. Entretanto, em suas palavras, “O que tolhe os projetos de Direito e Desenvolvimento repetidamente é a extrema inter-relação de tudo com todo o resto numa sociedade...” (TAMANAHA, 2010, p. 178).

Por esse motivo, de acordo com Mariana Prado e Michael Trebilcock (2009), professores da Toronto Law School, é muito difícil alterar instituições. Com o passar do tempo, as condições institucionais estabelecem o modo como a atividade econômica pode gerar retorno e crescimento, e, sendo essas condições já conhecidas, a tendência é que os benefícios decorrentes delas aumentem com o transcurso do tempo, já que cada vez mais atores investem numa certa maneira de fazer as coisas. Trata-se da denominada *path dependence*, ou inércia institucional. Não é possível saber, portanto, quais serão os resultados de alterações profundas, as quais podem comprometer a dinâmica de funcionamento de uma comunidade. Assim sendo, há um alto custo de se mudar a forma de ser das instituições.

A dificuldade de implementar reformas, todavia, não enfraquece a conclusão da Nova Economia Institucional no sentido de que as instituições importam. Como apontam Dani Rodrik, professor de Política Econômica Internacional da Harvard University, e Arvind Subramanian, consultor do Departamento de Pesquisa do Fundo Monetário Internacional, o elemento

“instituições” é determinante e prevalente sobre os demais (“geografia” e “integração comercial”, por exemplo) para a questão do desenvolvimento (RODRIK; SUBRAMANIAN, 2003). A pergunta que interessa, portanto, não é se as instituições importam, mas as seguintes: quais instituições, exatamente, são desejáveis? E como promover mudanças naquelas já existentes, tendo em vista as resistências dos atores locais que se beneficiam com a manutenção do *status quo*?

A resposta é a mais incômoda possível: não se sabe. A verdade é que não há atalho que conduza ao progresso, não há instituições corretas que “dão certo” em qualquer local, e o desenvolvimento é produto de complexa interação de fatores praticamente inumeráveis. A despeito do panorama desanimador, há alguns caminhos que, a longo prazo, podem trazer algum êxito.

3.1 DESENVOLVIMENTO COMO DESCOBERTA: SUPERANDO A *PATH DEPENDENCE* POR MEIO DA REPRODUÇÃO DE BOAS PRÁTICAS, DO EXPERIMENTALISMO GRADUAL E DO *BYPASS* INSTITUCIONAL
Prado e Trebilcock (2009) sugerem duas estratégias para a implementação de reformas institucionais. A primeira é identificar quais instituições já dão certo em uma sociedade ou no mundo e tentar replicá-las localmente, de maneira adaptada aos objetivos que se pretende atingir e levando-se em consideração o contexto local. É verificar o que já funciona, o porquê desse bom funcionamento e procurar reproduzir esses pontos positivos de maneira customizada.

A segunda alternativa é reformar instituições existentes de maneira gradual, priorizando uma sequência de reformas a partir de um número pequeno delas, mas reconhecendo que futuramente modificações adicionais serão necessárias para reforçar as primeiras. Ou seja, uma reforma experimental e incremental.

Uma terceira forma possível é apontada por Mariana Prado (2011): o atalho institucional (*institutional bypass*). Essa estratégia é marcada por quatro características principais: 1) deixa a instituição tradicional em funcionamento; 2) cria uma rota alternativa para a prestação de serviços públicos ou funções governamentais (que se torna uma opção para os que usam esses serviços); 3) seu objetivo é ser mais eficiente ou funcional do que a instituição tradicional e; 4) altera um ponto específico do sistema (em vez de modificar o sistema inteiro).

4 DA VISÃO PANORÂMICA À APROXIMAÇÃO COM A REALIDADE TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Com relação ao sistema tributário, o que se pode afirmar a partir da revisão literária acima articulada é que, aparentemente, as tentativas de modificar o sistema de tributos brasileiro, como regra geral, não levaram em consideração a *path dependence* que nosso contexto político, social e econômico impõe. Tais reformas foram tratadas como politicamente neutras,

ignorando-se o fato de que, como observado acima, cada parte interessada tem uma aspiração diferente quando se fala em reforma tributária.

Um exemplo nesse sentido é o da reforma tentada durante o Governo Collor. Como narram Sérgio de Azevedo e Marcus André Melo (1997), essa foi a primeira iniciativa ampla de proposta de reforma fiscal no período pós-Constituinte. Com a criação da Comissão Executiva da Reforma Fiscal (CERF), foi proposto um conjunto de medidas que passou a constituir os termos da discussão pública em torno da questão: a criação de um Imposto sobre Valor Agregado (a partir da fusão do IPI, ICMS e ISS) pago no destino; a desoneração plena das exportações; a eliminação de contribuições sociais, com a privatização parcial da previdência social; a criação de uma Contribuição sobre Transações Financeiras (adotada depois como IPMF e CPMF) e, para custear a Previdência, a criação de um imposto sobre ativos e de impostos seletivos sobre energia elétrica e combustíveis, entre outros.

Os trabalhos da CERF não chegaram a ser apreciados pelo Congresso Nacional, em virtude do *impeachment* do presidente Collor, mas segundo Azevedo e Melo, a proposta estava fadada ao fracasso em virtude da intensa resistência oferecida por setores da burocracia pública – principalmente, a Receita Federal, o Ministério da Previdência e o BNDES, que possuíam divergências técnicas e temiam perder recursos –,⁶ pelos governos estaduais,⁷ que estimavam perda de arrecadação para os Estados, e pelas associações empresariais,⁸ que se preocupavam com a criação de novos tributos e o aumento da carga tributária.

Outro exemplo citado pelos autores é o da proposta do deputado Luiz Roberto Ponte, a chamada “emenda Ponte”, de 1991. A emenda Ponte encontrou grande aceitação e simpatia nos meios empresariais – especialmente em associações empresariais – em virtude de ser uma proposta de reforma tributária baseada em impostos não sujeitos à apresentação de declaração por parte dos contribuintes. Segundo o autor da proposta, ela reduziria os custos

...

6 “BNDES teme perder fonte de recursos de longo prazo com extinção do PIS/PASEP” (*Gazeta Mercantil*, 29 jun. 1992, p. 3); “Governo faz modificações e deve enviar projeto ao Congresso amanhã” (*Gazeta Mercantil*, 15 jul. 1992, p. 3); “Propostas de emendas não representam consenso entre técnicos do governo” (*Gazeta Mercantil*, 20 jul. 1992, p. 6); “Briga barra reforma, afirma Luis Eduardo” (*Folha de S. Paulo*, jul. 1992).

7 “Rio Grande do Sul estima perdas em US\$ 290 milhões” (*Gazeta Mercantil*, 8 jul. 1992, p. 3); “Isenções e créditos do novo IVA geram oposição de secretários estaduais” (*Gazeta Mercantil*, 13 jun. 1992, p. 3); “Dificuldades de aprovação no Congresso” (*Gazeta Mercantil*, 9 jul. 92, p. 6); “Secretário da Fazenda do Paraná critica o projeto” e “Governador paulista critica falta de discussão da proposta” (*Gazeta Mercantil*, 21 jul. 1992, p. 7); “Federação do Comércio critica proposta do governo e faz sua própria” (*Gazeta Mercantil*, 24 jul. 1992, p. 3).

8 Entrevista concedida ao autor por Ary Osvaldo Mattos Filho, presidente da CERF. Cf. também “Apoio empresarial esbarra nos impostos sobre ativos e transações financeiras” (*Gazeta Mercantil*, 26 jun. 1992, p. 3).

necessários para cumprimento de obrigações fiscais. Contudo, segundo Azevedo e Melo, a proposta mostrou-se inviável politicamente, vez que retirava dos estados e municípios o controle sobre os tributos, tendo em vista que, de acordo com o projeto, a União deveria concentrar a arrecadação, cabendo aos estados e municípios apenas efetuar transferências.

O próprio Banco Mundial (WORLD BANK, 1991), com base em casos anteriores de reformas tributárias em diferentes países, reconhecia que eventuais reformas devem levar em conta as condições iniciais, domésticas e estrangeiras, para que tenham algum êxito. Admitia que modificações no sistema de tributos não podem ser impostas de fora para dentro e, nessa medida, apontava como pressuposto para o sucesso o comprometimento daqueles que detêm o poder político com os propósitos da reforma.

Demais, como assevera Everardo Maciel, ex-secretário da Receita Federal:

A complexidade do nosso sistema tem raízes históricas e culturais. Não decorre meramente de atos de vontade praticados por governantes ou pelos legisladores, mas pela interação de um conjunto de forças políticas que resultaram em circunstâncias que demonstram complexidade. (MACIEL, 2010).

Isso significa que a complexidade e os defeitos do sistema têm um fundamento na realidade. Não surgiram a partir da mera vontade dos agentes políticos e, do mesmo modo, provavelmente também não serão modificados somente a partir dessa mesma vontade.

Sendo assim, seria possível traçar um paralelo entre o fracasso das reformas tributárias brasileiras e o das reformas institucionais patrocinadas pelo Banco Mundial nos anos 1980: ambas teriam desconsiderado o contexto local, a *path dependence* e os custos que se arca com uma mudança ampla e brusca, além de apostarem todas as fichas em grandes reformas legislativas.

A despeito do quadro negativo, a verdade não pode ser ignorada: uma reforma tributária é desejável, visto que o sistema brasileiro é demasiadamente complexo.⁹ Mas como melhorá-lo diante de panorama tão desanimador? Antes de tentar sugerir algumas respostas, é preciso ter contato com o contexto brasileiro e os respectivos elementos que parecem contribuir para manter a inércia institucional e emperrar o andamento das reformas. Afinal, não há texto sem contexto, nem direito sem história.

...

9 Como exemplo, cite-se a pesquisa realizada pela International Finance Corporation e pela empresa internacional de auditoria PricewaterhouseCoopers (PwC). Tal pesquisa busca mensurar a facilidade com que os empresários conseguem fazer negócios em cada país. No quesito “Número de horas gastas” para o cumprimento de obrigações fiscais, o Brasil ocupa a pior posição do *ranking*, a 183ª colocação. Segundo a PwC, a empresa brasileira dispende anualmente 2.600 horas para cumprir com suas obrigações fiscais, mais que o dobro da penúltima colocada – a Bolívia –, onde gastam-se 1.080 horas.

4.1 A *PATH DEPENDENCE* NO BRASIL: O QUE DIFICULTA A REFORMA TRIBUTÁRIA?

As lições de Fabrício Augusto de Oliveira (1995) sobre o percurso da gestão fiscal brasileira nos últimos vinte anos iluminam o contexto político por trás do sistema tributário. Segundo o economista, talvez as principais causas para o surgimento de tantas propostas de reformas tributárias nos últimos anos residam, em primeiro lugar, no fato de que o governo federal, debatendo-se com seus desequilíbrios financeiros e incapaz de fazer um efetivo ajuste de suas contas, tem procurado resolver precariamente esse problema por meio da elevação das alíquotas de tributos não partilhados com estados e municípios, como as chamadas contribuições sociais. Isso é feito com o objetivo de evitar perdas de receitas para as esferas subnacionais.

Alguns exemplos nesse sentido foram a instituição da (já extinta) Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) pela Lei 9.311/1996, da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) pelas Leis 10.168 de 2000 e 10.336 de 2001, e do recente aumento, de 0% para 4,65%, da alíquota combinada da Contribuição ao Programa de Integração e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa.

O autor prossegue afirmando que em razão da perversidade destes tributos para o setor produtivo, os quais seguem uma lógica cumulativa, o empresariado tem se insurgido contra essa investida, amparado no argumento de que aludidos tributos distorcem o sistema de preços da economia, inibem investimentos e reduzem a competitividade dos produtos brasileiros no exterior.

Em segundo lugar, Oliveira (1995) afirma que estados e municípios, não obstante favorecidos com a ampliação dos recursos tributários resultante da descentralização de competências promovida pela Constituição de 1988, permanecem em dificuldades financeiras. Isso porque já detinham estoques de dívidas contraídas no passado, além de ter ocorrido incremento em seus gastos nos últimos anos, comprometendo-se os esforços de contenção da dívida pública.

Todos esses conflitos implicam sacrifício da população, penalização da produção e ampliação da desordem fiscal sem que o governo consiga equilibrar suas contas, subsistindo, assim, a ameaça permanente de que novas investidas tributárias possam ocorrer. Tudo isso também justifica a insatisfação dos contribuintes que efetivamente arcam com o ônus da tributação, diante da profusão de tributos, da complexidade de sua legislação e das manobras jurídicas praticadas pelo poder público para, frequentemente, modificar a interpretação das regras do jogo com o intuito de aumentar a arrecadação.

Note-se, diante do exposto, que é possível afirmar que há um cenário de tensão e desconfiança mútua entre estados, municípios, governo federal e sociedade. Além desse diagnóstico ser referendado em diversos textos de estudiosos da reforma tributária no Brasil,¹⁰ o que

...

10 Nesse sentido, ver Azevedo e Melo (1997); Rezende (2006); Lima (1999).

demonstra ser conclusão relativamente incontroversa entre os especialistas, tal percepção é corroborada quando se analisa os depoimentos dos principais atores envolvidos com a questão da reforma tributária.

A despeito de os entrevistados representarem apenas uma pequena amostra dos atores envolvidos com o tema da reforma tributária, o fato de o diagnóstico a respeito da falta de confiança se repetir na fala de vários entrevistados – como se verá abaixo – e, também, em textos redigidos por alguns dos maiores especialistas no assunto no Brasil, permite afirmar com relativa segurança que esse é um dos principais obstáculos à reforma, muito embora provavelmente existam outros empecilhos e questões que mereçam análise detida.

No estudo “Reforma tributária viável: simplificação, transparência e eficiência – relato das pesquisas realizadas pelo NEF no ano de 2010”, confeccionado pelo Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2010), foram realizadas catorze entrevistas com técnicos das secretarias da Fazenda dos estados federados, representantes e especialistas de confederações e federações de empresas, entidades representativas do fisco, economistas e advogados especializados no assunto.

De acordo com o relatório, a falta de confiança foi mencionada espontaneamente em quase todas as entrevistas como um dos maiores empecilhos à reforma. Essa desconfiança é gerada principalmente pela denominada guerra fiscal entre os estados.¹¹ Conforme o estudo, oito entrevistados centraram espontaneamente sua fala em problemas referentes à guerra fiscal e ao Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS), dizendo que estes seriam os grandes nós da reforma. Todos os entrevistados consideram que o medo dos estados de perder arrecadação é, de fato, um dos grandes entraves à reforma. Foi dito ainda que não há dados confiáveis a respeito de quanto cada estado poderia perder com uma reforma, e tal incerteza aumenta a desconfiança entre aqueles entes.

Em uma das primeiras entrevistas realizadas foi relatado que projetos reformistas provavelmente fracassarão se as modificações propostas implicarem perda de competência – mesmo que mínima – dos estados. Por exemplo, de acordo com um entrevistado ligado à Secretaria da Fazenda de um estado, a solução que propunha a criação de um Imposto sobre Valor Agregado (IVA) nacional foi mal recebida por acarretar maior concentração de poder nas mãos da União. Afirmou-se, ainda, que os estados não querem ser tolhidos da possibilidade de negociar a concessão de incentivos fiscais.

Chamou-se atenção, com frequência, para o grande poder detido pelos técnicos da Fazenda e afirmou-se que muitas reformas são inviabilizadas por eles. Reformas que ensejam

...

11 Trata-se de fenômeno que consiste na exacerbação de práticas competitivas entre entes de uma mesma federação em busca de investimentos privados mediante o oferecimento de benesses fiscais atrativas que incentivariam a migração de agentes privados entre os diversos estados.

aumento de custos e maior dificuldade na arrecadação geralmente são barradas por essa classe de servidores públicos. Enfatizou-se, ainda, que são os mesmos servidores que há muitos anos atuam no Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) e que também esse é um obstáculo a mudanças.

Da fala dos entrevistados, é possível inferir, ademais, que o governo federal, em certas circunstâncias, posiciona-se como mediador do conflito entre os estados e, outras vezes, atua como defensor dos próprios interesses, em confronto com os dos estados. A ambiguidade do posicionamento do governo federal apareceu de maneira relevante nas entrevistas. O tema foi explorado em todas elas e verificou-se, assim, que há consenso em torno da ideia de que a reforma tributária nunca foi uma prioridade do governo federal. Alguns entrevistados afirmaram que essa falta de interesse na promoção de uma reforma se deve ao fato de que a União não passa por grandes dificuldades financeiras, uma vez que possui a prerrogativa prevista na Constituição Federal de criar contribuições sociais.

Quanto aos municípios, um dos entrevistados mencionou que estes não têm tido seus interesses contemplados nas propostas reformistas. Segundo ele, os municípios não possuem força suficiente no processo de negociação: serão vítimas no caso de aprovação ou permanecerão em desvantagem – como já estão – no caso de não aprovação.

Com relação ao empresariado, houve menção a duas formas de atuação: há as empresas que são beneficiadas com incentivos fiscais e, de outro lado, o empresariado em geral, que tem grande interesse na reforma. Foi dito que os primeiros frequentemente pressionam os estados pela manutenção do *status quo* ou clamam por garantias de que os benefícios sejam mantidos, em caso de reforma. Quanto ao segundo grupo, de acordo com um entrevistado ligado a uma confederação de empresários, o núcleo rígido é formado por Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), Confederação Nacional da Indústria (CNI), Confederação Nacional da Agricultura (CAN) e Federação Brasileira de Bancos (Febraban). Um entrevistado sugeriu, ainda, a existência de um terceiro grupo de empresários ligados ao setor de serviços, os quais são representados principalmente pela Confederação Nacional de Serviços (CNS) e pela Confederação Nacional de Turismo (CNTur).¹² Tal grupo também teria interesse na reforma, mas focaria suas reivindicações na questão da desoneração da folha de pagamentos. Desse modo, esse subgrupo do empresariado estaria próximo da classe trabalhadora, que possui anseios similares.

A despeito disso, um dos entrevistados comentou que percebe que órgãos de classe – tanto de empresários como de trabalhadores – não entrelaçam de forma consistente seus discursos e, por isso, tendem a atuar isoladamente. Faltaria, portanto, uma atuação coesa em defesa dos interesses desses grupos.

...

12 Os resultados de tal entrevista foram extraídos do relatório de pesquisa de 2010 do Núcleo de Estudos Fiscais, citado anteriormente.

Em suma, pode-se sintetizar em quatro pontos as principais conclusões atingidas por meio das entrevistas realizadas pelo NEF (2010):

- a) é politicamente inviável realizar uma reforma tributária abrangente em um curto prazo;
- b) a reforma tributária não parece ter sido uma prioridade do governo federal (alguns entrevistados chegaram a argumentar que essa foi a principal razão do insucesso das propostas reformistas nos últimos vinte anos);
- c) em que pese a existência de empresas que preferem a manutenção das condições atuais por serem beneficiadas com incentivos fiscais, o empresariado, em geral, é a favor da reforma. Entretanto, aparentemente esse grupo não consegue coordenar seus interesses em prol de um único projeto e alinhar-se em torno de um esforço continuado para sua implementação;
- d) a falta de confiança entre os estados brasileiros pode ser considerada o grande entrave para a viabilização política de uma reforma tributária. Além do medo da perda de arrecadação, os estados temem perder o poder de fazer política tributária – foi dito que receiam, sobretudo, não poderem mais conceder incentivos e preocupam-se com as repercussões eleitorais de tal impedimento.

Portanto, as entrevistas realizadas pelo Núcleo de Estudos Fiscais, em conjunto com textos produzidos por alguns dos principais estudiosos brasileiros sobre o tema, parecem apontar que um dos principais obstáculos à realização de uma reforma tributária no Brasil é de cunho político. O próprio Banco Mundial (WORLD BANK, 1991), com base em experiências anteriores, propugnava que reformas tributárias carecedoras de apoio político muito dificilmente são exitosas.

Em acréscimo, há de se ressaltar outro aspecto político que desestimula o acontecimento de reformas. A arrecadação tributária nos últimos anos vem aumentando continuamente: de 2001 a 2010 cresceu, em termos brutos, 264,49% e, descontando a inflação, o incremento foi de 92,03%.¹³ Uma parte desse aumento constante se deve ao desenvolvimento econômico do país, mas uma fatia desse crescimento é fruto da manipulação da interpretação da legislação tributária por parte dos fiscos nos vários níveis federativos.

Um caso emblemático é o do aproveitamento do ágio gerado em operações de fusão, incorporação ou cisão para dedução de imposto de renda. Como explica Eliseu Martins (2012), com

...

¹³ Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas11/1502201116.htm>>. Acesso em: 17 out. 2012.

o objetivo de aumentar o valor de suas empresas no processo de desestatização, o governo não poupou esforços para obter a aprovação da Lei n. 9.532/1997, pela qual se passou a aceitar a dedutibilidade da amortização do ágio em cinco anos, desde que mediante processo de fusão, incorporação ou cisão. Em acréscimo, editou-se a Medida Provisória n. 66/2002 (que se tornou a Lei n. 10.637/2002), pela qual se permitiu ao vendedor diferir o ganho obtido por esse ágio. No entanto, com o valor dessas dedutibilidades assumindo proporções vultosas, recentemente o Fisco começou a autuar as empresas sob os mais variados argumentos, nas mais diversas situações.

Outra discussão na qual sobreleva-se a mudança de interpretação acerca da legislação tributária diz respeito à incidência (ou não) de ICMS sobre a veiculação de material publicitário em sítios eletrônicos de provedores de internet. Sabe-se que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Porém, o que pode ser considerado exatamente um serviço de comunicação? A veiculação de material publicitário estaria abrangida pela aludida hipótese de incidência?

Até 30 de julho de 2003 o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) incidia sobre essa atividade, conforme constava no item 86 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, acrescentado pela Lei Complementar (LC) n. 56/87. Entretanto, com a promulgação de nova lista de serviços, por meio da LC n. 116/03, essa atividade foi objeto de veto pela Presidência da República, com base em parecer técnico do Ministério da Justiça, tendo como justificativa a incompetência do ente municipal para tributar serviços de comunicação, que seriam de competência estadual.

A referida alteração legislativa, combinada com o fundamento do veto governamental, atraiu a atenção dos entes estaduais, que viram na tributação dessa atividade, mediante o ICMS-Comunicação, uma potencial fonte de receitas tributárias. Para tanto, seria necessário enquadrar a veiculação de material publicitário na internet como “serviço de comunicação”. Diante disso, diversas autuações fiscais foram lavradas, retroativamente, com amparo do prazo decadencial de cinco anos, para cobrar o ICMS-Comunicação de provedores de acesso à internet que, historicamente, eram contribuintes do ISS e nunca haviam sido orientados a recolher o ICMS-Comunicação.

Não bastasse isso, alguns entes municipais continuaram exigindo o ISS do contribuinte prestador de tal atividade, passando a enquadrar o serviço de veiculação de material publicitário na hipótese de incidência prevista para a atividade de publicidade e propaganda ou de agenciamento de publicidade, serviços que continuaram previstos na nova lista anexa introduzida pela LC n. 116/03.

Tais exemplos nos permitem sugerir dois motivos que facilitam a manipulação da interpretação das normas tributárias: i) a grande complexidade do sistema decorrente da volumosa profusão de normas e; ii) a falta de transparência do sistema, marcado pelo desconhecimento dos critérios interpretativos do Fisco, o que acaba por ofuscar o debate público acerca

de questões tributárias e o controle social da arrecadação tributária. Outro elemento que reforça isso é a falta de transparência do tributo para o contribuinte de fato. Boa parte da população brasileira não sabe que paga tributo ou tem pouquíssima familiaridade com o sistema tributário.¹⁴

Portanto, podem ser apontados dois problemas principais, ambos de natureza política, que explicam a incoerência de ampla reforma tributária no país: a falta de coesão entre os diversos entes federativos e a ausência da participação do cidadão nesse processo, que é quem verdadeiramente paga a conta dos tributos.

O panorama acima dá ideia de quão controverso é o tema da reforma tributária no país e do tamanho do desafio para a realização de modificação estrutural do sistema de tributos. A seguir, sugerem-se algumas alternativas absolutamente despretensiosas que poderiam auxiliar na obtenção de resultados mais satisfatórios no futuro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: ALGUMAS ALTERNATIVAS VIÁVEIS

Viu-se que o principal problema da reforma tributária no Brasil não é de divergência técnica, mas sim de falta de coesão política e de discussão e interesse social acerca do tema. Assim, acredita-se que propostas ambiciosas que pretendam modificar radicalmente e de uma só vez o sistema tributário estão fadadas ao insucesso, ainda que as posições políticas sejam declaradas e negociadas abertamente. O histórico de fracasso das reformas aponta nesse sentido, e a falta de cenário político e social minimamente coeso e engajado também são grandes obstáculos. Inobstante, há estratégias que podem contribuir efetivamente para o processo de reforma, tais como a reprodução de boas práticas, o experimentalismo incremental e o *bypass* institucional.

Consoante salienta Santi (2012), um exemplo de sucesso de reforma no Brasil é o do Simples Nacional (SN). Trata-se de regime tributário simplificado elaborado para micro e pequenas empresas que unifica a cobrança dos tributos federais, estaduais e municipais por uma única via. Ressalte-se que o SN veio a aumentar e aprimorar o regime do Simples Federal, que não incluía tributos estaduais e municipais.

...

14 Cerca de 22,5% da população não sabe identificar o nome de pelo menos um tributo específico. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/infomoney/2010/10/27/mais-de-22-da-populacao-nao-conhece-impostos-que-paga.jhtm>>. Acesso em: 21 nov. 2012. A maioria da população tem conhecimento de que paga impostos sobre produtos de consumo doméstico. No entanto, não faz a menor ideia de quanto paga de tributos sobre cada mercadoria ou serviço. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,brasileiro-nao-sabe-quanto-paga-de-imposto-diz-fiesp,17403,0.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2012. Essas preocupações ensejaram a edição da Lei n. 12.741, de 2012, que determina que os valores aproximados dos tributos incidentes sobre mercadorias e serviços sejam discriminados nas notas fiscais emitidas aos consumidores.

Note-se que o exemplo combina diferentes estratégias de reforma. Primeiramente, o Simples foi uma espécie de *bypass*, porque não obrigou o micro e pequeno empresário a adotar tal regime. Foi uma opção dada a esse tipo de contribuinte, coexistindo com a forma de tributação regular. Hoje, provavelmente, poucos empresários que se encontrem em condições de usufruir do regime simplificado optarão pelo regime normal, o que comprova o sucesso da estratégia. Além disso, como exposto, o Simples não nasceu com todas as características que possui hoje. Foi uma reforma gradual e experimental, pois começou com apenas parte dos tributos do sistema. Após o sucesso inicial e comprovado o funcionamento da sistemática, a reforma foi ampliada, incluindo-se tributos estaduais e municipais. A pergunta que fica para os formuladores de política tributária é: em que medida o modelo do Simples poderia ser utilizado para simplificar as obrigações acessórias dos contribuintes de maior porte?

Outro exemplo interessante é o do Programa Nota Fiscal Paulista, que, segundo dados publicados no sítio eletrônico da Fazenda do Estado de São Paulo, devolve a seus consumidores até 20% do ICMS efetivamente recolhido pelo estabelecimento comercial. É um incentivo para que os cidadãos que adquirem mercadorias exijam do estabelecimento o cupom fiscal. Os consumidores que informarem seu número no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), no momento da compra, podem receber os créditos e ainda concorrem a prêmios em dinheiro. Segundo Bruno Paschoal (2012), o programa conseguiu atender a interesses de diferentes atores: do estado, já que o programa aparentemente aumenta a arrecadação tributária; da Fazenda Pública, que ganhou novos mecanismos fiscalizatórios, dos quais se destaca o banco de dados que foi criado com as informações enviadas pelos estabelecimentos comerciais; do contribuinte de fato, ou seja, dos cidadãos em geral, que são beneficiados com reembolsos e prêmios em dinheiro; e dos próprios estabelecimentos comerciais, que tiveram algumas de suas obrigações acessórias reduzidas.

Ademais, de acordo com a pesquisa de Paschoal, a Nota Fiscal Paulista foi totalmente baseada em programa similar que vinha sendo implementado pela prefeitura de Angra dos Reis, no Rio de Janeiro. “Era preciso apenas transplantá-lo e adaptá-lo à realidade paulistana. Não que isso fosse simples; as diferenças entre o número de prestadores e tomadores de serviço em Angra dos Reis e São Paulo é gritante” (PASCHOAL, 2012, p. 8). Embora não seja possível apontar com clareza quais critérios devem ser observados para a realização desse “transplante adaptado”, no caso da Nota Fiscal Paulista pode-se imaginar que um ponto de atenção deve ter sido o número de estabelecimentos emissores de notas fiscais *vis-à-vis* à estrutura de pessoal e de equipamento de que dispõe o fisco paulista. Isto é, o programa só seria útil se o fisco tivesse condições de administrar o número de novos contribuintes que seriam registrados em seu banco de dados.

Outra questão que deve ter sido analisada foi a da familiarização da população com o programa. Seriam necessárias campanhas abrangentes para introduzir e familiarizar prestadores e tomadores de serviços acerca dos procedimentos e benefícios do programa. Assim, provavelmente as autoridades competentes devem ter refletido a respeito da necessidade de

se separar verbas destinadas a campanhas publicitárias para a implementação do programa em São Paulo.

Veja-se, portanto, que o programa foi importado de outro local em que já funcionava, fazendo-se as devidas adaptações para a realidade paulista. Em vista disso, por que não implementar programas similares ao da Nota Fiscal Paulista em outras localidades?

Iniciativas como essas têm de ser estimuladas. Deve-se buscar outros instrumentos eficientes que existem no sistema pátrio e procurar replicá-los e ampliá-los, assim como foi feito com o Simples e a Nota Fiscal Paulista. Mecanismos inovadores também podem ser implementados pela estratégia do *bypass*. Instituições do sistema que não funcionam bem devem ser gradualmente modificadas a partir do experimentalismo incremental.

Diante de todo o exposto, não é temerário afirmar que a PEC 233/2008, por mais interessantes e benéficas que possam ser as modificações por ela propostas, provavelmente terá a mesma sorte das tentativas de reforma estrutural predecessoras. Tal proposta pretende, sinteticamente: 1) criar um IVA federal, unificando as contribuições sociais; 2) extinguir a Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL); 3) instituir novo ICMS, com legislação federal e alíquotas uniformes; etc. A proposta de criação de um ICMS nacional, por exemplo, dificilmente será aprovada no Legislativo. A resistência política dos estados provavelmente seria intensa, e as experiências anteriores comprovam isso.

Sem embargos do exposto, é de se destacar novamente a necessidade de reforma tributária no país. Uma reforma viável, que não nasça predestinada ao fracasso. E, para ter êxito nessa empreitada, não se pode olvidar a lição encampada por Eurico de Santi:

Reforma fiscal não é um projeto de lei ou emenda constitucional, um pedaço de papel, é um processo de reconstrução de nossa identidade que exige a tomada de consciência sobre fatos políticos, econômicos, jurídicos e crenças que definem o pacto federativo e determinam o papel do Estado e da participação do cidadão nos rumos das políticas públicas. (SANTI, 2012, p. 54, grifos nossos).

Richard Bird, que atuou como economista do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial realizando e estudando reformas tributárias em dezenas de países, também explica que a reforma tributária é muito mais que uma proposta legislativa:

Reforma tributária requer um campeão viável e politicamente relevante que assuma a reforma e seja capaz de “vendê-la”. Aparência também importa. “Vender” a reforma depende não apenas do conteúdo da política pública, mas também de como ela é apresentada. Isso é verdade porque percepção é realidade em uma extensão considerável no mundo da política. Sem benefícios visíveis que se sobreponham aos custos visíveis da tributação, novas políticas tributárias provavelmente não serão aceitas (mesmo que elas sejam melhores do que as políticas que pretendem substituir). Finalmente, detalhes

importam. O destino da política pública pode ser alterado de acordo com o modo que determinados grupos particulares percebem que seus interesses serão afetados pela proposta de reforma tributária.¹⁵ (BIRD, 2010, p. 4).

Os exemplos de outros países reforçam esse entendimento. Conforme relatório do Banco Mundial (WORLD BANK, 1991), reformas exitosas geralmente envolvem a análise do sistema tributário como um todo, ou seja, tanto da administração tributária quanto do sistema de tributos em si. Sendo assim, englobam uma gama de fatores que vão além de redigir proposta legislativa de qualidade e passam por treinar funcionários da administração tributária, bem como melhorar a gestão e a infraestrutura de órgãos públicos ligados à questão tributária. Tais medidas levam tempo para serem implementadas e para surtirem efeitos. Além disso, nenhuma reforma pode solucionar todos os problemas existentes, de uma só vez. Reformas de relativo sucesso como aquelas levadas a cabo na Indonésia, na Jamaica e no Malawi, na década de 1980, envolveram substancial preparação e arranjos transitórios, inclusive consultas às partes afetadas, como o próprio contribuinte. A reforma jamaicana, por exemplo, foi anunciada em 1983 e ainda em 1991 havia medidas sendo implementadas. Não bastasse isso, essas experiências também exigiram continuidade por parte dos tomadores de decisões chave, responsáveis pela gestão econômica do país e também pela promoção de campanhas educacionais para introduzir as propostas na sociedade e familiarizar os contribuintes com as novidades.

Embora não se pretenda descrever minuciosamente os processos de reforma ocorridos nos referidos países, pode-se extrair alguns pontos interessantes da breve descrição acima desenhada: (i) reformas não se fazem da noite para o dia; (ii) participação política e popular são fatores relevantes e; (iii) reformas não dependem apenas de alteração legislativa, mas envolvem grande espectro de medidas, como mudança de arranjos institucionais e da práxis de funcionários públicos.

Isso nos permite afirmar, na linha defendida pelo ex-secretário da Receita Federal Everardo Maciel,¹⁶ que é praticamente impossível que grandes mudanças legislativas tenham o condão de modificar o sistema tributário de maneira positiva, pelo menos no atual cenário

...

15 Tradução livre do seguinte trecho: “Tax policy reform requires a viable and politically relevant champion who owns the reform and can sell it. Packaging also matters. Selling reform depends not only on the contents of the policy package, but also on how it is presented. This is true because perception is reality to a considerable extent in the world of politics. Without visible benefits to offset the visible costs of taxation, new tax policies are unlikely to be accepted (even if they are technically better than the policies they replace). Finally, details matter. The fate of a policy may turn on how some particular group perceives its interests to be affected or on the precise sequencing and scope of reform”.

16 Disponível em: <http://www.brasileconomico.ig.com.br/noticias/reformas-fiscais-abrangentes-sao-impossiveis_115897.html>. Acesso em: 18 out. 2012.

político brasileiro. Tal intento só se consegue com iniciativas realistas, criativas e de longo prazo, que gradualmente procurem alterar a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Sérgio de; MELO, Marcus André. A política da reforma tributária: federalismo e mudança constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 35, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091997000300006&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BARRETO, Aires Fernandino. Tributação e conjuntura nacional. In: _____ (Coord.). *Segurança jurídica na tributação e Estado de direito*. São Paulo: Noeses, 2005.

BIRD, Richard. Taxation and Development. *Economic Premise*, n. 34, 2010. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTPREMNET/Resources/EP34.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BORGES, José Souto Maior. Desequilíbrios regionais e reforma tributária. *Revista de Direito Tributário*, n. 33, p. 50-63, 1985.

BORGES, José Souto Maior. A Reforma Tributária: seus modelos e sua crítica. In: SANTI, Eurico M. D. de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. (Tributação e Desenvolvimento), p. 383-388.

EVANS, Peter. *Embedded Autonomy: states and industrial transformation*. New Jersey: Princeton Press, 1995.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Reforma Tributária no Brasil: entre o ideal e o possível. *Texto para Discussão n. 666*. Brasília: Ipea, 1999.

MACIEL, Everardo. Reforma tributária sempre piora o que já existe. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 14 fev. 2010. Entrevistadora: Aline Pinheiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-14/entrevista-everardo-maciel-ex-secretario-receita-federal>>. Acesso em: 19 maio 2012.

MARTINS, Eliseu. Dedutibilidade fiscal da amortização do ágio. Disponível em: <<https://conteudo.clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/8/28/dedutibilidade-fiscal-da-amortizacao-do-agio>>. Acesso em: 23 out. 2012.

MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago: Chicago Press, 2008.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NÚCLEO DE ESTUDOS FISCAIS. *Reforma Tributária Viável: simplificação, transparência e eficiência*. Relato das pesquisas realizadas pelo NEF no ano de 2010. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2010.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Crise, reforma e desordem do sistema tributário nacional*. Campinas: Unicamp, 1995.

PASCHOAL, Bruno. A arquitetura da Nota Fiscal Paulista: a ideia, o esboço, o projeto, e a obra. Artigo apresentado para aprovação na disciplina de Estado, Desenvolvimento e Regulação, ministrada pelo Prof. Carlos Ari Sundfeld no mestrado da FGV Direito SP, jan. 2012. Mimeo.

PRADO, Mariana. Institutional bypass: an alternative for development reform. *Social Science Research Network*, abr. 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em: 25 abr. 2013.

PRADO, Mariana; TREBILCOCK, Michael. Path dependence, development and the dynamics of institutional reforms. *University of Toronto Law Journal*, v. 59, n. 3, 2009.

REZENDE, Fernando. Conflitos federativos e reforma tributária. In: REZENDE, Fernando (Coord.). *Desafios do Federalismo Fiscal*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

RODRIK, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind. The primacy of institutions (and what this does and does not mean). *Finance & Development*. Washington: International Monetary Fund, 2003. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2003/06/pdf/rodrik.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

SANTI, Eurico M. D. de. Reforma tributária: reconstruindo os laços nacionais do federalismo brasileiro e resgatando a dignidade do contribuinte. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. P. *Direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54-76. t. 3. (Série GVlaw).

SANTI, Eurico M. D. de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. (Tributação e Desenvolvimento).

SCHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. Redescobrimo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo,

pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: _____. (Org.). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a ideia de sociologia econômica*. Tradução Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

TAMANAHA, Brian Z. O primado da sociedade e as falhas do Direito e Desenvolvimento. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 175-212, jun. 2010.

VIEIRA, José Roberto. Direitos fundamentais e reforma tributária: esse obscuro e ardiloso objeto do desejo. In: SANTI, E. M. D. de (Coord.). *Tributação e Desenvolvimento: homenagem ao professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. (Tributação e Desenvolvimento).

WORLD BANK. *Lessons of tax reform*. Washington: World Bank, 1991.

Daniel Leib Zugman

MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE
DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS.

ADVOGADO EM SÃO PAULO.

zugman@outlook.com

- 1 Universidade de São Paulo
São Paulo - SP - Brasil
- 2 Universidade de São Paulo
São Paulo - SP - Brasil
- 3 Advogada
São Paulo - SP - Brasil
- 4 Advogado
São Paulo - SP - Brasil
- 5 Universidade de São Paulo
São Paulo - SP - Brasil
- 6 Universidade de São Paulo
São Paulo - SP - Brasil
- 7 Universidade de São Paulo
São Paulo - SP - Brasil



O modelo de ensino participativo no Direito Internacional: relato de uma experiência

THE PARTICIPATIVE TEACHING MODEL IN INTERNATIONAL LAW:
DESCRIPTION OF AN EXPERIENCE

*Alberto do Amaral Júnior¹, Adriane Sanctis de Brito²,
Déborah de Sousa e Castro Melo³, Guilherme Bonácul Rodrigues⁴,
Marcel Kamiyama⁵, Mariana Boer Martins⁶
e Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira⁷*

Resumo

O presente artigo está inserido no campo de estudo da metodologia de ensino e tem como propósito apresentar o modelo empregado desde 2012 em duas disciplinas optativas da grade curricular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cuja diretriz consiste na renovação do ensino do Direito Internacional. Para tanto, foi adotada a seguinte estrutura: primeiramente, uma breve exposição da proposta de ensino. A seguir, seus desdobramentos em cada uma das atividades previstas no programa e, finalmente, um balanço dos resultados obtidos e desafios a serem enfrentados. Verificou-se, de forma geral, que a resposta dos estudantes à aplicação do modelo proposto tem sido bastante positiva. Ademais, entre desafios a serem superados, foi constatado que alguns dos problemas são sistêmicos, ou seja, relativos à própria estrutura do curso de Direito da faculdade, o que requer um aprofundamento das discussões acerca da metodologia de ensino aplicada aos cursos jurídicos como um todo.

Palavras-chave

Ensino; método; Direito Internacional; mudança.

Abstract

The present article is situated within the field of methodology of teaching and its purpose is to expose the model applied in two of the optional disciplines of the Law School curriculum of the University of São Paulo, whose guiding principle is the renewal of the teaching of International Law. Therefore, the following structure has been adopted: first, a brief exposal of the method of teaching applied in the disciplines. Then, the explanation of the proposed model and its unfoldings in each one of the activities and, finally, a balance of the results that have been achieved against the challenges yet to be overcome. A generally positive reaction of the students to the chosen model has been observed. Furthermore, among challenges to overcome, it has been verified that some of the identified problems are systemic, that is, related to the structure of the law course as a whole, that points to a need to deepen the discussions about the teaching methodology that is currently being applied to the law courses in general.

Keywords

Teaching; method; International Law; change.

INTRODUÇÃO

O objetivo central, ao elaborar este artigo, é contribuir para o rol de experiências de renovação metodológica do ensino do Direito Internacional. O método a seguir exposto foi pensado para desenvolver múltiplas habilidades nos estudantes. Levamos em conta a compreensão das normas internacionais vinculadas ao contexto histórico, econômico, social e político que influenciam o aparecimento e a interpretação das regras existentes; a realização de pesquisas em grupo; a elaboração de petições e sentenças; a capacidade de argumentar oralmente ou por escrito; a confecção de artigos acadêmicos e a participação em simulações de julgamentos internacionais.

A palavra método, do grego *methodos*, indica uma busca, uma caminhada, um plano; consiste em um conjunto de procedimentos para atingir certo resultado (SINACEUR, 2003, p. 688-689). Nesse sentido, este artigo expõe os passos das escolhas metodológicas feitas no planejamento e na prática das disciplinas optativas Direito das Relações Internacionais e Solução de Disputas,¹ no âmbito do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Combinamos dois elementos buscando maior eficiência na aprendizagem e maior reflexão sobre os temas tratados. Primeiro, um programa completo indicou leituras aos alunos, que deveriam ser feitas antes das aulas e monitorias. Segundo, em sala de aula haveria a análise crítica pelos alunos dos textos lidos, valorizada ao se abrir espaço para a apresentação de opiniões pessoais e colocações baseadas em fundamentos de conhecimentos adicionais. Terceiro, os exercícios adicionais que completariam a avaliação do aluno trariam elementos que incrementassem a formação buscada por outros meios.

O princípio orientador da adoção dessas técnicas consistiu no desenvolvimento, da parte dos estudantes, de um leque de competências que transcendesse a mera absorção passiva e acrítica da matéria. Em nossa perspectiva, o verdadeiro ensino se traduz no diálogo constante, em estabelecer canais efetivos de comunicação entre professor e alunos, cujo papel na construção do próprio aprendizado deve ser valorizado. Subjacente a essa ideia está a preocupação ética em romper com a indiferença mútua no cotidiano da sala de aula, conferindo aos estudantes a oportunidade de se colocar em evidência de várias maneiras, de modo que se possa saber quais são suas habilidades e dificuldades. Além disso, consideramos necessário desenvolver um curso cuja finalidade não se esgote na simples transmissão de um conteúdo específico, mas que seja útil à formação global dos estudantes, preparando-os, em alguma medida, para os desafios que deverão enfrentar ao saírem da faculdade.

O presente artigo estrutura-se da seguinte forma: em primeiro lugar, uma exposição em linhas gerais da proposta de ensino adotada em ambas as disciplinas. Em seguida, o detalhamento de como esse método se traduz na prática, tanto durante as aulas como nas monitorias.

...

1 Lecionadas, respectivamente, no primeiro e no segundo semestre de cada ano, desde 2012.

As duas seções subsequentes serão dedicadas à experiência obtida ao longo do tempo por meio da aplicação de atividades que visam o desenvolvimento de habilidades específicas pelos alunos, como a elaboração de um artigo científico e a participação em simulações de julgamentos em tribunais internacionais. Será feita igualmente uma descrição dos critérios de avaliação e, ao final, um balanço sobre os resultados e desafios dessas experiências de ensino.

I A PROPOSTA DE ENSINO ADOTADA

A proposta de ensino segue um modelo pautado pela participação dos alunos, distinto do padrão geralmente utilizado no ensino do Direito Internacional, cujo objetivo é fomentar nos alunos o desenvolvimento de diferentes habilidades. Tal modelo tem como premissas a necessidade de sintonia entre o ensino do Direito Internacional e a complexidade das relações internacionais contemporâneas e a adequação entre a formação acadêmica e as demandas de um mundo em mudança. Essa proposta desdobra-se em três frentes, cujo denominador comum é o papel ativo dos alunos na construção do conhecimento: (i) a adoção do método socrático, (ii) a elaboração de um artigo científico e (iii) a realização de um julgamento simulado perante um tribunal internacional.

I.1 AULAS: DIVISÃO E MÉTODO SOCRÁTICO

O fundamento do método socrático está nos *Diálogos* de Platão e, posteriormente, nos escritos de Xenofonte, especialmente no texto *Memorabilia*. Essa metodologia foi disseminada principalmente nos países de Common Law, tendo ganhado mais adeptos no continente americano após sua introdução nos cursos da Universidade de Harvard ainda no século XIX (STEVENS, 1971, p. 9-13). É um processo de formulação de questões e respostas no qual os estudantes são levados pelo professor a tomar posição e, então, esclarecer conceitos jurídicos. Em vez de perguntar ao aluno o que pensa de determinado tema, o professor estimula a crítica elaborada a partir de um texto-base, em que uma primeira definição para o que se propõe debater já está lançada (HEFFERNAN, 1980, p. 400).

É um método crítico porque parte de um conceito dado em um texto-base e de uma conjuntura de perguntas e respostas, não da atividade de reproduzir o conteúdo do debate já iniciado. Não se trata, porém, de estabelecer um regime alicerçado nos receios e nos medos evidenciados pelos discentes a cada tópico de discussão, eivados pela necessidade individual de não cometer erros de conteúdo.

Assim, o objetivo não é provocar o “terror” das aulas do professor Charles Kingsfield, descrito no livro *The paper chase*, que retrata o método competitivo e de disputa empregado pela personagem em sua aula de Direito dos Contratos.² O método socrático não tem

...

2 Ver Osborn Jr. (2003). Posteriormente, o livro foi adaptado para o cinema, em filme com o mesmo título,

como pilar o estímulo à competição visceral e desarrazoada entre seus participantes. Ao contrário, fundamenta-se em uma plataforma de diálogo. O método baseia-se em três pressupostos estruturais:

1. Elevar o conhecimento técnico dos estudantes com o propósito de lograrem melhor inserção no mercado de trabalho. Tende a aprofundar-se, na atual conjuntura, o hiato entre a formação escolar e as necessidades do mercado de trabalho. É extremamente precária a formação do operador jurídico, seja ele advogado, juiz ou promotor de justiça, para lidar com questões internacionais, que passaram a integrar a rotina da atividade jurídica devido à crescente internacionalização do Direito doméstico. É grande o desconhecimento acerca dos tratados sobre direitos humanos recentemente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Não é usual refletir, nem nos cursos acadêmicos, nem no âmbito da doutrina, sobre o impacto que podem ter na realidade cotidiana do cidadão. Mesmo os acordos componentes do sistema multilateral de comércio e a participação do Brasil em acordos regionais, com enormes efeitos distributivos internos, pertencem ao domínio de poucos especialistas. O debate em torno da celebração de novos tratados comerciais, bem como as opções que nos oferecem, passam ao largo das escolas de Direito. Contratos internacionais complexos como o de *joint venture*, as cláusulas contratuais gerais elaboradas por organizações de cunho empresarial, a expansão da arbitragem para a resolução de litígios, os *standards* privados que ditam o comportamento em inúmeros mercados, a mescla de interesses públicos e privados em práticas mercantis, a desterritorialização da produção de bens e o aparecimento de novos modelos de organização industrial exigem que o ensino jurídico se torne criativo, transversalizado e interdisciplinar, sob pena de vir a ser disfuncional.
2. A formação de cidadãos globais. No mundo westfaliano o indivíduo só participava das relações internacionais pela mediação estatal. O Estado era a forma suprema de organização da sociedade humana, ao qual cabia, em última instância, declarar a guerra e firmar a paz. Com o ingresso do indivíduo na cena internacional, fenômeno concomitante às mudanças nas comunicações, enriqueceram-se os mapas cognitivos pelos quais os homens podem antever o curso de futuras ações e projetar o impacto que irão exercer. A cidadania, tradicionalmente concebida como vínculo jurídico e político a interligar o indivíduo e o Estado, ganhou, no continente europeu, dimensão regional com o advento da União Europeia. Embora destituída de institucionalização jurídica, menciona-se hoje a existência de uma cidadania global para designar o interesse dos indivíduos em

de 1973, e para uma série de televisão, devido às excelentes críticas que recebeu por retratar, hipoteticamente, o ambiente vivenciado pelos estudantes da faculdade de Direito de Harvard.

temas que dizem respeito à indivisibilidade do globo, como a paz, o desenvolvimento e a tutela do meio ambiente. É claro que a cidadania global não substitui o clássico conceito de cidadania, mas lhe acrescenta nova faceta, de modo que se tornou possível falar de vários níveis de cidadania: nacional, regional e global. Costumeiramente refratário à visão prospectiva, o ensino do Direito Internacional deve não só compreender, mas investigar a larga repercussão desse fato.

3. A responsabilidade moral. A ênfase dogmática do ensino do Direito Internacional exclui a relevância das questões morais ou trata a Moral como circunscrita ao que é juridicamente regulado. A consequência imediata desse entendimento é a indiferença moral, que tem contaminado boa parte da reflexão jurídica das últimas décadas. A separação entre o Direito e a Moral funda-se no ceticismo ético, ou seja, na crença de que as questões éticas são subjetivas e não se submetem, por isso, a regras racionais. Sustentamos, ao contrário, não apenas a intrínseca ligação entre o Direito e a Moral, mas também que as escolhas jurídicas são quase sempre escolhas morais. Logo, é tarefa do ensino do Direito Internacional, numa época como a nossa, ameaçada pelo terror nuclear e pela hecatombe ambiental, revelar os efeitos morais das escolhas jurídicas que privilegiam alguns valores em detrimento de outros. Cabe, por exemplo, no aprendizado do Direito Internacional do meio ambiente, acentuar que não há primazia axiológica da geração presente em relação às futuras. As gerações formam, por conseguinte, uma parceria, de tal sorte que não é lícito a nenhuma delas limitar ou extinguir o patrimônio genético indispensável para a sobrevivência daqueles que nos sucederão. A justiça deixa de ser pensada em termos espaciais para adquirir um caráter temporal e finalístico.

O método socrático possui a vantagem de estimular os estudantes a refletir sobre a matéria que lhes é transmitida, privilegiando o permanente diálogo com o professor. Dessa forma, é encorajada uma postura ativa por parte dos alunos na construção do conhecimento. Na primeira parte das aulas, o docente discute com os alunos, conforme um modelo de perguntas e respostas, leituras previamente recomendadas. Ao sabor de uma reflexão problemática, é incentivado o intercâmbio com outras disciplinas da grade curricular e com História, Economia e Teoria das Relações Internacionais. Parte-se do pressuposto de que o ensino do Direito Internacional não pode ser feito de maneira a incutir nos alunos a concepção de que a matéria consiste em um ramo do conhecimento hermeticamente isolado, fazendo-se imprescindível sua conexão com as demais disciplinas jurídicas e outras ciências (LACHS, 1987, p. 173).

Essa dinâmica de natureza dialógica auxilia a romper o distanciamento do professor em relação aos discentes, superando assim um dos principais entraves à construção do pensamento crítico. Os alunos, ao serem estimulados a expor suas perspectivas publicamente,

em resposta a uma pergunta, podem testar a própria consistência de seu raciocínio e eliminar eventuais distorções de entendimento ou preconceitos que possam ter a respeito de determinado tópico. Dessa maneira, a internalização do conhecimento pode ser realizada de modo mais eficaz do que o estudo solitário puro e simples.

Cabe mencionar, além disso, que as leituras propostas não são extraídas de manuais convencionais, cuja abordagem superficial favorece a memorização irrefletida, mas são selecionadas entre artigos científicos, voltados ao teste de hipóteses e à problematização de noções aparentemente consolidadas. Merece ser ressaltado que a simples elaboração de um programa para a matéria no qual é indicada uma bibliografia específica para cada aula, extraída de produções acadêmicas atualizadas e selecionadas com base em critérios de qualidade e pertinência temática, já representa em si um fator relevante para o objetivo a ser alcançado.

A segunda parte da aula, por sua vez, gira também em torno da aplicação do método socrático, porém voltado principalmente à contextualização dos debates de cunho mais teórico realizados na primeira parte. Nesse momento, também são organizadas discussões em torno de leituras definidas no programa, cabendo aos monitores assumir um papel de mediação. O objetivo é fazer com que os alunos desenvolvam a capacidade de raciocinar criticamente, aplicando os conceitos estudados em aula a casos concretos, seja por meio da análise de sentenças de tribunais internacionais, seja por meio da leitura de artigos científicos que levantam questões pertinentes a instituições internacionais. No que diz respeito ao estudo de jurisprudência, busca-se sobretudo desconstruir a percepção, bastante difundida, de que as sentenças de cortes internacionais são um dado incontestável e de que a fundamentação dos juízes corresponde à síntese necessária de um raciocínio silogístico. Para tanto, são dissecadas as diversas etapas de elaboração da sentença, de modo a esclarecer as escolhas subjacentes ao emprego de determinadas técnicas de decisão. Desse modo, é dado aos alunos perquirir se a solução analisada teria sido de fato a melhor para a controvérsia internacional que lhe deu origem ou se, ao contrário, outras soluções teriam produzido resultados mais interessantes para as partes, a depender de uma ou outra interpretação do Direito vigente.

Além disso, no momento das discussões, consideramos importante frisar que um mesmo problema ou situação fática pode ser visto ou vista sob diferentes perspectivas e que a regulação jurídica internacional é apenas uma das maneiras possíveis. É preciso examinar, enfim, as consequências advindas da escolha de outras formas de solucionar uma disputa, não necessariamente jurídicas. No decorrer das monitorias, busca-se igualmente analisar o papel de cada instituição e de que maneira o Direito é por elas utilizado com vistas à garantia da governança do mundo globalizado.

Portanto, as monitorias seguem igualmente a proposta de ensino participativo. No programa do curso, são discriminadas as leituras indicadas para as aulas e aquelas reservadas especificamente às monitorias. Para estimular a leitura e a participação efetiva dos alunos, todos

os materiais são disponibilizados na plataforma da disciplina no *moodle* da USP, no qual são também adicionados artigos complementares para aqueles que manifestarem um interesse mais específico por um dos tópicos discutidos ao longo do semestre. Trata-se de uma forma de realizar a conexão epistêmica entre teoria e prática, necessária a uma compreensão aprofundada do Direito Internacional.

1.2 ARTIGO CIENTÍFICO

Em adição às aulas e monitorias, a segunda frente da proposta de ensino participativo corresponde ao engajamento dos discentes na redação de um artigo científico. Como a metodologia de pesquisa não é normalmente ensinada na faculdade no nível da graduação, essa atividade foi introduzida com o intuito de desenvolver nos estudantes uma habilidade útil não somente para aqueles que pretendem ingressar na vida acadêmica. Além disso, o exercício relacionado à prática profissional de pesquisa não costuma verificar-se nos currículos, enquanto simulações de atuação como juízes, advogados e promotores estão crescendo nas disciplinas de Direito. Por isso, a introdução de uma tarefa desse tipo na disciplina cumpre o objetivo de mostrar aos alunos a existência da possibilidade da pesquisa como profissão.

Os temas dos trabalhos a serem entregues são de livre escolha, desde que se relacionem com aqueles que foram abordados ao longo do curso. Aos estudantes, portanto, é dada a oportunidade de pesquisar sobre um tópico de sua preferência, com a orientação dos monitores. Ademais, os alunos são incentivados a enviar suas propostas de artigo, reservando-se um momento do curso, em meados do semestre, para sua discussão, no qual elas recebem comentários tanto dos outros alunos quanto dos monitores, como forma de permitir maior reflexão sobre o caminho a ser seguido na realização da pesquisa. Busca-se, com essa interação, um acompanhamento do processo de construção do artigo que leve a um tipo de avaliação formativa.

Cabe mencionar que as leituras indicadas para as aulas e monitorias, as quais, conforme explicado, consistem em artigos científicos, além de subsidiarem os debates, também servem como modelos de organização de argumentos. Em outras palavras, também são utilizadas como objeto de análise para que os alunos possam construir satisfatoriamente seu próprio artigo.

Vale ressaltar que o enfoque aqui pretendido não é o de mera reprodução de assuntos já consolidados. Pelo contrário, o que se busca é o estímulo à inovação e ao pensamento crítico não apenas com relação aos fatos, como também quanto às decisões proferidas no âmbito das diversas cortes voltadas ao Direito Internacional em suas diversas facetas.

1.3 SIMULAÇÃO

Dentro da proposta de ensino participativo, a simulação, ou *moot court*, foi adotada como uma maneira de engajar os alunos na aplicação de seus conhecimentos diante de um caso hipotético. Trata-se de um método difundido em países de tradição de Common Law, sobretudo

nos Estados Unidos e no Reino Unido, onde são altamente valorizados como atividade extracurricular ou, cada vez mais, demandados como requisito para a conclusão do bacharelado em Direito.³

Há pelo menos quatro vantagens para o jurista que participa de simulações. Em primeiro lugar, o ganho de habilidades de pesquisa em Direito: a complexidade do problema de *moot* obriga o aluno a buscar soluções inovadoras para as questões jurídicas envolvidas. Isso demanda, desde o princípio, um grande esforço, tendo em vista a necessidade de realização de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, feitas em bases de dados *online*. Vale ressaltar que o contato com essas ferramentas é de grande valia para o futuro percurso acadêmico e profissional do bacharel em Direito, que poderá utilizar esse instrumento em outras situações, dentro e fora da sala de aula. Em segundo lugar, destaca-se o desenvolvimento das capacidades interpretativa e argumentativa. Não há dúvidas de que o exercício criativo de elaboração de argumentos jurídicos para a defesa de uma posição em um caso concreto é um ensaio de alto nível de raciocínio jurídico, canalizando o conhecimento teórico acumulado do estudante. O terceiro ponto é a desenvoltura em sustentações orais e peças escritas: a habilidade de consolidar com clareza argumentos e conclusões de forma oral e escrita é atributo essencial do jurista (SNAPE; WATT, 2000, p. 13). Finalmente, há de se mencionar o trabalho em equipe, promovido pela pesquisa e treinamento em conjunto. Cuida-se, igualmente, de habilidade indispensável para o jurista que pretende atuar no mundo globalizado (KEE, 2006, p. 4).

O órgão judicial eleito para a simulação, em nosso primeiro experimento, em 2013, foi a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa escolha deveu-se à maior proximidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o cotidiano dos alunos, em comparação com órgãos mais tradicionais, como a Corte Internacional de Justiça.

O principal objetivo da simulação, portanto, é o desenvolvimento do raciocínio jurídico, de maneira que o repertório adquirido pelos alunos não apenas durante as aulas do curso, mas de toda a graduação, seja instrumentalizado para o desempenho satisfatório de um papel. Para que essa finalidade seja atingida, é preciso levar em conta o posicionamento do estudante em sua interação com os demais, o que requer a rápida adequação de estratégias e do conhecimento a serem aplicados conforme as circunstâncias, sendo a imprevisibilidade o elemento central desse tipo de exercício (GHIRARDI, 2012, p. 60).

...

3 Como exemplo, as universidades de Oxford (Reino Unido), Toronto (Canadá), Leiden (Países Baixos) e Auckland (Nova Zelândia) exigem que os estudantes em Direito participem, pelo menos, de uma simulação durante a graduação. Outras instituições de renome, como as universidades de Harvard (EUA), Yale (EUA), Nova York (EUA) e Cambridge (Reino Unido), bem como o Institut d'Études Politiques (França), encorajam, oficialmente, a participação de estudantes, inclusive com a concessão de suporte financeiro e físico. As referências para essas instituições estão listadas nas referências bibliográficas, ao final do texto.

Esse exercício é relevante, ainda, na medida em que, como apontado por Martti Koskeniemi (2007, p. 4), os desenvolvimentos mais recentes do Direito Internacional apontam para a fragmentação e para a emergência de regimes de especialização funcional. Esse fenômeno, acentuado sobremaneira com o fim da Guerra Fria, torna ainda mais delicados os problemas, em Direito Internacional, de determinação de jurisdição e de direito aplicável. Com efeito, como indicado pela Comissão de Direito Internacional (2006, §483) em relatório específico sobre o tema, a resposta a questões jurídicas passa a ser cada vez mais dependente do ente ao qual as perguntas jurídicas são dirigidas e do sistema de regras adotado. A utilização da simulação em um curso de Direito Internacional, desse modo, é um convite para que se possa perceber a complexidade dessas questões e a necessidade, por parte do intérprete, de olhar de forma criativa para as fontes desse campo do Direito.

1.4 AVALIAÇÃO

Como se sabe, os exames escritos, embora tenham papel específico, consistem normalmente em uma mera verificação pontual de desempenho, e sua aplicação ao fim do semestre nada mais representa do que um requisito formal de aprovação na disciplina. A proposta de ensino adotada, em que o foco não está mais nas aulas expositivas, mas em atividades que demandam dos alunos um papel de protagonismo, privilegia, conseqüentemente, a realização de uma avaliação contínua.

Essa avaliação, portanto, é decorrência das frentes de ensino participativo adotadas durante o curso. A participação dos alunos é apreciada nas aulas e monitorias com base em critérios quantitativos e qualitativos. Quanto a estes últimos, subdividem-se nas seguintes considerações: a) se os comentários do aluno são fundamentados nos textos sugeridos para leitura, b) se os comentários do aluno foram construídos de forma a indicar uma contribuição pessoal ao tema e c) se os comentários do aluno provocaram um debate sobre o tema ou contribuíram para a interação dos colegas naquele assunto, ou, ainda, para um fechamento, compilação ou estratificação das ideias já levantadas. A participação responde por parte substancial da nota final, dada sua importância fundamental para o sucesso da disciplina. Esses critérios buscam mitigar, em grande medida, a tão criticada vagueza e subjetividade das avaliações. Além disso, auxilia na uniformização em termos de atribuição de nota por parte dos vários monitores integrantes da equipe, minimizando, tanto quanto possível, eventuais discrepâncias.

Da mesma forma, a avaliação do artigo é pautada por critérios precisos, cuja observância é refletida na nota final. São eles: formal, linguístico, material, de fundamentação, de sala de aula e de participação no debate. O critério formal consiste em averiguar se o aluno apresentou as ideias com clareza, se entendeu o propósito do exercício e se cumpriu os requisitos formato e conteúdo. O critério linguístico é a verificação do respeito à norma culta da língua portuguesa de maneira coesa, concisa e objetiva. O critério material orienta-se por: recorte do tema, relação entre o tema escolhido e a proposta da disciplina, profundidade

do tema e cumprimento da proposta apresentada na introdução do artigo. O critério de fundamentação diz respeito ao encadeamento entre ideias e ao desenvolvimento de argumentos jurídicos ao longo do texto. O critério de sala de aula resume-se na atribuição de pontos à ligação das propostas dos trabalhos com os temas vistos em sala de aula, que utilizem argumentos levantados pelos próprios alunos, pelo professor ou durante a monitoria. Por fim, o critério de participação nos debates foi pensado para estimular uma atuação frutífera no debate sobre os artigos produzidos. O preenchimento desse requisito pode resultar na atribuição de uma pontuação extra sobre a nota final. Tendo em vista a presença de alunos de intercâmbio em sala de aula, o critério linguístico foi eliminado de sua avaliação.

Outrossim, a avaliação da participação dos alunos na simulação não se limita, evidentemente, à observância de aspectos procedimentais, mas privilegia sobretudo a capacidade de raciocinar juridicamente, por meio da articulação de normas convencionais com a construção argumentativa baseada na jurisprudência da Corte. Os critérios de avaliação, portanto, consistem em a) aferir a qualidade da pesquisa jurídica, por meio da apreciação da consistência dos argumentos utilizados, a desenvoltura e a clareza nas sustentações orais e b) a boa coordenação entre os membros das equipes, isto é, se atuam de forma coerente e concertada ao longo do exercício. Embora facultativa, a participação eficiente na simulação confere significativo acréscimo na nota final, de até um ponto sobre a média obtida no semestre.

Percebe-se, enfim, que a obtenção de uma nota satisfatória ao fim do semestre não depende apenas da realização de um exame escrito, o que normalmente induz os estudantes a dedicar tão somente a véspera ou a antevéspera da prova ao estudo e, muitas vezes, ao efetivo “aprendizado” da matéria. O grande peso na média final das demais atividades requer a participação e o aprendizado contínuos, tornando mais realista a mensuração daquilo que foi de fato assimilado pelo aluno e seu progresso no desenvolvimento das múltiplas competências necessárias aos profissionais do Direito da atualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: RESULTADOS E DESAFIOS

A experiência metodológica retratada no presente artigo consiste em um programa de constante aprimoramento. Ao final de cada semestre letivo, os resultados são avaliados pela equipe com o intuito de dirimir as falhas, e nessa ocasião são apresentadas novas propostas direcionadas ao refinamento da metodologia adotada. É preciso esclarecer, preliminarmente, que não existe método imune a deficiências na aplicação, pelo fato de o seu sucesso não depender apenas do conteúdo transmitido, de sua atualidade ou do desempenho do docente ou monitores, mas também do perfil dos estudantes.

Quanto aos resultados verificados no primeiro semestre de 2015, o questionário aplicado aos alunos para verificar a qualidade do curso revelou uma resposta muito positiva ao método e às atividades escolhidas para a disciplina. O questionário não foi estruturado em forma de testes para permitir que os alunos expressassem o máximo possível suas opiniões

com relação a cada item avaliado, tendo em vista sua experiência pessoal. Os itens selecionados foram os seguintes: qualidade das aulas e monitorias, qualidade das leituras obrigatórias e do material disponibilizado na plataforma *moodle*, desempenho dos monitores, atendimento do curso às expectativas e grau de aprendizado em relação ao início do curso, com um espaço para críticas e sugestões. As críticas identificadas foram pontuais, o que revela uma constante necessidade de adaptação, mas não de substituição do método adotado. O denominador comum de todas elas foi a dificuldade e a extensão das leituras obrigatórias, as quais exigem um razoável grau de concentração e comprometimento ao longo da semana, bem como de tempo. No entanto, verificou-se uma participação substancial por parte dos alunos, que em sua maioria buscaram de algum modo contribuir para o debate por meio da exposição de suas perspectivas com relação aos textos.

No que concerne aos resultados e problemas observados pela equipe em anos anteriores, durante as aulas alguns ajustes tiveram de ser feitos. Isso se deveu principalmente ao fato de os alunos não apresentarem conhecimento anterior sobre alguns elementos cruciais para o andamento das discussões. Ao percebermos esse fator, combinamos a valorização da fala do aluno, num método socrático de condução de aulas e monitorias, com esclarecimentos sobre pontos que os alunos não haviam compreendido ou de conteúdos que haviam sido citados em texto mas que mereciam um trabalho mais extensivo. Assim, aliado ao método socrático, houve alguns momentos de explicação expositiva. Nesse diapasão, verifica-se algumas vezes que falhas na formação ou até mesmo a ausência de preparação prévia para as aulas podem dificultar o desenvolvimento do método proposto. Apesar de isso ter representado uma interrupção momentânea da dinâmica socrática, não parece ter feito o método perder seu valor, de acordo com os objetivos que levaram à sua adoção.

Na condução das monitorias, um dos elementos que se destacaram foi a utilização de vídeos, sobretudo documentários, para aproximar os alunos das questões de Direito Internacional discutidas em aula. Pretendíamos apresentar, com a imagem, perspectivas inalcançáveis pelo texto, além de engajar os alunos em uma reflexão complementar menos trabalhosa do que a leitura. Isso se mostrou efetivo e facilitou muitas vezes a proposta de condução do método socrático em sala de aula. Por essa razão, consideramos interessante explorar de que maneira o emprego de recursos audiovisuais pode facilitar a compreensão de determinados temas e a associação entre as questões suscitadas pelos artigos e problemas concretos, auxiliando no alcance de nosso objetivo pedagógico. Além de ser pouco usual na faculdade de Direito, isso também traz a vantagem de estimular a curiosidade dos estudantes sobre a matéria, desmistificando a ideia de que seu conteúdo consiste em mera abstração, sem nenhum vínculo com os acontecimentos de repercussão global noticiados pelos meios de comunicação.

Quanto às avaliações, como já mencionado, optamos por aumentar o peso das avaliações continuadas. Primeiro, a participação dos alunos foi mais valorizada, criando-se um estímulo para que se envolvessem mais, tanto em quantidade quanto em qualidade, no curso.

A prova realizada na metade do semestre foi substituída pela redação de um artigo científico curto, construído entre os monitores e os alunos, uma vez que estes entregaram versão preliminar, sem avaliação, que foi devolvida com comentários e sugestões a serem incorporadas para que a versão final levasse a melhor avaliação possível.

No entanto, a despeito dos resultados positivos alcançados, há que se reconhecer que a aplicação bem-sucedida do método participativo está sujeita a algumas condições. Em primeiro lugar, apontamos o fato de que o aprofundamento das discussões em sala de aula poderia ser dificultado pela presença de um grande número de alunos. Assim, a relativamente pequena quantidade de inscritos na disciplina no período avaliado permitiu um estímulo mais eficaz de participações individuais, bem como uma avaliação mais rigorosa. Caso o cenário fosse outro, a solução seria a divisão da turma em grupos, o que demandaria uma equipe maior de monitores para mediar os debates e possivelmente a disponibilidade de um maior número de salas.

Em segundo lugar, enfatizamos que a falta de preparo prévio dos alunos pode colocar em xeque o bom desenvolvimento da proposta de ensino. Verificamos que isso se deve a uma conjunção de fatores, como o grande número de disciplinas que deve ser cumprido semestralmente pelos alunos, cada qual com suas exigências e sua própria carga de leitura; o fato de estudantes do quarto e do quinto anos normalmente precisarem conciliar seus estudos universitários com um estágio ou até mesmo um emprego; e a própria cultura de aula expositiva adotada na universidade, a qual dispensa o engajamento dos alunos em debates e a interação com o docente e os monitores. Dessa forma, a resistência em participar de discussões sobre os textos indicados possivelmente tem relação com a própria estrutura do curso de Direito com a qual grande parte dos estudantes lida diariamente. Em suma, pode-se afirmar que as dificuldades enfrentadas no tocante à adesão de alguns alunos ao método indicam que é preciso olhar para o contexto mais amplo em que a disciplina está inserida, tanto em termos institucionais quanto em termos sociais.

Em conclusão, sustentamos que os obstáculos encontrados a cada semestre não diminuem a importância da proposta adotada. Ao contrário, eles acentuam seu valor, na medida em que expõem os estudantes a situações com as quais não estão habituados e que provavelmente terão de enfrentar ao longo de suas vidas profissionais e acadêmicas: sustentar argumentos jurídicos oralmente, realizar pesquisas jurídicas e refletir criticamente sobre as possíveis soluções de determinado problema. Para além do aprendizado dogmático básico do Direito Internacional Público, busca-se disseminar o aprendizado crítico e o desenvolvimento de habilidades necessárias para qualquer carreira jurídica.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Este artigo foi escrito por colaboração entre o professor Alberto do Amaral Júnior e alguns de seus monitores da Faculdade de Direito da USP envolvidos num projeto de pensar e executar um novo modo de ensinar o Direito Internacional. Agradecemos a Fabia Fernandes Carvalho Veçoso e a Andreia Costa Vieira, antigas monitoras, que colaboraram na concepção e no desenvolvimento do método aqui exposto. Agradecemos, também, aos professores Virgílio Afonso da Silva, Samuel Barbosa, Camila Duran, Luís Renato Vedovato e Luciane Klein Vieira pelas críticas, comentários e sugestões por ocasião do colóquio organizado no âmbito da Faculdade de Direito da USP.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GHIRARDI, José Garcez. *O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico*. São Paulo: FGV Direito SP, 2012. p. 60. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10303/O%20instante%20do%20encontro.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 set. 2016.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. UN Doc A/CN.4/L.682, 13 abr. 2006.

HEFFERNAN, William C. Not Socrates, but Protagoras: the Sophistic Basis of Legal Education. *Buffalo Law Review*, v. 29, p. 400, 1980.

KEE, Christopher. *The art of argument: a guide to mootng*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. The fate of Public International Law: between technique and politics. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 1, p. 1-30, 2007.

LACHS, Manfred. *The teacher in International Law*. 2. ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987.

OSBORN JR., John Jay. *The paper chase*. Albany: Whitston, 2003.

SINACEUR, Hourya. Méthode. In: BLAY, Michel (Org.). *Grand Dictionnaire de la Philosophie*. Paris: Larousse, 2003. p. 688-689.

SNAPE, John; WATT, Gary. *The Cavendish Guide to Mooting*. 2. ed. London: Cavendish, 2000.

STEVENS, Robert. Two Cheers for 1870: The American Law School. In: FLEMING, Donald; BAILYN, Bernard (Eds.). *Perspectives in American History*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. t. V. p. 9-13.

Endereços eletrônicos das instituições internacionais que adotam a simulação (*moot court*)

University of Oxford (Reino Unido)

<http://www.law.ox.ac.uk/mooting/details.php?moot=college>

University of Toronto (Canadá)

<http://www.law.utoronto.ca/course/moot-upper-year-0>

Universiteit Leiden (Países Baixos)

<http://law.leiden.edu/organisation/metajuridica/subdepartments/moot-court.html>

The University of Auckland (Nova Zelândia)

<http://www.law.auckland.ac.nz/uoahome/for/current-students/current-undergraduate-students/cs-course-planning/cs-mooting-programme>

Harvard University (EUA)

<http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/student-pursuits/images/ames-moot-court-competition>

Yale University (EUA)

<https://www.law.yale.edu/student-life/programs-and-opportunities/funding-opportunities>

New York University (EUA)

<http://www.nyumootcourt.org>

Cambridge University (Reino Unido)

<http://www.camlawsoc.com/downloads/GUIDE%20TO%20MOOTING.pdf>

Institut d'études politique (França)

<http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/en/content/team-projects-projets-collectifs>

Alberto do Amaral Júnior

PROFESSOR ASSOCIADO JUNTO AO DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO E COORDENADOR DO CENTRO DE ESTUDOS EM DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS (ORBIS).

aamaralj@uol.com.br

Adriane Sanctis de Brito

DOUTORANDA EM FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO E MESTRE EM DIREITO INTERNACIONAL NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

adriane.sanctis@gmail.com

Déborah de Sousa e Castro Melo

MESTRE EM DIREITO INTERNACIONAL PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

deborahscmelo@yahoo.com.br

Guilherme Bonácul Rodrigues

MESTRE EM DIREITO INTERNACIONAL PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

guilhermebro@gmail.com

Marcel Kamiyama

GRADUANDO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

marcel.kamiyama@usp.br

Mariana Boer Martins

MESTRANDA EM DIREITO INTERNACIONAL NA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

mariana.boer11@gmail.com

Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira

DOUTORANDO E MESTRE EM DIREITO INTERNACIONAL PELA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.
PESQUISADOR NO CENTRO DO COMÉRCIO GLOBAL E DO
INVESTIMENTO (CCGI) DA ESCOLA DE ECONOMIA DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV-EESP).

thnogueirath@gmail.com

- 1 Universidade Federal da Paraíba
João Pessoa - PB - Brasil
- 2 Universidade Federal da Paraíba
João Pessoa - PB - Brasil



Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil

*SAME-SEX RELATIONSHIPS AND LAW: A STUDY ON ARGUMENTS USED BY
STF'S MINISTERS WHEN RECOGNIZING SAME-SEX UNIONS IN BRAZIL*

Raquel Moraes¹ e Leoncio Camino²

Resumo

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, imprimindo novos rumos à causa dos movimentos homossexuais no Brasil. Contudo, apesar de esse marco institucional indicar uma mudança de paradigma, verifica-se que as concepções desfavoráveis sobre a homoafetividade e os direitos das minorias sexuais continuam sendo difundidas discursivamente pela sociedade. Objetivando delinear como o direito e as instituições jurídicas estão influenciando a vida social das pessoas, este artigo apresenta um estudo empírico acerca dos argumentos utilizados pelos ministros do STF em sua decisão. Tomando por base as premissas da *análise crítica do discurso*, realizou-se uma avaliação das justificativas dadas aos votos. Os resultados indicaram a existência de argumentos que variaram desde o reconhecimento da igualdade até a ênfase na diferença, mostrando que, apesar da unanimidade na decisão, ainda há muito o que conquistar para a efetivação da diversidade.

Palavras-chave

União homoafetiva; decisão do STF; argumentos; *análise crítica do discurso*; estudo empírico.

Abstract

In May 2011, the Brazilian Supreme Court (STF) recognized same-sex unions as a family entity, what sets new directions to the homosexual movements in Brazil. However, even though this institutional milestone indicates a paradigm shift, it is noticeable that unfavorable notions on same-sex relationships and the rights of sexual minorities are still being spread throughout society. Aiming to outline how law and legal institutions have influenced people's social life, this paper presents an empirical study on the discourses used by STF ministers in their decisions. Based upon the assumptions of critical discourse analysis, an evaluation has been made on the justifications given to the votes. The results indicated the existence of arguments that varied from the recognition of equality to the emphasis on difference, proving that, even though the decision was unanimous, there is still much to be conquered towards the accomplishment of equality.

Keywords

Same-sex unions; STF's decision; arguments; critical discourse analysis; empirical study.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, a sociedade vem passando por uma mudança profunda na compreensão das relações amorosas, levando a uma reestruturação de valores e, conseqüentemente, a uma transformação das relações sociais e jurídicas. Paulatinamente, lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBTs) estão deixando seu lugar de sujeitos patologizados para se tornarem sujeitos políticos que reivindicam equivalência de direitos, o que implica a desconstrução de padrões já estabelecidos e a construção de novos direitos sociais.

Os dados do Censo 2010 divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (BRASIL, 2010) indicam que, nos últimos anos, a família tradicional deixou de ser maioria, o que conduz alguns autores a não mais falar sobre a família cujo modelo normativo era o da família nuclear burguesa, e sim sobre uma diversidade de tipos de família: monoparental, pluriparental, socioafetiva, homoafetiva, dentre outras (DIAS, 2007). Essa pluralidade leva à necessidade de debater sobre uma das estruturas mais difundidas na sociedade: a família como união heterossexual cuja função é gerar filhos (GOUVEIA; CAMINO, 2009).

No entanto, os novos debates não estão trazendo a aceitação unânime de novos paradigmas, como proposto pela militância LGBT. Pelo contrário, a visibilidade das minorias sexuais, assim como a conquista de direitos, trouxe efeitos contraditórios. Se, por um lado, alguns setores sociais passaram a demonstrar mais aceitação da diversidade sexual; por outro lado, setores mais conservadores recrudesceram seus ataques, com manifestações que vão desde a ostentação de valores tradicionais da família até o uso de agressão e violência (LOURO, 2001).

Na tentativa de desconstruir o estigma criado sobre a homoafetividade,¹ as minorias sexuais foram se organizando, em vários países, em defesa da isonomia de direitos entre homossexuais e heterossexuais, os chamados direitos homoafetivos. Praticamente em todo o mundo ocidental, os homossexuais têm lutado pela implementação de políticas de inserção social através dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

No Brasil, o Executivo vem criando, nas últimas décadas, políticas que visam a promoção da diversidade sexual e o combate à violência e à discriminação. Têm-se, como exemplos, o programa Brasil sem Homofobia e a criação da Coordenadoria Nacional de Promoção dos Direitos de LGBT, no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos (MELLO; BRITO; MAROJA, 2012). Tais ações do Executivo são particularmente importantes em um cenário em que o Legislativo, por sua vez, ainda não aprovou nenhuma lei que assegure amplamente direitos civis e sociais à população LGBT.

De acordo com Prado e Machado (2008), um levantamento acerca da legislação brasileira mostrou que aos homossexuais eram negados, pelo menos, 37 direitos a menos que aos heterossexuais. Essa situação indica que o Brasil ainda não se afastou totalmente do modelo

¹ O termo *homoafetividade* foi criado com o intuito de defender o afeto, e não a prática sexual, como base formadora dos relacionamentos, heterossexuais ou não (DIAS, 2006).

repressor dos países fundamentalistas, claramente cerceadores de direitos aos homossexuais (UZIEL; MELLO; GROSSI, 2006).

Todavia, enquanto o Legislativo tem dificuldades em avançar, principalmente pelo envolvimento e pelas interferências das bancadas religiosas (MUSSKOPF, 2013), o Judiciário, institucionalmente menos afetado por determinadas pressões moralizantes, tem procurado responder aos apelos das minorias sexuais, constituindo, com o Executivo, uma importante ferramenta para assegurar aos homossexuais o exercício da cidadania.

Há algumas décadas, o Poder Judiciário, ao apreciar demandas de litígios abrangendo relações entre pessoas do mesmo sexo, vem fomentando alguns avanços na promoção dos direitos dessa minoria (OLIVEIRA, 2010). Além dos Tribunais estaduais, as mais altas cortes judiciais do país – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) – têm deliberado sobre recursos judiciais que envolvem a garantia de direitos aos homossexuais.

Em maio de 2011, em uma decisão inédita, o STF reconheceu, mesmo que tardiamente,² a união homoafetiva como entidade familiar. A decisão consagrou a proibição de discriminar as pessoas em razão do sexo e a vedação ao preconceito, o que evidenciou o pluralismo como valor e a liberdade como direito fundamental, materializando a proteção do Estado e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi mais adiante e aprovou proposta proibindo os Cartórios de Registro Civil de recusar a realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Sem dúvida, essas decisões significaram uma grande conquista para os homossexuais, estabelecendo importantes marcos institucionais. Porém, deve-se ter em conta que a decisão do STF, apesar de seu caráter de proteção normativa jurisprudencial com efeito vinculante, não traz as mesmas conquistas que seriam alcançadas se uma lei fosse promulgada. Por outro lado, o fato de o STF ter impetrado certa proteção jurídica e de o CNJ vedar determinadas omissões não significa, como já dito, que existe um consenso social. De acordo com Scardua e Souza Filho (2006), apesar da proliferação do discurso da igualdade em nossas sociedades, discursos em defesa da heteronormatividade³ continuam sendo difundidos.

Os discursos, como meios de atuação sobre o mundo, refletem uma série de estratégias ideológicas (BILLIG, 1991) produzidas pelas instituições, visando tanto a modificação de determinada ordem social como sua manutenção (FOUCAULT, 2006). Considerados historicamente como mecanismos importantes para o exercício do controle social, o direito e as instituições jurídicas, amparados em determinados discursos de cientificidade, contribuem,

2 Antes do Brasil, vários países já haviam reconhecido a união entre pessoas do mesmo sexo e até mesmo legalizado o casamento entre homossexuais.

3 De acordo com Miskolci (2009, p. 156), a heteronormatividade “expressa as expectativas, as demandas e as obrigações sociais que derivam do pressuposto da heterossexualidade como natural e, portanto, fundamento da sociedade”.

implícita e explicitamente, para ditar normas de comportamento social, inclusive na esfera afetiva e sexual (FOUCAULT, 2003).

De fato, as decisões judiciais, através de uma série de estratégias discursivas pautadas, inclusive, em outras áreas de conhecimento, vêm definindo posições sociais a serem ocupadas pelos indivíduos, contribuindo fortemente seja para a manutenção, seja para a mudança de determinada ordem social, evidenciando o caráter político do direito produzido pelos tribunais (PERUCCHI; TONELI, 2008). Nesse panorama, pode-se dizer que os discursos utilizados pelos ministros nos complexos debates travados no âmbito do STF para justificar sua decisão sobre as uniões homoafetivas não foram apenas legitimadores de uma situação jurídica, mas trouxeram efeitos concretos na vida política e social das pessoas.

Evidentemente, a decisão tomada pelo STF representa uma mudança valorativa que traz novas construções discursivas, propiciando avanços na efetivação dos direitos das minorias sexuais. Não obstante, ao mesmo tempo, outras instituições e segmentos sociais, a exemplo da bancada evangélica do Poder Legislativo, reiteram discursos que promovem a patologização da homossexualidade, defendendo valores fortemente tradicionais (NATIVIDADE; OLIVEIRA, 2009) que servem de justificação para promover a desigualdade através do aparato da sexualidade.

Diante desse quadro de confronto entre as diversas visões sobre os padrões de normalidade da sexualidade que perpassam a sociedade brasileira, verifica-se uma série de estratégias ideológicas construídas pelos grupos e externadas através dos discursos sociais (BILLIG, 1991; FAIRCLOUGH, 2001; VAN DIJK, 2012). De acordo com Potter e Wetherell (1987), os discursos trazem consigo, em forma de debates e argumentações, um arcabouço ideológico, representando formas de lidar com os fenômenos sociais. Sendo assim, a utilização de novos discursos reflete e produz uma nova realidade social (NOGUEIRA, 2001), fazendo com que os *estudos do discurso* (VAN DIJK, 2004; 2007; 2012) sejam essenciais para a compreensão da estrutura social (CAMINO et al., 2013).

I DISCURSO E REALIDADE SOCIAL

A expressão *estudos do discurso* é usada para designar um conjunto de teorias e métodos de investigação acerca do uso da linguagem como fator de estruturação da sociedade (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2008). Largamente adotadas desde a década de 1960 em diferentes disciplinas das ciências humanas e sociais, essas diversas teorias e métodos sugerem uma inovação na forma de descrever o conhecimento e interpretar a realidade social, a exemplo da *análise crítica do discurso*.

Partindo da interação entre teoria, métodos de observação, descrição ou análise e suas aplicações, a *análise crítica do discurso* é um tipo de investigação analítica que destaca, como aspecto central de sua avaliação, os processos e estruturas sociais que levam à produção de um texto, falado ou escrito (VAN DIJK, 2012). Nesta abordagem, fortemente influenciada por

características da teoria crítica, procura-se identificar padrões discursivos contextualizados utilizados pelos indivíduos para construir representações dos fenômenos sociais, na tentativa de entender as complexas relações existentes entre os discursos e as questões sociais do mundo contemporâneo, tais como as relações de poder, o controle social e os processos de inclusão/exclusão (FAIRCLOUGH, 2001; WODAK, 2003; VAN DIJK, 2007).

Em função do papel que a sexualidade tem adquirido na construção e no controle dos sujeitos (FOUCAULT, 1993) e do papel que a jurisprudência tem assumido, no Brasil, como norma definidora de certas posições sociais (PERUCCHI; TONELI, 2008; OLIVEIRA, 2010; LOBO, 2012), decidiu-se realizar um estudo acerca dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva.

Acreditando que os discursos podem carregar consigo mensagens tanto de igualdade como de desigualdade de grupos sociais (VAN DIJK, 2012), buscou-se, neste estudo, identificar variações e contradições presentes nos votos dos ministros do STF, na tentativa de compreender se suas justificativas contribuíram ou não para a emancipação das minorias sexuais.

2 ASPECTOS METODOLÓGICOS

2.1 MATERIAL DE ANÁLISE

Em face de duas ações impetradas junto ao STF – a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 –, os ministros discutiram a inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil brasileiro, que reza: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre *o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002, grifos nossos).

Na época do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 – julgadas conjuntamente, sendo a ADPF recepcionada como Ação Direta de Inconstitucionalidade –, faziam parte do STF, órgão composto de onze membros, os seguintes ministros, elencados em ordem alfabética: Ayres Britto (vice-presidente e relator dos processos), Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso (presidente), Dias Toffoli, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. O ministro Dias Toffoli não participou da votação, pois o STF proclamou seu impedimento para julgar, em função de sua atuação anterior no processo, quando era advogado-geral da União. Por conseguinte, nessa votação específica, apenas dez ministros participaram da decisão.

Após o julgamento, o STF divulgou, na íntegra, os votos⁴ de nove dos dez ministros. Por

⁴ O documento está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 5 jul. 2014.

algum motivo de ordem técnica, o voto da ministra Ellen Gracie não está contido na publicação do acórdão do julgamento. Mesmo assim, como os pronunciamentos dos ministros foram transmitidos pelos meios de comunicação, as declarações da ministra – que não correspondem ao inteiro teor de seu voto, mas sinalizam seu conteúdo – foram transcritas. Por conseguinte, suas declarações foram consideradas nos procedimentos de análise, lembrando que cada voto traz sua justificativa em um número de páginas variável: há votos com cinco páginas e outros com mais de cinquenta páginas.

2.2 PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE

Tomando por base as premissas da *análise crítica do discurso*, na qual cada pesquisador usa métodos de análise particulares, dependendo de seus objetivos, interesses e qualificações, bem como da natureza dos dados (VAN DIJK, 2012), optou-se por empregar dois métodos para explorar os argumentos utilizados pelos ministros do STF. Com auxílio do software ALCESTE, efetuou-se uma análise lexical, de caráter quantitativo, que foi complementada por uma interpretação textual, de caráter qualitativo.

O software ALCESTE (Analyse Lexicale par Context d'un Ensemble de Segments de Texte) é um programa estatístico computadorizado, criado por Max Reinert, na França, na década de 1970. O uso do programa, introduzido no Brasil em 1998, é muito vantajoso, pois permite analisar dados textuais oriundos de fontes escritas diversas, especialmente textos grandes (KRONBERGER; WAGNER, 2002; CAMARGO, 2005; NASCIMENTO; MENANDRO, 2006). Como ferramenta de análise, o ALCESTE, principalmente através de duas técnicas estatísticas (classificação hierárquica descendente e análise fatorial de correspondência), busca a regularidade e a evidência lexical dos vocábulos de um texto, agrupando diversos fragmentos (trechos dos votos) significativamente associados em classes e categorias. No entanto, o ALCESTE não dá nome a essas classes e categorias – de modo que cabe ao pesquisador encontrar seu significado teórico –, tampouco permite verificar diferenças e contradições existentes dentro dos próprios agrupamentos discursivos (KRONBERGER; WAGNER, 2002), preconizando o uso de outros procedimentos de análise.

A interpretação textual, por sua vez, consistiu em uma avaliação mais aprofundada dos argumentos contidos nos votos dos ministros. Realizada por dois árbitros com experiência em estudos do discurso, sendo apenas um deles da área jurídica, sua execução se deu com base nos passos descritos por Nogueira (2001), ao citar um estudo realizado por ela sobre mulheres em posições de poder. Assim, o primeiro passo consistiu em cada árbitro fazer uma leitura individual dos votos dos ministros do STF. Em seguida, os árbitros fizeram reuniões para realizar, em conjunto, uma (re)leitura do material, na tentativa de estabelecer uma linha de pensamento presente no voto que cada ministro emitiu. As leituras implicaram fazer pausas e reler trechos para detectar os significados contidos no material.

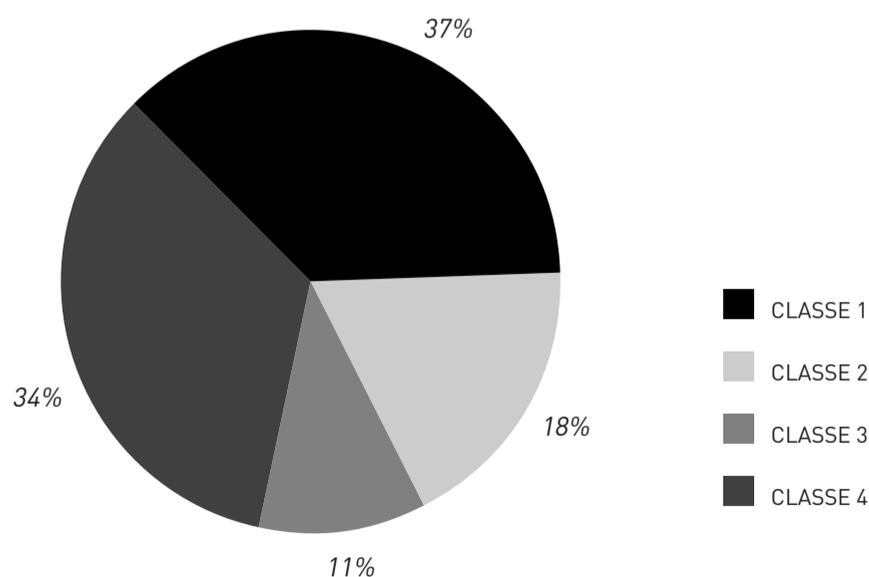
Durante essa fase de leituras contínuas, procuram-se temas repetitivos, frases que pareçam representar situações de forma mais ou menos coerente e de significado similar, metáforas que possam implicar imagens específicas ou mesmo palavras com significados particulares. Isto implica sublinhar e passar para outro papel essas frases, de forma a facilitar a sua organização posterior. Procuram-se, como já se referiu, semelhanças, diferenças, pensando-se em simultâneo que tipo de efeitos discursivos poderão estar implicados. (NOGUEIRA, 2001, p. 40)

Com base no que ia sendo lido em conjunto, cada árbitro intervinha na leitura, de forma espontânea e não controlada, fazendo interrupções para discussões. Através dessas leituras, buscou-se identificar extratos de texto que permitissem atribuir um sentido discursivo para os argumentos de cada ministro. Essa pareceu ser a forma mais adequada para a interpretação, já que, como afirma Nogueira (2001), os extratos de texto representam muito claramente o conteúdo que parece caracterizar cada discurso.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na análise dos argumentos e das justificativas presentes nos votos proferidos pelos ministros do STF ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, que versavam sobre a possibilidade de considerar o art. 1.723 do Código Civil inconstitucional por não garantir isonomia de direitos entre homossexuais e heterossexuais, o ALCESTE identificou quatro classes diferentes (Figura 1). A classe 1, constituída por 37% das unidades do texto; a classe 2, com 18%; a classe 3, constituída por 11%; e a classe 4, com 34% do conteúdo total do texto analisado.

FIGURA 1 – AS CLASSES DISCURSIVAS



Fonte: software ALCESTE, com base nos dados da pesquisa

A **classe 1**, denominada **Em proteção das minorias**, é composta de palavras e expressões como *Supremo Tribunal Federal*, *lacuna*, *legislador*, *grupos minoritários*, *jurisdição*, *política*, *legitimidade* e *problema*. Nos segmentos de texto que compõem essa classe discursiva, admite-se que o reconhecimento das uniões homoafetivas carece de regulamentação legal específica (lacuna legal), bem como que o STF tem legitimidade para solucionar problemas que envolvem tema de jurisdição constitucional.

Há um entendimento convergente de que a função do Poder Judiciário não é a de substituir o legislador, mas a de resguardar a participação de todos os indivíduos no regime democrático, garantindo uma ordem jurídica e política justa. O STF, ao suprir as omissões dos órgãos e dos poderes públicos, resguarda a democracia, protegendo as minorias dos excessos e injustiças dos grupos majoritários.

No entanto, embora haja certa convergência temática, percebe-se, através da interpretação textual, certas contradições nas alegações utilizadas pelos ministros. Enquanto algumas das justificativas ressaltam a utilização dos princípios constitucionais como ferramentas hermenêuticas que devem ser adotadas para interpretar a realidade social e oferecer soluções no plano fático, preenchendo a lacuna legal; outras destacam a aplicação da técnica da analogia (ou outras formas de extensão de sentido) para dar reconhecimento à união homoafetiva.

Como exemplos de argumentos presentes na classe 1, podem ser citados os seguintes trechos dos votos:

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional [...]. (Celso de Mello).⁵ (BRASIL, 2011)

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (Luiz Fux).⁶ (BRASIL, 2011)

⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

[...] este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênua para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo – que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. (Cezar Peluso).⁷ (BRASIL, 2011)

Observe-se que, embora os discursos que fazem parte dessa classe tenham enfatizado a necessidade de preencher uma lacuna legal presente no ordenamento jurídico, as declarações dos ministros carregam argumentos distintos que revelam diferentes concepções do Poder Judiciário acerca das minorias sexuais. Enquanto alguns ministros se posicionam, através de seus argumentos, de forma mais tradicional e legalista, defendendo o uso de técnicas normativas como a analogia; outros parecem adotar uma visão mais contemporânea, defendendo um maior ativismo judicial através da aplicação dos princípios constitucionais.

Por sua vez, a **classe 2**, chamada de **Dignidade da pessoa humana**, aglutina palavras e expressões como *liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, intimidade, sexualidade, felicidade, cidadania, privacidade e orientação sexual*. Os discursos dessa classe representam a ideia de que as pessoas têm direito à intimidade e à vida privada e de que são livres para exercer sua sexualidade, considerada dimensão natural da personalidade dos indivíduos, de modo que ninguém pode ser privado de seus direitos ou sofrer restrições jurídicas por parte do Estado por motivo de sua orientação sexual. Em adição, salientam que existem princípios fundamentais ao sistema jurídico, como aqueles que resguardam a dignidade da pessoa humana, que não podem ser feridos com base em argumentos que privilegiam a desigualdade, o preconceito e a discriminação.

Como exemplos dos discursos presentes na classe 2, podem ser citados os seguintes trechos dos votos:

[...] a homossexualidade é um fato da vida. [...] é uma orientação e não uma opção sexual. [...] não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo. (Luiz Fux).⁸ (BRASIL, 2011)

⁷ Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1090_ADI_4.277_-_Voto_Peluso.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

[...] não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. (Ayres Britto).⁹ (BRASIL, 2011)

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não discriminação. (Joaquim Barbosa).¹⁰ (BRASIL, 2011)

[...] a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade [...]. (Celso de Mello).¹¹ (BRASIL, 2011)

Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. (Marco Aurélio).¹² (BRASIL, 2011)

Já a **classe 3**, chamada de **Descumprimento de preceito constitucional**, exprime o mérito da ação, ou seja, a questão fundamental da discussão travada no âmbito do STF, que seria a alegação de que, ao não reconhecer a união homoafetiva, o Estado brasileiro estaria descumprindo preceitos constitucionais fundamentais. Assim, nela encontram-se palavras e expressões como *ação, inconstitucionalidade, pedido, mérito*, dentre outras.

E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo

9 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

10 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>, p. 723-727. Acesso em: 27 out. 2016.

11 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

12 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. (Ayres Britto).¹³ (BRASIL, 2011)

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei n. 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual. (Marco Aurélio).¹⁴ (BRASIL, 2011)

Por fim, a **classe 4**, que recebeu o nome de **Entidade familiar**, aglutina palavras e expressões como *união estável*, *mulher*, *casamento*, *homem* e *entidade familiar*. Os discursos dessa classe representam as qualificações legislativas de uma união estável, reconhecida pela Constituição Federal, em seu art. 226, §3º, como entidade familiar, e descrita pelo Código Civil, em seu art. 1.723, como uma união configurada pela convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher.

Também nessa classe, a interpretação textual mostra a existência de argumentos diferentes nas justificativas utilizadas pelos ministros, argumentos que podem ser classificados com base em dois parâmetros distintos: um que realça a necessidade de regulamentação legislativa das uniões homoafetivas, por não se enquadrarem no critério normativo descrito no art. 1.723; e outro que defende sua existência com base nos princípios constitucionais.

Mais especificamente, ao defender a impossibilidade do enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família reconhecidas pelo ordenamento legal, indicando que ela deve ser aceita através do uso da analogia ou de outras técnicas de interpretação, os argumentos acabam por ressaltar as diferenças entre homossexuais e heterossexuais. Em contrapartida, ao defender sua existência com base nos princípios constitucionais, os argumentos destacam uma efetiva igualdade de direitos.

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos

13 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

14 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. (Celso de Mello).¹⁵ (BRASIL, 2011)

[...] este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênua para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo – que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. (Cezar Peluso).¹⁶ (BRASIL, 2011)

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso. (Ricardo Lewandowski).¹⁷ (BRASIL, 2011)

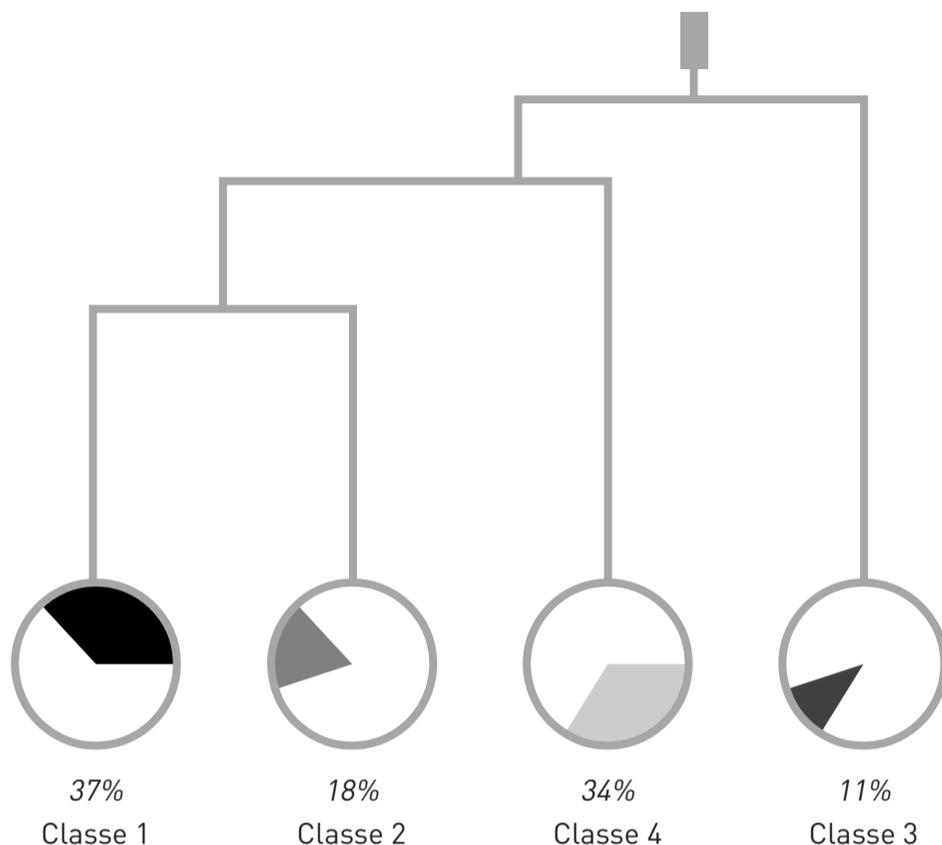
Em continuidade, o ALCESTE, além de agrupar palavras e expressões semelhantes, dividindo o texto em classes, agrupa essas classes em categorias mais amplas, por meio de uma classificação hierárquica descendente (CHD), representada através de um dendrograma (Figura 2).

15 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

16 Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1090_ADI_4.277_-_Voto_Peluso.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

17 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

FIGURA 2 – DENDROGRAMA DA CLASSIFICAÇÃO HIERÁRQUICA DESCENDENTE



Fonte: software ALCESTE, com base nos dados da pesquisa

De acordo com o que se pode ver na Figura 2, o ALCESTE congrega as classes em duas categorias. Uma delas, que abarca 11% dos segmentos de texto analisados e foi chamada de *Ação de inconstitucionalidade*, está representada apenas pela classe 3, que trata da essência do julgamento proferido pelo STF: a inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil.

A outra categoria, denominada de *Reconhecimento de direitos*, aglutina as classes 1, 2 e 4, totalizando 89% dos segmentos de texto analisados. As classes que compõem essa categoria podem ser entendidas como classes que revelam diversos conjuntos de argumentos utilizados pelos ministros do STF para fundamentar a decisão pela inconstitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil.

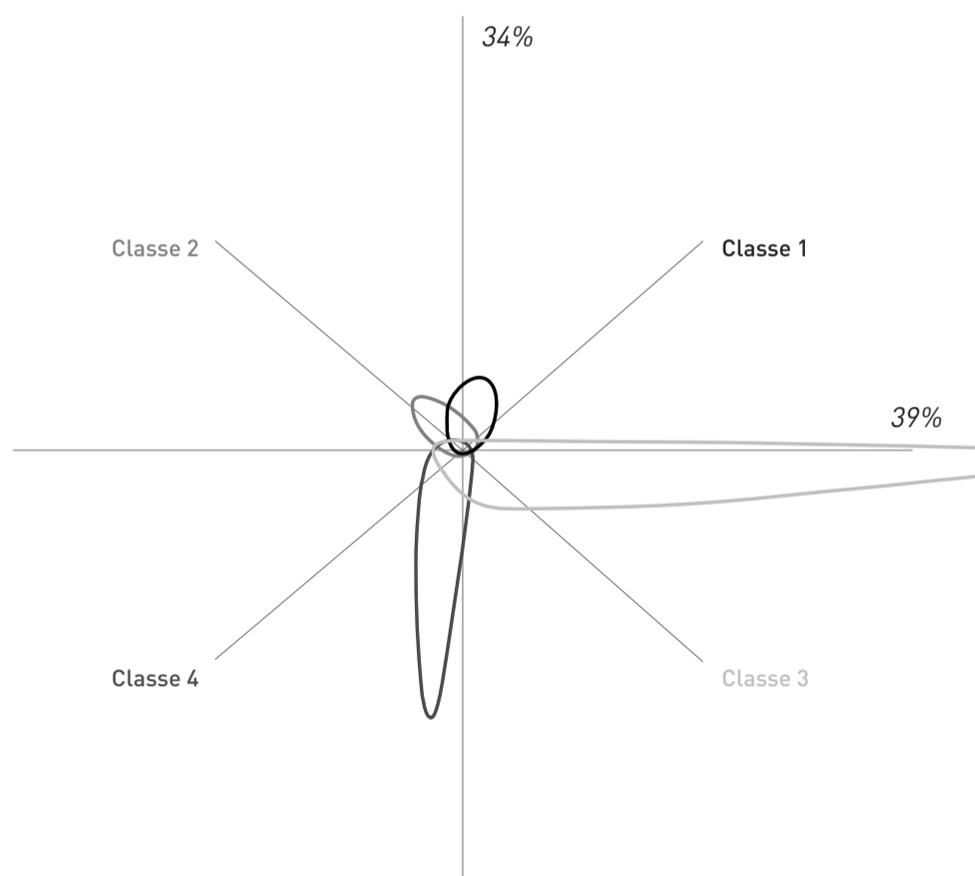
A classe 1 traz um conjunto de argumentos que defendem a atividade jurisdicional como uma importante ferramenta para proteção dos direitos das minorias sexuais, suprimindo uma lacuna legislativa que não os contempla. Os argumentos presentes na classe 2 tratam do respeito que o Estado deve ter à intimidade, privacidade e busca pela felicidade, de acordo com qualquer orientação sexual, como forma de resguardar a dignidade da pessoa humana. Na classe 4, os argumentos abarcam o debate sobre a natureza da entidade familiar e sua histórica configuração heterossexual.

Dessa forma, pode-se dizer que, embora os argumentos utilizados para o reconhecimento das uniões homoafetivas tenham sido caracterizados pela diversidade de conteúdos, houve também uma convergência norteadora desses conteúdos que pode ser traduzida pela decisão unânime dos ministros em declarar a inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil. Ao que parece, isso explica o fato de as classes 1, 2 e 4 aparecerem juntas, mas diferenciadas da classe 3, mostrando uma contraposição clássica no direito: o pedido *versus* a solução.

Ainda analisando os procedimentos do ALCESTE, pode-se observar que os resultados obtidos através da CHD (Figura 2) são confirmados pela análise fatorial de correspondência (Figura 3). Esse procedimento estatístico demonstra as relações entre as quatro classes encontradas, situando-as graficamente em um sistema cartesiano que indica como as diversas categorias discursivas sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas se contrapõem e/ou se justapõem em função de suas similitudes e/ou diferenças.

Constata-se, no eixo horizontal X, que a classe 3 está situada do lado direito, separando-se claramente das outras três classes, situadas ao redor do ponto central do sistema cartesiano. Assim, percebe-se que, nessa dimensão (indicada pelo eixo horizontal X), uma das categorias (classe 3) se separa das outras na medida em que ela indica a decisão do STF, enquanto as outras (classes 1, 2 e 4) indicam os argumentos utilizados para a tomada dessa decisão.

FIGURA 3 – ANÁLISE FATORIAL DE CORRESPONDÊNCIA



Fonte: software ALCESTE, com base nos dados da pesquisa

Pode-se ainda observar, no que se refere ao eixo vertical Y, que as classes 1 e 2 se situam na parte superior, enquanto as classes 3 e 4 estão situadas na parte inferior. Nessa dimensão (indicada pelo eixo vertical Y), os diversos discursos se diferenciam. Acima, encontram-se os argumentos que se apoiam na garantia de direitos aos cidadãos, através da proteção das minorias (classe 1) e da dignidade da pessoa humana (classe 2); abaixo, aparecem os argumentos que tratam da natureza da entidade familiar e sua histórica configuração heterossexual (classe 4).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dois métodos de análise utilizados simultaneamente no presente estudo permitiram constatar tanto as semelhanças existentes entre os discursos dos ministros (agrupamentos realizados pela análise lexical – ALCESTE) como as diferenças e contradições presentes, inclusive, dentro das próprias classes discursivas (interpretação textual). Essas similitudes e variabilidades já eram esperadas, uma vez que a atividade discursiva é caracterizada por congruências e incongruências carregadas de subjetivações historicamente contextualizadas. Desse modo, ao proporcionar o reconhecimento dessas concordâncias e variações, os procedimentos adotados forneceram uma visão mais detalhada dos padrões de linguagem usados pelos ministros do STF ao proferirem a decisão de reconhecimento da união homoafetiva, assim como dos processos de luta e resistência travados através do debate discursivo que envolveram a construção de uma norma jurisprudencial.

Ademais, segundo Lobo (2012), parece estar havendo, atualmente, um maior crescimento da atuação das instituições jurídicas, em detrimento de outras instituições de controle social. Através da proliferação dos objetos judiciáveis e do alargamento das atribuições judiciárias, verifica-se uma multiplicação da função jurídica no corpo social, resultando em uma influência cada vez mais forte do Poder Judiciário na regulamentação jurídica de vários comportamentos sociais.

Em consonância, pode-se dizer que os debates travados pelos ministros do STF não apenas representam suas opiniões acerca da união homoafetiva, mas, principalmente, afetam as formas como a sociedade percebe a diversidade sexual e a natureza das relações homoafetivas. Sendo assim, ante o crescimento atual da influência que exercem as instituições jurídicas no desenvolvimento das relações que ocorrem no interior de sociedade, faz-se oportuno perguntar se a existência de diferentes estratégias discursivas utilizadas nos debates travados pelos ministros pode ajudar a promover maior inclusão ou exclusão das minorias sexuais.

Evidentemente, o julgamento ocorrido no âmbito do STF criou uma jurisprudência com efeito vinculante, unificando decisões judiciais e administrativas sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo e consolidando a garantia de direitos. Entretanto, o fato de a decisão, assim como todo processo discursivo, ter sido construída de forma multifacetada, com variações que representam as lutas retóricas travadas através de argumentação e contra-argumentação, mostra que existem diferentes versões do mesmo fenômeno social.

Constatar essas diferenças não é um problema. Afinal, vive-se em uma sociedade plural e diversa, sob vários aspectos. A questão é: no caso dos direitos homoafetivos, o discurso da diferença propagado através dos argumentos de determinados ministros aviva a diversidade ou realça a desigualdade? No que se refere à utilização de argumentos embasados no uso de técnicas normativas como a analogia, fica evidente que o discurso da diferença destaca a desigualdade, descortinando as tensões e os desafios que a consolidação dos direitos humanos ainda enfrenta, principalmente no que se refere ao pleno reconhecimento da diversidade sexual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BILLIG, Michael. *Ideology and Opinions: Studies in Rhetorical Psychology*. London: Sage, 1991.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Portal da Legislação*. Brasília, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, maio 2011.

CAMARGO, Brígido Vizeu. ALCESTE: um programa informático de análise quantitativa de dados textuais. In: MOREIRA, Antonia Silva Paredes; JESUÍNO, Jorge Correia. *Perspectivas teórico-metodológicas em representações sociais*. João Pessoa: Editora Universitária, 2005.

CAMINO, Leoncio. et al. Repertórios discursivos contemporâneos sobre as desigualdades raciais no Brasil: um estudo com estudantes paraibanos de pós-graduação. *Psicologia & Sociedade*, v. 25, n. 1, 2013, p. 113-122.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Brasília: Editora UnB, 2001.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2006.

GOUVEIA, Raimundo; CAMINO, Leoncio. Análise psicossocial das visões de ativistas LGBTs sobre família e conjugalidade. *Psicologia Política*, v. 9, n. 17, 2009, p. 47-65.

KRONBERGER, Nicole; WAGNER, Wolfgang. Palavras-chave em contexto: análise estatística de textos. In: BAUER, Martin. W.; GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2002.

LOBO, Lilia Ferreira. A expansão dos poderes judiciários. *Psicologia & Sociedade*, v. 24, n. esp., 2012, p. 25-30.

LOURO, Guacira Lopes. Teoria *queer*: uma política pós-identitária para a educação. *Revista Estudos Feministas*, v. 9, n. 2, 2001, p. 541-553.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. *Cadernos Pagu*, n. 39, 2012, p. 403-429.

MISKOLCI, Richard. A teoria *queer* e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, v. 21, 2009, p. 150-182.

MUSSKOPF, André S. Relação entre diversidade religiosa e diversidade sexual: um desafio para os direitos humanos e o Estado laico. *Estudos de Religião*, v. 27, n. 1, 2013, p. 157-176.

NASCIMENTO, Adriano Roberto Afonso; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Análise lexical e análise de conteúdo: uma proposta de utilização conjugada. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, v. 6, n. 2, 2006, p. 72-88.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro. Sexualidades ameaçadoras: religião e homofobia(s) em discursos evangélicos conservadores. *Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad*, n. 2, 2009, p. 121-161.

NOGUEIRA, Conceição. Análise do discurso. In: ALMEIDA, Leandro S.; FERNANDES, Eugénia M. *Métodos e técnicas de avaliação: novos contributos para a prática e investigação*. Braga: CEEP, 2001.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues. (In)visíveis casais: conjugalidades homoeróticas e discursos de magistrados brasileiros sobre seu reconhecimento jurídico. *Revista de Antropologia*, v. 53, n. 2, 2010, p. 527-563.

PERUCCHI, Juliana; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Aspectos políticos da normalização da paternidade pelo discurso jurídico brasileiro. *Psicologia Política*, v. 8, n. 15, 2008, p. 139-156.

POTTER, Jonathan; WETHERELL, Margaret. *Discourse and Social Psychology: Beyond Attitudes and Behaviour*. London: SAGE, 1987.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade*. São Paulo: Cortez, 2008.

SCARDUA, Anderson; SOUZA FILHO, Edson Alves de. O debate sobre a homossexualidade mediado por representações sociais: perspectivas homossexuais e heterossexuais. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 19, n. 3, 2006, p. 482-490.

UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz; GROSSI, Miriam. Conjugalidades e parentalidades de gays, lésbicas e transgêneros no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, 2006, p. 481-487.

VAN DIJK, Teun A. O giro discursivo. In: IÑIGUEZ, L. *Manual de análise do discurso em ciências sociais*. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. The Study of Discourse: An Introduction. In: VAN DIJK, T. A. *Discourse Studies*. London: SAGE, 2007.

_____. *Discurso e poder*. São Paulo: Contexto, 2012.

WODAK, Ruth. De Qué Trata el Análisis Crítico del Discurso (ACD). Resumen de su Historia, sus Conceptos Fundamentales y sus Desarrollos. In: WODAK, Ruth; MEYER, Michael. *Métodos de Análisis Crítico del Discurso*. Barcelona: Gedisa, 2003.

Raquel Moraes

PROFESSORA DE DIREITO CIVIL DO DEPARTAMENTO DE DIREITO
PRIVADO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB).
JURISTA E PSICÓLOGA. DOUTORA EM PSICOLOGIA SOCIAL PELA
UFPB.

raquelmoraesdelima@gmail.com

Leoncio Camino

PROFESSOR EMÉRITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
(UFPB). DOUTOR EM PSICOLOGIA SOCIAL PELA UNIVERSITÉ
CATHOLIQUE DE LOUVAIN (BÉLGICA).

leocamino@uol.com.br

Recebido: 28.11.2014
Aprovado: 29.08.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201628>

1 Universidade Federal Fluminense
Rio de Janeiro - RJ - Brasil



Explorando a estrutura da confiança: apontamentos em sociologia do direito a partir do funcionamento da Lei de Medidas Cautelares

EXPLORING THE TRUST STRUCTURE: NOTES IN SOCIOLOGY OF LAW BASED ON THE OPERATION OF THE PRECAUTIONARY MEASURES LAW

Pedro Dalla Bernardina Brocco¹

Resumo

O presente estudo tem como objetivos apresentar e discutir dados empíricos coletados e sistematizados em pesquisa realizada entre 2011 e 2012 junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, precisamente nas Varas Criminais da Comarca da Capital, acerca do funcionamento da então nova Lei de Medidas Cautelares (Lei n. 12.403/2011), e apontar hipóteses voltadas à compreensão dos dados, em especial o fenômeno do aumento significativo das fianças arbitradas em sede policial naquele período, a partir da regência dos dispositivos da lei citada, os quais possibilitaram um aumento proporcional de concessão de liberdades provisórias, entre abril e dezembro de 2011, de cerca de 10%. A hipótese, provisória, é a de que os resultados obtidos poderiam ter sido influenciados, de maneira geral, pelo contexto econômico do país, que atravessava um período de confiança e otimismo. Tendo em vista que a Lei de Medidas Cautelares trouxe uma série de medidas diversas da pena privativa de liberdade, como o pagamento de fianças em sede policial, busca-se entender o contexto político e, sobretudo, econômico do país no período em que se realizou a coleta dos dados empíricos, cujos marcadores, como taxa de desemprego e aumento de operações de crédito, oscilaram proporcionalmente ao aumento do número de liberdades. Nesse sentido, o trabalho caminhará em direção a uma sociologia da eficácia jurídica, isto é: à compreensão de condições fáticas capazes de sustentar o direito no âmbito de sua validade, conferindo-lhe eficácia.

Palavras-chave

Direito; economia política; confiança; sociologia da eficácia jurídica.

Abstract

This study aims to expose and discuss some empirical data collected in a survey conducted between 2011 and 2012 at the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, precisely in the criminal courts, on the operation of the then new Precautionary Measures Law (Law 12.403/2011), and point hypotheses aimed at understanding the data. The study aims to comprehend specially the data on the significant increase of sureties arbitrated at police headquarters that period, from the regency of the provisions of Law 12.403/2011, which enabled a proportional increase in provisional freedom, about 10% between April and December 2011. The provisional hypothesis is that the results could have been influenced by the country's economic context, which was going through a period of confidence and optimism. Considering that the Law of precautionary measures brought a number of different measures of deprivation of liberty, such as the payment of sureties in police headquarters, we seek to understand the political and economic context of the country in the period of the collection of empirical data, such as

unemployment and the provision of credit over the Brazilian GDP, which fluctuated in proportion to the increase of freedom. In this sense, the study will move towards the sociology of legal efficacy, i.e. the understanding of conditions capable of sustaining the law in relation to its validity, giving it efficacy.

Keywords

Jurisprudence; political economy; trust; sociology of legal efficacy.

INTRODUÇÃO

Entre 2011 e 2012, junto às varas criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), realizou-se pesquisa empírica¹ que teve como objetivo efetuar uma análise quantitativa e qualitativa a respeito do impacto da então nova Lei de Medidas Cautelares (Lei n. 12.403/2011), publicada em 5 de maio de 2011 e em vigor a partir de julho daquele ano, no funcionamento do sistema penal da Comarca do Rio de Janeiro. A lei tratou, entre outros objetivos, da criação de medidas cautelares distintas da prisão, com o claro objetivo de incidir sobre o excessivo número de prisões provisórias que afetavam o sistema penal brasileiro. A opção pelo limite de penas de até quatro anos (art. 313, I, da Lei n. 12.403) sugere que os casos abrangidos pelas medidas cautelares dirão respeito, sobretudo, a crimes patrimoniais sem violência contra a pessoa.

A coleta dos números dos processos deu-se durante dois meses no Setor de Distribuições do TJRJ, ocasião em que foram filtradas todas as prisões em flagrante do ano de 2011 na Comarca do Rio de Janeiro, aproximando-se da quantidade de 5 mil processos. O objetivo seria analisar o funcionamento do sistema penal antes e depois da vigência da lei. Após a coleta de todos os autos de prisão em flagrante, transformados em processo a partir da denúncia do Ministério Público, o acompanhamento de cada processo se deu via *site* do TJRJ, quando foram monitoradas, com a finalidade de montagem de planilhas de Excel para posterior confecção de gráficos e estatísticas, as seguintes variáveis: (1) número do processo; (2) nome do réu; (3) gênero do réu; (4) nome do juiz que teve o primeiro contato com o processo; (5) crime pelo qual o réu foi denunciado; (6) modalidade do crime (tentado ou

¹ Pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), da Universidade Candido Mendes, na qual atuei como pesquisador estagiário e pude participar das atividades de coleta e sistematização dos dados. As interpretações desses dados feitas neste trabalho, contudo, são de minha inteira responsabilidade e podem não coincidir com aquelas veiculadas no relatório final da pesquisa, que pode ser acessado no seguinte *link*: <<http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>>.

consumado); (7) medida cautelar aplicada; (8) data do alvará de soltura (quando houve); (9) data da sentença; (10) nome do juiz sentenciante; (11) resultado do processo; (12) modalidade de pena aplicada (i.e., privativa de liberdade com respectivo regime ou restritiva de direitos); (13) quantidade de pena aplicada; (14) estatuto do defensor (particular ou público).

Com essas variáveis, pretendeu-se construir um mapeamento geral da atividade penal acerca da aplicação das medidas cautelares naquele período na Comarca do Rio de Janeiro. Para este artigo, no entanto, a apresentação dos dados se restringirá a algumas variáveis e a quatro meses ao longo do ano em que se colheram os dados, para que se verifique o impacto da Lei n. 12.403 no funcionamento do sistema penal: abril (antes da lei), julho (entrada em vigor da lei), novembro e dezembro (últimos meses analisados).

Durante a pesquisa e a análise dos dados quantitativos, constatou-se que o número total de liberdades provisórias teve um aumento de 10% quando considerados os períodos anterior e posterior à entrada em vigor da Lei de Medidas Cautelares.

Na análise dos números totais de liberdade, isto é, a soma dos alvarás de soltura com as fianças aplicadas, observamos uma tendência de maior liberdade para os acusados, não obstante o número de alvarás de soltura tenha decrescido (de 238, em abril, para 189, em dezembro): a quantidade crescente de fianças, além de surpreendente, revela uma maior rapidez e eficiência da atuação do Estado, em especial por intermédio dos delegados de polícia:

ABRIL: 238 ALVARÁS + 8 FIANÇAS POLICIAIS + 1 FIANÇA EM JUÍZO =
247 LIBERDADES PROVISÓRIAS

JULHO: 194 ALVARÁS + 61 FIANÇAS POLICIAIS + 8 FIANÇAS EM JUÍZO =
263 LIBERDADES PROVISÓRIAS

NOVEMBRO: 218 ALVARÁS + 50 FIANÇAS POLICIAIS + 5 FIANÇAS EM JUÍZO =
273 LIBERDADES PROVISÓRIAS

DEZEMBRO: 189 ALVARÁS + 55 FIANÇAS POLICIAIS + 7 FIANÇAS EM JUÍZO =
251 LIBERDADES PROVISÓRIAS

Proporcionalmente, a tendência também se verifica: as 247 liberdades provisórias de abril representam 42% do total de indivíduos presos em flagrante naquele mês (580 indivíduos), ao passo que em julho as 263 liberdades representam 52% de indivíduos presos em flagrante naquele mês (503 indivíduos). Em novembro, as 273 liberdades provisórias representam 53% do total de indivíduos presos em flagrante (508 indivíduos) e, em dezembro, as 251 liberdades provisórias representam 52% do total de indivíduos presos em flagrante (477 indivíduos). As liberdades provisórias após a lei, nos meses analisados, passaram dos 50% do total de indivíduos presos, um aumento de pelo menos 10% em relação ao mês de abril, antes da Lei de Medidas Cautelares. Algumas variáveis dos dados

pesquisados foram sistematizadas e transformadas em gráficos, cuja exposição se dará mais à frente.

A cifra de aumento de 10% das liberdades provisórias foi reveladora na medida em que, antes do início a pesquisa, havia a hipótese de que não haveria aumento significativo de liberdades após a promulgação da lei, em parte porque os juízes não teriam condições efetivas de acompanhar o cumprimento das medidas cautelares; em parte porque o sistema penal brasileiro operou historicamente a partir de um viés autoritário e classista (BATISTA, 1990), algo que implicaria um maior controle penal sobre a classe historicamente mais exposta e vulnerável ao sistema penal. Contudo, verificou-se que de fato houve um aumento do número total de liberdades, o que demandou uma problematização dos resultados com o intuito de interpretá-los e compreendê-los.

A hipótese, provisória, é a de que os resultados obtidos poderiam ter sido influenciados, de maneira geral, pelo contexto econômico do país (de fato, a economia naquele período atravessava um período de confiança e otimismo), ao correlacionarmos o aumento proporcional de liberdades a marcadores econômicos do mesmo período da coleta de dados.

O intuito dessa problematização é trazer o ponto de vista de alguns autores sobre a interface entre direito e outras ciências sociais, como a economia política e sua possível interlocução com a filosofia moral. Autores como Amartya Sen e John Rawls colocarão ênfase sobre a importância do aspecto distributivo da estrutura social, cada um a seu modo, em direção ao aspecto da justiça subjacente à montagem de estruturas sociais minimamente preocupadas com a igualdade e o aspecto distributivo de riquezas e oportunidades.

Também será dada ênfase ao ponto de vista de Anthony Giddens, no sentido de marcar a influência do conceito de *confiança* na operacionalidade do direito: um dos aspectos centrais da Lei de Medidas Cautelares, nesse sentido, é a confiança de que o réu cumprirá as medidas propostas. A hipertrofia da figura da prisão provisória seria assim um indicativo de um cenário social de agudo déficit de confiança. A figura da *fiança*, contemplada com especial ênfase pela Lei de Medidas Cautelares, parece condizer, além de uma afinidade semântica com o termo *confiança*, com a perspectiva da atuação do direito em um cenário de ricas relações que formariam um complexo de confiança social em sistemas abstratos de regulação. O aumento da aplicação de *fianças* concomitantemente ao aumento da utilização e obtenção de créditos administrados pelas instituições financeiras parece querer denotar uma espécie de estado de confiabilidade social no período. Confiança nas instituições e, de modo geral, na possibilidade de planejamento do futuro, do ponto de vista privado ou público, parece ser um dos fatores essenciais dentro desse estado de confiabilidade. Os recentes episódios que alteraram as projeções em relação à economia brasileira e à probidade da administração pública e do sistema político do país possuem potencialmente a capacidade de alterar tal quadro, cuja legibilidade sociológica demandaria novas pesquisas.

O trabalho se estruturará, então, em uma primeira seção que apresentará os dados empíricos sistematizados da pesquisa, juntamente com uma problematização teórica em torno

dos dados e comparações com outros dados coletados no mesmo período da pesquisa, como os de taxa de desemprego e operações de crédito na economia brasileira.

A segunda seção irá pormenorizar os resultados sistematizados em gráficos em subseções específicas, além de trazer observações acerca das condições de pesquisa, de maneira que sumariá-las, sobretudo no que tange às dificuldades encontradas, possa resultar em uma mudança qualitativa nas condições de pesquisa em ciências sociais e jurídicas no Brasil, além de possibilitar maior abertura de instituições para as pesquisas.

A terceira e última seção se concentrará na discussão sobre a metodologia utilizada no trabalho, em um diálogo com outros trabalhos que também se prestam a discutir a questão da metodologia em ciências sociais. Aqui também será sopesada a fundamental diferença entre a pesquisa sociológica e aquela que toma o direito e seu funcionamento como objeto: esta última terá de estar munida de uma atenção epistemológica especial, atenta para a especificidade epistemológica do próprio direito enquanto dimensão deôntica, cujas camadas possuem certa autonomia em relação ao campo ôntico ou do “ser”. Essa independência relativa do direito permite que ele incida na realidade estruturando as relações sociais e havendo legitimidade pelo procedimento próprio à formação e à promulgação das leis; porém, por outro lado, o direito demanda certas condições sociais para obter aplicabilidade, cuja apreensão aponta para o campo da eficácia jurídica. É nesse campo que o presente artigo procurará se situar, ao problematizar, de modo geral, a categoria da *confiança* permeando as relações jurídicas, insinuando-se no domínio de uma sociologia da eficácia jurídica.

I EXPOSIÇÃO E DISCUSSÃO DOS DADOS: COMPREENDER A EFICÁCIA DA LEI

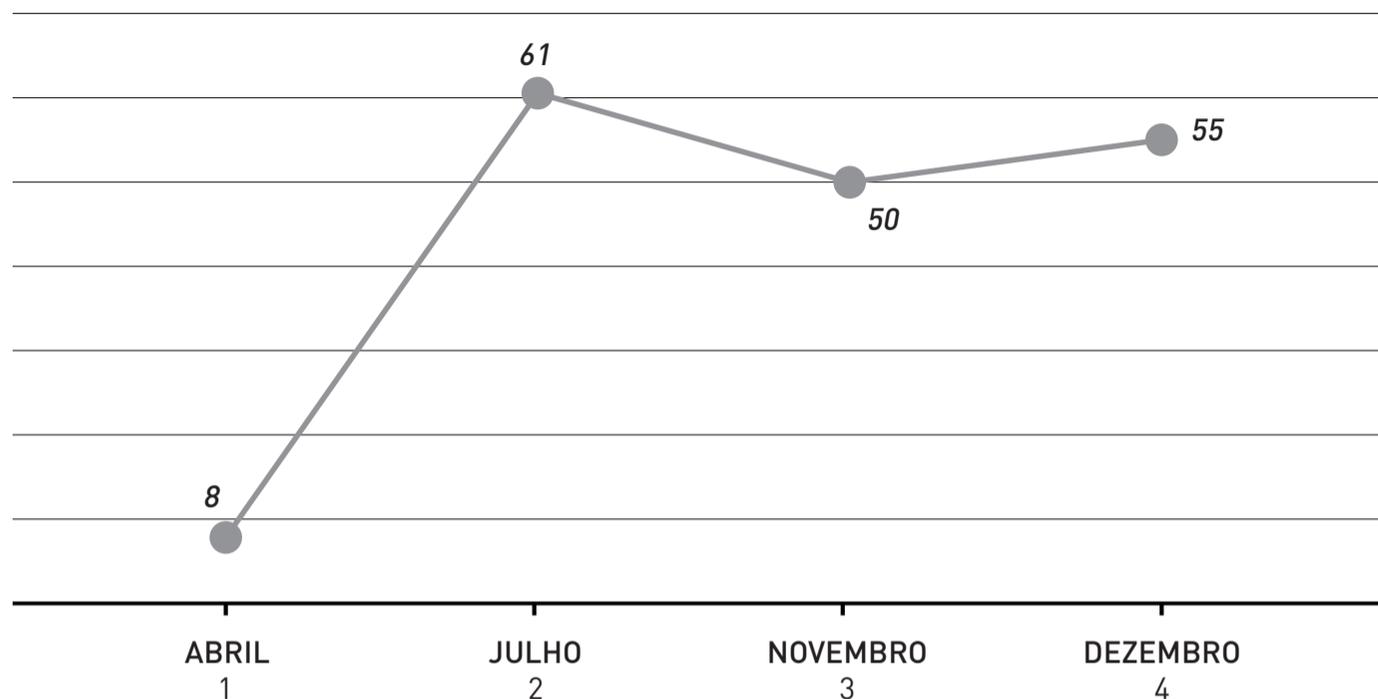
A partir de uma análise da influência direta do Lei de Medidas Cautelares sobre o sistema criminal, tem-se que a cifra de aumento de 10% de liberdades totais foi influenciada especialmente pela maior aplicação de fianças em sede policial, a partir de dispositivo novo trazido pela lei, cuja disciplina se dá no art. 322 e seguintes.² Assim, o Gráfico 1, elaborado a partir dos dados coletados, apresenta uma importante evolução no número de concessões de fianças pela autoridade policial ao longo da vigência da lei.³

2 “Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.”

3 Há que se advertir que o resultado da pesquisa tem a incontornável característica de ser provisório, de modo que a presente pesquisa ainda não pode ser tomada como uma tendência geral do comportamento do sistema penal brasileiro, posto ter sido realizada na comarca de uma capital e no período de apenas um ano. Espera-se, no entanto, estimular novos esforços de maior envergadura na coleta de dados e na cobertura temporal.

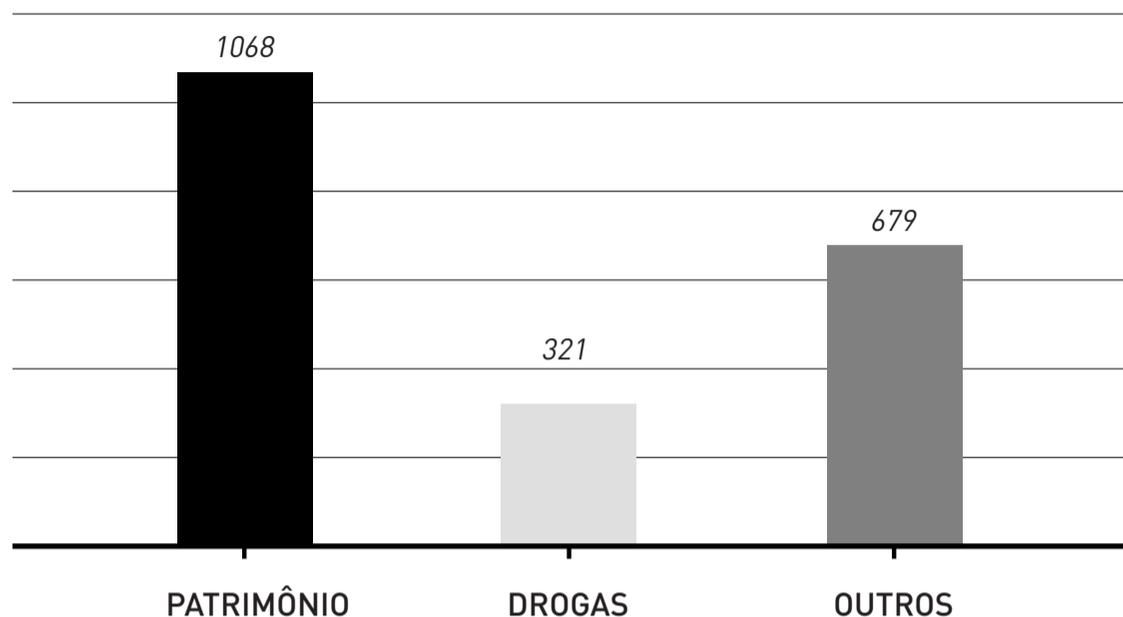
GRÁFICO 1 – FIANÇAS EM SEDE POLICIAL (ABRIL-DEZEMBRO DE 2011)



Fonte: Elaboração própria, com base nos dados da pesquisa

A problemática da recepção e do funcionamento da nova lei, ou, em outras palavras, sua *validade*, seria compreendida tendo como referência apenas o plano jurídico, isto é, novos dispositivos e, com eles, novas possibilidades de ação dadas aos atores jurídicos. No entanto, questiona-se com este trabalho se haveria que se levar em consideração, para a análise da *eficácia* jurídica, elementos como a conjuntura econômica do país, sobretudo quando se observam as taxas de desemprego e a maior facilidade de concessão de crédito naquele período. Um fator que embasa essa linha de raciocínio é a análise de marcadores econômicos e na razão de uma oscilação semelhante à das liberdades provisórias em sede policial. Se considerarmos que essas liberdades são concedidas a indivíduos que praticam crimes cuja pena máxima não ultrapassa os quatro anos e tendo em vista que a maioria dos casos analisados na pesquisa foi composta por crimes contra o patrimônio, como mostra o Gráfico 2, chegamos à conclusão de que uma parcela de aproximadamente 10% de presos em decorrência de crimes patrimoniais de baixa lesividade, como furtos, antes presos provisoriamente, ao final do período analisado, responderam aos processos em liberdade, muitas vezes em decorrência de pagamento de fianças.

GRÁFICO 2 – NÚMERO TOTAL DE INDIVÍDUOS PROCESSADOS POR CRIMES ANALISADOS



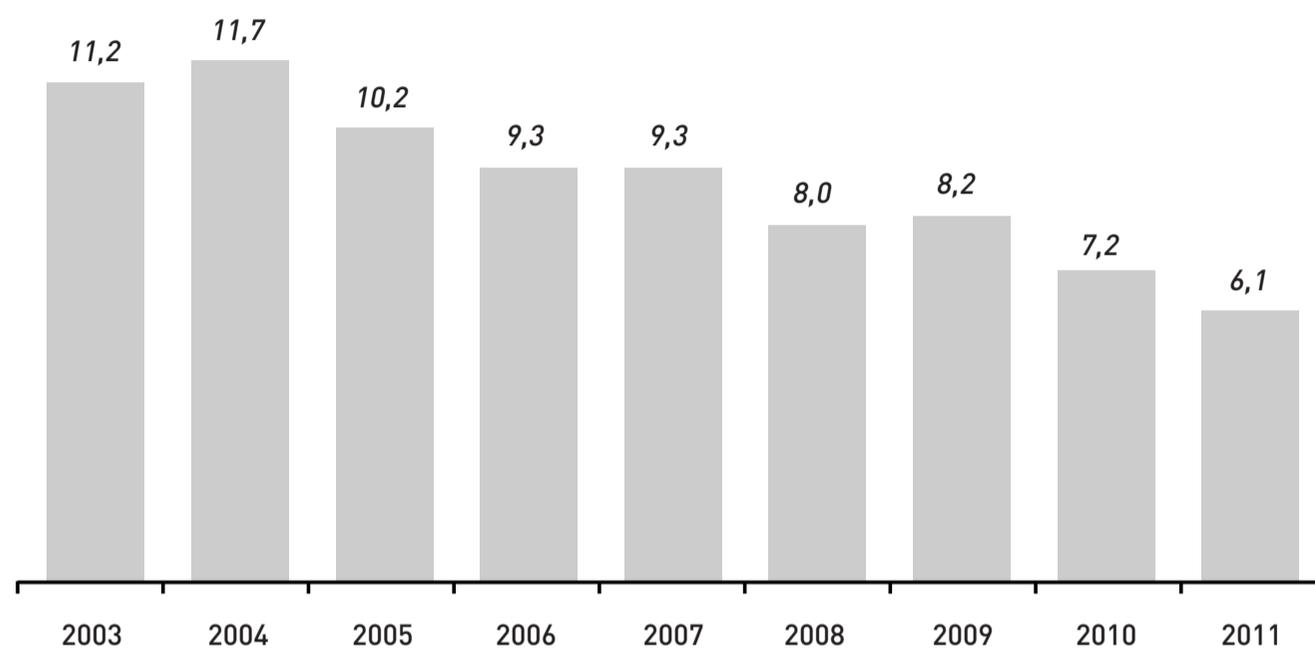
Fonte: Elaboração própria, com base nos dados da pesquisa

Além disso, em decorrência de uma leitura cotejada com a do panorama da economia brasileira no período, supõe-se que esses indivíduos, quando soltos, poderiam ser mais facilmente absorvidos pelo mercado de trabalho. Por isso, haveria que se atentar para uma análise mais ampla entre os dados coletados na pesquisa e outros dados informadores a respeito de, por exemplo, taxas de desemprego e ocupação, crescimento ou encolhimento da economia, entre outros. Nesse sentido, ainda que uma mudança legislativa tenha, por si só, condições de causar impactos relevantes para a mudança da estrutura das relações jurídicas ou ligadas ao âmbito de atuação do direito, o olhar do pesquisador no campo da sociologia do direito, que trabalhe com pesquisas empíricas relacionadas ao campo jurídico, deve cultivar uma abertura de cariz hermenêutico apta à compreensão da estrutura social que dá suporte ao funcionamento do direito ao mesmo tempo em que é transformada por este. O caso do instituto da fiança em sede policial é emblemático: ao mesmo tempo em que a Lei de Medidas Cautelares criou a possibilidade de uma maior utilização do instituto, a dificuldade ou impossibilidade de pagar a fiança, decorrente de escassez generalizada de recursos e fatores impeditivos para concessão de créditos junto às instituições financeiras, inviabilizaria a utilização dele, até mesmo com um potencial de lhe impedir uma eficácia maior a médio e longo prazo. A compreensão desses fatores por parte dos legisladores é fundamental para uma atividade legislativa eficaz, capaz de, compreendendo alguns mecanismos da sociedade, saber influenciá-la em seus rumos de acordo com projetos consistentes e efetivos.

Nesse sentido, opta-se por trazer ao leitor alguns dados a respeito da economia do país no período que cobriu a realização da pesquisa, com a ressalva de que a hipótese segundo

a qual os resultados obtidos poderiam ter sido influenciados, de maneira geral, pelo contexto econômico do país terá de ser confirmada por futuras pesquisas.

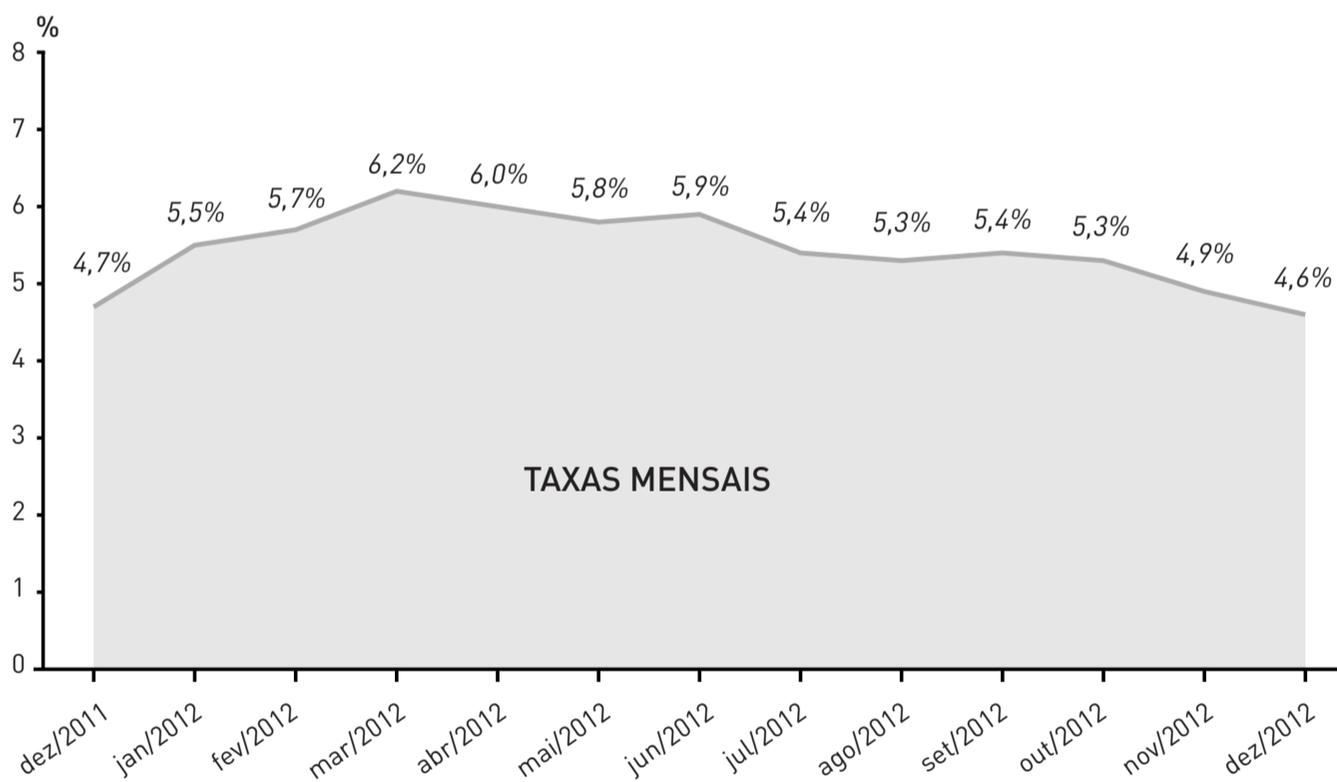
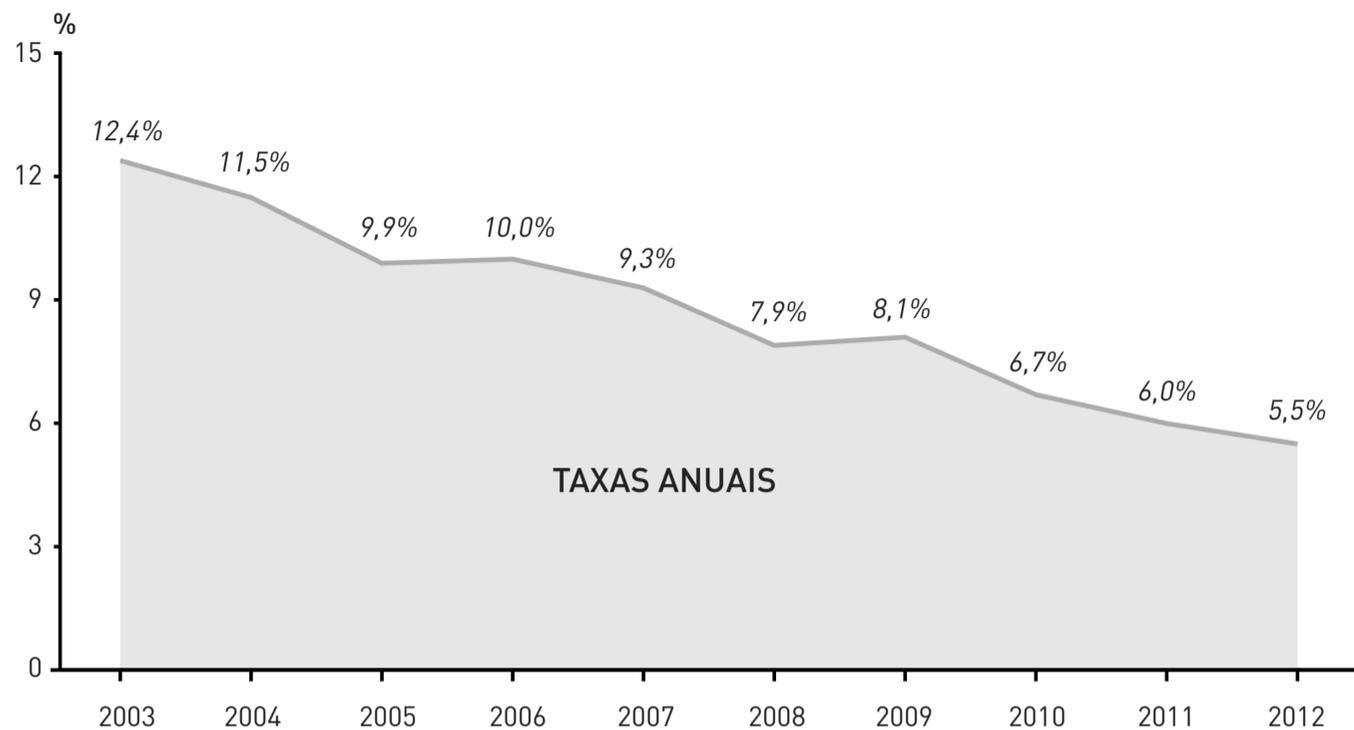
GRÁFICO 3 – TAXA DE DESEMPREGO NO BRASIL (2003-2011)



Fonte: Blog do Planalto⁴

⁴ Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/pais-tem-a-menor-taxa-de-desemprego-nos-meses-de-janeiro-desde-2003/>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

GRÁFICO 4 – **DESEMPREGO NO BRASIL**

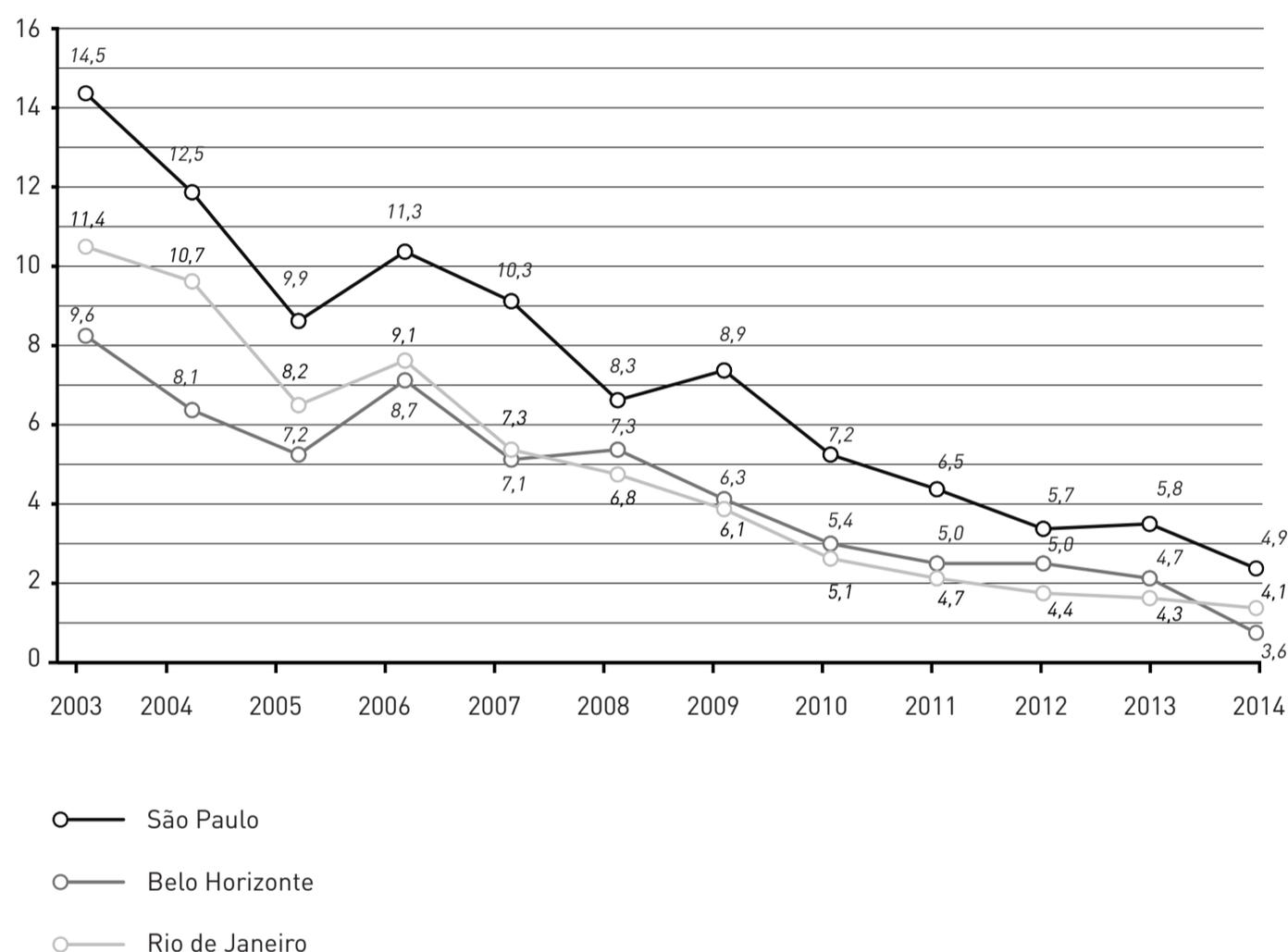


Fonte: Blog do Planalto⁵

⁵ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/01/pais-fecha-2012-com-menor-taxa-de-desemprego>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

A utilização dos dados sobre taxa de desemprego do Blog do Planalto, cuja última postagem sobre medições nesse sentido data de 10 de fevereiro de 2015, possui a importância de também verificar o impacto da gestão dessas informações pelo governo federal. Ainda há nesse blog um gráfico sobre taxas de ocupação nos meses de julho, a partir de uma série histórica iniciada no ano de 2003, publicado em 22 de agosto de 2014, com o título: “Taxa de desemprego em julho é a menor para o mês desde 2003”.

GRÁFICO 5 – TAXA DE DESOCUPAÇÃO DOS MESES DE JULHO

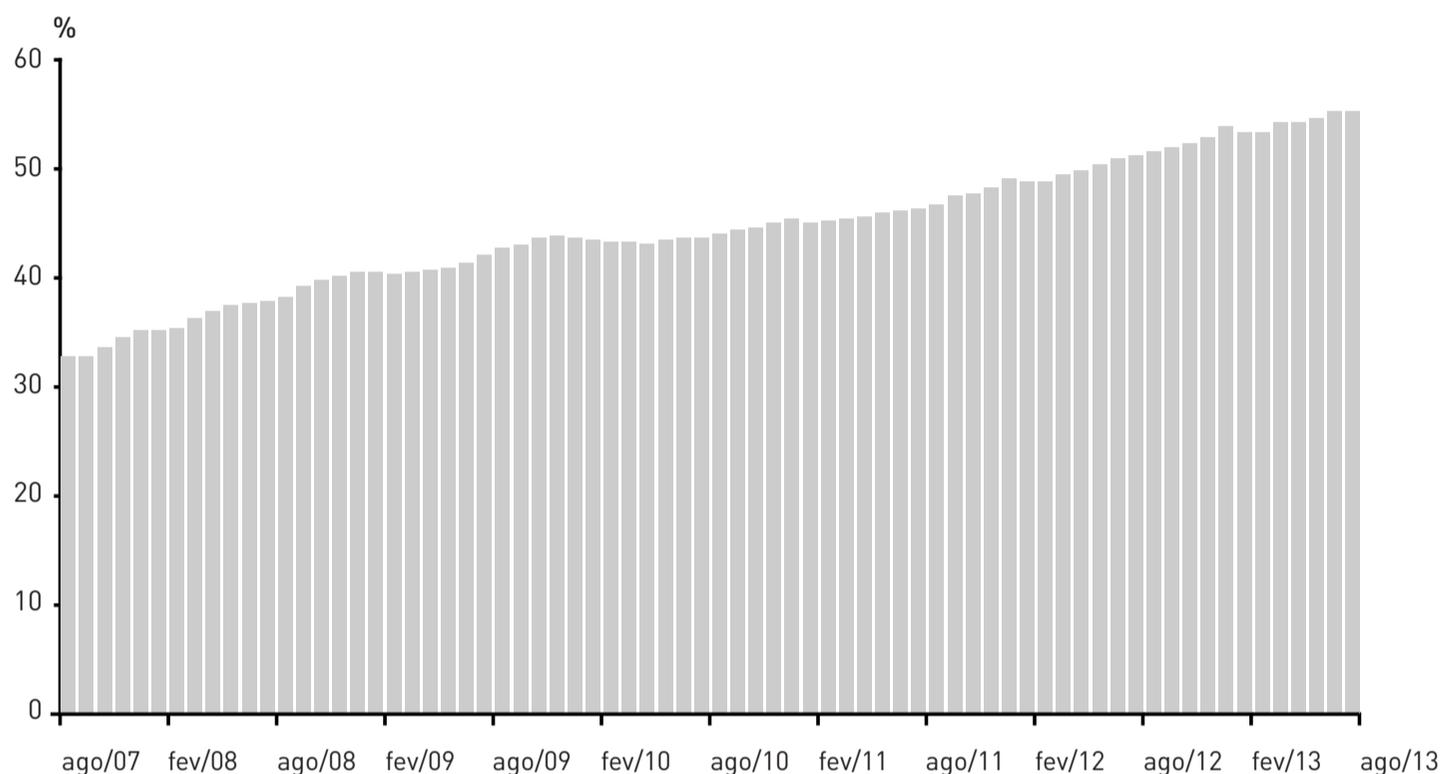


Fonte: Blog do Planalto⁶

⁶ Constatou-se, durante a revisão deste artigo, que o Blog do Planalto foi descontinuado pelo governo Temer, de modo que os *links* acessados anteriormente para a obtenção das informações e do gráfico parecem não estar mais disponíveis, como, por exemplo, no *link* <blog.planalto.gov.br/taxa-de-desemprego-em-julho-e-a-menor-para-o-mes-desde-2003/> há um redirecionamento para o “novo” Blog do Planalto. No dia 23 de junho de 2016, a página à qual se faz referência encontrava-se indisponível.

Outra variável relevante do campo da economia política no período, ao lado da taxa de desemprego, é a da composição do crédito sobre a atividade econômica. A análise desses dados à época mostrou um aumento da facilidade de obtenção de crédito no mesmo período da pesquisa.

GRÁFICO 6 – SALDO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO EM RELAÇÃO AO PIB (%)



Fonte: Inepad/Banco Central⁷

O argumento do artigo seria então o de que *o cruzamento dos dados da pesquisa nos leva a defender a hipótese de que o sistema penal pareceu ser influenciado pela economia política*, sobretudo quando se analisam as informações nos quesitos da distribuição de renda e ocupação. A hipótese sugere que a economia política, e, de modo geral, o que forma o domínio da justiça distributiva (rendas, recursos, cargos, oportunidades), poderia configurar uma noção ampliada de segurança pública, menos voltada para o aspecto criminal-repressivo e mais voltada para o aspecto distributivo e para o da *confiança mútua* nas trocas sociais. Essa linha

⁷ Retirado de um estudo do Instituto de Ensino e Pesquisa em Administração (Inepad): “Crédito em relação ao PIB (%)”. Disponível em: <http://inepad.org.br/site/arquivos-cientificos/Topicos-Especiais-em-Financas/Estudo-Revisado-Credito-em-relacao-ao-PIB_28.10.pdf>. Acesso em 10 fev. 2014.

de raciocínio apontaria para trabalhos teóricos na área da interseção entre economia, ética e teoria da justiça como os de Amartya Sen (1999; 2000; 2011; 2012), John Rawls (2000), Michael Walzer (2003) e Ronald Dworkin (2002).

O conceito de *confiança* ocupa aqui um lugar central ao fazer o encaixe entre economia política e direito na medida em que ambos se apresentam como sistemas abstratos de regulação social: a primeira em relação à alocação de recursos e expectativas de perdas e ganhos futuros, o segundo em relação à quadratura normativa das ações esperadas e coibidas: ambos, em alguma medida, relacionados à projeção das expectativas em mútua relação. O sentido do termo *confiança* é buscado em Anthony Giddens (1991) quando, em *As consequências da modernidade*, aborda a centralidade do conceito de confiança na modernidade e, de modo especial, a confiança em sistemas abstratos.⁸ A perspectiva sociológica de Giddens sobre a confiança, com efeito, pode ser adotada para corroborar o argumento sustentado neste trabalho. Sendo assim, cabe revisitar o argumento de Giddens no que tange às características que compõem a confiança na modernidade: “uma parte básica de meu argumento será a de que a *natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos*, especialmente na confiança em sistemas peritos” (GIDDENS, 1991, p. 96). Sistemas peritos seriam aqueles em cujas práticas, mecanismos e funcionamentos sociais as pessoas, na maior parte do tempo, confiam e em relação aos quais seu próprio conhecimento técnico é ligeiro ou não existente (GIDDENS, 1991, p. 101).

Giddens situa o que chama de dois *mecanismos de desencaixe* na modernidade, ambos relacionados ao conceito central de confiança: os sistemas peritos, já aludidos, e as fichas simbólicas. Fichas simbólicas teriam como figura proeminente o dinheiro, capaz de circular e cobrir grandes distâncias a partir de conversões e compensações, apoiado no mecanismo de confiança mais basilar que historicamente sustentou a formação da figura dos títulos de crédito. Estes dependem também, quando emitidos por alguma instituição pública, da capacidade de um governo garantir sua credibilidade (GIDDENS, 1991, p. 37).

Mecanismos de desencaixe e reencaixe seriam centrais no trabalho de Giddens, e diriam respeito à capacidade que tem a modernidade de trabalhar com as categorias do tempo-espço como dimensões autônomas do metabolismo das relações sociais tradicionais pré-modernas. Com efeito, sociedades pré-modernas eram bem delimitadas espacialmente e possuíam uma relação mais orgânica com o tempo: o trabalho ligava-se às variações das horas do dia e das estações, por exemplo. Com a invenção e utilização em larga escala do relógio mecânico, o trabalho passou a equivaler a *frações abstratas de tempo*, o que permite a separação entre tempo e espaço.

⁸ Observe-se também a definição de Marcus Fabiano Gonçalves e Edmundo L. de Arruda Jr. para o conceito de relação de confiança: *o compartilhamento da suposição razoável de uma mútua expectativa* (GONÇALVES; ARRUDA JR., 2002, p. 89).

Os mecanismos de desencaixe, portanto, seriam deslocamentos das relações sociais de seu contexto local de interação. Esses deslocamentos obteriam sua reestruturação posterior através de extensões indefinidas de tempo-espço. Por exemplo, a *ficha simbólica* do dinheiro seria capaz de reestruturar deslocamentos cuja potencialidade cobriria o mundo inteiro. O dinheiro-papel ou dinheiro propriamente dito teria uma consistência diferente em relação ao dinheiro crédito, como Giddens observa a partir de Keynes (GIDDENS, 1991, p. 33). O desenvolvimento do dinheiro em termos de crédito e débito ocorre num contexto de pluralidade de intercâmbios amplamente difundidos:

É por essa razão que Keynes relaciona intimamente o dinheiro ao tempo. O dinheiro é um modo de adiamento, proporcionando os meios de conectar crédito e dívida em circunstâncias em que a troca imediata de produtos é impossível. O dinheiro, pode-se dizer, é um meio de retardar o tempo e assim separar as transações de um local particular de troca. Posto com mais acurácia, nos termos anteriormente introduzidos, o dinheiro é um meio de distanciamento tempo-espço. O dinheiro possibilita a realização de transações entre agentes amplamente separados no tempo e no espço. (GIDDENS, 1991, p. 34)

As relações de confiança na modernidade seriam resguardadas, portanto, a partir dos mecanismos de *reencaixe*, que diriam respeito tanto às fichas simbólicas quanto aos sistemas peritos. Confiar em sistemas peritos e nas fichas simbólicas seria uma anuência tácita em sua capacidade de funcionamento e coesão social, com regularidade e previsibilidade.

Sistemas abstratos peritos na modernidade governariam, assim, grande parte do cotidiano e da vida das pessoas, e o funcionamento da economia seria, talvez, o principal sistema abstrato das sociedades modernas. Mas o direito moderno também teria sofrido forte influência do deslocamento das categorias do tempo-espço, na medida em que se desenraizou da legitimidade a partir da tradição e dos costumes e hauriu parte essencial de sua legitimidade de processos normativos de produção legislativa, os quais passam a ser lidos e explicados a partir do conceito-chave de *validade* e do funcionamento que Kelsen denominou de *dinâmica jurídica* (KELSEN, 1998, p. 215-308).

A perspectiva de Giddens sobre a confiança em sistemas abstratos e a sistemática de interações humanas na modernidade em situações que ele chama de *compromissos com rosto* e *compromissos sem rosto* daria a tônica para a compreensão de, por exemplo, situações de violência e ansiedade experimentadas em crises econômicas e na perda de capacidade para o planejamento do futuro. Com efeito, crises econômicas, sobretudo quando acompanhadas de casos de corrupção de agentes públicos, solapam a confiança dos cidadãos em relação às instituições e mesmo entre Estados no plano internacional. Tal perda de confiança afeta também, nesse sentido, a capacidade de planejamento e previsibilidade.

Nesse sentido, uma audiência de Vara Criminal configuraria um compromisso com rosto em uma de suas dimensões mais dramáticas. No entanto, há que se compreender em

que medida esse *compromisso com rosto* está relacionado a *compromissos sem rosto* como, por exemplo, políticas públicas, investimentos públicos em serviços essenciais e o desenvolvimento econômico.

A formação de uma esfera pública mais ou menos anônima, uma das características da modernidade, seria também o campo de interação mais visitado no cotidiano das pessoas. A importância dos *cafés* para a nova configuração do espaço político público moderno foi já marcada por Habermas (1991). O conceito de “estranho”, com efeito, sofre uma mudança na modernidade: nas sociedades pré-modernas, em que a comunidade local permanecia como a base da organização social, o “estranho” era uma espécie de forasteiro, alguém que vem de fora e é potencialmente suspeito. Nas sociedades modernas, a interação cotidiana em cenários urbanos coloca os agentes em contato permanente com “estranhos”, os quais não se conhece bem e que provavelmente nunca serão vistos novamente. A descrição de Giddens, com apoio em Erving Goffman, das interações urbanas retrata os contornos sutis e complexos da interação humana na modernidade. A variação dos encontros que compõem a vida cotidiana em cenários anônimos é definida por Goffman como “desatenção civil”. Mas essa desatenção, longe de querer significar indiferença, denota uma cuidadosa monitoração do que se pode chamar de “estranhamento polido”. Fixar os olhos no outro apenas brevemente e depois olhar para a frente quando ambos se cruzam seria uma espécie de ausência de intenção hostil (GIDDENS, 1991, p. 93).

Um dos fatores essenciais em torno da Lei n. 12.403/11 é a confiança produzida nos intérpretes da lei (juízes, promotores, advogados, delegados) de que as medidas previstas além da pena privativa de liberdade possam ser efetivas e cumpridas com algum grau de previsibilidade, de modo que a visão de mundo dos intérpretes sobre sua própria vida dentro de um contexto político e econômico pode denotar uma concepção mais ou menos geral de segurança, confiança e previsibilidade, algo que pode afetar diretamente as suas ações e decisões em âmbito judicial.

Os resultados da pesquisa, apesar de não permitirem afirmações muito categóricas, em parte porque seriam necessárias análises de outras variáveis e, em parte e principalmente, pela dificuldade de levantamento de grande volume de dados empíricos sem estrutura adequada de pesquisa para tanto, permitem a problematização do conceito de segurança pública e o início de uma discussão mais ampla sobre a correlação entre economia política, distribuição de bens e políticas públicas. Malgrado a baixa precisão semântica do termo “segurança pública”, este guarda relação com, principalmente, de um lado, o direito e, de outro, com políticas públicas. Mas talvez nem mesmo a discussão a respeito da justiça distributiva e da economia política sejam habituais entre as pautas que compõem o conjunto de prioridades dos agentes que se inserem no campo definido como “segurança pública”.

No campo da economia política e da ética, incluída aí a discussão a respeito da teoria da justiça, seria necessária uma demarcação teórica mais rigorosa entre os critérios distributivos da economia política, mais voltados para a renda, e outros critérios cujas racionalidades

pudessem ter fundamentos distintos dos da mera renda. Essa é a discussão que pretende realizar Michael Walzer (2003) em *Esferas da justiça*.

A igualdade, para Walzer, teria várias consistências possíveis a depender dos bens distribuídos: vivendo num Estado autocrático ou oligárquico, talvez se sonhasse com uma sociedade em que o poder fosse compartilhado e todos tivessem a mesma parcela dele, até que se iniciasse uma nova classificação mútua; ou, vivendo num Estado capitalista, talvez se sonhasse com uma sociedade em que todos tivessem a mesma parcela de capital, até que o dinheiro fosse distribuído de outra maneira, menos igualitária; ou, ainda, vivendo num Estado feudal, talvez se sonhasse com uma sociedade em que todos os membros fossem igualmente honrados e respeitados.

Ter-se-ia aí três tipos de bens com esferas de distribuição distintas, ou com significados socialmente partilhados distintos: poder, dinheiro e honra-respeito. Esse cenário seria para Walzer o de uma *igualdade simples*, isto é, uma sociedade nivelada e conformista em relação a um bem específico, tido como predominante. Por trás da ideia de igualdade estaria, para Walzer, a experiência da subordinação e da dominação: todos são iguais entre si para fins morais e políticos quando ninguém possui nem controla os meios de dominação. O objetivo do igualitarismo seria então o de uma sociedade livre da superioridade. Segundo Walzer, então, o domínio é sempre medido por algum tipo de bem social: por isso, precisa-se compreender e controlar os bens sociais.

A finalidade de Walzer, em *Esferas da justiça*, é descrever uma sociedade na qual nenhum bem social sirva, ou possa servir, como meio de dominação. Para isso, articulará ao longo do livro argumentos e relatos de distribuições de sua própria sociedade (isto é, a dos Estados Unidos) e em outras sociedades, à guisa de comparação.

O critério para a distribuição dos bens não seria coordenado ou centralizado, como talvez o fosse em um contexto utilitarista, mas não haveria coordenação, em relação a uma “felicidade geral” ou a qualquer outro motivo.

A ideia de justiça distributiva é abrangente e traz à reflexão todo o mundo dos bens, tendo tanto uma relação com o ser e o fazer quanto com o ter, com produção, consumo, identidade, *status*, terra, capital e posses pessoais. Diferentes arranjos políticos influenciam as diversas distribuições de afiliação, poder, homenagens, eminência ritual, graça divina, parentesco, amor, cultura, riquezas, segurança física, trabalho, lazer, gratificações e punições, etc., a partir de bens concebidos de maneira mais restrita e material como alimentos, roupas, abrigo, transportes, assistência médica, e, enfim, todas as mercadorias, a partir de métodos e critérios de distribuição.

Para Walzer, existem sistemas distributivos simples, como as galés, os mosteiros, os manicômios, os jardins de infância, cujo meio por excelência para o acesso aos bens é o dinheiro. Entretanto há coisas que o dinheiro não compra: o mercado, por isso, não seria um sistema distributivo completo e nunca será. Segundo esse autor, procurar unidade é deixar de entender o tema da justiça distributiva.

O ponto de vista de Sen (2012) corrobora o de Walzer no sentido de problematizar a discussão sobre a desigualdade de *rendas* como foco primário de atenção na análise da desigualdade. Com efeito, para Sen, a desigualdade real de oportunidades com as quais as pessoas se defrontam não pode ser prontamente deduzida da desigualdade de rendas, pois o que se pode ou não fazer ou realizar depende também de características físicas e sociais (SEN, 2012, p. 60).

Nesse sentido, o presente artigo busca marcar alguns aspectos, articulado ao domínio distributivo e orientado pelo funcionamento da economia, que podem envolver e influenciar a atividade judicial, ao menos conferindo eficácia ao dispositivo normativo. E conferir eficácia, aqui, seria mais ou menos como permitir-lhe a aplicabilidade, tornando-a possível, como *dever ser*, na esfera do *ser*. Por essa razão, a demarcação epistemológica de Kelsen é relevante tanto para estudiosos do direito como ciência normativa quanto para aqueles que o estudam do ponto de vista de uma sociologia do direito.

As discussões teóricas a respeito da teoria da justiça agiriam no intérprete da lei como valores e formações doutrinárias de baixa densidade decisória, sendo como algo da ordem daquilo que Dworkin diz dos princípios, ao fazerem o intérprete inclinar-se para a decisão, mas sem ditarem o resultado, somente alcançável por intermédio das *regras* (DWORKIN, 2001 apud GONÇALVES, 2016).

2 DETALHAMENTO DOS DADOS EMPÍRICOS E OBSERVAÇÕES SOBRE A PESQUISA

A pesquisa empírica deste artigo baseou-se exclusivamente em decisões judiciais e dados obtidos via consulta processual realizada junto ao TJRJ, com o acompanhamento dos respectivos processos pelo *site* do mesmo tribunal. Outra via de pesquisa que poderia ser explorada, na sociologia das instituições, seria a análise da posição, hierarquia, origens e lutas por reconhecimento e por posições ideológicas dos juízes no campo em que realizam o seu trabalho. Tal via de pesquisa foi desenvolvida por pesquisadores que integraram o projeto do CESeC (UCAM), cujo relatório pode ser acessado *online*⁹ (LEMGRUBER et al., 2014). Em uma seção do relatório final do CESeC, foram feitas algumas entrevistas com juízes, promotores e defensores públicos lotados no TJRJ, cujos resultados serviram como importante base de dados para uma análise mais ampla em cotejo com os dados das consultas processuais.

A análise dos dados executada neste artigo se ocupou então com as variáveis: (1) crimes pelos quais são os réus acusados; (2) quantidade de alvarás de soltura em cada mês; (3) medidas cautelares aplicadas em cada mês.

⁹ O relatório pode ser acessado no endereço <<http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>>.Notas

Passa-se, então, à exposição detalhada dos dados quantitativos que serviram de base para os gráficos da análise.

2.1 CRIMES PELOS QUAIS SÃO OS RÉUS ACUSADOS

- : Abril de 2011: do total de 580 sujeitos processados no mês de abril de 2011, 322 (55,5%) o foram por crimes contra o patrimônio (incluindo furto [142], roubo [136], extorsão [6], dano [1], estelionato [9], tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para o pagamento [1], receptação [26], violação de direito autoral – respectivamente, artigos 155, 157, 158, 163, 171, 176, 180, 184 do Código Penal); 78 (13,4%) por crimes da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06); e o restante, por 180 (31%) crimes diluídos entre crimes de trânsito, porte ilegal de armas, homicídio, lesão corporal, estupro, etc.
- : Julho de 2011: do total de 503 sujeitos processados no mês de julho de 2011, 257 (51%) o foram por crimes contra o patrimônio (incluindo furto [115], roubo [99], extorsão [8], dano [4], estelionato [6], receptação [16], violação de direito autoral [9]); 81 (16,10%) por crimes da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06); e o restante, por 165 (32%) por crimes diluídos entre crimes de trânsito, porte ilegal de armas, homicídio, lesão corporal, corrupção, crimes contra a dignidade sexual, etc.
- : Novembro de 2011: do total de 508 sujeitos processados no mês de novembro de 2011, 255 (50,1%) o foram por crimes contra o patrimônio (incluindo furto [119], roubo [104], extorsão [8], dano [2], estelionato [2], receptação [15], violação de direito autoral [5]); 80 (15,7%) por crimes da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06); e o restante, por 173 (34%) crimes diluídos entre crimes de trânsito, porte ilegal de armas, homicídio, lesão corporal, crimes contra a dignidade sexual, etc.
- : Dezembro de 2011: do total de 477 sujeitos processados no mês de dezembro de 2011, 234 (49%) o foram por crimes contra o patrimônio (incluindo furto [103], roubo [97], extorsão [2], dano [3], estelionato [10], receptação [18], violação de direito autoral [1]); 82 (17,1%) por crimes da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06); e o restante, por 161 (33,7%) crimes diluídos entre crimes de trânsito, porte ilegal de armas, homicídio, lesão corporal, crimes contra a dignidade sexual, formação de quadrilha, etc.

É possível observar, aqui, uma continuidade no que diz respeito a sujeitos processados por crimes contra o patrimônio, sempre acima de 50%, exceto no mês de dezembro de 2011, que ficou em 49%, e sujeitos processados por tráfico de drogas sempre abaixo de 20% do total de sujeitos processados por mês.

2.2 QUANTIDADE DE ALVARÁS DE SOLTURA

- : Abril de 2011: no mês de abril de 2011, receberam alvará de soltura 238 (41%) do total de 580.
- : Julho de 2011: no mês de julho de 2011, receberam alvará de soltura 194 (38,5%) do total de 503.
- : Novembro de 2011: no mês de novembro de 2011, receberam alvará de soltura 218 (42,9%) do total de 508.
- : Dezembro de 2011: no mês de dezembro de 2011, receberam alvará de soltura 189 (39,6%) do total de 477.

No que diz respeito à quantidade de alvarás de soltura arbitrados na instância judicial em cada mês, não houve diferenças significativas na análise dos números dos meses anteriores e posteriores à Lei de Medidas Cautelares. Todavia, a análise apenas desses números não cobre a totalidade das liberdades totais tornadas possíveis a partir dessa lei, pois esta ampliou a possibilidade de fiança arbitrada pela autoridade policial, fato que, para a dinâmica da pesquisa, dificultou a coleta dos dados sobre as liberdades, pois na maioria dos casos, antes do início do processo, poderia já ter ocorrido a liberdade sob fiança na própria delegacia. Nesses casos, em sua grande maioria, a informação sobre o alvará não constava no acompanhamento processual do *site* do TJRJ. Foi preciso, assim, verificar a frequência desses casos de fianças arbitradas em sede policial a partir da consulta física de cada processo junto às Varas Criminais.

2.3 MEDIDAS CAUTELARES APLICADAS

- : Abril de 2011: no mês de abril de 2011, foram aplicadas: 191 prisões; 132 medidas de comparecimento mensal ao juízo para informar e justificar atividades; 3 proibições de manter contato com pessoa determinada; 2 proibições de acesso a lugares determinados; 5 proibições de ausentar-se da Comarca; 8 fianças arbitradas em sede policial e 1 fiança arbitrada em juízo.
- : Julho de 2011: no mês de julho de 2011, foram aplicadas: 282 prisões, 77 medidas de comparecimento mensal ao juízo para informar e justificar atividades; 23 proibições de ausentar-se da Comarca; 7 proibições de acesso a lugares determinados; 8 proibições de manter contato com pessoa determinada; 1 internação provisória; 2 recolhimentos domiciliares em período noturno; 61 fianças arbitradas em sede policial; 8 fianças arbitradas em juízo.

- : Novembro de 2011: no mês de novembro de 2011, foram aplicadas: 307 prisões; 104 medidas de comparecimento mensal em juízo para informar e justificar atividades; 2 internações provisórias; 1 prisão domiciliar; 1 recolhimento domiciliar em período noturno; 12 proibições de acesso a lugares determinados; 7 proibições de manter contato com pessoa determinada; 19 proibições de ausentar-se da comarca; 50 fianças arbitradas em sede policial; 5 fianças arbitradas em juízo; 1 monitoração eletrônica.
- : Dezembro de 2011: no mês de dezembro de 2011, foram aplicadas: 204 prisões; 105 medidas de comparecimento mensal em juízo para informar e justificar atividades; 9 proibições de acesso a lugares determinados; 6 proibições de manter contato com pessoa determinada; 16 proibições de ausentar-se da Comarca; 9 recolhimentos domiciliares em período noturno; 1 prisão domiciliar; 55 fianças arbitradas em sede policial; 7 fianças arbitradas em juízo.

É possível observar, aqui, o consistente aumento das fianças arbitradas em sede policial após a entrada em vigor da lei, como exposto na primeira seção deste trabalho: em abril foram apenas 8 (oito) fianças arbitradas em sede policial, ao passo que em julho, mês de entrada em vigor da lei, foram 61 (sessenta e uma fianças) arbitradas em sede policial. Outra medida que passou a ser mais aplicada após a entrada em vigor da lei foi a proibição de ausentar-se da Comarca.

Ao longo da pesquisa empírica muitas dificuldades práticas precisaram ser vencidas — a falta de estrutura física e técnica no TJRJ e em seu *site* para que se pudesse acessar e monitorar os autos de prisão em flagrante apurados no período de 2011: a pesquisa precisou ser feita manualmente em todas as atas de distribuição apuradas diariamente, referentes ao ano de 2011.

No decorrer da pesquisa, percebeu-se que com a informatização dos processos, doravante *eletrônicos*, o *site* do TJRJ passou a requerer uma assinatura eletrônica de advogado para acessar os processos. Tal mudança representou um funcionamento *restritivo* a informações de interesse público, em vez de estender seus limites com o importante ferramental da internet.

De maneira geral, no entanto, o acesso virtual, quando tornava a informação difícil ou impossível de ser verificada ou colhida, dava lugar às visitas às Varas Criminais para a consulta processual física. Mesmo com os processos eletrônicos, grande parte das informações dos autos processuais ainda ficava retida nos processos físicos, de modo que apenas as decisões em sede judicial constavam no andamento processual virtual. As informações relativas à prisão em flagrante e às fianças arbitradas em sede policial continuavam acessíveis apenas fisicamente ou, na maior parte dos casos, quando havia a menção delas e ao estado da liberdade dos réus nas próprias decisões interlocutórias e sentenças analisadas.

3 QUESTÕES DE METODOLOGIA: ALGUNS APONTAMENTOS PARA FUTURAS PESQUISAS

Importantes questões podem ser aqui brevemente levantadas do ponto de vista metodológico. Estas seriam, basicamente, duas: uma do ponto de vista mais restrito de metodologia da pesquisa e outro acerca das interlocuções epistemológicas entre o direito e outros ramos das ciências humanas. Ignacio Cano (2012), ao escrever sobre método e ensino da metodologia das ciências sociais no Brasil, apresenta um quadro de desvalorização da pesquisa empírica no campo das ciências sociais, em detrimento da erudição e uma ênfase excessiva nos clássicos. Segundo ele, o pesquisador social que enxerga no seu trabalho mais uma arte do que um empreendimento sujeito a critérios de validação objetivos acaba esvaziando um campo de pesquisas que passa a ser ocupado por economistas e estatísticos, os quais saberiam dar valor à interpretação da dinâmica social a partir de indicadores, gráficos, etc.

Contudo, a radicalidade sociológica implica uma imbricação profunda entre a técnica quantitativa e a qualitativa: o primeiro trabalho com envergadura de clássico da Sociologia foi *O suicídio*, de Durkheim, publicado em 1897 e citado por Cano ao fazer uso de dados quantitativos para encontrar regularidades nas taxas de suicídios e assim explicar e entender as diferenças e invariâncias dentro de cada nação e entre diferentes países.

Não obstante, se é certo que a Sociologia passa hoje por um esvaziamento metodológico no que diz respeito à utilização da técnica quantitativa e a um raro diálogo com a estatística e a economia, nem sempre foi assim. Além de Durkheim, os outros dois teóricos considerados clássicos em Sociologia, Marx e Weber, souberam utilizar como poucos a vertente quantitativa ao lado da qualitativa para buscar compreender seus fugazes objetos de estudos.

O manuseio de diferentes técnicas de pesquisa e a adaptação delas a serviço da compreensão e interpretação do objeto estudado aparecem como característica de um bom pesquisador. Assim também funciona com o conhecimento das relações entre diversas disciplinas e suas interpenetrações. Marx, por exemplo, não procurava distinguir disciplinas em sua obra, nem tampouco localizá-la no seio de uma disciplina específica: tal esforço foi operado por outros pesquisadores, ora classificando-o como economista, ora sociólogo, ora filósofo, ora historiador. Mas Marx foi, além de todos os predicativos, um teórico que soube transitar entre diferentes esferas de conhecimento, muitas vezes até fazendo incursões pelas ciências naturais, como no caso da química animal e agrícola de Liebig, essenciais para o estudo do metabolismo entre natureza e sociedade (FOSTER, 2000).

Max Weber, em *Economia e sociedade* (2012), discorrerá sobre desde pressupostos metodológicos e conceitos basilares para a Sociologia – ação social, relação, motivo – até conteúdos sobre os quais se debruçaria enquanto objetos privilegiados para a compreensão. Um conceito-chave em ciências sociais trabalhado por Weber que permite um olhar interpretativo capaz de unir campos distintos, como economia, direito, indústria cultural, etc., é o de *ação social*. Weber, ao manejá-lo, tem em vista interpretar e compreender o sentido dos atos de vontade adotados pelo ator social, preocupação semelhante à encontrada por Hans

Kelsen (1998) em sua obra máxima de filosofia e teoria do direito, todavia com uma diferença fundamental: as ciências dogmáticas, como a Jurisprudência, preocupam-se com a investigação acerca dos sentidos “corretos” e “válidos”, diferentemente da Sociologia, que opera na busca de sentidos subjetivamente visados. Conforme Weber, esses sentidos podem se dar: a) na realidade α , num caso historicamente dado, ou β , em média e aproximadamente, numa quantidade dada de casos, ou b) num tipo puro conceitualmente, construído pelo agente ou pelos agentes concebidos como típicos (WEBER, 2012, p. 4).

No presente artigo, ao se trabalhar com os indicadores econômicos urdidos ao direito pelo conceito de *confiança* (Giddens), está se operando na esteira do que Weber reconhece como sentido subjetivamente visado pelos agentes envolvidos no contexto pesquisado como sentido buscado na realidade em média e aproximadamente, numa quantidade dada de casos, algo que evidentemente não exclui novas pesquisas e análises.

Na aproximação entre Kelsen e Weber reside a complexidade das pesquisas empíricas no campo da sociologia do direito: há que se distinguir com rigor o âmbito dos conceitos de validade e de eficácia. A validade de um ordenamento jurídico ou norma está referida a outra norma que regula a produção legislativa; já a eficácia estaria ligada à ordem de um *realismo* e, nas palavras de Kelsen (1998, p. 235-238), configuraria uma *condição de validade*, mas não seria, em si, a validade de uma norma. Nesse sentido, a atenção a guiar a pesquisa empírica direciona-se para o campo da eficácia no sentido de uma sociologia da eficácia jurídica, uma vez que o campo da validade já está coberto pelos estudos da dogmática jurídica. O olhar empírico, no entanto, volta-se para o que Kelsen chama de condição de validade de uma norma ou ordenamento jurídico. Na relação complexa entre ontologia ou âmbito do ser (eficácia) e deontologia e âmbito do *dever ser* (validade), movimenta-se o olhar compreensivo (hermenêutico) do pesquisador em relação às diversas condições fáticas, sociais, que dão suporte ao direito. A concepção de Weber da ação social comunica-se à de Kelsen no que tange ao fato de o direito agir como instância que dá sentido às ações individuais:

[...] assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com esse ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade. (KELSEN, 1998, p. 236).

A observação metodológica de Weber quanto à interpretação compreensível das ações para a Sociologia continuaria válida para as pesquisas em sociologia do direito: para além da moldura normativa que, por vezes, trabalha com formações sociais como se fossem indivíduos (Estado, cooperativa, sociedade por ações, etc.), há que se perceber essas *formações sociais* como ações específicas de pessoas individuais; dito isto, os marcadores econômicos,

por exemplo, seriam tendências que mostram-influenciam ações individuais dos atores sociais, os quais, enquanto atores, também são capazes de se lançar a práticas compreensivas-influenciadoras das ações de seus pares no cotidiano. De modo geral, situando-se o âmbito econômico, ao lado do direito, na fatura da regulação social que Giddens denominou de sistema abstrato de regulação social, cuja pedra de toque seria a *confiança* (GIDDENS, 1991, p. 91-124), os indicadores acerca do funcionamento da economia seriam mais ou menos como reveladores da distribuição e alocação de recursos, além de influenciadores das expectativas sociais. Estando situada no domínio das atividades fáticas, a economia política comporia com maior ou menor proeminência o lugar situado por Kelsen como relacionado ao plano da eficácia, agindo como condição de validade para a esfera normativa do direito – seja do ponto de vista da ordem normativa inteira, seja do ponto de vista, como aqui se pretendeu estudar, de uma norma singular. Nesse sentido pode-se ensaiar uma compreensão do funcionamento do instituto da *fiança* nos dias atuais.

Assim, para além das interpenetrações entre diferentes técnicas e métodos, tem-se ainda um quadro de interseções entre diferentes disciplinas, cujo objetivo último seria o de compreender e interpretar os sentidos e motivos do humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo expôs alguns resultados de pesquisa empírica conduzida junto às Varas Criminais do TJRJ entre os anos de 2011 e 2012 acerca do impacto da Lei de Medidas Cautelares, que entrou em vigor no Brasil em julho de 2011, em estudo realizado junto às Varas Criminais da Comarca da capital. Ao mesmo tempo, o intuito foi o de elaborar comentários e interpretações capazes de dar sentido aos resultados. Inicialmente, foi relevante constatar que essa lei, de fato, naquele período, gerou impactos na gestão criminal, ao menos considerando-se o limite temporal e geográfico da pesquisa. O aumento de cerca de 10% do número de liberdades provisórias, quando se compara o período anterior com o posterior à Lei n. 12.403/11, de acordo com a pesquisa, foi fortemente influenciado pela maior aplicação de fianças em sede policial. A análise se deslocou então para a compreensão das condições de eficácia da lei, isto é, buscou-se tentar compreender seus efeitos a partir de variáveis exteriores ao plano normativo. A tentativa de analisar comparativamente os gráficos construídos com base nos dados coletados e alguns gráficos relacionados ao funcionamento da economia do Brasil do período da pesquisa foi uma aposta interpretativa para compreender o sentido do aumento da aplicação do instituto da fiança arbitrada em sede policial.

De maneira geral, a correlação proposta entre o funcionamento da lei e o contexto econômico do país no período serviu para a posterior articulação entre os conceitos de validade e de eficácia, os quais perpassam em maior ou menor medida as pesquisas em sociologia do direito.

Da exposição e comentários aos dados da pesquisa às observações acerca de questões metodológicas e conceituais, o artigo operou na tensão entre validade e eficácia (Kelsen e Weber), apoiando-se também nas importantes reflexões de Giddens sobre o conceito de *confiança*, na medida em que o esforço se deu na direção da exposição de dados e da busca de sentidos sociais da ação dos agentes que compuseram o cenário pesquisado. Ao mesmo tempo em que reconhece as especificidades e os distintos domínios epistemológicos que informam os conceitos de validade (norma, *dever ser*) e eficácia (condição de validade da norma, *ser*), o trabalho pretendeu construir-se no registro de uma sociologia da eficácia jurídica. Talvez o conceito de *confiança* como aceitação tácita de um sistema regulatório ou ordem normativa possa futuramente ser desenvolvido em novos estudos acerca da sociologia da eficácia jurídica.

A publicação da pesquisa cerca de cinco anos após sua realização também servirá de material para futuras pesquisas. Somente novas pesquisas, conduzidas em diferentes momentos históricos e a partir de quadros sociais e econômicos atualizados, poderão refutar ou confirmar as hipóteses aqui levantadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

CANO, Ignacio. Nas trincheiras do método: o ensino da metodologia das ciências sociais no Brasil. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 14, n. 31, p. 94-119, set.-dez. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FOSTER, John Bellamy. *Marx's ecology: materialism and nature*. New York: Monthly Review, 2000.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Ed. da Unesp, 1991.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Sobre palavras, seus usos e significados: o modelo normativo de Marcelo Neves entre as normas e metanormas. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016.

GONÇALVES, Marcus Fabiano; ARRUDA JR., Edmundo L. de. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *The structural transformation of the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEMGRUBER, Julita et al. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, Universidade Candido Mendes, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2012.

_____. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Ed. da UnB, 2012. 2 v.

Pedro Dalla Bernardina Brocco

DOUTORANDO E MESTRE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS PELO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA E DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (PPGSD-UFF).

pedrodbb@gmail.com

Recebido: 06.12.2014
Aprovado: 23.03.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201629>

¹ Universidade
Presbiteriana Mackenzie
São Paulo - SP - Brasil



Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde

EXCESS OF SELF-REFERENCE AND LACK OF HETEROREFERENCE: THE SYMBOLISM IN THE SUPREME COURT JUDGMENTS ABOUT THE RIGHT TO HEALTH

Fernando Rister de Sousa Lima¹

Resumo

A pesquisa, cujo escopo era identificar se a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em direito à saúde resulta em efetividade ou em simbolismo, realizou-se mediante investigação teórico-empírica; a teórica foi conduzida pelo processo dedutivo. Centrou-se a coleta de dados em teóricos sociais, com destaque à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. No plano teórico, a conceituação da expressão *simbólico* é extremamente rica, a tal ponto de rotineiramente se encontrar confusão semântica; para evitá-la, o trabalho adota a tese desenvolvida por Marcelo Neves, no livro *A constitucionalização simbólica*, em que desenvolve debate em torno do simbolismo das normas constitucionais. Para a pesquisa empírica, por meio dos métodos de pesquisa, utilizou-se investigação documental, coletada de precedentes judiciais do STF. O resultado da pesquisa se configurou num paradoxo: constatou-se que o STF, numa visão restrita à justiça dos litigantes, busca uma efetividade ilusória do direito à saúde, a qual resta simbólica, porquanto julga sob uma racionalidade exclusivamente adjudicatória, negando-se a ver a questão, portanto, de forma distributiva como uma distribuição de riqueza, o que, numa perspectiva macro, provoca o risco da corrupção do sistema político por obrigar a Administração Pública a distribuir riqueza que, muitas vezes, não existe, bem como excluir a maioria da população que não teve acesso à referida Corte ou que indiretamente é prejudicada pelos recursos desviados da saúde para cumprir suas decisões.

Palavras-chave

Direito à saúde; Supremo Tribunal Federal; Teoria dos Sistemas; simbolismo.

Abstract

*The aim of the research is to identify if the performance of Brazilian Supreme Court (STF) on the right to health results in effectiveness or in symbolism. The research was based on a theoretical and empirical investigation. The collect of data was centered in theoretical sociologists, with respective prominence given to the Niklas Luhmann's Theory of Systems. On the theoretical reference, the conceptualization of the expression symbolic is extremely rich, to the point of routinely finding semantic confusion. To avoid it, this work embraces the thesis developed by Marcelo Neves in his book: *A constitucionalização simbólica (The Symbolic Constitutionalization)*, in which he develops a debate about the symbolism of constitutional norms. The empirical research was based on a documentary investigation, with data collected from Brazilian Supreme Court's leading cases. The research results indicated a paradox. It was found that the Brazilian Supreme Court, in a point of view restricted to the litigants, searches for an illusory effectiveness of the right to health, which is symbolic, since it judges from a rationality exclusively adjudicatory. Therefore, it denies to see the issue as a distributive issue, as a matter of distribution of wealth. This, in a macro perspective, implies in a higher chance of corruption in the political system, for forcing the public administration to distribute a wealth that, sometimes, does not even exist, as well*

as to exclude most of the population, that does not have access to this Court or that is indirectly impaired by resources diverged from the public health to accomplish the Court's decisions.

Keywords

Right to Health; Brazilian Supreme Court; Theory of Systems; symbolism.

I INTRODUÇÃO

O presente artigo é um recorte de uma pesquisa de doutoramento realizada na Faculdade de Direito da PUC-SP com estágio doutoral sanduíche na Universidade de Macerata (UNIMC-Ita) com bolsa da Capes. Investigou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro a fim de constatar se sua racionalidade é simbólica ou efetiva. O trabalho serviu-se de pesquisa teórico-empírica. O levantamento bibliográfico foi realizado com base em autores sistêmicos com destaque a Niklas Luhmann. Portanto, adota-se como premissa epistemológica, aplicada à leitura das decisões judiciais, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, em razão de que sua cognição aberta simultaneamente a sua operação fechada permitirão relacionar a seletividade das decisões analisadas com os valores sociais da época, bem como identificar o processo evolutivo de posituação do Direito com escopo de concretizar o direito à saúde.

Ainda no plano bibliográfico, consigna-se que os conceitos de simbolismo e efetividade foram extraídos da obra de Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica* (2007), resultando, para o sentido da pesquisa, que a atuação simbólica do STF caracterizar-se-á quando prevalecer em sua “racionalidade jurídica” o significado “político-ideológico”, aqui materializada pela atuação jurisdicional em desfavor da concretização normativo-social. A decisão simbólica, assim, teria um escopo de álibi social e não de luta pela efetividade dos valores normativos. Álibi entendido como um mecanismo, na verdade, de efeito, como já dito, “político-ideológico” de justificação às pressões sociais (NEVES, 2007, p. 19).¹ No entanto, o artigo realiza uma mudança de paradigma, haja vista que Neves analisou o simbolismo da Constituição Federal e a pesquisa, a seu turno, centra-se na jurisprudência da Suprema Corte

...

1 Ver especialmente Neves (2007, p. 30-31): “[...] Porém, o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou ‘político-ideológica’”. Ver, também, Neves (2004, p. 29, 32).

(NEVES, 2007, p. 1-3).² O material empírico foi coletado dos precedentes da referida Corte, bem como do levantamento dos gastos do poder público para atender as decisões judiciais no tema. Os acórdãos em direito à saúde analisados foram coletados do sítio eletrônico do STF: <www.stf.gov.br>, especificamente no *link* de jurisprudência. Para a busca, foram escolhidas as expressões: “direito à saúde” e “separação dos poderes”, primordialmente de forma isolada e, em seguida, em conjunto. Esse procedimento de pesquisa foi utilizado inúmeras vezes em momentos temporais completamente diversos. Na escolha das decisões a serem pormenorizadamente tratadas na tese, preliminarmente, optou-se por dois critérios: (i) temporal, de ordem objetiva; (ii) enfrentamento do direito à saúde pela óptica explícita, ou implícita, da separação dos poderes, de natureza subjetiva, uma vez que a escolha da decisão reclamou da lente do observador, especialmente na visão implícita.

Na primeira escolha, como regra inicial, optou-se por acórdãos publicados entre 2009 a 2012, com o condão de outorgar ares de atualidade à pesquisa. Depois disso, sem menoscabo do marco temporal, ganharam espaço no material coletado, acórdãos anteriormente julgados e identificados como relevantes à compreensão do raciocínio travado nos estudados. Gradativamente, a quantidade de julgados anteriores à baliza temporal traçada agigantou-se, a ponto de o padrão inicial não mais se tipificar. Por outro lado, restou, no viés metodológico, ainda incólume o outro padrão inicial de pesquisa como critério investigativo: “direito à saúde” e “separação dos poderes”.

Ademais, mesmo com o escopo de objetivar a pesquisa, é inegável que, na escolha final dos precedentes analisados, acabou-se, de certo modo, por subjetivar sua coleta. Nesse aspecto, o pesquisador fez escolhas de ordem pessoal, não obstante, sempre tenha se pautado por buscar o tratamento da temática pesquisada criticamente. Do material coletado, não se excluiu determinado grupo de técnicas processuais, como agravo regimental e pedido de suspensão de segurança, ante o entendimento de que sua manutenção traria riqueza à pesquisa, a resultar num material heterogêneo da perspectiva procedimental dos julgamentos. Bem por isso, foram analisados acórdãos de julgamento de recursos extraordinários, de agravos regimentais por indeferimento de recurso extraordinário, de pedidos de suspensão de tutela antecipada, de ação cautelar e recurso ordinário em mandado de segurança.

Após a escolha desses critérios de seleção, a coleta final resultou em 71 acórdãos, os quais foram lidos, relidos e, por fim, estudados minuciosamente, um a um. Desse universo, escolheram-se vinte decisões que tiveram papel significativo no resultado da pesquisa. Os pontos principais desses julgados foram transcritos em notas de rodapé. O resultado é o avante escrito.

...

2 Ainda, sobre a obra de Marcelo Neves, intitulada *A constitucionalização simbólica*, destaca-se que foi por meio de sua leitura que Niklas Luhmann repensou a ideia de autopoiese para reconhecer a alopoiese.

2 O LEVANTAMENTO DOS DADOS E A CONSTRUÇÃO DOS ARGUMENTOS:

O DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

2.1 LUGARES-COMUNS NA MICROJUSTIÇA DO STF

Como parte do resultado da análise, traçou-se o mapa de alguns lugares-comuns avistados na jurisprudência do STF, a saber.

(i) A separação dos poderes, segundo a jurisprudência em comento, é um dos pilares da democracia moderna. No entanto, consoante o material coletado, por vezes o Estado utilizou-se dessa premissa com o intuito de deslegitimar a intervenção do Poder Judiciário, quando este se mantém inerte e não cumpre suas funções. Mas, ao contrário da semântica outorgada outrora, atualmente a Corte Suprema vê essa justificativa propriamente como uma demonstração de acomodação política, daí não ser passível de se opor à efetivação do direito à saúde pela atuação judicial, nos termos do decidido no Recurso Extraordinário n. 667.882/MG.

(ii) Em muitos casos levados a juízo, realmente não há recursos para o fornecimento de determinado medicamento com o cerne de tratar doença rara. Não obstante esse cenário, a Suprema Corte decidiu pela obrigação de seu fornecimento, mormente porque a saúde é um bem indisponível. Com essa linha de decisão, constrói-se a indisponibilidade do direito à saúde em desfavor de sua não concretude, de modo que a União interpôs Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário n. 640722/SC em face de decisão do TJSC, em que se deferiu a outorga de medicamentos ao autor (BRASIL, 2011b).³

Na decisão em estudo, teve-se o direito à saúde como inviolável. Na fundamentação, trouxe a lume diversas decisões, justamente para ratificar sua assertiva de que o STF já firmou posicionamento em favor da preservação do referido direito como um direito público indisponível.

...

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Julgado em 24.05.2011. Publicado em 30.05.2011. *DJe*. Brasília, 2011b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936567/recurso-extraordinario-com-agravo-are-640722-sc-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “1. A Constituição Federal, com precisão, erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recurso financeiro o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves”. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “2. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “3. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não se pode mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.

No material empírico coletado, (iii) as normas programáticas tomam contorno completamente diverso da composição clássica desenvolvida, na década de 1960, por José Afonso da Silva (2007). Nas decisões, parte-se, sim, do pressuposto de que o direito à saúde está disposto em norma programática. Não obstante, sua interpretação não poderia resultar numa promessa inconstitucional.

Essa assertiva é tida como uma premissa inconteste. Bem por isso, é repetida como axioma numa grande quantidade de decisões, nas quais se repete, por exemplo, nos julgados AI n. 662822/RS, AGR no RE n. 393175/RS, e, ilustrativamente, transcreve-se trecho do RE n. 535145/MT:

[...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] (BRASIL, 2014)⁴

Em outra perspectiva, é uniforme, dentro da jurisprudência analisada, (iv) a responsabilidade solidária dos entes públicos. Sempre foi rotineiro os poderes públicos esquivarem-se do ônus de fornecer uma saúde digna à população com a desculpa de que não se trata de sua responsabilidade. Ilustrativamente, cita-se o caso das ações propostas em face dos estados-membros, os quais, em suas defesas, alegam ser obrigação da União.

Não há, pelo exposto, possibilidade de esse subterfúgio encontrar eco na atual linha adotada em razão da consistência da tese da solidariedade e, até o momento, não há comunicação da alta Corte de Justiça em sentido diverso. Trata-se de uma busca pela efetividade, consoante se pode concluir do Recurso Extraordinário n. 607.385/SC interposto com o mote de ver efetivado o respectivo direito à saúde com a obtenção de medicação. A decisão teve como fundamento a tese de que a saúde é dever de todos os entes federados. Cabe à parte escolher se move demanda em face de um só, de dois ou dos três entes (município, estado e

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 535145/CE. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerida: Ministério Público Federal. Julgado em 26.08.2014. Publicado em 04.09.2014. *DJe*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28535145%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zf8eak6>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

União). No caso em comento, a autora pleiteou somente em face do estado de Santa Catarina. A tutela processual foi deferida (BRASIL, 2011a).⁵

Na miríade racional da Suprema Corte, deparamos com a ruptura de obstáculos recentemente tidos como intransponíveis pela jurisprudência, de tal sorte que (v) novos tratamentos ainda não inseridos na lista da ANVISA podem ser feitos, desde que haja comprovação da necessidade ao caso em questão. Por esses precedentes, o que se reconhece é que a evolução da medicina tem sido muito mais ágil do que a burocracia estatal pode acompanhar.

Com isso, o Poder Judiciário e o próprio Estado, por meio de agências ou órgãos ligados à saúde, podem reconhecer que, em um caso específico, faz-se necessário servir-se de outro medicamento ou tratamento ainda não praticado pelo Estado brasileiro, mas que possui o aval da comunidade científica e pode trazer benefícios ao doente. Com o mesmo intuito, tratamentos já disponíveis na rede privada e não praticados pelo poder público, seja pelo alto custo, seja pela inovação tecnológica, quando necessários ao tratamento do jurisdicionado, serão arcados pelo Estado. Além disso, (v) estendeu-se o fornecimento de fraldas descartáveis como direito à saúde, garantindo aos necessitados o mesmo *status* constitucional reservado à saúde. Nesse acórdão, o Ministério Público do estado de São Paulo ingressou com ação civil pública, com o escopo de obrigar o município de São Paulo a fornecer fraldas descartáveis à adolescente portadora de paralisia cerebral, tetraparesia espática e déficit

• • •

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 607.385/SC. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerida: Elisa Meira Fernandes. Julgado em 19.04.2011. Publicado em 12.05.2011. *DJ*. Brasília, 2011a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=88&dataPublicacaoDj=12/05/2011&incidente=3814696&codCapitulo=6&numMateria=68&codMateria=3>>. Acesso em: 16 out. 2013. Trecho do mesmo julgado, p. 2: “A parte-autora ajuizou ação contra o Estado de Santa Catarina objetivando o fornecimento de medicamento essencial ao tratamento da doença que a acomete. À luz da jurisprudência recente do STJ, as três esferas federativas são solidariamente responsáveis por realizar o **direito à saúde**, conforme se vê nas decisões abaixo transcritas: [...]. Por se tratar de obrigação solidária, é possível exigir a prestação de qualquer um ou de todos os entes federativos. A escolha cabe à parte-autora. No caso em tela, a parte-autora optou por acionar o Estado de Santa Catarina, de modo que esse réu, e somente ele, deve integrar o polo passivo da presente demanda” (destaque nosso). Também no prisma da garantia da solidariedade do direito à saúde entre os entes públicos, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 584652/RJ. Relator Ministro Cezar Peluso. Requerente: União. Requerido: Produtos Veterinários Manguinhos LTDA. Julgado em 07.08.2008. Publicado em 02.09.2008. *DJe*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771245/recurso-extraordinario-re-584652-rj-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013. Trecho do mesmo julgado, p. 2: “Ainda que assim não fosse, a recusa do Estado em fornecer medicamento coloca em risco a saúde de paciente necessitado e representa desrespeito ao disposto no art. 196 da Constituição Federal, que estatui ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Essa regra constitucional tem por destinatários todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro”.

cognitivo. O pleito foi deferido em primeiro grau de jurisdição e depois mantido em segundo grau. Justamente por isso, o município de São Paulo interpôs o recurso, que resultou no acórdão ora analisado, com fulcro na tese de que fraldas não estariam abrangidas pelo direito à saúde. Não se trataria de direito à saúde, segundo o recorrente. Essa tese foi rechaçada. O recurso foi improvido. Prevaleceu a interpretação extensiva ao direito à saúde com a manutenção da decisão anterior, a qual concedia à parte autora a prestação almejada (BRASIL (2011c)).⁶ No plano dogmático, (vi) o debate a respeito da possibilidade ou não de efetivação do direito à saúde pelo Judiciário sempre teve como algoz o postulado da reserva do possível. Resumidamente, significa dizer que os recursos são escassos e as necessidades sociais infinitas. Dessa feita, caberia ao Poder Executivo a análise do que é mais importante. Nessa linha, o Estado-juiz não poderia intervir nessas situações justamente porque não haveria recursos; seriam, pois, escassos, obrigando o gestor público a concretizar a reserva do possível. Essa forte defesa, reiteradas vezes utilizada como álibi, quer na jurisprudência, quer na teoria, quer pela Administração Pública, é completamente desacreditada pela racionalidade do STF. Isso porque, segundo a Corte, estar-se-ia tratando de valores constitucionais.

2.2 ADJUDICAÇÃO E SIMBOLISMO

Historicamente, não há que se falar em direitos de segunda dimensão, como os sociais, sem a atuação do Estado. Os direitos sociais ventilam-se em prestações positivas, com o esboço de alcançar o bem comum e a justiça social (TAVARES, 2008, p. 769, 772). Uma coisa é

...

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 646.235/SP. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Município de São Paulo. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Julgado em 01.08.2011. Publicado em 05.08.2011. *Dje*. Brasília, 2011c. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+646235%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mcc3do2>>. Acesso em: 16 out. 2013. Trecho do julgado, p. 2: “O recurso extraordinário foi interposto contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: ‘Apelação Cível – Reexame necessário e recurso voluntário pela municipalidade de São Paulo – Ação Civil Pública – Procedência para obrigar a Municipalidade a fornecer fraldas descartáveis à adolescente com paralisia cerebral, tetraparesia espástica e déficit cognitivo – Preliminares de ilegitimidade afastadas – A proteção integral, de acordo com a inteligência dos art. 1 e 11, §2º, da Lei 8.069/90 (ECA), à adolescente necessitada, justifica o fornecimento gratuito do item, de acordo com orientação médica – Inadmissibilidade de argumentos que vejam na atuação do Judiciário, ao prestigiar direitos prioritários de crianças e adolescentes, indevida intromissão na esfera de atuação do Executivo – Multa cabível nos termos do art. 213, §2º, do ECA e aplicada com modicidade. Recursos desprovidos’ (fls. 209)”. Trecho do mesmo julgado, p. 2: “Assevera que ‘não há qualquer ligação entre fraldas e **direito à saúde** e à vida’ e que ‘não sendo medicamento, não há que se falar em direito público subjetivo oriundo diretamente da Constituição’ (fl. 328)” (destaque nosso).

implícita à outra. Com efeito, ou os citados direitos existem realmente, o que resultaria numa obrigação de atuação do Estado, ou simplesmente não existem, e, nessa segunda hipótese, como estão tipificados em norma constitucional, restará qualificá-la de norma simbólica, ao menos no que diz respeito à temática em questão.

Os direitos sociais positivados pela legislação resultam em programas fins ao Estado em face de outros direitos já previamente existentes. Alterar uma ordem constituída não é tarefa fácil, notadamente quando esse processo deve ser feito sem um rompimento drástico com a ordem anterior (como sucederia numa revolução), mediante implementação de políticas públicas ou, quando ineficazes, da atuação jurisdicional. Esse processo distributivo exige um raciocínio diverso do tradicional processo de adjudicação. Pede-se racionalidade ao julgar de forma mais refinada do que o simples certo ou errado, de modo que se reclamará do juiz uma análise global da situação, a qual foge do binômio referido (certo ou errado) a fim de se aproximar de uma decisão equânime (LOPES, 2006, p. 233-235).⁷

Por decorrência desse conceito, há um todo; um bem comum que necessitará ser dividido para apontar a parte de cada um. Resta ao magistrado, dentro do processo judicial, o mister de rever esse critério de divisão feito pela Administração Pública, de tal sorte que provoque uma nova partilha de forma a atender melhor a vontade da lei.⁸ Bom lembrar, nessa linha, que os direitos subjetivos – como o direito à saúde – são construções históricas. Sua positivação também é uma aquisição evolutiva da sociedade moderna. Por outro lado, entendê-lo como direito completamente objetivo, por assim dizer, posto e imposto a tudo e a todos não fornece indicação sobre sua função na sociedade atual, num contexto de racionalidade sustentável a longo prazo. Por esse motivo, essa perspectiva de análise dos direitos subjetivos, desprovida de um equilíbrio social, motivou Luhmann (1990, p. 299, 305) a rotulá-los como direitos injustos.

A racionalidade da Suprema Corte no que diz respeito ao direito público subjetivo à saúde como direito individual, indisponível, é muito bem definida no sentido de sua efetividade

...

7 Na mesma obra: “Por tais características não é de se admirar que seja ainda difícil uma discussão mais detalhada dos direitos sociais dentro dos trabalhos dos juristas e que saiam do lugar-comum da invocação da ‘dignidade da pessoa humana’, espécie de abracadabra jurídico de uma sociedade em que a discussão moral – da qual procede o próprio conceito de dignidade humana – não é feita em público”. Extraí-se, ainda, p. 291: “[...] O ponto relevante sempre é este: podem direitos presentes de sujeitos individuais ser qualificados em nome de direitos futuros de outros sujeitos, entre os quais estarão incluídos os direitos ‘prejudicados’? Em outras palavras, é possível redistribuir os direitos?” (LOPES, 2006, p. 237)

8 “A distribuição consiste em partilhar algo comum. Distribuir é tomar algo que é um todo e dividi-lo” (LOPES, 2006, p. 142). Também sobre os direitos sociais como bens coletivos, ver Neves (2005, p. 8).

em casos individuais. Isso se torna incontroverso com a análise dos precedentes elencados na pesquisa. Por outro lado, a questão do direito à saúde como direito público social ainda está muito incipiente, sendo ainda utilizada como retórica para justificar o individual, mas a questão global, complexa, que gira em torno desse problema, encontra-se muito longe de qualquer encaminhamento. Nesse escopo, seu universalismo social é inócuo, restando observar se as partes romperão ou não as barreiras impostas pela jurisprudência defensiva do STF para resultar no julgamento do seu recurso. No entanto, a igualdade de cada indivíduo de receber sua parte ao direito à saúde acaba que aviltada, como se não existisse (LOPES, 2006, p. 256-259).⁹

O problema em julgar casos de direito à saúde tangencia as justiças comutativas e distributivas. Entre os juristas, muito em razão de uma formação teórica tradicional, é comum não aceitarem enfrentar questões de distribuição das riquezas. Ao inverso disso, é rotineira a resolução das questões comutativas praticamente como um processo de adjudicação. Nesses termos, os tribunais não estão preparados para uma análise global dos direitos e dos recursos para efetivá-los, obviamente pela necessidade de se repensar a questão de forma interdisciplinar em sintonia, por exemplo, com a economia e com a Administração Pública. Essa dificuldade de enfrentar o problema sob uma perspectiva distributiva também pode ser justificada em razão de um óbice cultural, fruto de uma educação liberal e, no caso do Brasil, ainda como resquício de uma herança social tradicional em que por muitos anos só os filhos da elite cursavam as faculdades de direito. Esse cenário influencia a Excelsa Corte a ser reticente em raciocinar de forma distributiva.¹⁰

É verdade, porém, que a mesma Corte já enfrentou situação similar de mudança de paradigma quando, na República Velha, julgou inúmeros pedidos de vedação à atividade estatal de saúde pública, comandados pelo então impopular Osvaldo Cruz. Naquele momento, valores liberais tão em voga à época, como a própria liberdade, surgiram com o intento de combater inúmeras doenças contagiosas resultado do grave processo epidêmico que enfrentava o

...

9 Na mesma obra: “[...] O direito foi percebido como instrumento de engenharia social. Para tanto era preciso superar a tradição liberal de (a) não-intervenção nos contratos, e (b) separação de poderes de modo rígido, muito especialmente de isolamento do Legislativo e do Judiciário” (LOPES, 2006, p. 280).

10 Sobre a capacidade institucional dos juízes na análise dos efeitos sistêmicos da sua decisão, ver Barroso (2012, p. 375): “[...], a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. [...] Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de referência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”.

Brasil. O julgamento ficou conhecido como “Revolta da Vacina”, julgado no STF sob a classificação de RHC 2.244 (BRASIL, 1905).¹¹

Assenta-se, outrossim, que o processo de positivação jurisdicional pressupõe, como consequência inafastável, a hermenêutica da norma legal, ou das normas legais aplicadas ao caso, bem como dos fatos narrados pelas partes. Tudo isso, inicialmente, numa vertente individualizada para depois portar os fatos ao processo de subsunção. Durante esse processo não linear, o intérprete realiza um processo intelectual cujo escopo é conduzir esse raciocínio, que é influenciado por sua ideologia.

Certa seletividade, portanto, é inerente à referida operação intelectual de interpretação. Lógico, porém, que no momento da análise técnica da norma, as peculiaridades da respectiva espécie normativa vêm à tona, quiçá da constitucional, a qual, segundo Luhmann (1996b, p. 100), é a abertura para o futuro ao permitir que o sistema jurídico preveja sua própria alteração por meio de nova comunicação diferenciada nos limites da autorreferencialidade de seu respectivo binarismo.¹²

Além do mais, na própria jurisprudência analisada, observou-se a garantia do direito à saúde como um bem inalienável, indisponível, propriamente como direito público subjetivo. Por óbvio, como já grafado, a Suprema Corte, muito pelos votos do Ministro Celso de Melo, forjou tal garantia em sua jurisprudência. Sem menoscabo dessa conquista histórica, ora se ventila que a prática reiterada por todos os tribunais brasileiros dessa visão comutativa, seguramente portará a ruptura do sistema político, a levar o Estado a uma quebra generalizada por flagrante escassez de recursos. Isso sem mencionar que ao assim julgar reduz-se, e muito, a força reflexiva que deveria ser proporcionada pela Constituição Federal (NEVES, 2007, p. 69-74, 95).

...

11 “A Revolta da Vacina foi um movimento ocorrido entre 10 e 16 de novembro de 1904, na cidade do Rio de Janeiro, contra a campanha obrigatória de vacinação imposta pelo governo federal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus n. 2.244. Relator Ministro Hermínio Espírito Santo. Julgado em 31.01.1905. Publicado em 03.02.1905. *DOU*. Rio de Janeiro, 1905. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFPaginaPrincipal1>>. Acesso em: 9 out. 2013. Ver, sobre o tema, Lopes, Queiroz e Acca (2006, p. 489). Com esse mesmo plexo, pode-se analisar o início do processo histórico do controle de constitucionalidade, notadamente a atribuição ao Senado francês do mencionado controle, em 1799. No entanto, como era um órgão político, não comprometido também com a técnica, não teve utilidade prática naquele momento, inclusive em face dos atos praticados por Napoleão Bonaparte. Um resultado frutífero, porém, historicamente visto, mas que à época gerou tensão foi a atuação da Suprema Corte americana no célebre caso *Marbury versus Madison*, de 1803, no qual se declarou, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de uma lei, bem como se perfilharam os contornos do controle de constitucionalidade americano, em cujas premissas se embebedou grande parte do constitucionalismo moderno.

12 Sobre os direitos fundamentais como abertura para o futuro, ver Neves (2005, p. 8).

Com essa perspectiva, não há como não levantar o ideário em torno da metodologia de julgar um litígio dessa natureza, uma vez que se poderia simplesmente decidir a favor do referido direito, despreocupado com as consequências disso ou, de outra forma, sem desconsiderar o direito, promover uma análise global da situação (LOPES, 2006, p. 137, 155).¹³ Além disso, modernamente, a função do direito reside em sua eficiência seletiva, numa relação ininterrupta com a sociedade, em paráfrase a Luhmann. A evolução do direito dependerá muito de como o próprio direito reagirá às modificações da sociedade ao longo do tempo (LUHMANN, 1983, p. 116).

Em rigor, ainda, as atuações da Suprema Corte no tema de direito à saúde, enfrentado como uma questão distributiva, estão longe do ideal, com a justa menção à audiência pública realizada por seu então Presidente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, oportunidade em que se buscou entender o problema de forma global. Mesmo que os julgamentos – a partir de então – continuem a ser de forma comutativa, já se deu o primeiro passo. Nesse cenário, só resta ao jurisdicionado continuar a pressionar o STF por meio de reiterados reclames processuais a sua alçada, o que gradativamente originará nova comunicação do sistema, chegando assim a novos processos de seleção, a resultar em decisão diferente da anterior.

O processo de alteração das normas constitucionais deriva da alteração da Constituição mediante emenda constitucional ou da alteração do significado constitucional outorgado no momento da concretização da norma constitucional. Nesse processo de concretização, Marcelo Neves (2004, p. 13, 15-17) indica duas formas de alteração constitucional, sendo uma delas a promovida pela política, que agiria em determinado sentido, com base em dispositivo constitucional específico. A política alterou a sua forma de agir com base no idêntico dispositivo constitucional. Por esse proceder, fala-se que o sistema político reinterpreto a referida norma. Na outra forma, o Judiciário a interpreta ao aplicar a Constituição Federal para dirimir um conflito no caso concreto. Em ambos os casos, porém, o processo de alteração é influenciado por interesses, expectativas e valores envolvidos no momento da interpretação-aplicação da norma.

Configurada a alteração da norma constitucional, adota-se, nesse quesito, a tese sistêmica de que a evolução se configura a partir de nova comunicação, cujo conteúdo obrigatoriamente não significaria uma coisa boa. Dessa maneira, novas racionalidades vieram e outras tantas virão com o passar dos anos, em interface contínua entre a referida tricotomia, ou talvez, quem sabe, as demais que o futuro reservará. Talvez, e por isso mesmo, chegue-se no futuro à compreensão de que essa postura de julgamento, com óptica coletiva,

...

13 Em texto voltado a abordar a Constituição como aquisição evolutiva da sociedade moderna, Luhmann expõe que a própria Constituição deve interromper o círculo da autorreferencialidade a fim de traduzir a simetria em assimetria. Cf. Luhmann (1996, p. 97).

trata-se de complemento à atuação da política e não de uma usurpação de poderes.¹⁴ Mesmo porque, na classificação constitucional, o direito à saúde está inserido numa subdivisão dos direitos sociais, precisamente direitos da seguridade social, que aponta como seus princípios a universalidade e a uniformidade.

Em linhas gerais, não há como ratificar que a Suprema Corte julgue um direito de ordem distributiva de forma exclusivamente adjudicatória sob pena de as emblemáticas afirmações da Excelsa Corte – “Cumprir **não perder** de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica **indisponível** assegurada à generalidade das pessoas pela **própria** Constituição da República. [...]” (BRASIL, 2000)¹⁵ e “**A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente**” (BRASIL, 2007)¹⁶ –, tornarem-se simbólicas em contexto nacional. Exemplifica-se com uma ilustração: imagine que sua casa está infectada por uma grande quantidade de formigas. Muitas formigas tomam conta do lugar. Você não conseguiu resolver. Contrata uma empresa especializada. No dia da dedetização, a equipe explana um discurso forte, persuasivo de que sua família ficará livre das formigas. Durante a prestação do serviço, com grande vigor, matam-se todas as formigas que se encontram visíveis. No entanto, no dia seguinte, seu cachorro morre envenenado e, uma semana depois, as formigas estão todas de volta. O que aconteceu? A empresa é séria. Dedicou-se ao trabalho! Porém, enfrentou a questão de forma adjudicatória, condenando aquelas formigas à morte sem pensar na questão de forma macro, com a análise do conjunto (origem, consequências etc.) para buscar atingir o resultado de forma global. Por isso, a empresa, por mais que se tenha esforçado, teve uma atuação simbólica.

Obviamente, com as devidas adaptações, o resultado da pesquisa é muito similar à ilustração esboçada acima. O STF, na medida em que não julga o direito à saúde por um prisma

...

14 A respeito da atuação judicial como um complemento da política com destaque para julgamentos comutativos, ver Lopes (2006, p. 181). Sobre justiça distributiva e comutativa, ver Lopes (2006, p. 282-283). Para uma análise, no Brasil, de alguns casos de justiça distributiva sob o enfoque do direito do consumidor, ver Lopes (2006, p. 141-161).

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8-RS. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Dina Rosa Vieira. Julgado em 12.09.2000. Publicado em 24.11.2000. *DJ*. Trecho, p. 1.419. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 24 out. 2013.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 393.175-O-RS. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outro (A/S). Julgado em: 12.12.2006. Publicado em 02.02.2007. *DJe*. Trecho, p. 1.524. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 24 out. 2013.

distributivo, outras vezes é muito mais generoso com casos (demandas) individuais do que nos processos coletivos, promove a continuidade de uma exclusão gigantesca dos indivíduos à saúde. Dessa forma, acaba tendo uma atuação simbólica, como um “álibi”. Fez-se o que se podia. Argumentou-se com teses lindas – que inegavelmente consolidam um direito no plano jurídico – mas que sua não resolução, pelo enfoque distributivo, configura como simbólica, a despeito do bem entregue àqueles litigantes que obtiveram a decisão favorável – uma nova elite.¹⁷

2.3 IRRITAÇÕES SISTÊMICAS CAUSADAS PELA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A elevadíssima quantidade de tutelas jurisdicionais deferidas com a finalidade de obrigar o Poder Público a oferecer determinados fármacos é alarmante. Normalmente os pedidos são de produtos inseridos há pouco tempo no mercado farmacêutico cujo valor é muito mais elevado do que os já oferecidos pelo Estado. Há também muitos processos com requerimentos de produtos não reconhecidos como remédios, visto ainda estarem em fase de experimentação pela Agência Nacional de Saúde (ANS) e, por isso mesmo, não terem sido liberados ao comércio.

Octávio Ferraz e Fabíola Vieira promovem um interessante raciocínio a respeito do desequilíbrio que as escolhas tomadas pelo Judiciário provocam na saúde pública, mediante decisões judiciais em favor do fornecimento de quatro medicamentos (Interferon peguilhado, Infiximabe, Etanercepte e Adalimumabe) com a finalidade de combater duas doenças crônicas (hepatite viral e artrite reumatoide) que atingem 1% da população. Nessa linha, se o Sistema Único de Saúde (SUS) resolvesse oferecer esses mesmos quatro remédios, para o 1% dos cidadãos que têm o idêntico direito daquela minoria que entrou com ação judicial, custaria mais que **todo** o orçamento do SUS, incluído todos os gastos com remédios, estrutura e serviços (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 223-251).

Não é de hoje que a Administração Pública já demonstra séria preocupação com a elevada quantidade de decisões que desorganizam o caótico sistema de saúde brasileiro. Motivada por esse cenário, a academia tem produzido inúmeros estudos sobre a judicialização da saúde sob as mais diversas abordagens; como conclusão, há diversos vereditos, contudo, quando o objeto de estudo se trata justamente de pesquisar os efeitos das decisões no orçamento

...

17 “Embora do ponto de vista jurídico a constitucionalização simbólica seja caracterizada negativamente pela ausência de concretização normativa do texto constitucional, ela também tem um sentido positivo, na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico. Nesse sentido, exige um tratamento diferenciado das abordagens tradicionais referentes à ‘ineficácia’ ou ‘não-realização’ das normas constitucionais”. (NEVES, 2007, p. 95). Ver, ainda, Neves (2007, p. 96): “Já no caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional”.

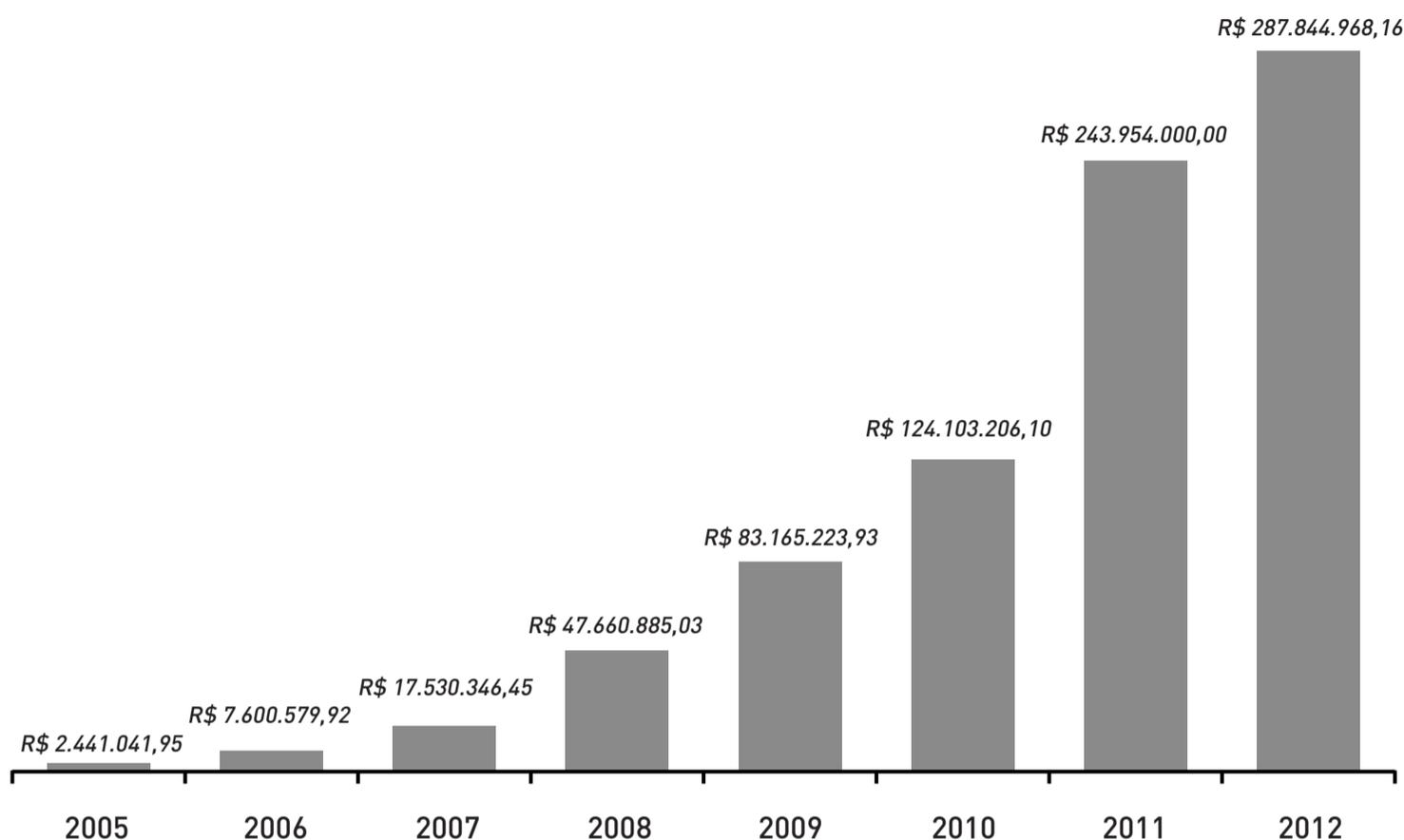
público, o coro se reforça no sentido do enorme abismo que se encontra entre as decisões judiciais e os recursos públicos.

Em outra pesquisa empírica, Daniel Wang e outros apontam que 55% dos recursos gastos pelo município de São Paulo para atender ordens judiciais se destinam a prestar medicamentos ou serviços de competência do estado de São Paulo ou da União, ou seja, a jurisprudência consolidada no STF de que há solidariedade entre os entes federados na prestação do direito à saúde – citada no item 2.1 deste artigo – tem prejudicado o sistema de saúde municipal que, por natureza institucional, possui menores recursos que o estado e a União e, por isso mesmo, teve sua competência dividida conforme sua fatia do orçamento. A judicialização desorganiza completamente qualquer tentativa de planejamento pelos agentes da saúde dos municípios, a exemplo do pequeno município de Buritama (SP), onde mais da metade do orçamento anual da saúde está comprometido com o atendimento de ações judiciais, tendo inclusive 16% de todo o seu orçamento comprometido por uma única ação judicial (WANG et al., 2014, p. 1191-1206). A situação do estado de São Paulo também é preocupante. São inúmeras as situações de ativismo que preocupam por seu potencial nocivo ao sistema de saúde. Cita-se uma na qual o Judiciário determinou o fornecimento de um remédio que anualmente custa em torno R\$ 800.00,00 a fim de dar qualidade de vida a um doente que não tem cura. O fato até motivou uma matéria na revista *Época* (SEGATTO, 2012).

Nessa perspectiva, ressalta-se que a postura de agir como um “álibi” do STF contribui de forma significativa para o cenário de um “ativismo irracional”, cujas consequências podem também ser medidas pelos dados coletados pela Advocacia Geral da União (AGU), a seguir apresentados, extraídos somente das ações propostas em face da União.

Aumento significativo dos medicamentos adquiridos em razão de ações judiciais. Enquanto em 2005 gastou-se R\$ 2.441.041,95, no ano de 2012 a compra de medicamento resultou em R\$ 287.844.968,16, conforme se pode visualizar no Gráfico 1.

GRÁFICO 1 – EVOLUÇÃO DOS GASTOS DA UNIÃO COM A COMPRA DE MEDICAMENTOS EM ATENDIMENTO A ORDENS JUDICIAIS



Fonte: BRASIL. Advocacia Geral da União, 2013.

Irracionalidade na distribuição dos medicamentos: 523 pessoas, judicialmente, resultaram num gasto de R\$ 278.904.639,71 à União. A essa elite o Judiciário outorgou dezoito novas tecnológicas, conforme demonstra o Quadro 1, a seguir.

QUADRO 1 – NOME E CUSTO DOS MEDICAMENTOS MAIS CONCEDIDOS JUDICIALMENTE EM DESFAVOR DA UNIÃO

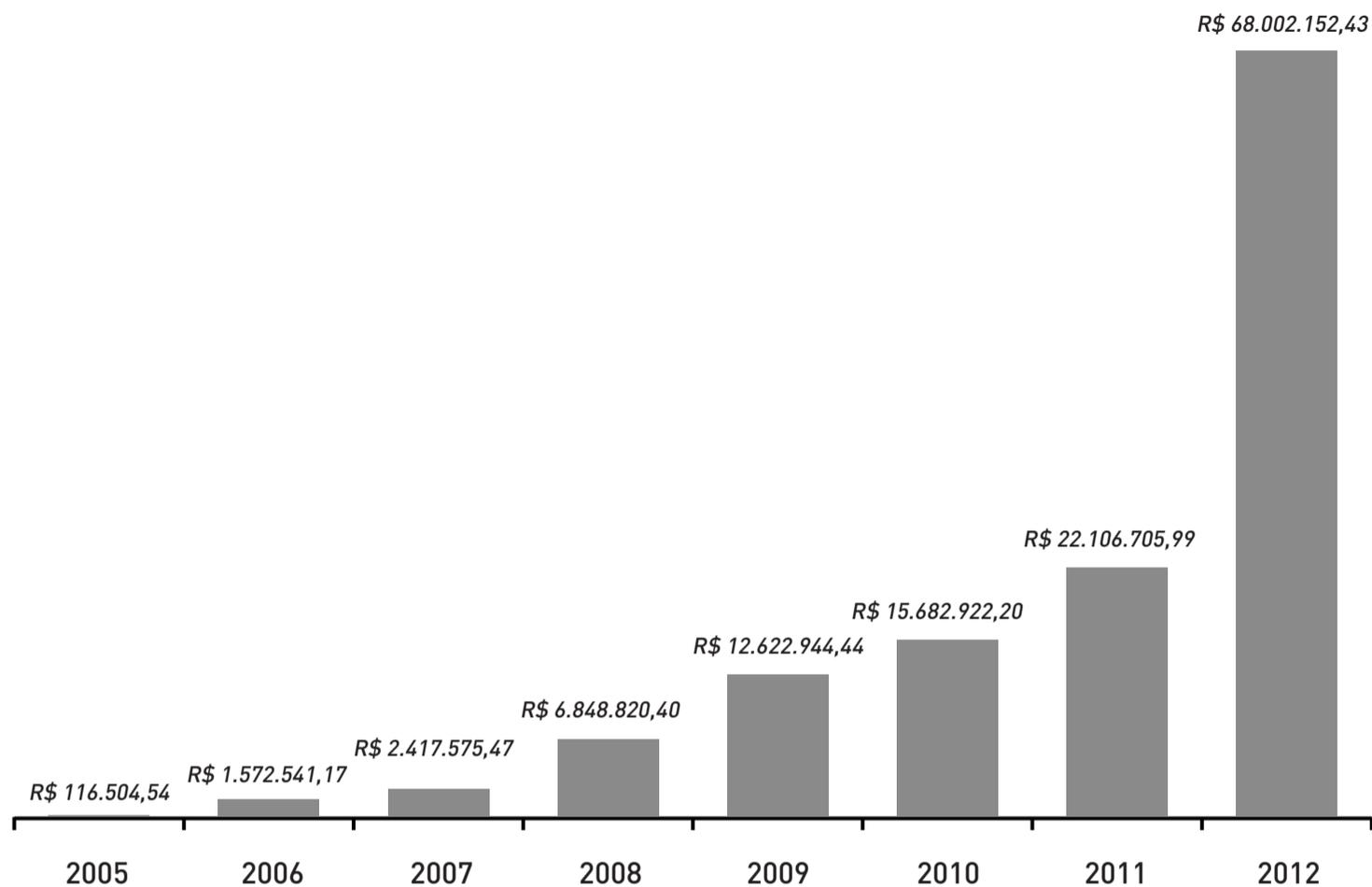
MEDICAMENTO	CUSTO TOTAL
BRENTUXIMABE VEDOTINA 50 MG	R\$ 309.515,87
ERLOTINIBE 150 MG – COMPRIMIDO	R\$ 320.601,60

MALEATO DE SUNITINIBE 50 MG – CÁPSULA	R\$ 358.954,28
TEMOZOLOMIDA 100 MG – CÁPSULAS	R\$ 455.033,60
BOSENTANA 125 MG – COMPRIMIDOS	R\$ 708.900,60
ALFA-1 ANTITRIPSINA – SOLUÇÃO ENDOVENOSA	R\$ 721.802,90
PEGVISOMANTO 10 MG – SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 881.650,99
RITUXIMABE 500 MG/50 ML – INJETÁVEL	R\$ 1.108.400,70
TOSILATO DE SORAFENIBE 200 MG – COMPRIMIDO	R\$ 1.325.511,60
MIGLUSTATE 100 MG	R\$ 1.769.571,00
LARONIDASE 100 U/ML – SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 10.597.226,21
ALFALGLICOSIDASE – SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 12.235.633,54
ECULIZUMABE 300 MG – SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 20.871.355,30
TRASTUZUMABE 440 MG – SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 22.517.685,85
BETAGALSIDASE 35 MG – SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 26.387.905,15
ALFAGALSIDASE 3,5 MG – SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 40.676.764,09
GALSULFASE 5 MG/5 ML – INJETÁVEL	R\$ 63.944.457,63
IDURSULFASE 2 MG/ML – SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 73.713.668,80
TOTAL	R\$ 278.904.639,71

Fonte: BRASIL. Advocacia Geral da União, 2013.

Necessidade de a União ajudar financeiramente estados e municípios porque não conseguiram atender as ordens judiciais. O valor pulou de R\$ 116.504,54, no ano de 2005, para R\$ 68.002.152,43, em 2012. No Gráfico 2, a seguir, observa-se a evolução dos gastos da União nesse sentido.

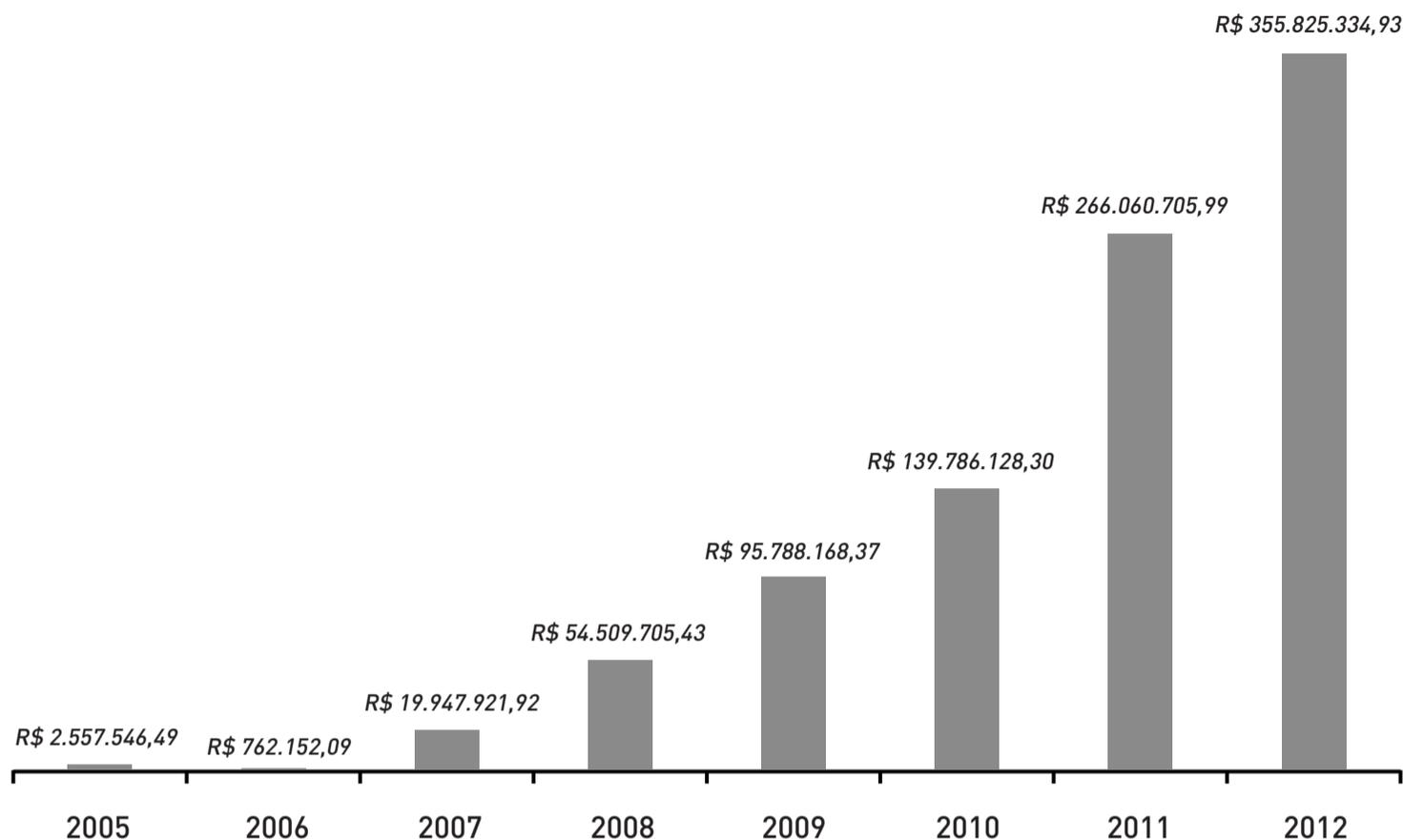
GRÁFICO 2 – EVOLUÇÃO DOS GASTOS DA UNIÃO PARA AUXILIAR ESTADOS E MUNICÍPIOS



Fonte: BRASIL. Advocacia Geral da União, 2013.

No ano de 2012, a União gastou com depósitos judiciais e compra de remédios mais de R\$ 350.000.000,00, enquanto em 2005 o gasto foi de R\$ 2.557.546,49. A evolução dos gastos, conforme se depreende do Gráfico 3, é elevadíssima.

GRÁFICO 3 – EVOLUÇÃO DOS GASTOS DA UNIÃO PARA ATENDER ORDENS JUDICIAIS



Fonte: BRASIL. Advocacia Geral da União, 2013.

Os gastos da União a fim de atender as decisões judiciais são elevadíssimos, contudo, a situação dos estados-membros é pior, haja vista que no Brasil a distribuição da arrecadação tributária beneficia a União em grande escala. A despeito de a União ter mais dinheiro, o montante de gastos dos estados no ano de 2010 é alarmante. O panorama dá conta que: (i) o estado de São Paulo gastou R\$ 700.000.000,00; (ii) o estado de Pernambuco, para atender apenas seiscentas ações, teve de desembolsar R\$ 40.000.000,00; (iii) o estado do Pará gastou para atender apenas seis demandas judiciais R\$ 913.073,81; (iv) Minas Gerais declarou ter retirado dinheiro das políticas públicas, promovidas por meio dos programas Farmácia de Minas e Saúde da Família (PSF), para obedecer a ordens judiciais (BRASIL, 2013).

Ademais, é muito emblemático o exemplo da cidade de Campinas, um município rico, que teve que redirecionar 16% de todo seu orçamento para a compra de remédios a fim de atender 89 ações propostas em 2009. Ou seja, 89 jurisdicionados gastaram R\$ 2.505.762,00, enquanto mais de 1 milhão de habitantes tiveram de se contentar com o restante do orçamento (FINATTI; VECHINI, 2009).

Diante do cenário aqui descrito, com o crescente dispêndio para atender ações propostas em face da União, importantes questões emergem: a saúde é realmente efetiva no Brasil?

Ou mais se aproxima de uma atuação jurisdicional “álibi”, cuja efetividade do caso concreto coloca o sistema imunológico – o direito – como emissor de mais infecção, em vez de imunizar a sociedade, como disse Luhmann (2005, p. 219; 1977, p. 115), e, por isso, tornar-se-ia um paradoxo que no lugar de proteger destruiria, como ensina Guerra Filho (2001, p. 186-187; 2012, p. 3)?

2.4 SIMBOLISMO COMO ATUAÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA

A conceituação do vocábulo *simbólico*, no plano teórico, é heterogênea. Como já frisado, o trabalho adota a desenvolvida por Marcelo Neves no livro *A constitucionalização simbólica*. Precisamente para o sentido da pesquisa, a atuação simbólica do STF, *a priori*, caracterizar-se-á quando prevalecer em sua “racionalidade jurídica” o significado “político-ideológico”, aqui materializada pela atuação jurisdicional em desfavor da concretização normativo-jurídica.

A decisão simbólica teria, portanto, um escopo de álibi social e não de luta pela efetividade dos valores normativos. Álibi entendido como um mecanismo, na verdade, de efeito, como já dito, “político-ideológico” de justificação às pressões sociais (NEVES, 2007, p. 19, 30-31).¹⁸ No entanto, na pesquisa se realiza uma mudança de paradigma, haja vista que Neves analisou o simbolismo da Constituição Federal e a pesquisa, a seu turno, centra-se na jurisprudência da Suprema Corte (NEVES, 2007, p. 1-3).¹⁹

Por trás do ideário simbólico de Neves há toda uma construção teórica, alicerçada, sobretudo, em Kindermann e em Gusfield, com nítido objetivo de sistematização. Nessa senda, depara-se com uma classificação das leis simbólicas no seguinte formato: (i) legislação como confirmação de valores sociais; (ii) legislação como álibi; (iii) legislação como compromisso futuro. A primeira situação surge quando há uma forte polarização ideológica conduzida por grupos sociais obviamente antagônicos e ideologicamente conflituosos. A rivalidade é levada ao parlamento a fim de que um lado saia vencedor na votação de determinado projeto de lei. Em algumas situações, trata-se até mesmo de um litígio religioso, como ocorreu entre protestantes e católicos no caso da Lei Seca nos Estados Unidos da América. A aprovação da lei com vedação à venda de bebidas alcoólicas foi para os nativos (protestantes) uma grande vitória contra os imigrantes (católicos), independentemente da efetividade social da norma (NEVES, 2007, p. 33-36).

...

18 Ver especialmente Neves (2007, p. 30-31): “[...] Porém, o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou ‘político-ideológica’”. Ver, também, Neves (2004, p. 29, 32).

19 Ainda, sobre a obra de Marcelo Neves, intitulada *A constitucionalização simbólica*, destaca-se que foi por meio de sua leitura que Niklas Luhmann repensou a ideia de autopoiese para reconhecer a alopoiese.

A legislação como confirmação de valores sociais é o primeiro exemplo de legislação simbólica demonstrado por Marcelo Neves. E o mais curioso, porquanto parece inusitado que os movimentos sociais se satisfaçam com a vitória legislativa e não se preocupem com a efetivação dos valores contemplados. Neves elenca exemplos como o caso da Lei Seca norte-americana, em que os protestantes a favor da lei travaram uma batalha política com os católicos contrários à sua aprovação. Fundamentando-se em Gusfield, Neves defende que os protestantes almejavam a aprovação da lei muito mais num sentido de duelo de forças do que a concretização no mundo fático desses valores (NEVES, 2007, p. 33-34).²⁰ Talvez, a situação, por outro olhar, não seja de desinteresse pela efetividade social, porém estaria num segundo plano, pois que, no primeiro, estaria a vitória política, em total derrocada do outro grupo social.

A segunda hipótese pontuada por Neves diz respeito à legislação-álibi. Nesta, o legislador teve o escopo de conquistar a opinião pública. Muitas vezes, cobram-se do parlamento atitudes até mesmo imediatas para sanar problemas sociais, sejam de qualquer ordem, mesmo que a produção normativa não possa, como um passe de mágica, solver o problema. Essa expressão: “legislação-álibi”, como suprarreferida, foi cunhada por Kindermann. Abrange situações como as que ocorrem nos processos eleitorais, em que os políticos propagandeiam seus atos como forma de angariar eleitorado ou mesmo manter o do pleito anterior (NEVES, 2007, p. 36-37).

Ainda, sob o aspecto do simbolismo, Marcelo Neves, escorado em Freud e Gusfield, cada qual em seu contexto teórico, desenvolve raciocínio sobre o significado latente e manifesto das normas jurídicas, imbricando em agudo conceito sobre a legislação simbólica, a qual seria, por outro vernáculo, um mandamento com a ilusão de uma função manifesta. Por sua edição, não se pretendeu, realmente, que os valores nela assentados fossem efetivados. Almejou-se, de forma latente – escondida –, outra finalidade, como de origem político-ideológica (NEVES, 2007, p. 22-33).²¹

A cobrança social face ao sistema político provoca uma reação comunicativa. No caso da produção legiferante, novas leis serão votadas e aprovadas diante dos clamores sociais.

...

20 Ver na mesma obra, p. 34-35, mais dois exemplos sobre essa situação de confirmação de valores sociais, ambos na Europa; um a respeito do aborto, outro de legislação estrangeira.

21 Ver sobretudo Neves (2007, p. 33): “Kindermann propôs um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica, cuja sistematicidade o torna teoricamente frutífero: ‘Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios’”. Como se aduz da transcrição, Neves, baseado em Kindermann, expôs um modelo com tríplice divisão do intuito latente dessa legislação simbólica: (i) confirmação de valores sociais; (ii) legislação-álibi; (iii) legislação como fórmula de compromisso dilatatório. Cf. Neves (2004, p. 27-28).

O curioso é que, em algumas situações, os legisladores têm consciência da ineficácia social dessa nova lei. Ela será aprovada, porém socialmente terá pouca ou nenhuma força coercitiva. Sem embargo dessa consciência, como ela se faz necessária, é criada como um “álibi” com o mote de reforçar momentaneamente a confiança popular no governo. Contudo, a prática sucessiva de tal artifício pode gerar o efeito inverso, fortalecendo o descrédito em relação aos políticos (NEVES, 2007, p. 36-41).²²

A ideia de dilação da resolução de um problema social é relacionada, regra geral, à gravidade do problema em questão. Como é um problema grave, de difícil resolução, procura-se postergá-lo mediante a criação de medidas paliativas. A exemplo disso, no Brasil existem, em algumas regiões, verdadeiros bolsões de miséria; uma situação oriunda de uma realidade econômico-social negativa muito forte, não resolúvel em curto prazo. Por isso, o governo brasileiro cunhou diversos planos assistenciais, rotulados de “bolsas”, os quais, no senso acima mencionado, amenizam, mas não resolvem a situação. Sem menoscabo a essa análise, a ideia aqui é outra: o parlamento vê a necessidade de dar uma resposta aos eleitores, todavia, não há consenso em relação às medidas que devem ser tomadas para resolver a questão. Desse modo, diante da necessidade imediata de uma resposta, chega-se a um acordo em produzir determinada norma que sabem que não resolverá a situação. No entanto, como não há acordo sobre as medidas necessárias, edita-se a lei propriamente como uma dilação do problema. É uma forma de dar uma resposta (ainda que estéril) aos reclamos da sociedade (NEVES, 2007, p. 41-42).

As decisões analisadas contêm em seu bojo um nítido intento de outorgar aos respectivos jurisdicionados a plenitude do direito à saúde, todavia, parte significativa das mesmas decisões baseou-se em argumentação padrão, na qual não se utiliza heterorreferência com a comunicação trazida pelo Estado, fechando-se, dessa forma, à cognição com a comunicação oriunda de outros sistemas e, sobretudo, às consequências da judicialização da saúde na sociedade. Essa postura judicial é identificada, por exemplo, quando fármacos caríssimos são concedidos com base em receitas simples, sem nenhuma justificativa a favor dos novos medicamentos ou em desfavor dos disponíveis pelo SUS. Pontua-se, nesse sentido, que não há na maioria dos processos analisados fundamento fático para legitimar determinado tratamento em detrimento de mais barato ou que simplesmente já faz parte dos fornecidos pelo Estado.

Nessa mesma linha, depara-se com processos sem instrução probatória, ou seja, o médico de confiança da família – quase sempre particular – receita determinado remédio, sem

...

22 Cita-se literalmente Neves (2007, p. 33): “[...] Quando, porém, a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica”. Cf. também Neves (2004, p. 28-29).

comprovação de vantagem na eficácia. Nos autos não há debate argumentativo entre as vantagens e as desvantagens da sua utilização; os experts judiciais pouco são utilizados e, talvez por isso mesmo, nega-se o diálogo sob o verte da linguagem médico-sanitária, de modo que argumentos como ineficácia do tratamento, riscos, custo-benefício e, por que não, as consequências das decisões judiciais no plano da distributividade dos direitos sociais quase nunca são levados em conta na dialética travada entre os argumentos pró e contra a concessão da tutela jurisdicional pretendida pela parte autora.²³

3 DA ATUAÇÃO SIMBÓLICA DO STF EM DIREITO À SAÚDE

Conforme posto no item 2.4, a segunda hipótese desenvolvida por Marcelo Neves, no livro *A constitucionalização simbólica*, é chamada de legislação-álibi. Aplicando-a aqui, todavia, com a mudança de paradigma proposta neste trabalho, consta-se que a Corte agiu mais com o escopo de conquistar a opinião pública do que em buscar a efetivação do direito à saúde. Muitas vezes, a população cobra atitudes de efeito imediato para sanar problemas sociais. Por esse enredo, seria possível com um passe de mágica resolver o problema. A expressão “legislação-álibi”, como suprarreferida, foi cunhada por Kindermann, justamente para descrever situações similares às que ocorrem nos processos eleitorais, em que os políticos propagandeiam seus atos como forma de angariar eleitorado e não com a intenção de resolver de forma efetiva o problema (NEVES, 2007, p. 36-37).

A cobrança social ante o sistema jurídico provoca uma reação comunicativa: decisões judiciais são tomadas despreocupadas com seus efeitos concretos na sociedade. O STF tem consciência da ineficácia social nacional de suas decisões. Elas até podem vir a ser individualmente efetivas, porém essa efetividade do caso concreto terá pouca ou nenhuma força coercitiva no plano nacional. Cria-se um “álibi” com o mote de reforçar momentaneamente a confiança popular na judicialização da saúde, todavia a prática sucessiva de tal artifício não se sustenta, o descrédito é eminente, notadamente porque o Tribunal reduziu a complexidade social a tal ponto que nem ao menos dialoga com fatores sociais fortíssimos (NEVES, 2007, p. 36-41).²⁴

Ademais, em termos de resultado da pesquisa, as duas hipóteses iniciais – atuação efetiva ou atuação simbólica – restaram, quando vistas isoladamente, inconclusivas, inconsistentes

...

²³ A pesquisa de Mirian Ventura (2012, p. 8, 164, 166 e 167) também identifica nas decisões judiciais cujo tema é a saúde processos mal instruídos, fundamentados muitas vezes somente em receitas médicas simplórias, sem nenhuma justificativa para a escolha desse ou daquele remédio.

²⁴ Cita-se literalmente Neves (2007, p. 33): “[...] Quando, porém, a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica”. Cf. também Neves (2004, p. 28-29).

e, especialmente, simplistas demais para descrever um ambiente tão complexo como demonstrou a coleta de dados empíricos. Dessa maneira, o problema de pesquisa teve de dar vazão a uma descrição menos nominalista, positiva, rotulista, a fim de propiciar um resultado mais contextual, analítico e sensitivo.

Com efeito, é inegável que, na Suprema Corte, existe sim uma racionalidade jurídica definida no sentido da concretização do direito à saúde, quando a observação se atém à visão da microjustiça (justiça entre as partes), a qual, entretanto, aproxima-se de uma atuação simbólica porquanto se forja uma nova elite que possui instrumentos técnicos para chegar ao STF. E mergulha de cabeça no simbolismo-álibi ao negar um acesso à justiça distributiva e a continuar a enfrentar a situação somente pelo viés adjudicatório, o que ratifica as assertivas de que não cabe ao juiz se preocupar com o orçamento público e, muito menos, deixar que interesses menores, como a ausência de recursos, tolham exatamente direitos sociais que nada mais são do que a busca de uma igualdade econômica, sobretudo porque, se é verdade que para a análise do signo em torno do STF deve levar-se em conta o gigantesco aumento da complexidade, não é menos verdade que, se a Corte, ao julgar, não levar em conta, para formar sua racionalidade, essa mesma complexidade, forjará uma gradual significação simbólica, em sintonia com a ideia de um álibi ante sua incapacidade de manter as expectativas ao longo do tempo

A longo prazo essa racionalidade da Corte não se sustentará, porque, em vez de imunizar a sociedade com sua comunicação, o Direito está irritando os sistemas político (Administração Pública) e econômico de forma a subverter a ordem desses subsistemas, levando-os à quebra de autonomia e, portanto, corrompendo sua binariedade, que funciona como unidade comunicacional. Como consequência, a desordem comunicacional trará mais malefícios ao sistema social global (a sociedade) do que a microefetividade ofertada pela judicialização.

A atuação simbólica da Suprema Corte também é identificada ao se negar a observar os observadores (a atuação jurisdicional dos outros juízes) para, dessa forma, exercer o papel de ser “o observador de segunda ordem”. Para tanto, deveria (i) analisar a complexidade social gerada pelos processos judiciais em interface com os demais subsistemas sociais com o escopo de regular a consistência teórica das decisões em face da adequação social, tomando, se necessário, medidas de revisão da jurisprudência e até mesmo propondo a edição de medidas de regulação da atividade estatal em caráter nacional como a edição de súmula vinculante e/ou (ii) julgar com boa-vontade processos coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: LEITE, George Salomão; SALET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 363-406.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus n. 2.244. Relator Ministro Hermínio Espírito Santo. Julgado em 31.01.1905. Publicado em 03.02.1905. *DOU*. Rio de Janeiro, 1905. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFPaginaPrincipal1>>. Acesso em: 9 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8-RS. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Dina Rosa Vieira. Julgado em 12.09.2000. Publicado em 24.11.2000. *DJ*. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 24 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 393.175-O-RS. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outro (A/S). Julgado em: 12.12.2006. Publicado em 02.02.2007. *DJe*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 24 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 584652/RJ. Relator Ministro Cezar Peluso. Requerente: União. Requerido: Produtos Veterinários Manguinhos LTDA. Julgado em 07.08.2008. Publicado em 02.09.2008. *DJe*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771245/recurso-extraordinario-re-584652-rj-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 607.385/SC. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerida: Elisa Meira Fernandes. Julgado em 19.04.2011. Publicado em 12.05.2011. *DJ*. Brasília, 2011a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=88&dataPublicacaoDj=12/05/2011&incidente=3814696&codCapitulo=6&numMateria=68&codMateria=3>>. Acesso em: 16 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Julgado em 24.05.2011. Publicado em 30.05.2011. *DJe*. Brasília, 2011b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936567/recurso-extraordinario-com-agravo-are-640722-sc-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 646.235/SP. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Município de São Paulo. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Julgado em 01.08.2011. Publicado em 05.08.2011. *DJe*. Brasília, 2011c. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+646235%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mcc3do2>>. Acesso em: 16 out. 2013.

_____. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. *Intervenção Judicial na saúde pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa-o-2012-modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 535145/CE. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerida: Ministério Público Federal. Julgado em 26.08.2014. Publicado em 04.09.2014. *DJe*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28535145%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zf8eak6>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*. Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, mar. 2009. Disponível em: <<http://ref.scielo.org/vwpq5p>>. Acesso em: 11 set. 2016.

FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no município de Campinas. XXIV Congresso de Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo. *Anais...* Campinas, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf>. Acesso em: 11 set. 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Luhmann and Derrida: Immunology and Autopoiesis. In: LA COUR, Anders; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas (Eds.). *Luhmann Observed: Radical Theoretical Encounters*. Basingstoke: Palgrave, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

_____; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2006. p. 489.

LUHMANN, Niklas. *Teoria politica nello Stato del benessere*. Org. Raffaella Sutter. Milano: Franco Angeli, 1983.

_____. *La differenziazione del diritto*. Org. Raffaele de Giorgi. Milano: Mulino, 1990.

_____. La constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörgen (Orgs.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Giulio Einaudi, 1996.

_____. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Constituzionalizzazione simbólica e deconstituzionalizzazione di fatto*. Trad. Michele Carducci. Lecce: Pensa, 2004.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. Salvador, n. 4, p. 1-35, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcelo-neves/a-forca-simbolica-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 25 out. 2011.

_____. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. *Revista Época*, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 11 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURA, Miriam. *O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde*. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2012.

WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, set.-out. 2014, p. 1191-1206.

Fernando Rister de Sousa Lima

PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE (FD/UPM - NÚCLEO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO). PÓS-DOCTORANDO PELO DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (DFD/USP-LARGO DE SÃO FRANCISCO - 2016/2018). DOUTOR EM FILOSOFIA DE DIREITO E DO ESTADO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP/2013) COM ESTÁGIO DOUTORAL SANDUÍCHE NO DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA DA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA (UNIMC/ITÁLIA-CAPES/2012). MESTRE EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP/2007) COM PERÍODO COMO PESQUISADOR VISITANTE NA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI LECCE - ITÁLIA (2005).

frsl.sociologyoflaw@gmail.com

- 1 Universidade de Lisboa
Lisboa - Portugal
- 2 Universidade de Lisboa
Lisboa - Portugal



Resiliência da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas em época de crise – um estudo objetivado na crise financeira portuguesa

RESILIENCE OF PROGRESSIVITY, CONTRIBUTORY CAPACITY AND REDISTRIBUTION ON
PERSONAL INCOME TAX IN TIMES OF CRISIS – A STUDY FOCUSED IN THE PORTUGUESE
FINANCIAL CRISIS

João Ricardo Catarino¹ e Maria Adosinda Teixeira²

Resumo

Portugal e Brasil e muitos outros estados no mundo adotam impostos pessoais e progressivos sobre a renda das pessoas físicas (IRS/IRPF) como resulta do disposto nos artigos 104^o da Constituição da República Portuguesa (1976) e 153 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), inciso III (BALEEIRO, 2010). Eles permitem a dedução de algumas despesas pessoais básicas. As deduções à coleta são estruturantes em um modelo de tributação da renda e um meio de materializar os valores da redistributividade, da pessoalidade, da proteção da família e da progressividade do imposto e, até, para sustentar a desigualdade, permitindo adequá-las às despesas pessoais e familiares do contribuinte [Teixeira (2010, p. 44); Pires e Pires (2010, p. 347); Catarino e Guimarães (2014); OCDE (2011; 2012)]. Esses valores materializam a ideia de justiça social, que constitui um valor constitucional largamente consagrado em inúmeros Estados, Portugal e Brasil incluídos (CATARINO, 2016). Este estudo analisa a resiliência desses valores fundamentais em face de situações de grave crise financeira, em que os Estados adotam reformas financeiras e fiscais com o objetivo essencial de arrecadação de mais receita. Adota-se como estudo de caso a reforma do imposto de renda na recente crise financeira portuguesa (2008 a 2012), durante a qual foi parcialmente executado o Memorando de Entendimento sobre as Condicionantes de Política Econômica (Memorando da Troika ou MoU – Memorandum of Understanding), no qual Portugal assumiu a obrigação de realizar um enorme esforço de consolidação fiscal e sustentabilidade financeira das contas públicas a longo prazo pela via da receita tributária. E conclui-se que os valores constitucionais que enformam o modelo de imposto de renda não garantem suficientemente os mais elevados padrões de justiça na tributação, uma vez que não impedem a descaracterização essencial do modelo de tributação dessa renda por razões totalmente alheias a sua ideia de justiça.

Palavras-chave

Consolidação fiscal; imposto de renda, IRS; deduções à coleta; reforma tributária.

Abstract

Portugal and Brazil have personal income tax systems (IRPF/IRS) that allow taxpayers to deduct some basic personal expenses over the taxable net income. These personal deductions are foundation to a model of taxation of income and a vehicle to materialize the values of redistribution, personality, family protection and rates' progressivity of the income tax. These values embody the idea of social

justice, which is widely established as a constitutionally value in many states, Portugal and Brazil included. This study analyzes the resilience of these core values in the face of situations of severe financial crisis, in which states adopt financial and tax reforms with the essential goal of more revenue collection. It is adopted as a case study the reform of the income tax in recent Portuguese financial crisis (2008 to 2012). During this period it has been partially implemented the Memorandum of Understanding (MoU) on the Determinants of Economic Policy, in which Portugal took over the obligation to make a huge effort of fiscal consolidation and financial sustainability of long-term public accounts by way of tax revenue. We conclude that the Constitutional values that shape the income tax model does not guarantee the highest standards of justice in taxation, since it does not prevent the essential mischaracterization of the income tax model for reasons beyond their idea of justice.

Keywords

Fiscal consolidation; personal income tax (IRS); personal deductions; tax reform.

INTRODUÇÃO

O mundo já vivenciou várias crises financeiras profundas. O Fundo Monetário Internacional (FMI) interveio em Portugal três vezes nos últimos quarenta anos: em 1977/1978, em 1983/1984 e entre 2011 e 2014. O último pedido de resgate financeiro à Comissão Europeia (CE), ao Banco Central Europeu (BCE) e ao FMI obrigou Portugal a aceitar a tomada de medidas muito fortes de redução do déficit orçamentário e da dívida pública. Estes foram fixados no Memorando da Troika (MoU – Memorandum of Understanding), com vista a obter uma receita adicional de, pelo menos, 150 milhões de euros em 2012. No que respeita ao imposto de renda das pessoas físicas em Portugal acordou nas seguintes medidas:¹

...

- 1 Os objetivos fixados foram os seguintes: “Reduzir o déficit das Administrações Públicas para menos de 10.068 milhões de euros (equivalente a 5,9% do PIB baseado nas projeções atuais) em 2011, para 7.645 milhões de euros (4,5% do PIB) em 2012 e para 5.224 milhões de euros (3,0% do PIB) em 2013, através de medidas estruturais de elevada qualidade e minimizando o impacto da consolidação orçamental nos grupos vulneráveis; trazer o rácio dívida pública/PIB para uma trajetória descendente a partir de 2013; manter a consolidação orçamental a médio prazo até se obter uma posição de equilíbrio orçamental, nomeadamente através da contenção do crescimento da despesa; apoiar a competitividade através de um ajustamento da estrutura de impostos que seja neutral do ponto de vista orçamental” (MEMORANDO..., 2011, p. 2).

1.20. [...]

i. definição de limites máximos para as deduções fiscais, em conformidade com os escalões de rendimento, com limites menores a aplicar aos rendimentos mais elevados e com um limite de zero para os escalões de rendimento mais elevados;

ii. aplicação de limites máximos diversos a cada categoria de dedução fiscal (a) introdução de um limite máximo para as despesas de saúde; (b) eliminação da possibilidade de dedução dos encargos com a amortização de dívidas contraídas com aquisição de imóveis para habitação e eliminação faseada da possibilidade de dedução de encargos com rendas e juros de dívidas com aquisição de imóveis para habitação própria e permanente; eliminação da possibilidade de dedução dos encargos com juros para novos créditos à habitação; (c) redução dos encargos dedutíveis para efeitos fiscais e revisão da tributação de rendimentos em espécie;

[...]

1.21. Englobamento de rendimentos, incluindo prestações sociais para efeitos de tributação em sede de IRS e convergência de deduções em sede de IRS aplicadas a pensões e a rendas de trabalho dependente, com o objetivo de obter uma receita de, pelo menos, 150 milhões de euros em 2012 [e seguintes]. (MEMORANDO..., 2011, p. 4)

Da implementação do MoU resultou quer um agravamento da tributação das rendas das pessoas físicas, quer uma diminuição drástica das deduções pessoalizantes consagradas no Código do imposto de renda português (IRS). A tributação de rendas pessoais modificou-se ainda substancialmente pela adoção de novos escalões de alíquotas (progressivas), mais gravosas.

I CARACTERÍSTICAS GERAIS DO MODELO DE TRIBUTAÇÃO DA RENDA DAS PESSOAS FÍSICAS

O IRS, introduzido em 1989,² tributa de forma progressiva e global (na modalidade de progressividade de alíquotas por escalões de renda) a renda obtida pelas pessoas físicas residentes no território português e por não residentes que obtenham rendas sujeitas a tributação

...

Para alcançar seus objetivos foi necessário aumentar o lado da receita e diminuir a despesa e, para isso, houve que implementar medidas no período sob análise. Uma das medidas foi a reestruturação das deduções e dos benefícios fiscais em sede de IRS. Assim, o Estado português teve que introduzir uma regra de congelamento em todos os benefícios fiscais, não permitindo novos benefícios nem o alargamento dos existentes. Teve também que reduzir as deduções existentes.

2 Pelo Decreto-lei n.442-A/88, de 30.11.

em Portugal. Ele tem como principais objetivos a simplicidade, a unicidade, a pessoalidade. É um imposto direto, unitário, compreensivo de tributação do rendimento, tendencialmente subjetivo. Toma em consideração as características pessoais do sujeito passivo e do seu agregado familiar, no respeito pelos princípios constitucionais previstos nos artigos 103º e 104º da Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 (FAUSTINO, 2014)³.

Ele comporta seis categorias de renda (A, B, E, F, G e H). Para cada uma das categorias de renda é determinada a respetiva renda líquida segundo regras próprias de cada categoria. Seu somatório constitui a renda global líquida. Seguidamente aplicam-se-lhe as alíquotas (progressivas) em função dos escalões da renda coletável e obtém-se a coleta. A esta aplicam-se as deduções à coleta (e os benefícios fiscais dedutíveis à coleta) para obter o imposto devido.⁴ As principais deduções à coleta respeitam a despesas de saúde, educação e formação, encargos com lares e com imóveis, a prêmios de seguros e à dupla tributação internacional.⁵ As deduções à coleta são de natureza diversa devido aos vários elementos que interferem na sua formação, tais como as que materializam a pessoalização do imposto e a eliminação da dupla tributação. Além disso, são ainda dedutíveis à coleta do IRS alguns benefícios fiscais previstos no Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF).

2 AS CATEGORIAS DE RENDA NO IRS E SUAS DEDUÇÕES ESPECÍFICAS

A categoria A (renda do trabalho por conta de outrem) tributa as rendas essencialmente baseadas em uma relação jurídica de trabalho por conta de outrem, nesta se incluem as rendas de trabalho dependente pagas ou colocadas à disposição resultantes do trabalho prestado.⁶ As regras para o cálculo das deduções específicas da categoria A estão previstas no

...

- 3 Adotou-se a denominada teoria do rendimento acréscimo patrimonial segundo a qual a renda é encarada como a soma do consumo e do incremento líquido do patrimônio, ou seja, o acréscimo de riqueza de um agente econômico que pode ser gasto sem qualquer diminuição do patrimônio nacional. Esse conceito de renda é de conteúdo mais amplo do que o que resultava da teoria do rendimento produto, justificando e legitimando conceitualmente a tributação das mais-valias, atos isolados e outros incrementos patrimoniais numa perspectiva de alargamento da base tributável.
- 4 As deduções à coleta estão previstas nos artigos 75º, 78º, 82º, 83º, 84º e 86º do Código do IRS (CIRS).
- 5 Vale dizer que, exemplificativamente, o IRPJ no Brasil consagra igualmente deduções relativas a dependentes a cargo, despesas médias, com instrução, pensões alimentícias, gastos com a contribuição previdenciária e outras.
- 6 O artigo 2º do CIRS vem elencar os vários tipos de rendimentos considerados como trabalho dependente, a saber: contrato de trabalho ou outra situação legalmente equiparada; contrato de aquisição de serviços de idêntica natureza, quando exercido sob o comando de uma pessoa ou entidade a quem é prestado o serviço; exercício de função, serviços ou cargos públicos; atribuição a título de pré-reforma, pré-aposentação

artigo 25º do CIRS. A dedução específica permite apurar a renda líquida da categoria A, sem prejuízo da subsequente consideração das deduções à coleta previstas na lei.

A categoria E tributa as rendas de capitais definidas no artigo 5º n. 1 do CIRS.⁷ A lei não prevê nenhuma dedução específica para essa categoria, pelo que a renda bruta é igual à renda tributável. Na categoria F tributam-se as rendas prediais reais ou efetivas (relativas ao arrendamento dos prédios rústicos, urbanos e mistos). As deduções específicas da categoria F eram, no período em apreço, as despesas devidamente comprovadas relativas à manutenção e conservação do imóvel arrendado bem como o Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) pago (artigo 41º do CIRS).

A categoria G tributa incrementos patrimoniais, mais-valias, indenizações, os ganhos provenientes de transmissão de direitos reais, tais como terrenos para construção, partes sociais, outros valores mobiliários e direitos de autor, além da assunção de obrigações de não concorrência, quando não tributados em outras categorias.⁸ A categoria G não consagra deduções específicas com exceção dos ganhos relativos a mais-valias, nos termos dos artigos 9º, 10º e 42º do CIRS. Consideram-se rendas da categoria H as rendas de pensões de aposentação ou reforma, de invalidez, de sobrevivência, de viuvez e outras de idêntica natureza, pagas por entidades públicas ou privadas, bem como as pensões de alimentos, as rendas temporárias ou vitalícias, os prêmios de seguros e fundos de pensões.⁹

3 METODOLOGIA

Nesta parte do estudo, definimos as escolhas para esta pesquisa, tendo como suporte a discussão teórica introduzida. Relembramos o objetivo de estudo e vamos deter-nos na justificação do desenho de pesquisa adotado que iremos focar na investigação e no imposto considerado.

...

ou reserva, com ou sem prestação de trabalho; prestações imputadas, independentemente a que título, antes de conferir os requisitos exigidos nos regimes obrigatórios de segurança social para a passagem à situação de reforma; prestações que continuem a ser devidas até que se verifiquem os requisitos necessários à passagem à situação de reforma.

- 7 São eles, em geral, como os frutos e demais vantagens económicas, qualquer que seja sua natureza ou denominação, sejam pecuniários ou em espécie, procedentes, direta ou indiretamente, de elementos patrimoniais, bens, direitos ou situações jurídicas, de natureza mobiliária, bem como da respetiva modificação, transmissão ou cessação, com exceção dos ganhos e outras rendas tributadas noutras categorias.
- 8 Nos artigos 9º e 10º do CIRS são tipificados os seguintes rendimentos: as mais-valias, as indemnizações, as assunções de obrigações de não concorrência, acréscimos patrimoniais e os constantes no artigo 89º-A, nº 5, da Lei Geral Tributária (LGT).
- 9 Com exceção das rendas vitalícias, que não se destinam ao pagamento de pensões e que não usufruem de qualquer dedução específica, todos os rendimentos restantes obtidos através de pensões geram um valor anual que se pode deduzir até sua concorrência.

4 OBJETIVO DO ESTUDO E QUESTÃO DE PARTIDA

O objeto do estudo é o imposto de renda sobre as pessoas físicas. O objetivo é saber em que medida são resilientes os valores da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda, objetivados em deduções à coleta (incluindo os benefícios fiscais dedutíveis) enquanto manifestações concretas, no plano do imposto de renda, da ideia de justiça social, em situações de reforma fiscal motivadas por crises econômicas profundas. Assim, a pergunta de partida consiste em saber: qual a resiliência dos valores teóricos da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas que caracteriza estruturalmente os modelos de tributação da renda, em época de crise financeira e de reforma tributária realizada sob o imperativo do aumento da receita fiscal? Toma-se como estudo de caso a reforma do imposto de renda das pessoas físicas português em resultado de um processo de consolidação fiscal e financeira ocorrido entre 2008 e 2012.¹⁰ Nesse período, Portugal assumiu publicamente o descontrole das contas públicas e aceitou submeter-se a um programa internacional de assistência e consolidação financeira e orçamentária.

A escolha das deduções à coleta (e dos benefícios fiscais dedutíveis à coleta) reside no fato de eles serem a manifestação por excelência da pessoalidade do imposto de renda, conforme assinalado. O objetivo é estabelecer uma relação entre estas duas realidades centrais: as características estruturantes dos modelos de tributação pessoal, progressiva da renda das pessoas físicas e sua resiliência em situação de crise, na perspectiva das deduções à coleta (e dos benefícios fiscais) no período objeto de estudo.

Essa relação tem subjacente o objetivo de, num primeiro momento, descrever a regularidade de um fenômeno em particular (BLAIKIE, 2010) que em nosso caso específico passa por descrever a importância das deduções à coleta e dos benefícios fiscais no IRS, válidas, em geral, para todos os impostos sobre a renda progressivos e redistributivos. Num segundo momento, tentaremos perceber qual foi sua evolução no período estudado, durante o qual se verificou uma acentuada deterioração das contas públicas portuguesas e o país aceitou implementar medidas expansionistas do lado da receita, agravando e alterando o modelo de imposto pessoal sobre a renda, com a finalidade de equilíbrio das contas públicas e sustentabilidade fiscal a longo prazo.

O estudo é composto de uma parte teórica e uma parte prática tomando como estudo de caso o modelo de imposto de renda português. Na parte teórica caracteriza-se o IRS e as categorias de rendas que permitem a consideração das deduções e dos benefícios fiscais.

...

10 A consolidação fiscal é um conceito lato que se refere aos efeitos das medidas de política financeira em sentido amplo, destinadas a reduzir o déficit e a dívida e a alcançar a sustentabilidade das finanças públicas a longo prazo.

Na parte prática faz-se o estudo da evolução daquelas deduções e dos benefícios fiscais dedutíveis à coleta no período objeto de estudo (2008 a 2012). As conclusões sobre essa resiliência podem servir de alerta para a necessidade de criação de mecanismos legais que impeçam essas descaracterizações profundas, para se não perderem os equilíbrios e as vantagens que advinham de sua implementação original. As conclusões podem servir a todos os modelos de tributação da renda com características idênticas.

5 DESENHO DE PESQUISA E SELEÇÃO DO OBJETO

Atendendo à questão de partida e ao objeto e objetivo do estudo, apelamos aqui ao desenho de pesquisa de tipo estudo de caso (YIN, 2009, p. 8). Segundo o autor, esse desenho é apropriado quando os estudos apresentam questões de partida do tipo: “O quê?” ou “Como?”. De acordo com o autor, esse desenho de pesquisa não requer um controle dos eventos e foca ocorrências contemporâneas, logo dever-se-á atender à validade externa (que visa a correta ligação entre a ferramenta utilizada para a coleta de dados e a abordagem conceitual utilizada) (BRYMAN, 2004). Para efeitos deste estudo selecionamos um tipo específico de realidade: as deduções à coleta e os benefícios fiscais dedutíveis à coleta do IRS. Essa opção justifica-se pela escassez de estudos sobre a evolução dessas realidades, cujos contornos sociais, políticos e econômicos são muito relevantes para perceber se o imposto ainda mantém suas características iniciais, no respeito pelos imperativos constitucionais de tributação da renda atendendo às características pessoais de seus sujeitos passivos.

6 AS FONTES E A RECOLHA DE DADOS

A recolha de dados foi realizada mediante duas vias: num primeiro momento através da documentação existente em arquivos, bibliografia adequada, relatórios, estudos, dados estatísticos publicados no sítio da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) na internet (HOOD, 2011) e da consulta da lei sucessivamente aplicável. Segundo Yin (2009), essas fontes têm como grande vantagem serem estáveis porque poderão ser permanentemente atualizadas; não são obstrutivas uma vez que não resultam de estudos de caso anteriormente realizados; são exatas porquanto resultam da lei ou dos dados disponibilizados pela AT (Autoridade Tributária e Aduaneira) sobre o fenômeno social que está sendo estudado. Teve-se o especial cuidado de aceder à base de dados da AT, disponível na internet, que contém toda a evolução jurídico-legal, a justificação e os dados disponíveis (HOOD, 2011). Desse modo pensa-se que as eventuais fraquezas sobre as fontes foram anuladas (POLLITT, 2010). A validade das informações está assegurada e os dados apresentados para atestar a evolução do fenômeno em discussão são fidedignos.

7 RESULTADOS OBTIDOS E DISCUSSÃO

7.1 A EVOLUÇÃO DAS ALÍQUOTAS DO IRS

Em resultado da situação financeira de Portugal e das exigências constantes no Memorando da Troika verificou-se um aumento da carga fiscal ao nível da renda das pessoas físicas nos anos objeto de estudo.¹¹ O número de escalões de alíquotas de IRS passou de oito para cinco, atingindo a alíquota máxima do imposto aos 80 mil euros de renda bruta em 2013, contra os 153 mil euros em 2012.

Essas medidas penalizaram os sujeitos passivos do IRS nos anos 2010 a 2012 quer por força da redução da renda disponível e pela via do aumento das retenções na fonte quer pelo aumento dos escalões de rendas e de alíquotas de imposto, de que resultaram retenções mais elevadas e maior coleta no imposto devido a final.

No ano de 1989 os escalões de renda eram cinco, com a composição que consta da Tabela 1 anexa. Os anos seguintes evoluíram no sentido do alargamento dos escalões, adaptando-se à realidade econômica e, sobretudo, às (exangues) necessidades financeiras do Estado. Num cenário de conhecidas dificuldades econômicas crescentes, sentidas internamente, houve necessidade de reajustamento desses escalões no sentido de seu alargamento e conseqüente agravamento dos níveis de tributação da renda pessoal.

Com efeito, em 2010 o número de escalões passou a ser sete, com a composição que resulta da Tabela 2 anexa. Os anos 2011 e 2012 são os únicos em que se mantêm constantes os escalões, a renda coletável, alíquota normal e alíquota média de IRS.

Por força da lei do Orçamento do Estado (OE) de 2013, os escalões de renda foram de novo reduzidos a cinco. Mas com um claro agravamento da carga fiscal em IRS, em especial para os contribuintes de maiores rendas. Em resultado dessa alteração nos escalões de alíquotas de imposto, o primeiro escalão passou a ser de 7 mil euros e o último de 80 mil euros. A partir desse escalão e para rendas de até 250 mil euros, além da tributação pelo último escalão de renda a uma alíquota nominal de 48%, passou a ser aplicada uma taxa adicional de solidariedade de 2,5%, ao passo que, a partir de 250 mil euros essa taxa foi elevada para 5%.

...

11 Com efeito, além de terem sido implementadas as medidas preconizadas pelo MoU, foi criada uma sobretaxa extraordinária de 4% (atualmente 3,5%) sobre todos os rendimentos englobados na declaração anual de IRS, auferidos por sujeitos passivos residentes em território português, à renda coletável de IRS que excede o valor da remuneração mínima mensal garantida (6.790 euros) por sujeito passivo. Essa sobretaxa incide também sobre alguns rendimentos sujeitos a taxa especial, nomeadamente os rendimentos auferidos por residentes não habituais em Portugal. Os sujeitos passivos que auferirem rendimentos de trabalho dependente e pensões foram sujeitos a uma retenção na fonte mensal. Essa retenção é efetuada a título de pagamento por conta da sobretaxa devida a final e que vier a ser apurada com a entrega da declaração anual de IRS. Relativamente aos rendimentos de outras fontes, a sobretaxa extraordinária será apurada através da apresentação da declaração de rendimentos anual.

A Tabela 2 mostra a evolução dos escalões de alíquotas do IRS no período objeto deste estudo, a partir da qual se poderá verificar o sentido e a extensão da variação do número dos escalões, bem como a aplicação das alíquotas e seus limites nos anos 2008 a 2012 (ver Tabela 3 anexa).

Como se pode observar na Tabela 3, nos anos 2008 e 2009 os sete escalões de renda coletável mantiveram-se estáveis, com as mesmas alíquotas normais e média. A parcela a abater sofreu um ligeiro aumento. Por outro lado, não se estabelecia nenhum limite quantitativo à dedução das despesas, independentemente do escalão de renda do contribuinte. Nos anos 2010, 2011 e 2012 existiam oito escalões de renda coletável. Por outro lado, verificou-se um ligeiro aumento (que se manteve em 2012) das alíquotas normais e médias do IRS nos anos 2010 e de 2011. Nestes dois anos a parcela a abater sofreu um ligeiro aumento, mantendo-se nos mesmos valores de 2012.

Em 2011 começam a ser aplicados limites máximos nas deduções à coleta do IRS, mas apenas para os dois últimos escalões de renda, no valor de 1.100 euros. A partir de 2011 apenas veio a ser permitido considerar deduções à coleta até os limites individualmente estabelecidos para cada escalão de rendimentos. Em 2012 ocorre uma mudança estrutural nas deduções à coleta, aplicável a todos os escalões de rendimentos. E isso porque entraram em vigor limites nas deduções aplicáveis a todos os escalões de rendimentos, com exceção dos contribuintes de menores rendimentos, enquadrados nos dois primeiros escalões, que correspondem precisamente aos que menos condições econômicas têm para realizar despesas de educação, saúde etc. No terceiro escalão era ainda possível, em 2012, efetuar deduções com o limite de 100 euros no terceiro escalão, de 80 euros no quarto escalão e de 60 euros no quinto escalão. No sexto e no sétimo escalões passou a ser possível deduzir apenas 50 euros, sendo que no último escalão deixou de haver possibilidade de deduzir quaisquer valores a título de deduções à coleta.

As alíquotas gerais e os escalões de renda do IRS (artigos 68º e 68º-A do CIRS) sofreram, a partir de 2013 inclusive, um agravamento muito acentuado, como se demonstra na Tabela 4 anexa.¹² Sendo o nível das alíquotas do imposto matéria de extrema sensibilidade, bem se vê que qualquer alteração delas influencia largamente a renda disponível e o poder econômico das famílias, refletindo, também, na carga fiscal efetiva e no potencial redistributivo nominal do sistema fiscal bem como na estrutura do consumo.

Como se pode ver, os dados demonstram que o IRS manteve, desde sempre, por imperativo constitucional, um sistema de alíquotas gerais progressivas (por escalões). Morais (2008,

...

12 Para apuramento da coleta, o quantitativo da renda coletável, quando superior a 7 mil (euros), deve ser dividido em duas partes: uma igual ao limite do maior dos escalões que nela couber, à qual se aplica a alíquota da col. (B) correspondente a esse escalão; outra igual ao excedente, a que se aplica a alíquota da col. (A) respeitante ao escalão imediatamente superior.

p. 163) afirma que “[...] a obtenção de novas unidades de rendimento – a implicar uma “mudança de escalão” – significará, apenas, uma tributação mais pesada do montante que exceder o limite do escalão anterior, não afetando o imposto pago, relativo ao rendimento situado no intervalo dos escalões inferiores”. Como se vê, a evolução verificada retirou progressividade nominal ao imposto, afastando-o de suas características estruturantes.

7.2 A EVOLUÇÃO DAS DEDUÇÕES À COLETA E A PESSOALIZAÇÃO DO IRS

Os artigos 78º e segs. do Código do IRS consagram deduções à coleta dos sujeitos passivos, seus dependentes e ascendentes, despesas de saúde, despesas de educação e formação, importâncias respeitantes a pensões de alimentos, encargos com lares, encargos com imóveis e com prêmios de seguros de vida nos termos previstos, às pessoas com deficiência e à dupla tributação internacional.

A possibilidade de dedução à coleta dessas deduções e benefícios depende da existência de coleta suficiente. A propósito, Moraes (2008, p. 175) afirma que “à coleta resultante da aplicação das alíquotas gerais as rendas englobadas pelos sujeitos passivos irão ser feitas várias deduções, enumeradas no art. 78º do CIRS, segundo a ordem nele prevista. A possibilidade de efetuar tais deduções implica, pois, a existência de uma coleta (positiva). Casos haverá em que o contribuinte tem direito a tais deduções mas não o pode exercitar, não havendo sempre lugar ao reembolso da diferença (artigo 78º nº 3, *a contrario*)”.

Essas deduções à coleta têm fundamentos teóricos radicados na mesma ideia básica de pessoalização do imposto debaixo da premissa geral de que quanto mais pessoal for o imposto maior é a justiça na distribuição dos encargos tributários. Machado e Costa (2012, p. 230) defendem que “[a]s deduções à coleta, previstas nos arts. 78º e segs. do CIRS encontram o seu fundamento substantivo, em boa medida, na promoção de determinados bens constitucionalmente protegidos (educação, saúde, habitação, etc.). As deduções são feitas pela ordem indicada no art. 78º”. A aplicação das deduções à coleta permite obter o valor final do imposto devido (a receber ou a pagar). Assim, denomina-se coleta ao produto da aplicação das alíquotas de IRS à renda coletável. A esta subtraem-se as deduções à coleta para determinar o valor do imposto devido ou a pagar.

As deduções à coleta estão diretamente ligadas à ideia de pessoalização do sujeito passivo e correspondem aos gastos inevitáveis, estruturantes na vida dos sujeitos passivos. Elas estão diretamente relacionadas com a necessidade de atender a consumos ou encargos básicos do sujeito passivo. Para efeitos de IRS, para além de outros encargos tidos por essenciais, releva a situação ou o tamanho do agregado familiar assim como o estado civil do contribuinte.

No período objeto deste estudo (2008 a 2012), as deduções à coleta sofreram alterações/restrições profundas, especificamente no nível das percentagens a deduzir e das próprias realidades efetivamente abrangidas. Vejamos a evolução verificada na Tabela 5 anexa. Como se pode observar nessa tabela, as deduções relativas à situação do agregado familiar foram

aumentando ligeiramente nos anos 2008 e 2009, mas mantiveram-se constantes nos anos 2010 a 2012. Algumas das principais alterações foram introduzidas da Lei do OE para 2013,¹³ a aplicar às rendas de 2012. Vejamos agora o que se passou com cada uma dessas deduções individualmente. Começamos pelas deduções personalizantes do IRS. Nesse tipo de deduções observou-se um ligeiro aumento dos limites a deduzir nos anos 2008, 2009 e 2010, os quais estagnaram nos anos 2011 e 2012.

O limite da dedução respeitante a despesas de saúde manteve-se inalterado nos anos 2008 a 2011. Nesses anos era possível deduzir a totalidade das despesas de saúde incorridas pelo sujeito passivo,¹⁴ isentas ou sujeitas a IVA à alíquota reduzida, até o limite 30% de seu valor total, sem um limite absoluto. Isso significa que até 2011 se podia deduzir à coleta do IRS até 30% da totalidade das despesas de saúde isentas ou sujeitas a IVA a 6% sem um limite máximo.

Porém, para 2012 o regime foi alterado, apenas se permitindo a dedução à coleta de despesas de saúde isentas ou sujeitas à alíquota reduzida de Imposto sobre o valor Acrescentado (IVA, o imposto geral sobre o consumo), até 10% do total das importâncias despendidas, com o limite de 838,44 euros. Esse limite máximo corresponde a duas vezes o valor do IAS¹⁵ ($419,22\text{€} \times 2 = 838,44\text{€}$), sendo acrescido em 30 % do valor do IAS por dependente em agregados familiares com três ou mais dependentes. Em 2012 as despesas de saúde sujeitas a IVA a 23% seguiram a mesma trajetória que as despesas de saúde isentas ou com IVA a 6%. Ou seja, até 2011 inclusive, podia deduzir-se até 30% com o limite de 2,5% da totalidade das despesas de saúde isentas ou com IVA a 6%, com um limite de 65 euros. Em 2012, esse limite foi reduzido de 30% para 10%, mantendo os mesmos limites quantitativos de 2011.

Já as despesas de saúde sujeitas à alíquota normal do IVA (23%) eram também dedutíveis em 10%, mas com o limite de 65 euros, ou então 2,5%, do total das despesas de saúde incorridas, se esse limite fosse superior. Em relação às despesas de saúde sujeitas a IVA à alíquota de 23%, a percentagem de 30% manteve-se estável ao longo dos quatro anos (2008 a 2011), mas o limite máximo foi-se alterando: em 2008 esse limite passou a ser de 62 euros; em 2009, 64 euros; em 2010/2011, 65 euros. Em 2012, o limite da dedução à coleta dessas despesas e saúde passa a ser de 10% com o limite máximo de 65 euros.

...

13 Aprovado pela Lei n. 66-B/2012, de 31 de dezembro.

14 Só eram dedutíveis as despesas de saúde não participadas, isto é, que constituam encargo efetivo do trabalhador, quer pelas entidades públicas quer pelas privadas - artigo 82º do CIRS.

15 IAS – Indexante de apoios sociais foi definido pela Lei n. 53º-B/2006, de 29 de dezembro. É o indexante de apoio social que serve de referência para o cálculo das contribuições dos trabalhadores, das pensões e de outras prestações sociais. O IAS aplica-se desde janeiro de 2007.

O Código do IRS permite também a dedução à coleta de despesas de educação e de formação profissional (artigo 83º).¹⁶ Em relação às despesas de educação, a percentagem da dedução à coleta das despesas incorridas pelo sujeito passivo manteve-se constante. As despesas de educação e de formação eram (e são) dedutíveis até 30% do valor total efetivamente despendido, com o limite máximo de 760 euros, sendo que por dependente acrescentam mais 142,50 euros.

Nessas despesas o limite dos 30% manteve-se inalterado ao longo dos cinco anos, mas os limites quantitativos mudaram em 2008 e 2009. Com efeito, verificou-se um ligeiro aumento de 2008 para 2009 e 2010, mantendo-se igual até 2012 no que se refere ao limite máximo. Assim, em 2008 esse limite era de 681,60 euros acrescentando 127,80 euros por dependente; em 2009 era de 720 euros acrescentando 135 euros por dependente. Mas manteve-se inalterado nos anos 2010, 2011 e 2012 (em 2010, 2011 e 2012 era de 760 euros e acrescenta por dependente 142,50 euros).

Para o ano de 2013, a percentagem foi fixada em 30% com o limite máximo de 160% do valor do IAS, isto é, $475 \times 160\%$, que perfaz o limite máximo, ou seja, os 760 euros. Esse limite é elevado em 30% do valor do IAS por dependente.

Em 2009 as pensões de alimentos,¹⁷ reguladas pelo artigo 83º-A do CIRS, passaram a ser consideradas como dedução à coleta do imposto. Até então eram releváveis como benefício fiscal e podiam ser dedutíveis na totalidade, com o limite de 20%. No ano de 2011 o valor da dedução era de 20%, mas foi restringido: o limite máximo passou a ser de 1.048,05 euros. No ano de 2012 manteve-se o limite dos 20%, mas foi estabelecido um limite mensal de 419,22 euros e um limite anual máximo de 5.030,64 euros por beneficiário.

Os encargos com lares dos sujeitos passivos, ascendentes e colaterais até ao 3º grau, podem ser dedutíveis até 25% das despesas totais incorridas, com o limite de 403,75 euros. No ano de 2009, era possível deduzir até 25% das despesas totais, com o limite de 382,50 euros. Em 2008 era possível deduzir até 25% das despesas totais, com o limite de 362,10 euros. Essa dedução manteve-se inalterada durante os anos 2012, 2011 e 2010. A percentagem de dedução de 25% manteve-se constante ao longo de cinco anos, 2008 a 2011. Todavia, ao longo desses anos seu limite quantitativo foi sendo apenas ligeiramente atualizado conforme segue: em 2008 para 362,10 euros; em 2009 para 382,50 euros; em 2010, 2011 e 2012 para 403,75 euros, que corresponde a seu limite atual, isto é, 25% das despesas suportadas até um

...

16 Estas só podem ser consideradas quando digam respeito a estabelecimentos de ensino integrados no sistema nacional de educação ou reconhecidos como tendo fins análogos pelos ministérios competentes ou por entidades reconhecidas pelos ministérios que tutelam a área da formação profissional e, relativamente às últimas, apenas na parte em que não tenham sido consideradas como encargo da categoria B.

17 Trata-se de pensões de alimentos que os sujeitos passivos sejam obrigados a prestar por imposição judicial ou acordo homologado pela lei civil, nos termos do CIRS.

limite máximo de 85% do IAS. Esse limite não foi atualizado em 2010, 2011 e 2012, o que corresponde a uma perda real de seu valor.

São também dedutíveis à coleta do IRS os juros e as amortizações de dívidas.¹⁸ Em 2008 e 2009, era possível deduzir os juros e a amortização de capital em 30% de seu valor anual, com limite máximo de 586 euros, sendo este valor majorado em 50% para a renda coletável enquadrada no 1º escalão, majorado em 20% no 2º escalão e majorado em 10% no 3º escalão. Os escalões restantes eram excluídos da majoração. Em 2010 e 2011, era ainda possível deduzir os juros e a amortização do capital em 30% com limite máximo de 591,00 euros, sendo este valor majorado em 50% para a renda coletável enquadrado no 1º escalão, majorado em 20% no 2º escalão e majorado em 10% no 3º escalão. Os escalões restantes foram excluídos de majoração.

O regime foi profundamente alterado a partir de 2012. Nesse ano, passaram a ser dedutíveis apenas os juros (com exclusão do capital) no montante de apenas 15%, com um limite máximo de 591 euros e com a seguinte majoração: em 50% para os sujeitos passivos com renda coletável até ao limite do 2º escalão de renda, no valor de 886,50 euros; em 20% para os sujeitos passivos com renda coletável até ao limite do 3º escalão, no valor de 709,20 euros; e em 10% para os sujeitos passivos com renda coletável até ao limite do 4º escalão, no valor de 650,10 euros.

O IRS previa ainda, em 2010 e 2011, uma dedução à coleta de 30% para as importâncias líquidas de subsídios ou coparticipações oficiais, suportadas pelo sujeito passivo a título de renda devida no arrendamento de prédio urbano ou fração para residência permanente, nos termos previstos no artigo 85º do CIRS, até ao limite de 591 euros (em 2008 e 2009 esse limite era de 586 euros). Em 2012 esse limite percentual foi reduzido para 15% mantendo-se o limite absoluto de 591 euros do valor das rendas pagas. Observa-se, assim, uma dupla perda nessa dedução: pela redução para metade do limite e pela perda da dedução relativa ao capital amortizado.

Em relação às rendas relativas a contratos para habitação própria e permanente, líquidas de subsídios ou coparticipações, celebrados ao abrigo do Regime do Arrendamento Urbano (RAU) ou do novo RAU –, elas seguem a mesma trajetória observada a propósito dos juros e amortização de capitais mutuados. Assim, em 2008 e 2009 podia deduzir-se até 30% da totalidade das rendas pagas com o limite máximo de 586 euros. Nos anos 2010 e 2011 a dedução manteve-se nos 30% com o limite máximo de 591 euros. Em 2012 o limite da dedução foi reduzido à metade (15%), mantendo-se o limite máximo de 591 euros. Por outro lado, os sujeitos passivos com um grau de deficiência igual ou superior a 60% sempre

...

18 Desde que digam respeito à aquisição, construção, beneficiação de imóveis e prestações de contrato celebrados com cooperativas de habitação ou no regime de compra em grupo, com imóveis para habitação própria e permanente ou arrendamento para habitação permanente do arrendatário.

tiveram deduções à coleta do IRS mais generosas em razão de sua limitação física (artigo 87º do CIRS). Com efeito, as despesas com educação e reabilitação do sujeito passivo ou dependentes deficientes eram consideradas como um benefício fiscal (artigo 87º do CIRS) e não uma dedução à coleta. Assim, no ano de 2008 cada sujeito passivo deficiente tinha direito a deduzir à coleta 1.491 euros. Acrescia por dependente deficiente 639 euros e por ascendente deficiente acresce 639 euros. Em 2009 cada sujeito passivo podia deduzir 1.800 euros. Acrescia por dependente deficiente 675 euros e por ascendente acresce mais 675 euros. A partir de 2010 passou a ser possível deduzir 1900 euros acrescentando por dependente deficiente 712,50 euros e por ascendente 712,50 euros.

Por outro lado, as despesas de educação e a reabilitação dos titulares ou dependentes deficientes puderam ser deduzidas até 30% de seu montante, sem nenhum limite, ao longo dos cinco anos compreendidos neste estudo. Já a dedução relativa aos prêmios de seguros de saúde manteve o limite dos 30% das despesas incorridas com o valor máximo de 84 euros entre 2008 e 2011. No ano de 2012 o limite sofreu uma redução para 10%, com valor máximo de 50 euros. Mantém-se a dedutibilidade do valor correspondente a 55% do IAS por sujeito passivo, 80% do IAS por sujeito passivo nas famílias monoparentais, 40% do IAS por dependente.

A dedução com a aquisição de computadores manteve sempre os mesmos limites, mas foi extinta no ano de 2009 inclusive. Já os donativos ao Estado mantiveram-se constantes ao longo dos cinco anos estudados.

Em termos gerais é notório que foi em 2012 que se verificaram as maiores alterações. Com efeito, verifica-se que as despesas de saúde e os juros suportados com a aquisição de habitação permanente do ano de 2012 foram as deduções mais restringidas. As despesas de saúde foram reduzidas para um terço, ou seja, passaram de um limite de 30% para 10%.

A Tabela 6 anexa contém, de forma integrada, a evolução das deduções à coleta por agregado familiar. Como se pode observar, em termos globais o número de agregados que beneficiou do direito de deduzir as deduções à coleta diminuiu ao longo do período estudado. Observa-se, assim, que as despesas com a saúde têm vindo a diminuir desde 2008 até 2010, verificando-se um pequeno acréscimo no ano 2011, isto é, a variação de 2008 para 2009 é negativa em 0,6%, sendo que a variação de 2010 para 2011 é positiva em 0,56%. Na rubrica juros e amortização de habitação verifica-se um decréscimo de 2008 para 2009. Já nos anos seguintes observa-se um aumento, ou seja, a variação é negativa em 1,63% de 2008 para 2009, passando a positiva de 2010 para 2011 em 0,48%.

As despesas com educação têm vindo a diminuir de ano para ano, sendo que de 2008 para 2009 têm uma variação negativa em 3,12% e de 2010 para 2011 verifica-se um decréscimo para uma percentagem de 1,22%. As deduções respeitantes a encargos com lares apresentam um aumento de 2008 para 2009. No entanto, de 2009 para 2010 há um decréscimo e em 2011 verifica-se novo aumento. A variação de 2008 para 2009 é de 19,42%. De 2010 para 2011 é positiva em 1,21%.

Nos prêmios de seguros de vida verifica-se sempre um decréscimo de ano para ano, sendo que o ano de 2010 foi o último em que o sujeito passivo pôde beneficiar dessa dedução. Essa variação foi negativa em 3,33% de 2008 para 2009, e em 100% de 2010 para 2011. Relativamente aos donativos denota-se um decréscimo de 2008 para 2009. No ano de 2010 há um ligeiro aumento, mas em 2011 a variação de 2008 para 2009 é negativa em 0,73%, continuando negativa em 8,72% de 2010 para 2011. Observa-se também um acréscimo significativo em 16,70% de 2008 para 2009 nas deduções relativas a PPR. Contudo, nos anos seguintes verifica-se o oposto, assistindo-se a um decréscimo significativo. Nesse sentido, a variação de 2010 para 2011 é negativa em 18,02%.

Na aquisição de computadores verifica-se um aumento de 2008 para 2009.¹⁹ As energias renováveis apresentam oscilações sensíveis. Assim, de 2008 para 2009 observa-se uma variação positiva em 87,92%. Já de 2010 para 2011 nota-se um decréscimo significativo, passando para uma variação negativa em 63%. Observa-se também um aumento de 2008 para 2009 na dedução relativa aos prêmios de seguro de saúde. E o movimento inverso de 2009 para 2010 e no ano de 2011, em que ocorre um decréscimo. Assim, a variação de 2008 para 2009 é positiva em 8,71%, sendo que, de 2010 para 2011, ela é negativa em 3,37%.

Nas pensões (anexo H da declaração anual de rendimentos) verifica-se que não há variação de 2008 para 2009, ao passo que de 2010 para 2011 essa variação é positiva em 5,66%. Em relação às deduções personalizantes ao nível dos sujeitos passivos, apura-se um ligeiro crescimento de ano para ano. Por outro lado, nos dependentes e nos ascendentes, observa-se o oposto, isto é, um decréscimo de ano para ano. Na verdade, observa-se que os dependentes apresentam uma variação negativa de 1,63% de 2008 para 2009, enquanto de 2010 para 2011 há um ligeiro decréscimo, passando para uma variação negativa em 0,33%. Os ascendentes apresentam uma evolução negativa de 36,19% negativa de 2008 para 2009, continuando negativa de 2010 para 2011 em 7,58%. Em relação aos sujeitos passivos, essa variação é de 0,13% de 2008 para 2009, mas é positiva em 0,30% de 2010 para 2011. Vejamos agora a evolução dos benefícios fiscais no período objeto do estudo.

8 A EVOLUÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS COMO COMPONENTES ESTRUTURANTES DAS DEDUÇÕES À COLETA DO IRS

No período sob consideração, num cenário de reforma fiscal em ambiente de crise econômica e financeira, aumentaram sensivelmente os níveis de desemprego²⁰ e muitos contribuintes

19 2009 foi o último ano em que os sujeitos passivos aproveitaram essa dedução.

20 Segundo o PORDATA a taxa desemprego total, em 2008, ascendia a 7,6%, ao passo que, em 2012, era

sentiram maior pressão sobre seu orçamento através do aumento da carga fiscal, em parte por agravamento do Imposto de Renda (IRS).²¹ Esse imposto sofreu, no período sob consideração, importantes e duras modificações, que consistiram em reduzir fortemente as deduções à coleta (estas foram até mesmo eliminadas para os contribuintes de maiores rendimentos) e em reduzir os escalões de renda. Esta última significou um aumento das alíquotas de imposto para rendas mais baixas, tendo unicamente em vista a obtenção de mais receita fiscal, de modo a cumprir as medidas exigidas no MoU. A par das modificações estruturantes nos níveis de carga fiscal e no próprio modelo de tributação da renda das pessoas físicas, assistiu-se ainda à diminuição dos benefícios fiscais dedutíveis à coleta do IRS. Os benefícios fiscais²² são medidas de caráter excepcional e assumem diversas formas, tais como isenções, redução de alíquotas, deduções à matéria coletável e deduções à coleta.²³

Os artigos 78º, nº 1, alínea j, e 88º do CIRS permitiam, no período objeto do estudo, que os benefícios fiscais previstos do EBF fossem integralmente dedutíveis à coleta do CIRS. Todavia, o Orçamento do Estado (OE) para 2011 veio introduzir significativas restrições à relevação de benefícios fiscais como dedução à coleta em sede de IRS, mas apenas para os contribuintes de maiores rendimentos. Essas modificações determinaram um acentuado estreitamento das condições que permitem aos sujeitos passivos deduzir à coleta do IRS benefícios fiscais consagrados. Essa limitação veio a ser estabelecida no artigo 88º do Código do IRS²⁴ para o ano de 2011 e seguintes:

Artigo 88.º – Benefícios fiscais

1 - São dedutíveis à coleta [do IRS] os benefícios fiscais previstos no Estatuto dos Benefícios Fiscais e demais legislação complementar.

2 - A soma dos benefícios fiscais dedutíveis à coleta nos termos do número anterior não pode exceder os limites constantes da tabela 7 que se encontra em anexo.

...

de 15,5%. As taxas de desemprego em Portugal foram as seguintes: 7,6% em 2008, 9,4% em 2009, 10,8% em 2010, 12,7% em 2011 e 15,5% em 2012.

21 Em 2008 essa carga era de 32,8% do PIB, tendo evoluído em 2011 para 33,2% e, em 2012, para 32,4% do PIB. Em 2013 assiste-se a um aumento para 34,9% do PIB. Dados do INE em *Estatísticas das receitas fiscais, 1995-2012*, 17 maio 2013. Disponível em: <https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=151969326&DESTAQUESmodo=2>. Acesso em: 19 set. 2016.

22 Aprovado pelo Decreto-Lei n. 215/89, de 1º de julho.

23 O EBF contém uma definição de benefício fiscal em seu artigo 2º, para onde se remete.

24 Na redação dada pela Lei n. 55-A/2010, de 31 de dezembro.

Importa referir que para o ano de 2013 essa limitação foi de novo agravada e os limites passaram a ser os que constam da Tabela 8 anexa (artigo 88º do CIRS).²⁵ A Tabela 8 demonstra que, para o ano de 2013, os contribuintes com rendas acima de 20 mil euros viram reduzida a possibilidade de deduzir à coleta benefícios fiscais. Essa limitação atinge a natureza de proibição absoluta para as rendas acima dos 80 mil euros anuais. Dentre os benefícios cuja dedução à coleta do IRS foi limitada ou eliminada estão os benefícios fiscais elencados na parte II do EBF, de caráter estrutural, que compreendem os benefícios de natureza social e a poupança, como é o caso dos planos poupança reforma (PPR),²⁶ bem como os benefícios fiscais ao sistema financeiro e ao mercado de capitais, os relativos a relações internacionais, que consistem na isenção das rendas do pessoal que efetua missões diplomáticas e missões de salvaguarda de paz e consulares e das organizações estrangeiras ou internacionais.²⁷

O EBF ainda prevê benefícios fiscais de caráter temporário dedutíveis à coleta do IRS, como é o caso dos prêmios de seguros de saúde que cobrem exclusivamente riscos de saúde, dedutíveis até 10%, com limite máximo de 50 euros, acrescendo por dependente mais 25 euros. Com entrada em vigor do OE para 2011, foi revogado o benefício da dedução à coleta do IRS relativo aos prêmios de seguros de vida e de acidentes pessoais para os sujeitos passivos sem deficiência.²⁸

Em sentido inverso, no período estudado foram extintos inúmeros benefícios fiscais dedutíveis à coleta do IRS, como é o caso dos seguintes: 1) As contas de depósito poupança-habitação (CPH) (revogado pela Lei n. 55-B 2004, de 30 de dezembro), dedutível até o ano de 2004; 2) A aquisição de ações no âmbito de operações de privatização (revogado pela Lei n. 55-B 2004, de 30 de dezembro), dedutível até o ano de 2002; 3) Aquisições de ações pelos próprios trabalhadores das empresas objeto de privatização (revogado pela Lei n. 55-B 2004, de 30 de dezembro), dedutível até o ano de 2002; 4) Os planos de poupança

...

25 Na redação dada pela Lei n. 66-B/2012, de 31 de dezembro.

26 Os PPR são contas poupança e que poderão contribuir para financiar um complemento de reforma e simultaneamente fazer face a situações de necessidades.

27 Não foram alterados os benefícios relativos a donativos ao abrigo do Estatuto do Mecenato, assim como os donativos ao Estado, instituições, associações, fundações e outras entidades, que são dedutíveis em IRS até 25% dos valores declarados, sem nenhuma limitação. Foi ainda criado o benefício da dedução à coleta em 1º de janeiro de 2013 com o objetivo de incentivar o contribuinte a pedir fatura como meio de combater a fraude e a evasão fiscal e diminuir a economia paralela. Este traduz-se num benefício fiscal que consiste em deduzir à coleta do IRS 15% do IVA contido nas faturas oriundas do setor da restauração e hotelaria, do setor das oficinas de reparação de veículos e motociclos e do setor da estética e cabeleireiros, conforme artigo 66º-B do EBF, com o limite global de 250 euros.

28 O benefício ficou apenas a vigorar para os sujeitos passivos portadores de deficiência.

em ações (revogado pela Lei n. 55-B 2004, de 30 de dezembro), dedutível até o ano de 2004; 5) A aquisição de computadores de uso pessoal e outros equipamentos informáticos,²⁹ dedutível nos anos 2001, 2002, 2003, 2006, 2007 e 2008; 6) As entregas feitas a cooperativas de habitação e construção, em resultado de contratos para a aquisição, construção, recuperação ou beneficiação de imóveis para habitação própria e permanente;³⁰ 7) O IVA suportado com a aquisição de serviços de alimentação e bebidas, de reparações domésticas e de veículos,³¹ dedutível até o ano de 2003 e 2004; 8) Os prêmios de seguros de acidentes pessoais e de seguros de vida que garantam exclusivamente os riscos de morte, invalidez ou de reforma por velhice;³² 9) Os equipamentos para utilização em energias renováveis, as importâncias efetuadas com a compra de equipamentos novos para utilização nessas energias e equipamentos para produção de energia elétrica ou térmica. Esses equipamentos ainda foram dedutíveis à coleta do IRS no ano de 2011, contudo, por força da revogação,³³ deixaram de existir; 10) As obras de melhoria de comportamento térmico, ou seja, a compra de equipamentos necessários a essas obras, dos quais resulte diretamente o maior isolamento de imóveis e desde que afetos a utilização pessoal.

Por outro lado, os planos poupança reforma (PPR) deixaram de ter benefícios fiscais a partir do momento em que os sujeitos passivos passam à situação de pré-reforma ou reforma.³⁴ Todavia, para além dessas modificações pontuais, os fatos demonstram que as grandes alterações no âmbito da política de benefícios fiscais em sede de IRS se verificaram nos anos 2009 a 2012, cuja diminuição foi muito notória a dois níveis: em sua diversidade e nos montantes dedutíveis como tal na coleta do IRS. Com efeito, não só se reduziram expressivamente alguns deles, como é o caso dos encargos com seguros de saúde, como, com entrada em vigor do OE para 2011, foram revogados os benefícios relativos aos prêmios de seguros de vida e de acidentes pessoais para os sujeitos passivos sem deficiência, ficando apenas a vigorar para os sujeitos passivos deficientes.³⁵ A Tabela 9 anexa evidencia

...

²⁹ Revogado pela Lei n. 3B/2010, de 28 de abril.

³⁰ Revogado pela Lei n. 85/98, de 16 de dezembro, dedutível até 2006.

³¹ Revogado pela Lei n. 55-B 2004, de 30 de dezembro.

³² Revogado pela Lei n. 55-A 2010, de 31 de dezembro.

³³ Através da Lei n. 64-B/2011, de 30 de dezembro.

³⁴ Os PPR eram dedutíveis até 20% do valor aplicado, com o limite de 400 euros, para sujeitos passivos com idades inferiores a 35 anos; com o limite de 350 euros, para os sujeitos passivos com idades entre 35 e 50 anos; com o limite de 300 euros, para os sujeitos passivos com idades superiores a 50 anos.

³⁵ Para 2013, o Estado tornou ainda mais restritas as possibilidades de dedução de encargos à coleta do IRS e de benefícios fiscais. Com isso, superou os 175 milhões de euros previstos, alcançando uma receita

uma extinção e/ou a redução significativa das condições objetivas de dedução efetiva desses encargos pessoais, inerentes à vida pessoal dos sujeitos passivos de imposto. Essa perda contribui inequivocamente para o esforço de consolidação fiscal, financeira e orçamentária, mas também se traduziu num afastamento muito sensível do modelo do imposto dos imperativos constitucionais e numa perda de identidade e da pessoalização que se lhe pretendeu originalmente imprimir.

CONCLUSÕES

Esta pesquisa visou estudar a capacidade de resistência dos valores essenciais dos modelos de tributação da renda das pessoas físicas: progressividade das alíquotas, redistribuição de renda e tributação segundo a capacidade contributiva revelada. E permite concluir que, no caso objeto de estudo, a tributação das rendas das pessoas físicas sofreu uma evolução profunda no nível da progressividade das alíquotas do imposto, das deduções à coleta e dos benefícios fiscais, para dar cumprimento às elevadas metas de receita fiscal que foram impostas por razões de crise financeira aguda (MoU).³⁶ Das 21 deduções à coleta consideradas nesse imposto, nove sofreram atualizações moderadas, cinco mantiveram-se constantes, quatro foram extintas e duas foram restringidas. A perda das deduções à coleta trouxe a degradação, no nível do imposto, das ideias estruturantes da justiça social, da consideração do conjunto de despesas pessoais mais estruturantes e a perda da natureza pessoal (e não real) do imposto, como resulta, em especial, das Tabelas 7 e 8, por motivos totalmente alheios aos valores

...

fiscal adicional de IRS no valor de 265 milhões de euros. Relatório de auditoria n. 28/2013-2ª sec. Acompanhamento dos mecanismos de assistência financeira a Portugal – dezembro de 2013.

Na ótica da receita, previu-se o aumento da receita do IRS em 265 milhões de euros (por limitação dos abatimentos e deduções à coleta).

³⁶ Com efeito, a quinta avaliação focou o cumprimento das seguintes metas: 1) Redução do número de escalões de IRS de oito para cinco; 2) Aumento da alíquota média efetiva do IRS; 3) Introdução da sobretaxa extraordinária de IRS de 4% (hoje 3,5%) aplicada à renda coletável que excede o salário mínimo nacional. Depois, na sétima avaliação o Estado português adotou as seguintes medidas: 1) Redução do número de escalões, bem como da alíquota média do IRS, de forma a haver uma maior aproximação aos padrões europeus, mantendo a progressividade do imposto; 2) Introdução da sobretaxa extraordinária de IRS de 3,5% da renda coletável que excede o salário mínimo nacional; 3) Implementação de uma taxa de solidariedade de 2,5% para rendas enquadradas no último escalão e uma alíquota de 5% para rendas superiores a 250 mil euros; 4) Redução/eliminação das deduções à coleta personalizantes; 5) Limitação à dedutibilidade de juros com crédito à habitação; 6) Redução/eliminação de alguns benefícios fiscais. Quinta Revisão Regular do Programa de Assistência Económica e Financeira – outubro 2012, Portugal: Memorando de Políticas Económicas e Financeiras. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2012/pr12310.htm>>. Acesso em: 19 set. 2016.

próprios do imposto, a saber, necessidade urgente de arrecadação de mais receita. Em relação a essas despesas verifica-se igualmente um decréscimo dos valores aceites, em termos reais. Os resultados demonstram uma perda significativa das deduções e dos benefícios fiscais elegíveis, quer em número quer em seu montante real, e uma subsequente descaracterização do fator pessoalização do imposto de renda, por virtude da eliminação de algumas dessas deduções e diminuição, em termos reais, das que subsistiram.

A dedução à coleta do IRS de valores relativos a benefícios fiscais foi fortemente limitada pela introdução de limites máximos para cada escalão de renda coletável, os quais foram reduzidos a zero nos escalões de renda superiores, isto é, eliminadas para os contribuintes com rendas mais elevadas. Tais ajustes tiveram um impacto estrutural nas características que se julgava serem estruturantes do imposto de renda das pessoas físicas português e afetaram sua pessoalização, progressividade e padrão de justiça consagrado. Essa modificação tornou o IRS um imposto mais real e menos pessoal, e recharacterizou indiretamente todo o sistema fiscal português.

Assim, conclui-se que as significativas perdas no nível dos escalões de renda, dos benefícios fiscais e das deduções à coleta afastaram o atual modelo de tributação das rendas das pessoas físicas dos princípios constitucionais da redistribuição dessa renda e da riqueza, da progressividade, da proteção da família e das necessidades específicas do agregado familiar. E permitem concluir que os valores da progressividade, redistributividade, tributação segundo a capacidade contributiva e pessoalidade que caracterizaram o modelo de imposto de renda, embora consagrados na Constituição política (arts. 103º e 104º), apresentam fraca resiliência perante as crises e realmente não garantem a estabilidade do padrão de justiça consagrado, na medida em que é possível descaracterizá-lo por razões totalmente alheias à ideia de justiça que assiste ao imposto. E com isso é possível descaracterizar os limites constitucionais ao poder de tributar essa renda. O que permite concluir que, em geral, podendo o problema ser transversal aos demais sistemas fiscais, estes carecem de reforçar ou adicionar mecanismos que protejam esses valores fundamentais do imposto de renda contra fatores que, sendo publicamente relevantes, são estranhos a sua ideia concreta de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. *Limites constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BLAIKIE, N. *Designing Social Research: The Logic of Anticipation*. 2. ed. Cambridge: Polity, 2010.

BRYMAN, A. *Social Research Methods*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

_____; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs). *Lições de fiscalidade*. I. Princípios gerais e fiscalidade interna. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FAUSTINO, Manuel. A tributação do rendimento das pessoas singulares. In: CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Lições de fiscalidade*. I. Princípios gerais e fiscalidade interna. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 167.

HOOD, Christopher. Public management research on the road from consilience to experimentation? *Public Management Review*, v. 13, n. 2, p. 321-326, 2011.

LOPES, Cidália Maria da Mota. *Quanto custa pagar impostos em Portugal?* Coimbra: Almedina, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. *Curso de direito tributário*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MEMORANDO de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica. Tradução de responsabilidade do Governo português. [S.l.]: Comissão Europeia, 2011 Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

MORAIS, Rui Duarte. *Sobre o IRS*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

OCDE, Portugal. *Consolidação e reforma estrutural para o apoio ao crescimento e à competitividade*. OECD, jul. 2014. Série “Melhores Políticas”.

_____. *Income Inequality and Growth: the role of taxes and transfers*. Paris, 2012.

_____. *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising*. OECD Publishing, 2011.

PIRES, Manuel; PIRES, Rita Calçada. *Direito fiscal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

POLLITT, C. Debate: Approaches to control-the poverty of 'what's hot and what's not'. *Public Money & Management*, v. 30, n. 1, p. 7-8, 2010.

TEIXEIRA, Glória. *Manual de direito fiscal*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

YIN, Robert. *Case Study Research. Design and Methods*. 4. ed. London: Sage, 2009.

ANEXOS

TABELA 1 – **ALÍQUOTAS DO IRS EM 1989** (EM MILHARES DE ESCUDOS E €)

ANOS	RENDIMENTO COLETÁVEL EM MILHARES DE ESCUDOS / €	ALÍQUOTA NORMAL	ALÍQUOTA MÉDIA
1989	ATÉ 450 / 2.245€	16%	16%
	DE 450 ATÉ 850/ €4.238€	20%	17,882%
	DE 850 ATÉ 1.250/6.235€	27,5%	20,960%
	DE 1.250 ATÉ 3.000/14.964€	35%	29,150%
	SUPERIOR A 3.000	40%	-

Fonte: Aatoria própria, dados da AT.

TABELA 2 – **ESCALÕES DO IRS E ALÍQUOTAS EM VIGOR EM 2010** (PARA RENDAS OBTIDAS EM 2009)

ANOS	RENDIMENTO COLETÁVEL €	ALÍQUOTA NORMAL	ALÍQUOTA MÉDIA
2010	ATÉ 4.793	10,50%	10,5000%
	DE 4.793 ATÉ 7.250	13,00%	11,3471%
	DE 7.250 ATÉ 17.979	23,50%	18,5996%
	DE 17.979 ATÉ 41.349	34,00%	27,3039%
	DE 41.349 ATÉ 59.926	36,50%	30,1546%
	DE 59.926 ATÉ 64.623	40,00%	30,8702%
	DE 64.623 ATÉ 150.000	42,00%	37,2050%
	SUPERIOR A 150.000	45,00%	-

Fonte: Autoria própria, dados da AT.

TABELA 3 – **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS ESCALÕES DE RENDA, DAS ALÍQUOTAS, DAS DEDUÇÕES À COLETA E DOS LIMITES DEDUTÍVEIS NO IRS DE 2008 A 2012**

ANOS	RENDIMENTO COLETÁVEL €	ALÍQUOTA NORMAL	ALÍQUOTA MÉDIA	PARCELA A ABATER	LIMITE DAS DEDUÇÕES €
2008	ATÉ 4.639	10,50%	10,5000%	0,00	SEM LIMITE
	DE 4.639 ATÉ 7.017	13,00%	11,3472%	115,97	“
	DE 7.017 ATÉ 17.401	23,50%	18,5994%	852,77	“
	DE 17.401 ATÉ 40.020	34,00%	27,3037%	2.679,76	“
	DE 40.020 ATÉ 58.000	36,50%	30,1545%	3.680,36	“

	DE 58.000 ATÉ 62.546	40,00%	30,8701%	5.710,39	“
	SUPERIOR A 62.546	42,00%	-	6.961,31	“
2009	ATÉ 4.755	10,50%	10,5000%	0,00	SEM LIMITE
	DE 4.755 ATÉ 7.192	13,00%	11,3471%	118,87	“
	DE 7.192 ATÉ 17.836	23,50%	18,5996%	874,04	“
	DE 17.836 ATÉ 41.021	34,00%	27,3039%	2.746,82	“
	DE 41.021 ATÉ 59.450	36,50%	30,1546%	3.772,34	“
	DE 59.450 ATÉ 64.110	40,00%	30,8702%	5.853,09	“
	SUPERIOR A 64.110	42,00%	-	7.135,31	“
2010	ATÉ 4.793	11,08%	11,0800%	0,00	SEM LIMITE
	DE 4.793 ATÉ 7.250	13,58%	11,9270%	119,83	“
	DE 7.250 ATÉ 17.979	24,08%	19,1790%	881,09	“
	DE 17.979 ATÉ 41.349	34,88%	28,0530%	2.822,89	“
	DE 41.349 ATÉ 59.926	37,38%	30,9440%	3.856,63	“
	DE 59.926 ATÉ 64.623	40,88%	31,6670%	5.954,25	“
	DE 64.623 ATÉ 150.000	42,88%	38,0490%	7.246,17	“
	SUPERIOR A 150.000	45,88%	-	11.746,50	“
2011	ATÉ 4.898	11,50%	11,5000%	0,00	SEM LIMITE
	DE 4.898 ATÉ 7.410	14,00%	12,3480%	122,45	“
	DE 7.410 ATÉ 18.375	24,50%	19,5990%	900,46	“
	DE 18.375 ATÉ 42.259	35,50%	28,5860%	2.921,81	“
	DE 42.259 ATÉ 61.244	38,00%	31,5040%	3.978,26	“

	DE 61.244 ATÉ 66.045	41,50%	32,2310%	6.121,95	“
	DE 66.045 ATÉ 153.300	43,50%	38,6450%	7.442,61	1.100,00€
	SUPERIOR A 153.300	46,50%	-	12.041,72	1.100,00€
2012	ATÉ 4.898	11,50%	11,5000%	0,00	SEM LIMITE
	DE 4.898 ATÉ 7.410	14,00%	12,3480%	122,45	“
	DE 7.410 ATÉ 18.375	24,50%	19,5990%	900,46	100,00€
	DE 18.375 ATÉ 42.259	35,50%	28,5860%	2.921,81	80,00€
	DE 42.259 ATÉ 61.244	38,00%	31,5040%	3.978,26	60,00€
	DE 61.244 ATÉ 66.045	41,50%	32,2310%	6.121,95	50,00€
	DE 66.045 ATÉ 153.300	43,50%	38,6450%	7.442,61	50,00€
	SUPERIOR A 153.300	46,50%	-	12.041,72	0,00€

Fonte: Autoria própria, dados da AT.

TABELA 4 – **ESCALÕES DE RENDA NO IRS EM VIGOR EM 2013**

ANOS	RENDIMENTO COLETÁVEL €	ALÍQUOTA NORMAL	ALÍQUOTA MÉDIA
2013	ATÉ 7.000	14,50%	14,500%
	DE 7.000 ATÉ 20.000	28,50%	23,600%
	DE 20.000 ATÉ 40.000	37,00%	30,300%
	DE 40.000 ATÉ 80.000	45,00%	37,650%
	SUPERIOR A 80.000	48,00%	-

Fonte: Autoria própria, dados da AT.

TABELA 5 – EVOLUÇÃO DAS DEDUÇÕES À COLETA DO IRS DE 2008 A 2012 EM €

DEDUÇÕES	2008	2009	2010	2011	2012
SUJEITO PASSIVO	234,30	247,50	261,25	261,25	261,25
FAMÍLIAS MONOPARENTAIS	340,00	360,00	380,00	380,00	380,00
DEPENDENTES COM MAIS DE 3 ANOS	170,40	180,00	190,00	190,00	190,00
DEPENDENTES COM MENOS DE 3 ANOS	340,80	360,00	380,00	380,00	380,00
POR ASCENDENTE	243,30	247,50	261,25	261,25	261,25
SE FOR APENAS UM ASCENDENTE	362,10	382,50	403,75	403,75	403,75
POR SUJEITO PASSIVO DEFICIENTE	1.491,00	1.800,00	1.900,00	1.900,00	1.900,00
	0		0		0
SUJEITO PASSIVO DEFICIENTE DAS FORÇAS ARMADAS, COM GRAU DE INCAPACIDADE PERMANENTE IGUAL OU SUPERIOR A 60%	1.917,00	2.250,00	2.375,00	2.375,00	2.375,00
	0		0		0
DEPENDENTE DEFICIENTE COM GRAU DE INCAPACIDADE PERMANENTE IGUAL OU SUPERIOR A 60%	639,00	675,00	712,50	712,50	712,50
ASCENDENTE COM GRAU DE INCAPACIDADE PERMANENTE IGUAL OU SUPERIOR A 60%	639,00	675,00	712,50	712,50	712,50
SUJEITO PASSIVO OU DEPENDENTE COM GRAU DE INCAPACIDADE PERMANENTE IGUAL OU SUPERIOR A 90%	852,00	1.800,00	1.900,00	1.900,00	1.900,00
DESPESAS DE SAÚDE	30%	30%	30%	30%	10%
DESPESAS DE EDUCAÇÃO E FORMAÇÃO	30%	30%	30%	30%	30%
JUROS E AMORTIZAÇÕES	30%	30%	30%	30%	15%
AQUISIÇÃO EQUIPAMENTO PARA UTILIZAÇÃO DE ENERGIAS RENOVÁVEIS	30%	30%	30%	30%	-
ENCARGOS COM LARES	25%	25%	25%	25%	25%

PRÊMIOS DE SEGUROS DE ACIDENTES PESSOAIS E DE VIDA	25%	25%	25%	-	-
PRÊMIOS DE SEGUROS DE SAÚDE	30%	30%	30%	30%	10%
PPR	20%	20%	20%	20%	20%
AQUISIÇÃO DE COMPUTADORES	50%	50%	-	-	-
DONATIVOS AO ESTADO	25%	25%	25%	25%	25%
DONATIVOS A OUTRAS ENTIDADES	25%	25%	25%	25%	25%

Fonte: Autoria própria, dados da AT.

TABELA 6 – **DEDUÇÕES À COLETA POR AGREGADO**

DEDUÇÕES	2008	2009	VARIÇÃO		VARIÇÃO	
			2008-2009	2010	2011	2010-2011
SAÚDE	3.301.620	3.281.664	-0,60%	3.244.154	3.262.272	0,56%
JUROS DE HABITAÇÃO	1.102.143	1.084.231	-1,63%	1.103.999	1.109.329	0,48%
EDUCAÇÃO	930.021	901.040	-3,12%	870.153	859.549	-1,22%
LARES	30.282	36.162	19,42%	36.083	36.520	1,21%
PRÊMIOS SEGUROS VIDA	1.502.113	1.452.129	-3,33%	1.440.215	0	-100,00%
DONATIVOS	244.626	242.842	-0,73%	243.794	18.222	-8,72%
PPR	420.234	490.429	16,70%	475.331	396.816	-18,02%
AQUISIÇÃO COMPUTADORES	117.143	156.281	33,41%	0	0	0,00%
ENERGIAS RENOVÁVEIS	32.808	61.653	87,92%	49.248	18.222	-63,00%
PRÊMIOS – SEGUROS SAÚDE	378.026	410.964	8,71%	410.668	396.665	-3,37%

PENSÕES	0	59.592	0,00%	62.984	66.550	5,66%
DEDUÇÕES PERSONALIZANTES:						
SUJEITOS PASSIVOS	4.123.915	4.129.479	0,13%	4.140.217	4.152.800	0,30%
DEPENDENTES	1.379.993	1.357.553	-1,63%	1.289.422	1.285.110	-0,33%
ASCENDENTES	6.331	4.040	-36,19%	3.824	3.534	-7,58%

Fonte: Autoria própria, dados da AT.

TABELA 7 – LIMITE DOS BENEFÍCIOS FISCAIS POR ESCALÕES DA RENDA COLETÁVEL – ANO 2011

ESCALÃO DE RENDIMENTO COLETÁVEL (€)	LIMITE EM €
ATÉ 4.898	SEM LIMITE
DE MAIS DE 4.898 ATÉ 7.410	SEM LIMITE
DE MAIS DE 7.410 ATÉ 18.375	100
DE MAIS DE 18.375 ATÉ 42.259	80
DE MAIS DE 42.259 ATÉ 61.244	60
DE MAIS DE 61.244 ATÉ 66.045	50
DE MAIS DE 66.045 ATÉ 153.300	50
SUPERIOR A 153.300	0

Fonte: Dados retirados do artigo 88º do CIRS.

TABELA 8 – LIMITE DOS BENEFÍCIOS FISCAIS POR ESCALÕES DE RENDA COLETÁVEL – ANO 2013

ESCALÃO DE RENDIMENTO COLETÁVEL (€)	LIMITE EM €
ATÉ 7.000	SEM LIMITE
DE MAIS DE 7.000 ATÉ 20.000	100
DE MAIS DE 20.000 ATÉ 40.000	80
DE MAIS DE 40.000 ATÉ 80.000	60
SUPERIOR A 80.000	0

Fonte: Dados retirados do artigo 88º do CIRS.

TABELA 9 – VALORES DE DEDUÇÕES À COLETA LIQUIDADOS (EM MILHÕES DE EUROS €)

DEDUÇÕES	2008	2009	VARIAÇÃO		2011	VARIAÇÃO
			2008-2009	2010		2010-2011
SAÚDE	649	659	1,61%	641	608	-5,27%
JUROS DE HABITAÇÃO	580	562	-3,23%	569	579	1,72%
EDUCAÇÃO	292	299	2,40%	302	294	-2,55%
LARES	8	9	18,74%	10	10	3,91%
PRÊMIOS SEGUROS DE VIDA	72	70	-3,27%	72	0	-100,00%
DONATIVOS	17	17	1,98%	17	6	-67,64%
PPR	90	106	17,73%	103	26	-74,85%
AQUISIÇÃO COMPUTADORES	21	26	27,46%	0	0	0,00%
ENERGIAS RENOVÁVEIS	13	30	125,98%	25	2	-91,69%

PRÊMIOS – SEGUROS SAÚDE	35	39	11,18%	40	22	-43,48%
PENSÕES	0	36	0,00%	37	38	2,88%
OUTRAS	117	178	52,13%	178	153	-14,04%
DEDUÇÕES PERSONALIZANTES:						
SUJEITOS PASSIVOS	1.310	1.365	4,20%	1.426	1.431	0,36%
DEPENDENTES	332	340	2,42%	343	344	0,32%
ASCENDENTES	2	1	-33,64%	1	1	8,13%
TOTAIS	3.538	3.737	4,59%	3.769	3.514	-5,83%

Fonte: Autoria própria, dados da AT.

João Ricardo Catarino

PROFESSOR DE FINANÇAS PÚBLICAS E DIREITO FINANCEIRO E DE FISCALIDADE NA UNIVERSIDADE DE LISBOA, INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS E POLÍTICAS E NO INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA (ISCAL), INVESTIGADOR INTEGRADO NO CENTRO DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS, ACREDITADO NA FCT – FUNDAÇÃO PARA A CIÊNCIA E TECNOLOGIA. MEMBRO DA COMISSÃO DE REFORMA DO IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS FÍSICAS (2014).

jccatarino@iscsp.ulisboa.pt

Maria Adosinda Teixeira

LICENCIADA EM CONTABILIDADE E FINANÇAS E MESTRE EM FISCALIDADE PELO INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA (ISCAL).

teixeirasinda@gmail.com



Democracia e transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas

DEMOCRACY AND TRANSCONSTITUTIONALISM: THE “RIGHT TO OBLIVION”, EXTRATERRITORIALITY AND THE CONFLICT BETWEEN JURIDICAL ORDERS

Fernando José Gonçalves Acunha¹

Resumo

Estado e território são pilares fundamentais do Direito moderno. Todavia, a progressiva perda de centralidade desses elementos caracteriza-se como uma transformação que tem feito com que conflitos de direitos humanos e fundamentais passem a implicar simultaneamente ordens jurídicas de diversos níveis (internacional, transnacional e nacional). Nessa linha, temas como a legitimação democrática do Direito, sua eficácia espacial e a compatibilidade entre ordens jurídicas passam a ser objeto importante de diversos estudos jurídicos. Este artigo, partindo do exame do caso do “direito ao esquecimento”, na forma como definido por tribunais na Europa e no Brasil, pretende expor essas dificuldades operacionais do Direito. Para tanto, examina-se a forma como os ordenamentos implicados e seus tribunais delimitaram esse direito e a eficácia espacial de suas decisões, abordando-se a problemática que envolve o diálogo entre ordens jurídicas e as dificuldades suscitadas pelo deslocamento da legitimidade do Direito da democracia para a racionalidade de suas normas. Em conclusão, defende-se a impossibilidade de substituição da democracia como fundamento do Direito, sem, contudo, propor um retorno aos padrões jurídicos clássicos modernos.

Palavras-chave

Transconstitucionalismo; democracia; direitos fundamentais; direito ao esquecimento; liberdade de expressão.

Abstract

The State and its territory are fundamental institutions of modern Law. Nevertheless, these elements aren't as important as they have been, and this transformation has allowed that conflicts of fundamental rights start affecting distinct legal orders (international, transnational and national) simultaneously. Issues like the democratic legitimization of Law, its spatial efficacy and the compatibility of legal orders have become a core piece of legal studies. This article intends to explore some legal operational problems through the examination of decisions whose subject is the “right to oblivion” as it has been affirmed by Courts in Europe and in Brazil. For that reason, it analyzes how these legal orders and their Courts have been defining the depth and the scope of this “right” and also the way in which they have settled the spatial efficacy of their rulings. Its aim is to address the problematic dialogue between legal orders and the concerns raised by the replacement of the legitimacy of Law, progressively detached from democracy in order to become more related to the rationality of juridical norms. In conclusion, the paper defends democracy as an unreplaceable basis for Law, though it doesn't propose a return to classical Modernity standards.

Keywords

Transconstitucionalism; democracy; fundamental rights; right to oblivion; free speech.

INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas com o qual a sociedade globalizada contemporânea defronta-se é o da legitimidade da produção de efeitos extraterritoriais por normas e decisões estrangeiras, tendo em vista as implicações e correlações específicas entre Direito, Estado, democracia e território, agitadas particularmente num mundo em que as fronteiras nacionais são cada vez mais porosas e as certezas jurídicas menos presentes. É sobre esse tema, mediante exame de um problema concreto específico – referente às distintas aplicações do “direito ao esquecimento” feitas no Brasil e na Europa – que o trabalho vai se debruçar.

O estudo terá como foco o exame de fontes primárias (jurisprudência e, no que for necessário, legislação), no Brasil e na Europa, com vistas à identificação das diferentes formas pelas quais tais ordenamentos lidam com o tema de fundo – o “direito ao esquecimento”¹ – para problematizar os pontos de crise do Direito na contemporaneidade. Também se valerá de exame de doutrina para a elaboração do debate sobre as relações entre território, produção do Direito, seus componentes democráticos e necessidade de diálogo entre ordenamentos.

Para contextualizar o debate, é importante frisar que a formação dos Estados, das Constituições e do Direito modernos tem íntima ligação com a afirmação dos territórios nacionais. Quanto ao Direito, na modernidade, sua vigência está atrelada à noção de territorialidade porque sua feição marcadamente estatal faz com que a autoridade dos agentes públicos – uma das condições para a imperatividade dos seus comandos jurídicos – esteja espacialmente delimitada e confinada pelo território. Como defende Dobner (2010, p. 144), o território (ou *princípio da territorialidade*) é elemento central da soberania, componente do Estado moderno e de sua ordem jurídica.²

Essa íntima conexão entre Direito e território, e também entre Direito e Estado, sofre, contemporaneamente, um forte abalo. Em relação à territorialidade, já não se pode afirmar, como antes, que o limite geográfico do Estado defina a extensão máxima de incidência de normas jurídicas (cuja única exceção, no paradigma moderno, era o Direito Internacional Público vigente *entre os Estados*), justamente porque, além de mudar a própria natureza

...

1 Conci e Gerber (2015, p. 262) assim definem esse direito: “O direito ao esquecimento define-se pelo direito de que ‘ninguém pode ser eternamente lembrado ou cobrado por atos praticados no passado’”. Os mesmos autores, desenvolvendo conceitos produzidos pela jurisprudência em tribunais brasileiros e internacionais, relacionam a existência do “direito ao esquecimento” à intimidade e à proteção dos dados pessoais (CONCI; GERBER, 2015, p. 264-267).

2 “O princípio da territorialidade é mais decisivo para o Estado moderno. Ele se ampara na aceitação de fronteiras territoriais como uma forma de limite material ao exercício do poder. (...) Estados modernos ‘explicitamente reivindicam e baseiam-se em territórios geográficos particulares, o que é distinto da mera ocupação de espaço geográfico, que ocorreu em todas as formas de organização social” (DOBNER, 2010, p. 144, tradução nossa).

do território, por um lado, por outro também não é mais o Estado o único ator (e, talvez, nem mesmo o mais privilegiado dos atores) a estabelecer ordenamentos jurídicos. A emergência das ordens *trans e supranacionais, públicas e privadas* (TEUBNER, 2010, p. 331-332), traz ao sistema jurídico um novo elemento de complexidade que faz com que pressupostos até então pacíficos na modernidade (quanto à eficácia espacial de decisões proferidas pelo Judiciário, por exemplo) devam ser necessariamente relidos.

Como adverte Neves (2009, p. 256), as questões jurídicas na sociedade (global) contemporânea não são mais matéria de um único Estado, ou que, regularmente, possam ser equacionadas apenas local ou nacionalmente. Especialmente quando se trata de conflitos de direitos humanos e fundamentais,³ a *hiperintegração* mundial leva a que afetem múltiplas ordens jurídicas, de variados níveis (locais, nacionais, internacionais, regionais e transnacionais), o que evoca, justamente, a perda da centralidade do Estado e de seu território para o Direito e, precipuamente, a necessidade de se estabelecer um diálogo entre diversos ordenamentos jurídicos.

Para cumprir seu propósito, então, o trabalho partirá de uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no julgamento do caso *Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González* (processo C-131/12), de 13/5/2014, na qual o TJUE entendeu que seria possível determinar a buscadores da Internet, a partir da simples vontade do indivíduo, e em respeito a seus direitos fundamentais de proteção à privacidade, a exclusão de resultados de busca ou a supressão do acesso a suas informações todas as vezes que estivessem presentes as condições fáticas e jurídicas enunciadas no acórdão (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Questões como essa, que tocam temas sensíveis de direitos fundamentais (direito à privacidade, liberdade de expressão etc.), são objeto de preocupação em diversos ordenamentos. Globaliza-se a sociedade na mesma medida em que se globalizam os problemas. No Brasil, o “Marco Civil da Internet” (Lei n. 12.965/2014) enuncia como princípio, no inc. I do seu art. 2º, que sua disciplina parte do “reconhecimento da escala mundial da rede” (BRASIL, 2014a). A seu turno, o STJ reconheceu a eficácia jurídica do direito ao esquecimento em nosso ordenamento,⁴ embora com diferentes matizes, dadas as especificidades dos casos examinados pela Corte.

...

3 Uma proposta de distinção das duas expressões – direitos humanos e direitos fundamentais – pode ser encontrada em Neves (2009, p. 253): “Dessa maneira, tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. Os conteúdos praticamente coincidem. A diferença reside no âmbito de suas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem constitucional estatalmente delimitada. Os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial (não apenas para a ordem jurídica internacional)”.

4 Esse direito consta do Enunciado n. 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil do CJF, que interpretou o art. 11 do Código Civil. A redação do enunciado é a seguinte: “Enunciado 531 – A tutela

Num dos julgados adiante explorados, por exemplo, a Corte brasileira posicionou-se contra a possibilidade de determinar que mecanismos de pesquisa fossem compelidos a remover de seus resultados de busca certas páginas consideradas ofensivas a determinado indivíduo. Noutro caso, a Corte afastou a possibilidade de estender o alcance desse direito ao esquecimento para limitar a atuação dos instrumentos de busca da Internet, uma vez que tal extensão teria que lidar com regulações internacionais e afetaria a “soberania dos Estados”.

Em sentido oposto às decisões do STJ, o TJUE afirmou sua competência para decidir sobre o direito ao esquecimento em relação aos mecanismos de busca da Internet, mesmo que sediados fora do território da UE, com evidentes impactos extracomunitários; todavia, ainda que tenha reconhecido que a informação do caso concreto não era algo sobre o que incidisse relevante e atual interesse público, não condenou o veículo de imprensa a que modificasse seus registros ou os suprimisse, exatamente para não afetar a liberdade de expressão e informação.

É importante destacar, ainda, que o tema ganhou novos contornos, em nosso país, a partir da edição do Marco Civil da Internet, especialmente à luz de seu art. 11, *caput* e § 2º (BRASIL, 2014a), que impõe a observância compulsória da legislação brasileira e a vinculação aos “direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros” a todas as atividades de “coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet” ocorridas no Brasil, ainda que o executor dessas atividades esteja sediado no exterior.

Os exemplos dão a exata noção de que conflitos similares, cada dia mais, afetarão, simultaneamente, ordenamentos jurídicos distintos, com decisões potencialmente contraditórias. Ainda que os dois Direitos em cotejo (comunitário europeu e brasileiro) não sejam sobrepostos, não é difícil encontrar situações em que ordens jurídicas com pretensões de validade sobre um mesmo espaço geográfico confrontem-se em concreto; é o que se dá, por exemplo, entre o Direito estatal brasileiro e as ordens jurídicas indígenas tradicionais, como retratado por Neves (2009, p. 216-229). Todavia, percebe-se, com ou sem sobreposição espacial de Direitos, a simultaneidade de conflitos de direitos humanos e fundamentais e sua reprodução na sociedade mundial.⁵

...

da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2013a).

5 Não é distinta a preocupação de Conci e Gerber (2015, p. 270), que anotam o seguinte: “Esse diálogo de ordem transnacional exige que cortes nacionais e internacionais se percebam como atores de um processo de integração em matéria de direitos humanos, trocando experiências, teorias e modos de interpretar dispositivos. Tudo isso passa pela necessidade de se enfrentar um paradigma que o constitucionalismo vem construindo já há algumas décadas que exige um relacionamento aberto entre ordens

E, ademais, seu tratamento tem alcance global. Por isso, além de examinar a integração e o diálogo entre as normas jurídicas, aspectos como a legitimidade da decisão do TJUE que vincula agentes fora do território europeu (com possíveis repercussões sobre cidadãos que não legitimaram democraticamente os órgãos comunitários), a forma de entrecruzamento das ordens jurídicas, a relevância do caráter democrático para a legitimação do Direito etc., são temas sensíveis para o constitucionalismo contemporâneo. Nos seus apertados limites, é o que este artigo passará a tratar.

I O TERRITÓRIO E O ESTADO MODERNO E SUA CRISE

O território é um elemento definidor da existência do Estado e do Direito modernos, intimamente ligado à afirmação da soberania nos séculos XVI e XVII. A formação da estrutura político-jurídica estatal moderna pressupôs a centralização dos poderes e competências, até então dispersos ao longo de uma intrincada rede de ordens sobrepostas, nas mãos do soberano, que, justamente no desempenho dos atributos da soberania, passou a exercer um poder não apenas maior que os demais, senão que, segundo Preuss (2010, p. 34-35), qualitativamente superior a todos os outros poderes (políticos, econômicos, e assim por diante) da sociedade.⁶

O território foi basilar para tal processo de centralização política porque ele não apenas definiu o âmbito espacial de eficácia dos comandos proferidos pelo soberano, como também permitiu que o poder – antes personalizado e baseado em status, honorabilidade, entre outros – pudesse ser exercido de maneira geral e impessoal (PREUSS, 2010, p. 26-27). Por isso, Poggi *apud* Preuss (2010, p. 27, tradução nossa) afirma que “o Estado não *tem* um território, ele *é* um território”.

É Preuss (2010, p. 35) quem vai perceber que, no transcurso da modernidade, os territórios perderam, paulatinamente, sua centralidade para o exercício da soberania; diz

...

jurídicas internas (domésticas) e internacionais e entre os diversos tribunais nacionais de estados diferentes. Isso porque os problemas que afetam direitos humanos têm sido solucionado[s] por uma miríade de tribunais que ao menos devem conhecer e dialogar com outros para avançar na matéria de proteção dos direitos humanos”.

⁶ Brunkhorst (2010, p. 182-184) destaca que a ascensão do Estado moderno corresponde a um processo de sucessivas soluções de crises: primeiramente, as *guerras religiosas* (o que permitiu a concretização de direitos de liberdade religiosa); em seguida, a crise da *legitimidade do poder político* (resolvida pelas revoluções do século XVIII mediante a produção de um direito que garantiria a liberdade do poder público e em relação ao poder público); por fim, os *conflitos de classes sociais* (com a produção de um direito que incorporou direitos e garantias sociais). O mesmo autor, posteriormente, analisa a crise de Estado e faz a pergunta sobre a existência de um direito global, apontando desafios da democracia no contexto que emerge a partir do final do século XX. Voltaremos aos desafios da democracia na parte final deste trabalho.

o autor que teria havido uma mudança radical a partir da consagração das Constituições modernas, que substituíram o território pelo *povo* (com a ideia da representação e o princípio do autogoverno) como pilar básico em que se apoiaria o exercício do poder político. Mesmo assim, na Era Moderna, o território permaneceu como um elemento definidor do poder político e do Direito, pois estipulava o limite espacial da vigência das normas jurídicas e, ademais, garantia, na tradicional estrutura do Estado, a imposição de uma ordem jurídica com características de generalidade, abstração e impessoalidade.

Entretanto, a sociedade contemporânea, a partir da segunda metade do século XX, assistiu a um gradativo processo de relativização da relevância do território, não mais apenas como fundamento da soberania, senão que, também, para a operação do Direito. Dobner (2010, p. 144-145) chega a destacar que estaria em curso não apenas uma crise *no* território, pela perda de relevância das fronteiras nacionais para fins de incidência das normas jurídicas, como também uma crise *do* território, não mais visto unicamente em sua dimensão físico-espacial, em virtude da emergência de novos *espaços “não geográficos”*, como o ambiente virtual digital da Internet.

Em linhas sintéticas, o processo de crise *no* território – usando a linguagem de Dobner (2010, p. 144) – é assim tratado por Preuss (2010, p. 38, tradução nossa):

O recipiente está vazando. É um lugar comum, atualmente, entender que a porosidade das fronteiras, a extensão e a intensidade de interações “transfronteiriças” e dos movimentos de capitais, pessoas, bens, serviços, informação, símbolos e ideias geraram padrões e instituições sociais transnacionais que estendem as dimensões espaciais das relações sociais através das fronteiras estatais; em muitos aspectos, tornou-se global.

A perda de centralidade do território nacional para a operação do Direito é acompanhada, justamente, pela *perda da centralidade do Estado na produção do Direito*. Ainda que permaneça como um agente relevante, o Estado não é mais o único ator – e, talvez, nem mesmo o mais relevante deles (PREUSS, 2010, p. 38; NEVES, 2009, p. 297) – a produzir Direito.⁷ Trata-se, segundo Teubner (2010, p. 331-332) da necessidade de repensar cinco pressupostos básicos do Direito moderno para que se compreenda o processo de “constitucionalismo

...

7 Abordando o tema numa perspectiva de solução de conflitos constitucionais à luz do transconstitucionalismo, Neves (2009, p. 297) escreve: “O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado”.

societal” contemporâneo.⁸ Duas dessas novas leituras são relevantes para este trabalho, quais sejam: inicialmente, aceitar a existência dos regimes regulatórios *transnacionais* (*Transnational regulatory regimes*), com lógicas jurídicas específicas para determinados campos de atuação, como parte do processo de diferenciação interna ao Direito; e, em segundo lugar, entender a criação de regimes “*privados*” transnacionais (*Transnational “private” regimes*), dentre os quais seriam exemplos a *lex mercatoria* e a *lex digitalis*,⁹ em que não apenas a territorialidade seria redimensionada, como o próprio caráter *público* do Direito sofreria revisão.¹⁰

Neste ponto, cabe uma advertência: é grande a discussão sobre a existência de um processo de constitucionalização da esfera mundial (internacional e supranacional). Contudo, não nos interessa analisar se é possível ou não falar em Constituições supranacionais e internacionais, além do Estado.¹¹ Relevante, a esta altura, além da investigação sobre seu componente democrático, adiante considerada, é enfatizar que o tratamento de problemas jurídico-constitucionais é cada vez mais realizado por instituições além (interna e externamente) dos Estados nacionais.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO CONFORME O TJUE

Significativamente, uma das expressões jurídicas que mais põe em relevo a relativização das fronteiras estatais no trato de temas jurídicos comuns é a emergência do Direito comunitário

...

- 8 Uma crítica ao conceito de *Constituições civis*, a partir da teoria sistêmica, pode ser vista em Neves (2009, p. 111-113). Wahl (2010, p. 240-241) também critica o conceito, por considerar que as “Constituições civis” estão esvaziadas do caráter político fundamental de qualquer Constituição. Uma possível resposta a tal constatação pode ser encontrada em Teubner (2003, p. 11), para quem “[a] relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o ‘direito mundial sem Estado’ de uma repolitização. Muito pelo contrário: justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora”.
- 9 Neves (2009, p. 187-216) também faz referência a outras ordens privadas, como a *lex sportiva*; ademais, trata da conflituosa relação com ordens jurídicas “anticonstitucionais”, como seria o caso do direito “privado” da *Al-Qaeda*. Teubner (2003, p. 9-10), por sua vez, refere-se a ordens trabalhistas internas de grandes corporações empresariais e a um Direito da padronização técnica internacional.
- 10 “Nos dias de hoje estão se constituindo em ‘autonomia relativa’ diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional[,] setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*. (...) Vemos, portanto, uma série de formas não mais apenas rudimentares de um ordenamento jurídico mundial, que surge independentemente dos ordenamentos jurídicos nacionais e do clássico direito das gentes” (TEUBNER, 2003, p. 10-11).
- 11 A esse respeito, remete-se aos trabalhos de Grimm (2010), Preuss (2010), Dobner (2010), Prandini (2010) e, especialmente, as distintas visões contidas em Kumm (2010) e Wahl (2010).

européu.¹² Grimm (2010, p. 14-15) chega a defender que, em escala mundial, não há mais Estado soberano na mesma medida do período pré-1945, mas que tal seria especialmente verdadeiro no desenvolvimento do Direito europeu, em que “os Estados são constantemente submetidos a normas legais europeias que devem ser por eles observadas” (GRIMM, 2010, p. 15, tradução nossa).

Na complexa estrutura institucional da União Europeia (UE), apresenta-se o TJUE, ao qual é atribuída a competência para interpretar, em última instância, o Direito comunitário europeu e resolver litígios que envolvam instituições europeias.¹³ O TJUE pode, entre outros, determinar, coativamente, a interpretação de normas produzidas pela UE e impor tal entendimento às instituições nacionais. Seu trabalho reiterado de afirmação do Direito comunitário europeu fez com que Loughlin (2010, p. 65-66) afirmasse que sua jurisprudência tem sido uma das mais destacadas contribuições para a “constitucionalização por integração” em curso na Europa, reforçando o caráter obrigatório das normas comunitárias e sua superioridade em relação às ordens jurídicas nacionais dos Estados-membros. Quando se põe em perspectiva a intensa legislação produzida no âmbito comunitário, em conjunto com essa jurisprudência expansiva do TJUE, diz o autor (LOUGHLIN, 2010, p. 65-66), percebe-se a dimensão dessa integração jurídico-constitucional europeia.

Mas também a UE estabelece uma ordem jurídica distinta dos ordenamentos nacionais dos Estados-membros em matéria de direitos humanos e fundamentais. E um dos diplomas normativos referentes ao tema, de interesse para este trabalho, é a Diretiva 95/46/CE, adotada pelo Parlamento Europeu em 24/10/1995, que disciplina a proteção dos dados pessoais dos indivíduos e do direito aplicável à utilização e à circulação de tais dados (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

Foi com base nesse diploma que o TJUE julgou o processo C-131/12 (Acórdão ECLI: EU:C:2014:317) que, em resumo, tratava de encaminhamento (reenvio) feito pela Audiência Nacional da Espanha (órgão superior do Judiciário espanhol) para que a Corte europeia manifestasse-se a respeito da interpretação da Diretiva (internalizada na Espanha pela

...

12 Não se pode deixar de perceber que o processo de integração jurídica da Europa não se dá apenas no âmbito do direito comunitário europeu. É o que se vê no ordenamento regional dos direitos humanos, que comporta a existência, numa esfera distinta da UE (com um número superior de Estados-partes – quase 50 – e, portanto, uma jurisdição mais ampla), de um sistema próprio – executivo, legislativo e judicial – de direitos humanos, cujo marco legal é a Convenção Europeia de Direitos Humanos, e a atuação jurisdicional está nas mãos da Corte Europeia de Direitos Humanos. A relação de países signatários da Convenção e seus Protocolos está disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=3&CM=16&CL=ENG>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

13 Confira <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

Lei Orgânica 15/1999) no que se referia ao processo de Mário Costeja González em face de Google Inc e Google Spain SL (e, originalmente, também em face do jornal *La Vanguardia*), que discutia a obrigação de o buscador do Google (“Google Search”) suprimir resultados de pesquisa e impedir a consulta a informações publicadas na Internet que o interessado não pretendia mais que estivessem à disposição para acesso indiscriminado e irrestrito de terceiros.

O interessado também pretendia que o jornal *La Vanguardia*, que havia publicado as informações consideradas indesejadas, fosse constrangido a alterar seus arquivos ou a suprimi-los, o que foi indeferido pela Justiça espanhola. No entanto, em relação ao Google, entenderam as instâncias iniciais do Judiciário espanhol que os buscadores da Internet estariam sujeitos à legislação de proteção de dados, sendo determinada a retirada das informações que o requerente considerava desabonadoras e o estabelecimento de meios para impedir o acesso a elas, eis que sua localização e difusão seriam suscetíveis de lesar o direito fundamental de proteção dos dados.

Após recursos, a questão foi reenviada para o TJUE posicionar-se sobre as obrigações dos mecanismos de busca da Internet para efeitos da proteção dos dados pessoais. Em suas conclusões, o TJUE fixou quatro pontos principais. Afirmou que os buscadores da Internet são vinculados à legislação comunitária europeia de proteção de dados; posteriormente, tratou da incidência territorial da norma, dizendo que a norma comunitária aplicar-se-ia a mecanismos de busca situados fora do território dos Estados-membros da UE, desde que desenvolvessem atividade correlata no espaço geográfico comunitário; decidiu, também, que o respeito aos direitos dos interessados envolve a obrigação de supressão de resultados de busca mesmo quando as informações sejam lícitas, e que, por fim, seria tarefa a ser desempenhada à luz do caso concreto definir se o interessado tem direito a que a informação seja suprimida, enfatizando que os direitos fundamentais do indivíduo “prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse econômico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa” (UNIÃO EUROPEIA, 2014), cabendo afastá-los apenas por razões especiais. Veja-se:

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

1) O artigo 2º, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na aceção do artigo 2º, alínea

b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2º, alínea d).

2) O artigo 4º, n. 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro.

3) Os artigos 12º, alínea b), e 14º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.

4) Os artigos 12º, alínea b), e 14º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7º e 8º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Algumas particularidades do caso chamam atenção. O TJUE não chegou a discutir qualquer obrigação do órgão de imprensa relativamente à modificação das informações por ele

prestadas, eis que o Judiciário espanhol decidiu que não haveria qualquer violação a seus deveres pelo fato de os dados publicados serem legalmente justificados.¹⁴ A conclusão principal própria do TJUE mais relevante para o escopo deste artigo é a segunda, atinente à eficácia espacial da decisão. O primeiro questionamento formulado pela Audiência Nacional espanhola era relacionado aos limites territoriais da vinculação dos mecanismos de busca, tendo o TJUE decidido que o Google Search estava vinculado à aplicação do Direito comunitário mesmo que a empresa exploradora não fosse sediada num dos Estados-membro e neles não fizesse a operação do mecanismo, tendo em vista que o Google exploraria atividade econômica na Europa. Veja-se:

46. No que respeita à primeira destas três condições, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que o Google Search é operado e gerido pela Google Inc. e que não está demonstrado que a Google Spain realize em Espanha uma atividade diretamente ligada à indexação ou ao armazenamento de informações ou de dados contidos nos sítios *web* de terceiros. No entanto, a atividade de promoção e de venda de espaços publicitários, de que se ocupa a Google Spain para a Espanha, constitui a parte essencial da atividade comercial do grupo Google e pode considerar-se que está estreitamente ligada ao Google Search.

[...]

49. Ora, não se discute que a Google Spain se dedica ao exercício efetivo e real de uma atividade, através de uma instalação estável em Espanha. Sendo, além disso, dotada de personalidade jurídica própria, constitui, por conseguinte, uma filial da Google Inc. no território espanhol e, portanto, um “estabelecimento” na aceção do artigo 4º, n. 1, alínea a), da Diretiva 95/46.

[...]

51. A Google Spain e a Google Inc. contestam que seja esse o caso, uma vez que o tratamento de dados pessoais em causa no processo principal é efetuado exclusivamente pela Google Inc., que explora o Google Search sem intervenção alguma da Google Spain, cuja atividade se limita a fornecer apoio à atividade publicitária do grupo Google que é distinta do seu serviço de motor de busca.

[...]

...

14 Conforme relatado no parágrafo 16 da decisão: “16. Por decisão de 30 de julho de 2010, a AEPD indeferiu a referida reclamação na parte em que dizia respeito à *La Vanguardia*, tendo considerado que a publicação por esta das informações em causa estava legalmente justificada, dado que tinha sido efetuada por ordem do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais e teve por finalidade publicitar ao máximo a venda em hasta pública, a fim de reunir o maior número possível de licitantes” (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

53. Além disso, atendendo ao objetivo da Diretiva 95/46 de assegurar uma proteção eficaz e completa das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, esta última expressão não pode ser objeto de interpretação restritiva (v., por analogia, acórdão L'Oréal e o., C-324/09, EU:C:2011:474, n^{os} 62 e 63).

54. Neste contexto, importa salientar que resulta designadamente dos considerandos 18 a 20 e do artigo 4^o da Diretiva 95/46 que o legislador da União pretendeu evitar que uma pessoa seja privada da proteção garantida por essa diretiva e que essa proteção seja contornada, estabelecendo um âmbito de aplicação particularmente amplo.

55. Tendo em conta este objetivo da Diretiva 95/46 e a redação do seu artigo 4^o, n. 1, alínea a), há que considerar que o tratamento de dados pessoais, realizado com vista às necessidades do serviço de um motor de busca como o Google Search, que é explorado por uma empresa sediada num Estado terceiro, mas que dispõe de um estabelecimento num Estado-Membro, é efetuado "no contexto das atividades" desse estabelecimento, se este se destinar a assegurar, nesse Estado-Membro, a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, que servem para rentabilizar o serviço prestado por esse motor.

56. Com efeito, nestas circunstâncias, as atividades do operador do motor de busca e as do seu estabelecimento situado no Estado-Membro em causa estão indissociavelmente ligadas, uma vez que as atividades relativas aos espaços publicitários constituem o meio para tornar o motor de busca em causa economicamente rentável e que esse motor é, ao mesmo tempo, o meio que permite realizar essas atividades.

57. A este respeito, importa recordar que, como precisado nos n^{os} 26 a 28 do presente acórdão, a própria exibição dos dados pessoais numa página de resultados de uma pesquisa constitui um tratamento desses dados. Ora, sendo a referida exibição de resultados acompanhada, na mesma página, da exibição de publicidade relacionada com os termos da pesquisa, há que declarar que o tratamento de dados pessoais em questão é efetuado no contexto da atividade publicitária e comercial do estabelecimento do responsável pelo tratamento no território de um Estado-Membro, neste caso, o território espanhol.

[...]

60. Decorre do que precede que há que responder à primeira questão, alínea a), que o artigo 4^o, n. 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro.

[...]

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

[...]

2) O artigo 4º, nº 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado Membro. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Assim, o Judiciário comunitário europeu considerou inviolável a liberdade de expressão do organismo de imprensa. Além disso, a interpretação dada ao caso, em virtude do objetivo de expandir a proteção aos direitos fundamentais de cidadãos europeus, foi a de vincular buscadores não situados e não operados na Europa, fazendo-o com base na exploração de atividade comercial associada (publicidade) em território europeu. Em outros termos, o TJUE decidiu pela vinculação de instituições que não estão fisicamente em território de qualquer dos Estados-membros da UE, e, ademais, alcançou buscas realizadas por cidadãos de todo o mundo, desde que atendidas as condições de supressão especificadas no acórdão, produzindo uma decisão com eficácia global.

Apenas para que se entenda o impacto de tal decisão, recentemente, na linha desse precedente, a autoridade de proteção de dados pessoais da França (CNIL – *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés*), pela Decisão n. 2016-054, de 10/3/2016, aplicou uma multa de 100.000 euros ao Google por não ter atendido a uma determinação para excluir de *todos* os seus resultados de pesquisa – independentemente de restrições geográficas – as buscas que apontavam para cidadãos que haviam invocado um “direito a não serem listados” (“right to be delisted”). Na notícia publicada no *site* do CNIL (FRANÇA, 2016), podem-se encontrar três afirmações, quais sejam: (a) as distintas extensões com que opera o Google (“.fr”, “.es”, “.com”, etc.) fazem parte de uma única operação; (b) por isso, cidadãos franceses teriam o direito de pleitear o “esquecimento” (saída da lista de resultados a partir de consultas por nome e sobrenome) com eficácia ampla, para todos os sites e extensões usados; e (c) tal não corresponderia a qualquer violação à liberdade de expressão, eis que nenhum dado seria apagado, e não seria limitada a pesquisa pretendida se empregados meios diversos da simples combinação entre nome e sobrenome.

3 O DIÁLOGO ENTRE ORDENS JURÍDICAS

Como já antecipado, problemas de direitos humanos e fundamentais são, cada vez mais, compartilhados por distintas ordens jurídicas. Assim é que, mesmo ordenamentos altamente infensos ao compartilhamento de respostas a conflitos normativos – como é o caso dos

EUA –, têm passado por um gradativo processo de abertura à influência do Direito de outros países ou de produções supranacionais e internacionais. Nesse sentido, no caso *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551), julgado pela Suprema Corte dos EUA, o *Syllabus* indicou uma abertura para a relevância argumentativa dos precedentes internacionais quanto à imposição da pena de morte a adolescentes com menos de 18 anos. Veja-se:

(c) A maciça ênfase das opiniões internacionais contra a pena de morte a adolescentes não é vinculante aqui, mas apresenta uma confirmação respeitável e significativa para a conclusão da Corte de que essa pena é uma punição desproporcional para criminosos com menos de 18 anos. Ver, *e.g.*, *Thompson, supra*, em 830-831, e n. 31. Os Estados Unidos são o único país no mundo que continua a dar aprovação oficial à pena de morte para adolescentes. Não diminui a fidelidade à Constituição ou o orgulho em relação a suas origens reconhecer que a expressa afirmação de certos direitos fundamentais por outras nações e povos sublinha a centralidade dos mesmos direitos na nossa própria herança de liberdade. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005, p. 21-25, tradução livre).

Igualmente, a Corte constitucional sul-africana, no caso *National Coalition For Gay And Lesbian Equality v. The Minister Of Justice*, valeu-se de normas internacionais (com expressa referência à Convenção Internacional de Direitos Políticos e Civis) para afirmar a inconstitucionalidade do *Sexual Offences Act*, Seção 20A, que criminalizava a sodomia (ÁFRICA DO SUL, 1998).

Alguns esclarecimentos fazem-se necessários, todavia. Obviamente, isso não ocorre sem sobressaltos, e é igualmente sujeito a “avanços” e “retrocessos” (o que se diz sem o intuito de emprestar valor positivo ao uso ou ao desuso do Direito externo). O caso norte-americano, novamente, é um exemplo bastante elucidativo. Zaring (2006) trabalha, empiricamente, com o histórico de precedentes estrangeiros citados pelos juízes federais nos EUA nos 60 anos que antecederam à publicação de sua pesquisa; no contexto do debate entre juízes da Suprema Corte favoráveis (Stephen Breyer) e contrários (Antonin Scalia) ao uso de Direito estrangeiro, destaca que o mais comum é o recurso a essa jurisprudência para auxiliar a interpretação da legislação internacional (tratados, costumes etc.), mas também, ainda que em menor escala, para a coordenação de litígios de alcance global (*coordination of litigation*), ou, simplesmente, para realização de referências ao longo da argumentação (ZARING, 2006, p. 300-301; 307). É o próprio autor quem pontua, no entanto, a baixa utilização desses precedentes e a enorme controvérsia decorrente do uso de julgamentos externos aos EUA, o que conduziu, inclusive, à elaboração de propostas de atos legislativos que tornariam ilícita tal prática (ZARING, 2006, p. 298-299).

Além desse ponto, é de se notar que um exame da coerência dos argumentos das decisões que efetivamente baseiam-se em Direito externo, seus contextos decisórios, e a própria

diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, em cada caso, poderia pôr em xeque a consistência de alguns dos recursos a precedentes internacionais e, especialmente, a própria relevância das ordens trans e supranacionais para a resolução dos problemas constitucionais destacados. Sabe-se que se trata de uma avaliação fundamental, mas este trabalho, dados os seus limites, não vai se dedicar a tal exame, preferindo pôr foco justamente no fato de que se torna irreversível a tendência de aproximação das ordens nacionais, transnacionais, supranacionais e internacionais para o trato de questões comuns, mormente de direitos humanos e fundamentais.

A aproximação dos problemas e das ordens é verdadeira, também, em relação ao *direito ao esquecimento* aqui debatido. As conclusões do Judiciário espanhol e do TJUE (inviolabilidade da liberdade de expressão dos organismos de imprensa e expansão da eficácia territorial da decisão do Judiciário comunitário) foram invertidas, por exemplo, no Brasil, no trato de problemas absolutamente similares. O STJ – antes da edição do Marco Civil da Internet, é bom pontuar – proferiu decisões diametralmente opostas, cuja relação com o tema é digna de nota.

Vejamos. O primeiro julgado a se considerar é o REsp 1.316.921/RJ, que tratou de recurso especial sobre a obrigação do Google quanto à limitação de acesso a determinadas páginas pela restrição de funcionamento de seus mecanismos de pesquisa. No caso, a autora, pessoa de renome nacional, pretendia que buscas por determinadas expressões junto com seu nome tivessem resultados omitidos, eis que certas páginas identificadas eram ofensivas à sua honra.

Ao examinar o caso, o STJ deu provimento ao recurso do Google para negar proteção ao direito invocado pela autora. Os itens 5 a 8 do Acórdão são de interesse, e são transcritos abaixo:

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a

garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. (BRASIL, 2010)

Pode-se perceber que o STJ foi enfático ao afirmar que não poderia emitir decisão na mesma linha daquela proferida pelo TJUE, quanto aos mecanismos de pesquisa. Para o Tribunal brasileiro, o fato de os buscadores de pesquisa não serem responsáveis pelo conteúdo das páginas que compõem seus resultados agrega-se à necessidade de proteção *prima facie* do direito à livre circulação de informações, componente do direito à informação de que seria titular a coletividade.¹⁵

A síntese pode ser encontrada na p. 20 do Acórdão, neste trecho do voto da Relatora:

Em suma, pois, tem-se que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. (BRASIL, 2010)

As discrepâncias entre decisões prosseguem. No REsp 1.334.097-RJ, ao analisar a reprodução jornalística de informações verídicas associadas ao crime conhecido como “chacina

...

15 Deve-se destacar que o Ministro Massami Uyeda, na p. 22 do Acórdão, faz constar sua preocupação com a proteção à honra e à intimidade, dizendo o seguinte: “Mas, efetivamente, é preciso que haja, também, um mecanismo de defesa, porque, embora o direito à informação seja essencial para esse mundo em que vivemos, a realidade é que a honra e intimidade devem ser preservadas” (BRASIL, 2010). A decisão, ao fim e ao cabo, é alvo de críticas de Conci e Gerber (2015, p. 274-275), que enfatizam que o julgado afetaria sobremaneira o direito ao esquecimento, apontando para a necessidade de se utilizar do material fático que embasou a decisão do TJUE – e mesmo um olhar “global” – como parte do processo de amadurecimento do Brasil ao lidar com os mecanismos de busca na Internet, especialmente no que se refere a seu potencial lesivo à intimidade e à vida privada.

da Candelária”, considerou o STJ (a) ser impossível fazer qualquer determinação em relação à supressão de informações na Internet, tendo em vista o *complexo arranjo jurídico-institucional limitado pela soberania dos Estados*, e (b) condenar a empresa jornalística a indenizar o interessado pela veiculação de informações sobre as quais não havia mais qualquer interesse público contemporâneo (sua condição de indiciado no inquérito policial da chacina), dado o potencial lesivo a seus direitos fundamentais. O item 3 da ementa do Acórdão tem a seguinte redação:

3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para *internet*, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. (BRASIL, 2013b)

O Min. Luís Felipe Salomão, relator, não deixou de perceber a natureza multiforme desse tipo de conflito. Ele destacou, nas páginas 23-24 do Acórdão, que “em razão da relevância supranacional do tema, os limites e possibilidades do tratamento e da preservação de dados pessoais estão na pauta dos mais atuais debates internacionais acerca da necessidade de regulação do tráfego informacional” que possa dar conta de equacionar o “conflituoso encontro entre o direito de publicação – que pode ser potencialmente mais gravoso na internet – e o alcance da proteção internacional dos direitos humanos” (BRASIL, 2013b).

O STJ mitigou a liberdade de expressão jornalística (ainda que baseada em fatos verdadeiros) e optou por não proferir uma decisão que pudesse vir a vincular agentes situados fora do Brasil. É impossível saber, quanto ao segundo ponto, por qual razão isso se passou. O fato inconteste é que a decisão foi taxativa ao excluir uma eficácia espacial expansiva.¹⁶

Mas conflitos não ocorrem apenas entre jurisdições ou entre Tribunais; são, também, internos. Noutro julgado – REsp 1.335.153-RJ –, o mesmo STJ, em acórdão também relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, isentou de condenação veículo de informação que, no mesmo programa que gerou a condenação anteriormente referida, reproduziu um crime que havia ocorrido cerca de 50 anos antes. Nesse terceiro caso, em decisão por maioria, o

...

16 Aguarda-se, ainda, o posicionamento que adotará o Supremo Tribunal Federal em relação ao perfil constitucional desse direito ao esquecimento no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o que poderá ser feito quando vier a examinar o Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.248-RJ, cuja repercussão geral já foi reconhecida em julgamento do Plenário Virtual, proferido em 11/12/2014 (BRASIL, 2014b).

STJ decidiu que o tempo entre o crime e sua veiculação, assim como a natureza indissociável entre a vítima e o evento, afastariam a responsabilidade civil do veículo de imprensa (BRASIL, 2013c).

As decisões do STJ, no entanto, em todos os casos, seguem um padrão, qual seja: limitar a eficácia das decisões ao território nacional. Mas, ao que parece, a restrição à extraterritorialidade foi parcialmente abandonada pelo Marco Civil da Internet. A nova legislação aproximou-se de algumas premissas que nortearam o julgando do TJUE, afirmando, por exemplo, *a aplicabilidade da legislação brasileira a atividades virtuais realizadas no território nacional, mesmo que executadas por agentes sediados no exterior* (art. 11, *caput* e §§ 1º e 2º).

O que o Marco Civil não chega a indicar (ao menos não de forma inequívoca) é se será adotado um novo padrão de decisões com efeitos internacionais, como feito pelo TJUE, o qual, para fazer incidir o Direito comunitário, acabou por produzir um julgando com efeitos expansivos não circunscritos ao território em que, em tese, situar-se-ia sua base de legitimação jurídica. Mesmo os exemplos de decisões judiciais baseadas no Marco Civil que impuseram limitações de operação a aplicativos de celular (como os bloqueios recentes ao aplicativo *Whatsapp* em todo o Brasil), tomadas pelo uso dos instrumentos do art. 12 da lei, restringiram a produção de seus efeitos ao Brasil. Haverá que se aguardar a evolução jurisprudencial para entender até que ponto a nova lei significará ou não uma guinada nas decisões do Judiciário brasileiro em termos de eficácia.

Destaca-se, porém, que, em nosso sentir, há problemas no caminho seguido pela Corte europeia (e, potencialmente, a depender da prática ulterior, pelo art. 11, § 2º, do Marco Civil brasileiro), notoriamente em relação aos efeitos territoriais de sua decisão. A emergência cada vez mais frequente de problemas comuns demanda uma teoria e uma metodologia adequadas (NEVES, 2009, p. 237-238), capazes de harmonizar ordenamentos jurídicos advindos de contextos muitas vezes conflitantes numa sociedade mundial progressivamente *hiperintegrada*.

Neves (2009, p. 113-234) destaca formas de relacionamento entre as ordens jurídicas na contemporaneidade, ressaltando a possibilidade de que questões jurídicas complexas preocupem, simultaneamente, diversas ordens. Veja-se a introdução do seu trabalho (NEVES, 2009, p. XXI):

O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora

tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra.

Para o autor, é fundamental que se pense numa ferramenta para compatibilizar e harmonizar a operação desses “Direitos” sobrepostos, o que o leva a teorizar a respeito dos limites e das possibilidades do *transconstitucionalismo*, necessariamente dotado de abertura cognitiva e de perspectiva inclusiva em relação à alteridade (NEVES, 2009, p. 166; 279-298). Destaca, também, a assimetria das formas jurídicas, com diferentes imposições “soberanas” em Estados fortes e fracos, e múltiplas relações entre ordens transnacionais (NEVES, 2009, p. 279-286), para indicar como ainda é incipiente a afirmação do *transconstitucionalismo*, instrumento considerado pelo autor uma exigência funcional para uma integração sistêmica, como forma de promover a comunicação entre os fragmentos da ordem mundial e lidar com o fenômeno da exclusão (NEVES, 2009, p. 279-286; 289-292). É o próprio autor quem aponta que, a despeito das dificuldades e dos problemas de integração de ordens muito diversas, é muito mais promissora a perspectiva da inclusão “no desenvolvimento do transconstitucionalismo no sistema jurídico de níveis múltiplos entrelaçados, do que em ordens isoladas, sobretudo quando essas têm pretensão de constituir comunidades” (NEVES, 2009, p. 293).

Por isso, emerge como um tema de relevância cada vez maior dar peso a formas de comunicação e remissão entre ordens jurídicas distintas. Varella (2013, p. 164-224) escreve sobre os mecanismos empregados para a harmonização da operação jurídica de múltiplos níveis da sociedade contemporânea, em que destaca as comunicações entre juízes (chamada de *transjudicialismo*), a integração entre atores legislativos e políticos de diversas instâncias, a construção de uma gramática jurídica comum, e o processo do que chama de *confluência constitucional*, que seria a “adoção de soluções jurídicas comuns pelos textos constitucionais, a partir da ascensão de valores globais” (VARELLA, 2013, p. 174).

Independentemente dos mecanismos (se *transconstitucionais* ou de *internacionalização do direito constitucional*), o que se pretende enfatizar é que *o trato de problemas jurídico-constitucionais que envolvam direitos humanos e fundamentais já não pode mais ser feito apenas nos apertados limites nacionais e estatais pensados na modernidade*. Entretanto, essa abertura suscita outra controvérsia, tão relevante quanto ainda de difícil equacionamento, que se refere às limitações democráticas desse direito trans/supra/internacional. É o que se passa a examinar.

4 A DEMOCRACIA NA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO SUPRANACIONAL

É hora de voltar à segunda questão fundamental deste trabalho: a legitimidade democrática de decisões tomadas por instituições jurídicas no contexto da progressiva perda de centralidade do Estado e do território. Quanto ao caso estudado, trata-se de abordar a vinculação à decisão do TJUE (ou à lei brasileira, a depender da evolução jurisprudencial) de indivíduos e entes estrangeiros.

Ora, é certo que esses agentes não exerceram quaisquer prerrogativas democráticas (que não se limitam ao exercício de uma vontade constitutiva inaugural, ou ao voto nas eleições parlamentares) na construção do Direito comunitário europeu atinente à proteção de dados individuais, pelo que a legitimação democrática do TJUE quanto a eles parece ser, no mínimo, questionável. Mas por quais razões? E qual a relevância disso para o Direito contemporâneo?

Os Estados nacionais modernos, a partir do arranjo constitucional do século XVIII, trabalhavam com a ideia de legitimação democrática do Direito. Como já dito, a Constituição e seu caráter democrático substituem o território como critério da soberania. Grimm (2010, p. 10) chega a dizer que a conjugação do elemento democrático na construção jurídica com o estabelecimento do Estado de Direito (*rule of law*) são *conquistas fundamentais do constitucionalismo moderno (achievements of constitutionalism)*.¹⁷

Constatar essa ligação entre constitucionalismo e democracia não significa, todavia, afirmar que a Constituição seria plenamente capaz de ordenar a política e a sociedade. Nesse sentido, para Holmes (2012, p. 187), a despeito de serem claramente diferenciados projetos constitucionais democráticos e autocráticos (que variam justamente de acordo com a maior ou menor concentração dos poderes nas mãos de determinados atores da comunidade considerada), a distribuição de poder político não é tarefa que a Constituição consiga realizar inteiramente, visto que depende de outros elementos (demográficos, tecnológicos, culturais, econômicos etc.).

Retornando à legitimação democrática, Kumm (2010, p. 213-214) defende que o fundamento de autoridade de um ordenamento constitucional deriva de alguns fatores, dentre os quais se destaca a visão de que “todo Direito positivo deve ser concebido por aqueles a quem se dirige como o resultado de uma escolha coletiva deliberativa de indivíduos livres e iguais” (KUMM, 2010, p. 213, tradução nossa). Na mesma linha, Dobner (2010, p. 143, tradução nossa) diz que “uma constituição democrática, então, em contraste com outras formas de regulação, é um conjunto de normas com o qual a comunidade concordou, o qual é em princípio

17 “Os dois elementos do constitucionalismo, o elemento democrático e o elemento do ‘Estado de Direito’, não podem ser separados um do outro sem que sejam diminuídas as conquistas do constitucionalismo. (...) Por essa razão, seria errado reconhecer dois tipos de constituição como representantes iguais das conquistas do constitucionalismo: a do tipo democrático e a do tipo do ‘Estado de Direito’. Em termos de conquistas, apenas uma constituição que conjugue os dois elementos é capaz de preencher plenamente as expectativas do constitucionalismo” (GRIMM, 2009, p. 10, tradução nossa).

aplicável a todos os assuntos importantes dessa comunidade, e que é igualmente válido e mandatário para todos os membros dessa comunidade”.

A mudança do perfil das Constituições e do lugar ocupado pelo Estado na produção e na operação do Direito tem alterado essa relação direta entre a legitimação da ordem jurídica e o princípio democrático do autogoverno. A explicação desse fenômeno pode estar representada por uma gradativa transformação da fonte dessa legitimidade, que não seria mais (apenas) o processo de decisão fundante do ordenamento, senão que, primordialmente, o conteúdo das normas jurídicas. Loughlin (2010, p. 56-58) trabalha com dois distintos tipos de constitucionalismo – chamados *constitucionalismo republicano (político)* e *constitucionalismo liberal (legal)* – para diferenciar uma forma de articular a ordem constitucional, cujo eixo central seria a política (constitucionalismo republicano), de outra em que relevância maior seria concedida a seu elemento jurídico-normativo (constitucionalismo liberal). De acordo com o autor, *a constitucionalização contemporânea seria majoritariamente liberal-legal, que funda a legitimidade da ordem jurídica no conteúdo das normas positivadas*; nesse sentido, Constituições seriam legítimas mediante a adoção de conteúdos morais universais, que se imporiam independentemente do contexto, eis que considerados como “verdades racionais” (LOUGHLIN, 2010, p. 68).¹⁸ Kumm (2010, p. 206-210; 214) segue a mesma linha de raciocínio e questiona a ênfase, a seu ver dada pelos teóricos do “estatismo democrático”, apenas sobre o aspecto voluntarista (a “vontade do povo”) para a legitimação da ordem constitucional;¹⁹ o autor entende que, junto com o processo deliberativo, o conteúdo das normas é fundamental para a autoridade constitucional.²⁰

Nesse quadro, em que os Direitos passam a ser construídos (e legitimados), mais com base na racionalidade de suas premissas, e menos com atenção ao caráter deliberativo de escolha, Grimm (2010) e Dobner (2010) mostram-se pessimistas e céticos.²¹ Consideram, contrariamente a Teubner (2003, p. 11) e Prandini (2010, p. 323), que o arcabouço

18 Trata-se, como visto, do que Varella (2013, p. 174) chama de *confluência constitucional*.

19 Nesse particular, a crítica do autor refere-se ao excessivo peso dado ao “voluntarismo” por parte dos defensores do constitucionalismo estatista. O autor tece ácidas considerações quanto ao aspecto excessivamente voluntarista, positivista e nacionalista desse constitucionalismo, cuja defesa, nas palavras de Kumm (2010, p. 201-203), estaria sintetizada na expressão “nostalgia” constitucional, atrelada ao que concebe como “estatismo democrático”.

20 “A autoridade constitucional é em parte diretamente derivada dos princípios constitucionais aos quais ela alega instituir e dar feição completa. (...) As pressuposições normativas do constitucionalismo são traduzidas diretamente em um rol de princípios jurídicos básicos formais, jurisdicionais, procedimentais e substantivos, que são concebidos como bases das práticas jurídicas e políticas e à luz dos quais essas práticas podem ser reconstruídas e acessadas” (KUMM, 2010, p. 214-215, tradução nossa). Por essa razão, o autor defende a natureza constitucional dos tratados da União Europeia.

21 Também Wahl (2010, p. 241), que chega a dizer que tal ampara-se no esvaziamento político da Constituição.

político-institucional internacional e supranacional não dá ensejo às mesmas potencialidades democráticas que o Estado.

É justamente por conta das *incertezas do projeto democrático num ambiente de relativização do Estado* que Grimm (2010, p. 21-22) afirma que *não haveria que se pretender replicar o modelo constitucional estatal no ambiente mundial*, e que seria uma tarefa fundamental preservar o máximo possível das conquistas do constitucionalismo. Tal empreitada poderia ser conduzida por dois caminhos básicos: na luta para democratizar o poder na esfera internacional, ou na limitação da erosão do Estado no plano nacional. Dado seu ceticismo quanto à compatibilidade da democracia com o ambiente trans, supra e internacional, o autor posiciona-se claramente pela preservação, na medida do possível, das garantias estatais do potencial democrático e do controle do exercício do poder político (GRIMM, 2010, p. 21).

Dobner (2010, p. 160-161) é ainda mais incisiva. Pondo especial peso no *princípio de autodeterminação como um componente indissociável da ideia de igualdade*, a autora vê o processo de constitucionalização global como um motor que tem conduzido a uma cada vez mais reduzida possibilidade de autogoverno, propondo, em síntese, que seria necessário voltar a se pensar sobre a legitimação do Direito. Nas palavras da autora (DOBNER, 2010, p. 161, tradução nossa):

Essa negligência com a democracia não surge como uma força natural; ela é consequência de uma mudança de atenção e valorização da legitimidade para a eficiência, do constitucionalismo político para o constitucionalismo legal, da democracia para a tecnocracia jurídica. Então, a que ponto chegamos? De volta ao princípio do pensamento sobre a produção legítima do direito global.

É nesse contexto que se entende deva ser analisada a decisão do TJUE. A legitimidade do julgado foi amparada na natureza fundamental do direito protegido (que, como visto, na ordem brasileira, conduziu a julgamentos inversos, ainda que os contornos jurídicos do “direito ao esquecimento” não sejam iguais e que os impactos do Marco Civil da Internet ainda estejam por ser plenamente apreendidos). Mas não se identifica qualquer preocupação, nas razões expostas no julgamento comunitário europeu, quanto aos impactos expansivos da decisão, que afetará cidadãos em todas as partes do mundo. Ao contrário, foi textualmente advogada a inclusão de agentes não europeus sob o manto de incidência da decisão e, assim, do Direito comunitário europeu.

Não é difícil imaginar que as condições traçadas pelo acórdão do TJUE para a supressão de resultados de pesquisas na Internet (que, ademais, já “pondera”, em abstrato, qual direito teria a prevalência *prima facie*, método do qual se discorda radicalmente²²) sejam

22 Para uma crítica do método da “ponderação”, defendendo a necessidade de identificação da norma adequada para cada caso, ver, entre outros, Acunha (2014), Benvindo (2010) e Günther (1993).

atingidas por diversos agentes, que dirigirão pretensões similares àquela analisada no tópico 2 deste trabalho. E isso, certamente, impactará pesquisas e buscas de dados pessoais pela Internet em todo o planeta. *Tendo em vista as exigências democrático-políticas para o Direito*, cabe questionar: não seria interessante, antes de afirmar que as Diretivas da UE aplicam-se a empresas sediadas fora do território comunitário, que o TJUE discutisse sua legitimação para uma ordem tão expansiva? Como compatibilizar a autoridade dessa decisão com sua imposição a indivíduos não europeus, que não votaram nas eleições dos Parlamentos europeus, que não são jurisdicionados do TJUE, mas que terão seu direito de acesso à informação restringido pela determinação examinada?

Não se pode desconsiderar o peso da democracia na construção do Direito contemporâneo, como afirmado por Brunkhorst (2010, p. 197-198, tradução nossa):

1. Se todos os níveis do *continuum* de concretização das normas jurídicas são politicamente criados, então o princípio da democracia apenas é preenchido se aqueles afetados pelas normas são incluídos de forma justa e igualitária em todos os níveis de sua produção (local, nacional, regional, e global) e em todas as instituições (níveis político, econômico, social e cultural; assim, todo o esquema-AGIL parsoniano é aberto para a democratização, na medida em que ela não destrua nem a autonomia pública nem a privada).

[...] 3. Enquanto o conceito de legitimidade superior do sujeito governante (o rei ou o Estado como *Staatswillenssubjekt*) é tão fundamental para o constitucionalismo de limitação do poder quanto era para os regimes medievais de “dois corpos do rei”, o constitucionalismo democrático e fundante do poder substitui completamente essa legitimidade por um processo juridicamente organizado de legitimação igualitária e inclusiva. Os procedimentos de legitimação tornam-se nada além dos produtos da legislação democrática; a legitimação é, assim, circular no sentido de um aberto e socialmente inclusivo círculo hermenêutico de *legitimação sem legitimidade*.

CONCLUSÃO

No transcurso do trabalho, foi possível ver que a territorialidade e a estatalidade, fundamentos centrais do exercício soberano do poder político e jurídico da modernidade, passam por um processo de progressivo enfraquecimento e relativização. Novas ordens jurídicas, não mais contidas pelos limites do território estatal, algumas de natureza essencialmente privada, dão o tom daquilo que constitui, atualmente, a esfera *transnacional* do Direito mundial.

Essa *transnacionalização* do Direito, e a subjacente *hiperintegração* da sociedade mundial, leva ao inevitável aparecimento de problemas jurídicos comuns, que precisam ser trabalhados em ordens ainda diferenciadas, em níveis diversos. Como exemplo desse processo de criação de novos *loci* jurídicos, está o contexto comunitário europeu, no qual o papel da jurisprudência do TJUE tem sido decisivo para afirmar o espaço privilegiado do processo de integração

comunitária como lugar de equacionamento de conflitos de direitos fundamentais que não mais se limitam a um único país.

Assim é que a decisão proferida pelo TJUE, em relação ao *direito ao esquecimento* (processo C-131/12), reforça sua jurisprudência de afirmação, tendo a Corte entendido ser possível vincular agentes não europeus a suas decisões, e destaca que questões que são relevantes na Europa também aparecem no quadro jurídico de outros países, exatamente como se deu no Brasil.

No julgamento em questão, o Judiciário espanhol entendeu ser impossível limitar a liberdade de expressão de um organismo de imprensa, ao passo que o TJUE decidiu que está dentro da esfera de direitos do indivíduo, quando não demonstrado um especial interesse público que limitaria a proteção de sua privacidade, pleitear a supressão ou a restrição de acesso a informações desabonadoras, sendo tal direito oponível a mecanismos de busca extracomunitários, desde que demonstrado o desempenho de atividades econômicas correlatas no território da União Europeia.

O direito ao esquecimento foi amparado em disposição de direito fundamental de inegável valor jurídico e, até mesmo, moral. Certamente, a pretensão de respeitar a inviolabilidade da vida privada dos indivíduos é um dos mais mezinhos objetivos do Direito. Salta à vista, nessa linha, que o caso tenha merecido solução diversa em locais com disposições jurídicas igualmente voltadas à tutela dos direitos fundamentais, o que, se não é um problema, destaca ser imprescindível que se pense em mecanismos de harmonização de ordens jurídicas destinadas a tratar de conflitos semelhantes no âmbito de uma sociedade com influências recíprocas paulatinamente mais forte.

Mais controverso, contudo, é o fato de a decisão alcançar indivíduos que não se vinculam diretamente ao direito comunitário europeu, sem que, aparentemente, a legitimação democrática do TJUE em relação aos agentes extracomunitários tenha sido sequer considerada pelos julgadores. É para a pouca relevância do aspecto democrático como fundamento de decisões jurídicas, que gera uma potencial hiperexpansão perigosa de ordenamentos (algo que pode estar presente na aplicação do Marco Civil da Internet brasileiro), que este trabalho alerta.

Este texto não pretende dar uma resposta assertiva sobre a legitimação da decisão examinada. É controverso o fundamento de legitimidade do Direito, assim como é altamente contestada a possibilidade de uma ordem constitucional internacional ou mundial. Não se defende, aqui, a prevalência de um modelo estatal (moderno) como forma de Direito por excelência, ou que toda construção pós-nacional seja antidemocrática. Certamente, impõe-se, para a resolução de conflitos complexos de direitos fundamentais, que as distintas ordens jurídicas abram-se cognitivamente, de forma a que um processo de aprendizado estabeleça-se (NEVES, 2009, p. 297).

De outra sorte, todavia, na mesma medida em que não se pode pretender um constitucionalismo provinciano, que apenas reafirme a soberania dos Estados e tente retornar ao contexto da modernidade clássica, também não se pode deixar de entender que a manutenção da

vigência de ordens nacionais, desde que baseadas em instituições democráticas (e não qualquer ordem nacional, frise-se), pode funcionar como freio para a hiperexpansão de Direitos trans e supranacionais com potenciais destrutivos e reconhecidos déficits democráticos.

Entre as visões teóricas exploradas, é inegável o mérito de Grimm (2010) e Dobner (2010) quanto ao problema da democracia na esfera pós-estatal, de sorte que a produção de normas e decisões nesse contexto tem que ser posta em discussão. *Não será a simples racionalidade de comandos jurídicos, descolada da existência de uma verdadeira deliberação política, que permitirá que um Direito mundial – se é que ele surgirá – afirme-se como legítimo.* O componente democrático, como demonstrado por Brunkhorst (2010), ainda é imprescindível para essa tarefa, sendo imperioso que se tematizem formas de legitimar a produção jurídica em escala global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 51, v. 203, p. 165-183, jul.-set. 2014.

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. Caso CCT 11/98. Autores: National Coalition For Gay And Lesbian Equality e The South African Human Rights Commission. Réus: The Minister Of Justice, The Minister of Safety and Security e The Attorney-General of Witwatersrand. Braamfontein, África do Sul, 9 out. 1998. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgisirsi/RFSSALhd2I/MAIN/240150014/9>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits Of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg: Springer, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.316.921. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 26 jun. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 jun. 2012.

_____. Conselho da Justiça Federal. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília, jun. 2013a. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/view>>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 28 maio 2013b. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 10 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 28 maio 2013c. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 10 set. 2013.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 833.248. Recorrentes: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli. Plenário. Brasília, DF, 11 dez. 2014b. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 33, Brasília, DF, 20 fev. 2015.

BRUNKHORST, Hauke. Constitutionalism and Democracy in the World Society. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 179-198.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo judicial, proteção de dados e soberania informativa. In: ARTESE, Gustavo (Org.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 259-276. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/303785518_Luiz_Guilherme_Arcaro_GERBER_K_Dialogo_judicial_protecao_de_dados_e_soberania_informativa_In_Gustavo_Artese_Org_Marco_Civil_da_Internet_1edsao_paulo_quartier_latin_2015_v_1_p_259-276>. Acesso em: 29 jun. 2016.

DOBNER, Petra. More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 141-161.

ESPANHA. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. *BOE*, Madri, n. 198, 14 dez. 1999, p. 43088-43099. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Autor: Donald P. Roper, Superintendent of Potosi Correctional Center. Réu: Christopher Simmons. Certiorari n. 03-

633. Washington, DC, EUA, 1º mar. 2005. 543 U.S. 551 (2005). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-633.ZS.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

FRANÇA. Comissão Nacional de Informática e das Liberdades. Right to be delisted: the CNIL Restricted Committee imposes a €100,000 fine on Google. França, 24 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/en/right-be-delisted-cnil-restricted-committee-imposes-eu100000-fine-google>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3-22.

HOLMES, Stephen. Constitutions and constitutionalism. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs.). *Comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 189-216.

KUMM, Mattias. The Best of Times and The Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 201-219.

LOUGHLIN, Martin. What is Constitutionalisation? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 47-72.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRANDINI, Riccardo. The Morphogenesis of Constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 309-326.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 23-46.

TEUBNER, Gunther. A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003, p. 9-31. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

TEUBNER, Gunther. *Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State*. In: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin. (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 327-342.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Jornal Oficial*, Luxemburgo, n. L 281, 23 nov. 1995, p. 31-50. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:pt:HTML>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-131/12. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) ECLI:EU:C:2014:317. Partes: Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Pedido de decisão prejudicial: Audiência Nacional - Espanha. Relator: M. Ilešič. Grande Secção. 13 mai. 2014. *Jornal Oficial*, Luxemburgo, 7 jul. 2014, p. 4. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d585485bc5ed1a4a0698fdcbaf380e2b01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNb3z0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=262988>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

WAHL, Rainer. In Defence of 'Constitution'. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 220-242.

ZARING, David. The use of Foreign Decisions by Federal Courts: an empirical analysis. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 3, n. 2, p. 297-331, jul. 2006.

Fernando José Gonçalves Acunha

MESTRE E DOUTORANDO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO
PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB). PROFESSOR DE
DIREITO CONSTITUCIONAL. ADVOGADO.

fernandojgacunha@gmail.com

- 1 Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG - Brasil
- 2 Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG - Brasil
- 3 Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG - Brasil



Os atores interestatais no desenvolvimento regional e a participação social: a atuação dos grupos argentinos nos projetos de infraestrutura da IIRSA e do FOCEM

INTERSTATE ACTORS IN REGIONAL DEVELOPMENT AND SOCIAL PARTICIPATION:
ARGENTINIAN INTEREST GROUPS ACTION WITHIN IIRSA AND FOCEM
INFRASTRUCTURAL PROJECTS

*Jamile Bergamaschine Mata Diz¹, Mariana Porto de Paula²
e Daniela Vieira Secches³*

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a participação da sociedade civil, por meio da identificação dos grupos de interesse argentinos, nos processos de integração regional, com destaque para a utilização e aplicação dos recursos originados do Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM) e da Iniciativa para a Infraestrutura da Região Sul-americana (IIRSA), como uma vertente ancorada na União das Nações Sul-americanas (UNASUL). A metodologia buscou, ainda, por meio do método comparativo entre os mecanismos de redução de assimetrias regionais, delimitar as diferenças nos projetos de infraestrutura aprovados nos anos de 2012 e 2013, considerando as preferências dos grupos argentinos. Conclui-se sobre o distanciamento entre as preferências dos atores sociais estudados e o potencial dos modelos de integração correntes. Enquanto a IIRSA reforça o subdesenvolvimento latino-americano, o FOCEM é capaz de reduzir assimetrias regionais, mas não possui recursos suficientes para promover uma efetiva convergência infraestrutural regional.

Palavras-chave

Atores interestatais; Integração regional e grupos de interesse; Mercosul; IIRSA; FOCEM.

Abstract

This paper aims to analyze civil society participation through the identification of Argentinian interest groups in processes of regional integration, with emphasis on the use and destination of resources from Mercosur Structural Convergence Fund (FOCEM) and the Initiative for Infrastructure of the South American Region (IIRSA) later connected to the Union of South American Nations (UNASUL). The methodology sought, through a comparative method between the mechanisms of reduction of regional asymmetries, to define differences in infrastructure projects approved during 2012 and 2013, considering the existence of preferences assumed by certain Argentinian groups. This article concludes that there is a distance between the preferences of the social actors studied and the current regional integration model possibilities. While IIRSA reinforces Latin American underdevelopment; FOCEM is able to reduce regional asymmetries, but has no sufficient resources to promote an effective regional infrastructure convergence.

Keywords

Interstate actors; regional integration and interest groups; Mercosur; IIRSA; FOCEM.

INTRODUÇÃO

Há, na América Latina e Caribe, um desbordante aparato institucional¹ em torno da criação e manutenção de organizações de integração regional. Uma das ações institucionais que tomaram fôlego nos últimos anos, principalmente a partir da crise de 2008, foi a ênfase social de processos de integração como Unasul, Mercosul, Comunidade Andina de Nações, entre outros. No entanto, com fincas na legitimação de suas ações perante a sociedade civil, grupos de interesse, das mais variadas expressões (organizações sindicais, empresariais, ambientais, entre outros) vêm incentivando, cada vez mais, a coesão social com vistas à participação popular e ao controle social da atuação das organizações regionais (MATA DIZ, 2011). Esse movimento a princípio positivo encontra guarida na obra de Cohen (2000, p. 112-114), que discute a atuação dos grupos sociais em processos de institucionalização como um dos requisitos mínimos dos arranjos interestatais. Tais canais seriam, pois, garantidores da legitimidade da própria instituição.

Com esse contexto em mente, o foco deste artigo consiste em analisar em que medida os grupos de interesses argentinos influenciaram na elaboração e implantação dos projetos infraestruturais no âmbito da Iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA), órgão da UNASUL e do Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM). Adota-se uma postura comparativa entre os mecanismos de redução de assimetrias regionais, citados acima, objetivando analisar diferenças nos projetos de infraestrutura aprovados nos anos de 2012 e 2013, considerando a existência de preferências

...

1 Adota-se aqui o conceito de North (1995 apud LUJÁN, 2009, p. 191) para institucionalidade, entendido como: “las instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico”. Ainda para Cohen (2000, p. 112-114), a concepção de institucionalidade parte da existência de, pelo menos, quatro requisitos mínimos de modo que possam cumprir as tarefas para as quais foram criadas: “la adaptabilidad que significa sobre todo asumir con flexibilidad las nuevas tareas o bien descartar aquellas que pierden importancia [...] Se refiere a la necesidad de que las instituciones incorporen constantemente nuevos cuadros capaces de aportar nuevos conocimientos y concepciones; la autonomía que significa la capacidad de aglutinar las presiones alrededor de los objetivos de la institución mediante la formación de coaliciones que apoyan la realización de dichos objetivos. Una de las manifestaciones de la autonomía de la institución se encuentra en su financiamiento, pues una institución dependiente casi exclusivamente de una sola fuente de financiamiento verá su autonomía coartada y reducida a márgenes muy limitadas”.

Exemplos desses arranjos institucionais são encontrados na União das Nações Sul Americanas (UNASUL), no Mercado Comum do Sul (Mercosul), na Comunidade Andina (CAN), na Associação Latino Americana de Integração (ALADI), na Comunidade dos Estados Latino Americanos e Caribenhos (CELAC), e na Comunidade Caribenha (CARICOM).

assumidas por determinados grupos argentinos, mapeados de forma a ilustrar a diversidade das demandas sociais em relação às instituições mencionadas. O recorte temporal é justificado pela incorporação da IIRSA ao COSIPLAN, em 2011, e a adoção do Plano de Ação Estratégico em 2012, como será detalhado à frente.

Questiona-se como a participação de tais grupos afeta a legitimidade social dos processos integradores analisados. O tema é de grande relevância social e econômica, na medida em que os projetos infraestruturais sul-americanos impactam sobre uma pluralidade de atores – como empresas, povos originários e o próprio cidadão regional. Portanto, a análise da participação social nas instituições responsáveis por realizar os projetos é vital para observar se eles se adequam às demandas sociais. Para tanto, o artigo inicialmente apresenta o modelo analítico que será utilizado. Em seguida, faz-se análise sobre o arcabouço institucional dos casos estudados. Por fim, a título de considerações finais, investiga-se a atuação dos grupos de interesse argentinos no processo de tomada de decisão das instituições objeto deste artigo.

I MODELO ANALÍTICO

Abordando-se a democracia como espaço para o debate participativo, analisa-se se há efetiva possibilidade de vocalização de variadas preferências sociais relativas aos projetos aprovados. Tal esforço busca averiguar o grau de participação social nos processos de integração em pauta. Paralelamente, problematiza-se a legitimidade social do FOCEM e da IIRSA a partir da teoria de Lipset (1983). Segundo este autor, a legitimidade relaciona-se com a capacidade do sistema político em engendrar e manter a crença de que as instituições políticas existentes são as mais apropriadas para a sociedade, a partir de uma performance real e de uma performance percebida (LIPSET, 1983, p. 64). Transferindo a lógica para o objeto do artigo, tem-se o questionamento se o Mercosul e a UNASUL foram capazes, no recorte temporal previamente estabelecido, de fazer com que os grupos de interesse argentinos acreditassem que o FOCEM e a IIRSA são as instituições mais adequadas para realizar projetos infraestruturais regionais. Nesse sentido, promove-se a comparação entre as instituições a partir das preferências e da atuação dos grupos estudados.

A problematização da pluralidade dos grupos de interesse perpassa o critério da participação efetiva de Dahl (2001). Este, embora pensado para o ambiente poliárquico, pode ser operacionalizado para a arena regional. Ele pressupõe que “antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política” (DAHL, 2001, p. 49). Nesse sentido, caso haja uma assimetria na capacidade de expressão de opiniões, há a possibilidade de prevalectimento dos interesses de um determinado grupo. Logo, a hipótese principal do artigo centra-se na análise das diversas preferências sociais e em como estas são efetivamente vocalizadas e levadas em conta; ou se há fortes grupos de interesses, voltados

para políticas de atores de alta renda e dotados de amplos recursos, que controlariam os projetos estratégicos de infraestrutura abordados.

A ênfase deste artigo recai sobre a análise dos *inputs*² dos grupos de interesse, abrangendo tanto movimentos sociais quanto grupos de pressão. Movimentos sociais são definidos por Thomas (2004) como grupos que tentam emplacar visões mais amplas e gerar mudanças sociais profundas e/ou defendem questões específicas, enquanto os grupos de pressão são tidos como associações dotadas de amplos recursos, como o grande capital bancário, capazes de realizar *lobby*³ com eficiência. Ademais, tratando-se de uma análise em múltiplos níveis, pode-se estabelecer a clivagem entre grupos domésticos, nível estatal e as *umbrella organizations* que atuam a nível regional. Estes grupos agem dentro das arenas de debates dos processos de integração, como o Foro Consultivo Econômico e Social do Mercosul, ou por meio do cinto de transmissão entre as influências dos grupos domésticos e a defesa dessas no âmbito regional pelos representantes governamentais. O recorte deste artigo limita-se à primeira forma de atuação.

A análise dos grupos de interesse, de acordo com Lapalombara (1982), deve realizar-se em relação a um *issue*, que, no caso, são os projetos de infraestrutura sul-americanos. Primeiramente, identifica-se os beneficiários, caso das empresas que lucram com os projetos e os grupos prejudicados, dos povos tradicionais e das Organizações não Governamentais (ONG) ambientalistas, por exemplo. Dessa forma, pode-se compreender se há um conflito de interesses entre os grupos ou uma harmonia capaz de viabilizar a cooperação entre eles. A análise central correlaciona os projetos aprovados com os grupos de interesses argentinos mapeados, buscando constatar se há existência ou não de grupos homogêneos ou grupos prevalentes.

A próxima parte do artigo elucida os processos de integração sul-americanos. Posteriormente, serão analisados a IIRSA e o FOCEM comparando a estrutura, objetivos, quantidade de recursos, atores envolvidos no âmbito das instituições e a forma pela qual os projetos são escolhidos e financiados. Tal esforço é vital para a análise deste artigo, vez que permite identificar as diferenças institucionais entres ambas as instituições, viabilizando a compreensão da atuação dos grupos de interesses argentinos no âmbito de cada uma destas.

...

- 2 Consiste na visão dos grupos de interesse como demandadores de política ao governo. A visão *output* remete à formação dos grupos.
- 3 *Lobby* é entendido aqui como o uso estratégico da informação na interação entre grupos e governantes, de maneira a agregar apoio político maximizando a influência do grupo no processo de tomada de decisão. O grau de compartilhamento da informação depende dos custos de produção e de entrega da informação. Baseado em Santos (2010).

2 OS ATORES INTERESTATAIS NA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA:

A IIRSA E O FOCEM

O regionalismo aberto pós-liberal promove a ampliação da agenda para além de questões meramente econômicas. Dessa forma, instituem-se mecanismos interestatais, que, alicerçados no princípio da solidariedade, visam minimizar assimetrias estruturais e articular as economias, permitindo o crescimento interdependente do bloco (SORGINE, 2012). Trata-se de evitar a crise de competitividade, reflexo da heterogeneidade das economias dos membros das associações interestatais analisadas. A competitividade de um país consiste nas vantagens comparativas deste atreladas à capacidade de inovação, possibilitando altos lucros e a dinamização econômica (KIRKEGAARD, 2011).

O Mercosul, criado em 1990, foi uma das primeiras iniciativas da região no cenário da segunda onda de regionalismo, e nasceu no contexto da agenda pós-liberal. A UNASUL, por sua vez, surgiu no novo milênio com uma proposta de coordenação política renovada e ampliada. Ambos os arranjos enfrentam o desafio da sobreposição institucional, especialmente com a ampliação recente do bloco do Cone Sul.

2.1 UM TRADICIONAL ATOR NO CENÁRIO INTEGRACIONISTA REGIONAL:

O MERCADO COMUM DO SUL E O FUNDO DE CONVERGÊNCIA ESTRUTURAL

O Mercosul tem uma marcante faceta econômica e se inicia com relativamente poucos órgãos. Gradativamente, sua densificação institucional desdobrou-se ao longo dos anos. Contudo, ela não foi acompanhada de maior autonomia decisória regional, vez que o modelo continua intergovernamental (DABÈNE, 2014, p. 75). Ao constituir o Mercosul, os países optaram por adotar uma estrutura flexível, intergovernamental, com baixo grau de estruturação que não pusesse em perigo a liberdade de ação dos governos nacionais nem implicasse cessão de competências e poderes estatais. A escolha do esquema intergovernamental pode ser analisada, conforme Medeiros (2008, p. 58), sob uma perspectiva neoinstitucionalista, na qual:

O Mercosul parece poder ser compreendido dentro de uma visão dita de *second movement*, ou seja, como um fenômeno simultaneamente tributário de um *path dependence*, de uma escolha racional e de elementos cognitivos que permeiam o entendimento da sociedade civil. O intergovernamentalismo exacerbado deve-se a um apego histórico, mas recente, ao exercício da soberania conquistada após os processos de descolonização no primeiro quartel do século XIX, e a uma quase ausência de conflitos bélicos de porte que pudessem ter estimulado os Estados-nação do cone Sul, como foi o caso na Europa, a admitir com menos reticência limitações de soberania.

A estrutura institucional básica com que conta hoje o Mercosul surgiu fundamentalmente em duas etapas marcadas pela elaboração do Tratado de Assunção (21 de março 1991) e o Protocolo de Ouro Preto (17 de dezembro 1994). Posteriormente, realizaram-se pequenas

mudanças que, conquanto não modificaram profundamente o organograma original, redimensionaram as funções atribuídas a cada um dos órgãos, buscando seu melhor funcionamento e a efetividade operativa de sua agenda de trabalho.

Em 2000, a Reunião do Conselho do Mercado Comum (CMC), em Florianópolis, abriu uma terceira etapa no fortalecimento do sistema institucional do Mercosul. Dando cumprimento ao mandato governamental, adotou-se a Decisão n. 26/00 e reformulou-se a estrutura interna do Grupo do Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), aprovando a Decisão n. 59/00. O processo de integração do Mercosul sofre, a partir de 2003, com o Consenso de Buenos Aires, uma inflexão no sentido de reforçar efetivamente a integração além de metas comerciais. O FOCEM, seguindo essa tendência, foi criado em 2004, por iniciativa da diplomacia brasileira, baseando-se nas experiências dos fundos estruturais europeus, e iniciou seu funcionamento em 2007.

O Fundo de Convergência Estrutural foi criado para ajudar os sócios do bloco com menor desenvolvimento econômico, a fim de perseguir uma verdadeira equiparação e diminuir as assimetrias, segundo lembrado pelos chanceleres e negociadores dos quatro países membros plenos do Mercosul nas reuniões prévias realizadas no mês de junho de 2005. A Decisão n. 18/05, que dispõe sobre a integração e funcionamento do Fundo para a Convergência Estrutural e fortalecimento da Estrutura Institucional do FOCEM, determina que a criação deste Fundo se destina a financiar os seguintes programas: i) promover a convergência estrutural; ii) desenvolver a competitividade; iii) promover a coesão social⁴ e apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração.

Vale ressaltar que a Decisão n. 45/04, em seu artigo 2, estabelece o conteúdo dos programas que devem ser financiados pelo Fundo, atribuindo a cada um deles um teor específico. Com base nas disposições da Decisão n. 18/05 e da Decisão n. 01/10 (artigo 36), atribuiu-se a cada um dos eixos financiáveis linhas de ação,⁵ que devem ser observadas para que se possa começar o projeto de solicitação dos fundos.

...

4 “La cohesión social implica de este modo una dimensión de solidaridad que contempla sistemas universales de protección social, de regulación para corregir los fallos del mercado y de sistemas de diálogo social. Estas políticas contribuyen a reforzar la productividad de la sociedad y a mejorar el bienestar económico y social, tomándose un complemento necesario y superador de las políticas sociales sectoriales y focalizadas, y brindándoles un objetivo integrador” (CRAVINO, 1999, p. 54).

5 a) **Programas de convergência estrutural:** as atividades marcantes na Decisão CMC n. 01/10 e que se referem ao programa I são: i) construção, adequação, modernização e recuperação de vias de transporte; de sistemas logísticos e de controle fronteira que otimizem o fluxo da produção e promovam a integração física entre os Estados Partes e entre suas sub-regiões; ii) exploração, transporte e distribuição de combustíveis fósseis e biocombustíveis; iii) geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; e iv) implantação de obras de infraestrutura hídrica para contenção e tratamento de águas brutas, de saneamento ambiental e de macrodrenagem.

O artigo 6 da Decisão n. 18/05 estabelece as percentagens de participação de cada membro, a partir da análise do Produto Interno Bruto (PIB) de cada um dos países, de maneira que a garantir o monto total anual, aproximadamente 100 milhões de dólares, alocado de forma inversamente proporcional ao Estado que mais os concedeu, evidenciando a finalidade de reduzir as assimetrias, particularmente em zonas fronteiriças. O montante se integra da seguinte maneira: Argentina: 27%; Brasil: 70%; Paraguai: 1%; e Uruguai: 2%. Ademais, contribuições voluntárias podem ser realizadas.

O artigo 7 da Decisão n. 18/05 supramencionada determina, por sua vez, que os recursos do FOCEM destinados ao financiamento dos projetos dos Programas I, II e III, citados na nota número 5, distribuir-se-ão entre os Estados Partes, de acordo com as seguintes porcentagens: i) aos projetos apresentados pelo Paraguai: 48%; ii) aos projetos apresentados pelo Uruguai: 32%; iii) aos projetos apresentados pela Argentina: 10%; iv) aos projetos apresentados pelo Brasil: 10%.

Os Estados mercosulistas devem participar no financiamento dos projetos aprovados pelo Conselho do Mercado Comum, com fundos próprios equivalentes, no mínimo, a 15% do valor total de tais projetos, com o qual a participação do Fundo não poderá ultrapassar 85% do valor total do projeto apresentado. Uma questão interessante é que o artigo 13 previa

...

b) **Programas de desenvolvimento da competitividade:** em dito eixo estão incluídos os seguintes componentes: i) geração e difusão de conhecimentos tecnológicos voltados para setores produtivos dinâmicos; ii) metrologia e certificação da qualidade de produtos e processos; iii) rastreamento e controle de proviência de animais e vegetais. Garantia de segurança e da qualidade de seus produtos e subprodutos de valor econômico; iv) desenvolvimento de correntes produtivas em setores econômicos dinâmicos e diferenciados; v) promoção da vitalidade de setores empresariais, formação de consórcios e grupos produtores e exportadores; vi) desenvolvimento de concorrências associadas à execução, à gestão e ao melhoramento de processos de manufatura, de serviços e de negócios; vii) reconversão, crescimento e associatividade das pequenas e médias empresas, sua vinculação com os mercados regionais e promoção da criação e desenvolvimento de novas iniciativas; viii) capacitação profissional e em autogestão, organização produtiva para o cooperativismo e associativismo e encubação de empresas. ix) promoção e diversificação dos sistemas nacionais de inovação científica e tecnológica.

c) **Programas de coesão social:** segundo o artigo 36 da Decisão de 2010, os projetos apresentados no âmbito desse programa deverão contribuir para o desenvolvimento social, em particular nas zonas de fronteira, e poderão incluir projetos de interesse comunitário em áreas de saúde humana, educação, redução da pobreza e do desemprego, abarcando componentes que vão desde a implantação de unidades de serviço e atendimento básico em saúde até medidas específicas de combate à pobreza.

d) **Programa de fortalecimento da estrutura institucional e do processo de integração:** os projetos apresentados no âmbito deste programa deverão atender ao aperfeiçoamento da estrutura institucional e seu eventual desenvolvimento, bem como o aprofundamento do processo de integração. Uma vez cumpridos os objetivos dos projetos, as estruturas e atividades que possam resultar serão financiadas em partes iguais pelos Estados Partes. Conforme o artigo 10, até 0,5% dos recursos FOCEM serão destinados anualmente ao financiamento de projetos vinculados a esse Programa.

que os recursos se destinassem, durante os quatro primeiros anos do Fundo, a incrementar a dotação de infraestrutura física dos Estados membros.

Neste ponto, o Fundo foi utilizado para medidas estruturais tendentes a favorecer a conexão entre os países, de modo a melhorar as condições físicas já existentes. Esta disposição foi implicitamente derogada pela entrada em vigor da Decisão n. 01/10, quando não se estabelece mais nenhum tipo de preferência sobre os programas. Agora bem, apesar das críticas feitas por alguns estudiosos (TERRA, 2008), não se pode negar que a criação de um Fundo para atenuar as assimetrias existentes entre os Estados Partes e contribuir para o desenvolvimento do processo de integração gerou um espaço importante no âmbito institucional do Mercosul, ao estabelecer mecanismos que podem, em maior ou menor medida, favorecer aspectos relevantes para a integração, como o é a infraestrutura física. Basta recordar, sem ânimo de comparação, a importância dos Fundos Europeus para os Estados membros da União Europeia (MATA DIZ, 2011, p. 78-102).

Para analisar as influências dos grupos de interesse da Argentina nos projetos infraestruturais do FOCEM, é mister compreender como estes são escolhidos. A Unidade Técnica Nacional Focem (UTNF) do Estado membro interessado submete o projeto para avaliação da Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul (CRPM), que confere as condições de exigibilidade, nos moldes do artigo 38 do Regulamento. Posteriormente, a Comissão repassa o projeto para a Unidade Técnica FOCEM (UTF/SM) e o Grupo Ad Hoc de Especialistas (Gahe-Focem). Estes emitem um parecer que, se aprovado, é devolvido juntamente com o projeto para a Comissão que, por sua vez, remete-o para a Grupo Mercado Comum (GMC). Por fim, o Conselho do Mercado Comum (CMC) aprova o projeto e determina a quantidade de recursos a serem alocados.

O FOCEM recebeu 751 milhões de dólares desde seu funcionamento até junho de 2013, dos quais 448 milhões foram já desembolsados e destinados a projetos aprovados. O Fundo apoia 44 projetos, sendo que 39 estão em execução, três foram finalizados e dois invalidados; estes projetos totalizam 982 bilhões, com um aporte de um bilhão e meio de dólares advindos do Fundo e o restante de contribuições locais. 86% dos projetos visam à convergência estrutural, paralelamente, pelo critério de país assistido, 65% são destinados ao Paraguai visando reduzir as assimetrias regionais.⁶ Respeitando o recorte do artigo, de 2012 até junho de 2013, foram desembolsados, pelo FOCEM, 250 milhões dos 433 previstos para o período (FOCEM, 2013), conforme ilustra a Figura 1.

...

⁶ Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul, Informe Semestral das Atividades, publicado de acordo com a Decisão do Conselho do Mercado Comum n. 11/03, janeiro 2013, disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5601/1/cmc_2013_acta01_ane10_es_di04_-_informe_semestral_crpm_al_cmc_-_final_completo_con_informe_ca.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013.

2.2 UM NOVO ATOR NO CENÁRIO INTEGRACIONISTA REGIONAL: A IIRSA

A IIRSA é um fórum de diálogo regional do qual participam os 12 países da América do Sul,⁷ com o objetivo de desenvolver uma infraestrutura física de transporte, energia e comunicação que fortaleça a integração regional por meio do desenvolvimento sustentável. Em 2011, a IIRSA foi incorporada, à UNASUL⁸ como parte do fórum técnico do Conselho Sul-Americano de Infraestrutura e Planejamento (COSIPLAN) (DABÈNE, 2014, p. 92).

Assim, pode-se concluir que a IIRSA, oficialmente, apresenta como principal objetivo a consolidação de uma estrutura física que possibilite uma rede de conexão viária, aeroportuária e marítima entre os países sul-americanos, proporcionando cooperação e eficiente circulação de mercadorias, informação e energia. Ainda, com o intuito de atingir os objetivos institucionalmente estabelecidos,⁹ foram ratificados em reunião do Comitê de Direção Executiva da IIRSA (CDE), em 2002, os princípios norteadores, que segundo a página web oficial da IIRSA são o regionalismo aberto, os eixos de integração e desenvolvimento (EID), sustentabilidade econômica, social, ambiental e político institucional, aumento do valor agregado da produção, tecnologias da informação, convergência normativa e coordenação público-privada (MATA DIZ; SOUZA, 2015).

A IIRSA organizou um plano territorial para seu programa de desenvolvimento chamado de Eixos de Integração e desenvolvimento (EIDs). Os EIDs são resultado de uma análise econômica, comercial, ambiental e social que facilite o planejamento territorial da implantação da infraestrutura. Assim, a IIRSA (2012) definiu o que são os Eixos de Desenvolvimento:

...

7 Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai, Venezuela.

8 A UNASUL, diferentemente do Mercosul, nasce de agenda pós-comercial, que confere particular relevo à democracia, defesa e infraestrutura. A União se volta para a resolução pragmática, multissetorial e regional de crises.

9 A Iniciativa tem como objetivos:

- a) criar um espaço organizado e integrado, produto do desenvolvimento das telecomunicações, da energia e do transporte;
- b) promover o desenvolvimento regional, mediante planejamento e gestão de dez eixos de integração;
- c) promover o desenvolvimento local e evitar que os eixos de integração gerem impactos positivos somente para os mercados principais;
- d) modernizar os marcos institucionais e regulatórios que gerenciam e regulam o uso da infraestrutura;
- e) incrementar o comércio inter-regional apoiando a integração dos mercados;
- f) consolidar cadeias produtivas para melhorar a competitividade nos mercados mundiais;
- g) facilitar a penetração da produção nos mercados internacionais pela diminuição de custos, principalmente pelo desenvolvimento dos transportes;
- h) harmonizar e homogeneizar políticas, planos e marcos regulatórios e institucionais entre os diferentes Estados;
- i) mitigar as disparidades regionais no acesso a energia e telecomunicações;

Os Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID's) são territórios multinacionais onde se concentram espaços naturais, assentamentos humanos, zonas produtivas e fluxos comerciais. Para cada EID são identificadas as necessidades de infraestrutura física, a fim de articular o território com o resto da região e planejar os investimentos para que a qualidade de vida de seus habitantes seja melhorada.

A IIRSA estruturou o continente Sul-americano em dez eixos, conforme indicado na Figura 2, retirada do Sistema de Información Georeferenciada (2013).

Portanto, mais que corredores de fluxo econômico os eixos representam também a aplicação do conceito de *triple bottom line*, ou “tripé da sustentabilidade”; isto é, buscam o desenvolvimento econômico além de voltar-se ao aspecto social tendo sempre presente a necessidade de coaduná-lo com a proteção ambiental. Assim,

[...] as organizações devem levar em consideração aspectos não somente econômicos, mas também sociais e ambientais, que se relacionem com suas respectivas atividades. O conceito recebeu críticas relativas à falta de clareza na hora de ponderar e aplicar as variáveis propostas pelo método, porém a importância do *triple bottom line* é inegável para a manutenção da defesa do desenvolvimento sustentável em vários âmbitos, e cada vez mais torna-se patente a necessidade de um ordenamento jurídico consistente com o maior nível de proteção ambiental. (MATA DIZ; GOULART, 2012, p. 12)

Nesse sentido, Senhoras e Vitte (2008, p. 37-64) afirmam que os eixos de integração:

ao criar uma massa crítica de interesses compartilhados de uma infraestrutura física geradora de benefícios mútuos e de solução de problemas energéticos e logísticos que pode racionalizar o espaço de desenvolvimento, teriam por objetivo melhorar a interdependência entre os países sul-americanos via integração física entre os países amazônico-andinos e os países platinos, em especial o Brasil que faz fronteira com quase todos os países da região sul-americana e não tem acesso ao pacífico sul-americano ou ao Caribe.

A IIRSA formulou uma carteira de projetos com 531 projetos de infraestrutura para dar maior eficiência para a gestão e implementação dos eixos. Para dinamizar tal carteira, definiu-se uma agenda, por consenso, de implementação de 31 projetos prioritários ou âncoras assim definidos pelo seu alto impacto na integração física da América do Sul. O PAE, iniciado em 2012, conta com 31 projetos na Agenda Prioritária de integração (API), indicados na Tabela 1 (COSIPLAN, 2011), sendo que 58% estão na fase de pré-execução, somando um orçamento estimado de 16,7 bilhões de dólares, contrastando com 1,5 bilhão recebido

pelo FOCEM desde 2007, evidenciando, portanto, a ambição da IIRSA e a preferência por parte de bancos regionais e empresas em apoiá-la, como será analisado posteriormente.

A formação da carteira de projetos da IIRSA deu-se a partir do desenvolvimento e aplicação da metodologia de planejamento territorial indicativo. Esta metodologia parte da identificação dos EIDs que, por sua vez, organizam o território sul-americano e ordenam a Carteira de Projetos. (SENHORAS; VITTE, 2008, p. 37-64). Os trabalhos de planejamento e ordenamento territorial geraram resultados pelo agrupamento de projetos com características e/ou finalidades comuns que permitiram a identificação de grupos de projetos dentro de cada EID e, também, possibilitou priorizar aqueles com maior impacto em relação ao desenvolvimento e maior facilidade de realização. Um grupo de projeto é um conjunto interdependente em um determinado espaço geoeconômico, que tem efeitos sinérgicos sobre o desenvolvimento sustentável (COSIPLAN, 2011).

Ainda, em um segundo momento, a planificação territorial foi marcada por um aprofundamento e incremento de qualidade no planejamento, principalmente pela criação de novas ferramentas de análise e metodologias de planejamento territorial representadas pelo Sistema de Información Georeferenciada – Programa GeoSur, metodologia de integração produtiva e logística (IPrLg), sistema de informação para gestão estratégica (SIGE), base de dados de projetos, avaliação de projetos transnacionais de infraestrutura e avaliação ambiental e social com enfoque estratégico (EASE) (MATA DIZ; SOUZA, 2015).

Contudo, conforme será analisado, a participação de grupos de interesse não se fez presente no momento do planejamento territorial, nem na construção dos sistemas de informação, já que somente no marco do EASE houve, de forma indireta, a participação de alguns representantes de setores da sociedade civil. A ação 6.1.1 do COSIPLAN contempla a adoção da Metodologia de Avaliação Ambiental e Social com Enfoque Estratégico (EASE), que visa diminuir impactos negativos e conta com especialistas ambientais e sociais. Esta é realizada conjuntamente com o Estudo de Viabilidade Técnico-Econômica e Ambiental (EVTEA). O desenvolvimento e a aplicação destas ferramentas e metodologias propiciam o melhor conhecimento dos territórios analisados assim como pretendem produzir um aumento na qualidade das decisões em relação à implantação da infraestrutura.

Paralelamente, os projetos podem ser agrupados de acordo com os dez Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID), nos quais o território multinacional é delimitado ou classificado como Processos Setoriais de Integração sem limites territoriais e visa, principalmente, superar obstáculos de natureza normativa, englobando os 12 países membros. O recorte deste artigo recairá sobre os EID, e os projetos se vinculam aos setores de transporte, energia e comunicação.

Os recursos da IIRSA estão atrelados, principalmente, a bancos regionais de desenvolvimento como: o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Corporação Andina de Fomento (CAF), o *Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca Del Plata* (FONPLATA), que formam o Comitê de Coordenação Técnica (CCT) responsável por coordenar atividades e conferir apoio técnico e financeiro

Desde o lançamento da IIRSA, os bancos têm tido um papel bastante ativo financiando estudos e projetos, além de promover a participação do setor privado no contexto da iniciativa. As Instituições Financeiras Multilaterais (IFMs), são instituições públicas ou privadas, cujos recursos provêm dos cofres dos países sócios que, além de financiar políticas, programas e projetos dos governos, elaboram estudos técnicos, formam parte da tecnoburocracia governamental, prestando assessoria e orientando a implementação das ações da infraestrutura nos países membros.

O domínio dessas forças é definido pelo poder econômico de cada país-membro na IIRSA: “*quem possui maior número de ações tem maior poder de decisão*”, logo o Brasil é o sul-americano com maior peso dentro desta Iniciativa. A IIRSA pode ser observada como a expressão máxima da megalomania da integração regional que está ligada a algumas IFMs que atuam no Brasil trabalhando a serviço do capital financeiro internacional na busca incessante e qualquer custo do *crescimento econômico* do continente sul-americano. (MELO, 2008, p. 25).

O COSIPLAN, por sua vez, é a instância de discussão política e estratégica que promove a articulação de esforços que viabilizam a integração infraestrutural. O Conselho, composto dos Ministros da área de planejamento e infraestrutura ou seus equivalentes dos Estados Partes da UNASUL, é a instância responsável por aprovar o Plano de Ação Estratégico (PAE). Agregando à estrutura da UNASUL, têm-se: i) o Comitê Coordenador integrado pelos delegados ministeriais dos Estados membros; ii) a própria IIRSA como Foro Técnico; e iii) Grupos de Trabalho temáticos.

O COSIPLAN escolhe, por meio do consenso, os projetos de alto impacto a serem abarcados pela API. Tal procedimento deve respeitar quatro critérios: i) o projeto deve pertencer à Carteira de Projetos da IIRSA e ter prioridade para o governo nacional; ii) dispor de estudos de viabilidade, ou que o país tenha atribuído recursos no orçamento para dar início à sua execução; iii) consolidar as redes de conectividade com alcance regional; e iv) gerar a oportunidade ou a necessidade de criação de um programa de ações complementares que se desenvolvam para a efetiva prestação de serviços e o desenvolvimento sustentável do território, de acordo com as características e modalidades de cada projeto.

Os projetos podem ser financiados, a princípio, por duas vias: i) pelos Estados partes e pela UNASUL, se as ações forem de iniciativa do Comitê Coordenador e pelos Grupos de Trabalho; ii) pelos órgãos financeiros que constituem o CCT em conjunto com os Estados partes e a UNASUL. Entretanto, com a entrada da IIRSA no COSIPLAN, abre-se espaço para outras formas de obtenção de recursos para viabilizar os projetos, como analisado pela tabela abaixo. Cohen (2000) relaciona a forma de financiamento à autonomia da instituição, nesse sentido, o FOCEM detém altos níveis de autonomia, vez que seus recursos são advindos de contribuições estatais preocupados com o *outcome* coletivo regional. Ao passo que,

quanto à IIRSA, questiona-se se a atuação do CCT e de como as outras formas de financiamento impactam sobre a autonomia decisória do COSIPLAN, já que bancos e empresas tendem a preocupar-se com lucro advindo dos projetos.

Nesse sentido, o princípio do COSIPLAN que defende a “participação cidadã e pluralismo nas iniciativas de integração regional em infraestrutura, reconhecendo e respeitando os direitos de todos os povos e sua diversidade multicultural, multiétnica e plurilinguística” (COSIPLAN, 2011) se faz essencial para conter os interesses dos atores de alta renda. Em consonância está a ação 2.3 do Conselho que estabelece como meta: “definir instâncias de participação social e de contribuição ativa das comunidades envolvidas nas atividades do COSIPLAN, a partir das diretrizes definidas pela UNASUL, de acordo com o seu Tratado Constitutivo”. O artigo problematizará esta questão por meio da atuação dos grupos de interesse como garantidores de legitimidade das instituições.

A ficha de justificativa dos critérios de seleção da API¹⁰ permite analisar a forma de financiamento de cada projeto, sendo que estes podem contar com diversas fontes de financiamento, concomitantemente. Constataram-se as informações disponíveis na Tabela 2 de formas de financiamento parcial e, por este motivo, a soma é maior que o número de projetos. É interessante ressaltar que as outras formas de financiamento abarcam o próprio FOCEM evidenciando o fenômeno do *spaghetti bowl*. Essa categoria aplica-se igualmente a outros atores internacionais como a União Europeia e a China.

O Grupo de Trabalho sobre Mecanismos de Financiamento e Garantias, em reunião no Rio de Janeiro em março de 2013, destacou que os bancos citados acima e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) tendem a apoiar projetos de integração, ainda que sua participação esteja aquém do desejável. O BID se comprometeu a destinar 15% das suas operações em 2015 para tal finalidade, paralelamente, a CAF, como demonstrou na apuração de dados no parágrafo anterior, igualmente contribui de forma considerável para a integração. O Fonplata, último membro do CCT, diverge dos demais na medida em que foca em projetos de pequeno porte, e busca intensa cooperação com as coordenações sindicais.

A possibilidade de financiamentos de outras fontes além do CCT, dos Estados Partes e da própria UNASUL mostrou-se como uma via interessante, vez que oito de 31 projetos se realizam pela concessão a empresas, mediante licitação. A ficha justificativa informou

...

10 As informações relativas aos projetos da Agenda de Projetos Prioritários de Integração da América do Sul apresentadas no documento têm como fonte as informações elaboradas e apresentadas pelos países que integram a UNASUL no contexto do COSIPLAN. Os mapas contidos neste documento foram elaborados pelo Comitê de Coordenação Técnica (CCT) da IIRSA como ferramenta de trabalho técnico e referência geral. Tal documento pode ser visualizado pelo link <http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/api_anexo1_fichas_criterios_selecao_port.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2013.

com qual empresa realizou-se o contrato, elevando o nível de transparência do processo. O financiamento público, por sua vez, é quase sempre complementado com outras fontes e frequentemente ligado a planos de desenvolvimento nacional, como o Programa de Aceleração do Crescimento brasileiro e o “Prosperidade para todos” colombiano.¹¹

Comparando com o FOCEM que permite apenas financiamento dos Estados partes de forma direta, pela contribuição local ou voluntária, ou indireta, pelas contribuições regulares anuais, a IIRSA, graças ao seu pragmatismo, evidenciou capacidade de multifynanciamento consideravelmente mais significativa, alcançando um impacto nove vezes maior quando comparado ao FOCEM, especialmente quando se trata de alavancar projetos infraestruturais. Isso é perceptível na medida em que promove financiamento de outras fontes, particularmente de bancos, e pode adotar financiamento privado mediante a concessão a empresas por licitação.

A seção seguinte inicia-se com o detalhamento dos fóruns de participação social dos processos de integração analisados. Posteriormente, identifica-se os grupos de interesses argentinos que atuam no âmbito dos processos de integração analisados. Promove-se, igualmente, o mapeamento das preferências destes, de forma a comprovar se a atuação de grupos de interesses impacta a formulação e execução dos projetos de infraestrutura.

3 GRUPOS DE INTERESSES E SUA RELAÇÃO COM A INSTITUCIONALIDADE REGIONAL POR MEIO DOS PROJETOS APROVADOS

A análise da atuação dos grupos de interesse depende da compreensão dos meios pelos quais eles podem vocalizar suas preferências. Logo, o estudo dos mecanismos institucionais que promovem tal ação é mister para questionar a legitimidade social dos órgãos trabalhados. A UNASUL conta com o Foro de Participação Cidadã (FPC), criado em 2013 pela Decisão n. 7/2012 do Conselho de Chefes de Estado da UNASUL.¹² Ele funciona como um espaço para o diálogo plural regional e tem como objetivo específico: “Garantir e promover a participação plena e com existência dos atores sociais comprometidos com os processos de integração regional na formulação de políticas de integração sul-americana”.¹³ O órgão tem competência para realizar propostas, recomendações e consultas às instituições

...

11 O primeiro foi criado em 2007 e promove obras infraestruturais, impulsionando o desenvolvimento sustentável e acelerado. O programa colombiano, por sua vez, iniciou-se em 2010 e visa diminuir a desigualdade social e propiciar mais empregos, por meio do crescimento econômico equitativo.

12 A decisão pode ser consultada no seguinte *link*: <http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_lima12_decision7.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2016.

13 “Garantizar y promover la participación plena y con incidencia de los actores sociales comprometidos con los procesos de integración regional en la formulación de políticas de integración suramericana.”

do bloco regional. A atuação dos grupos de interesse, divididos em seções nacionais constituídas por dez grupos, é capaz de dinamizar e pluralizar o processo de integração na medida em que suas preferências são eleitas, ou ao menos conhecidas.

O Foro é formado por atores regionais e nacionais, sendo que cada espaço regional de participação contará com um ponto focal que comunicará as preferências do grupo à UNASUL uma vez ao ano, podendo haver sessões extraordinárias. O encontro realizado na Argentina, em junho de 2013, contou com a participação de mais de cem organizações e movimentos sociais, como a *Agencia Popular de Comunicación Suramericana*, a *Fundación Jóvenes por los Derechos Humanos*, entre outros.¹⁴

O Plenário é a instância superior de participação, no qual se tem a efetiva tomada de decisão. A presidência fica a cargo do representante do país que ocupe Presidência Pro Tempore (PPT) da UNASUL. As principais atividades de competência da presidência, conjuntamente com os pontos focais, formado pelas seções nacionais, são: i) convocar, organizar e presidir o Plenário; ii) consolidar as propostas de agenda do Plenário; iii) dar seguimento ao que for aprovado no Plenário e, de maior relevo, iv) gerir em coordenação com a Secretaria Geral e os Estados Membros os meios de financiamento. As diretrizes do funcionamento do foro se silenciam quanto a quais meios de financiamento se faz referência, contudo como se trata do financiamento do FPC se deduz que se refere à viabilização da participação dos integrantes do Foro e à realização de ações e iniciativas aprovadas.

Portanto, vale ressaltar que o foro não tem participação direta no processo de tomada de decisão quanto à forma de financiamento dos projetos de infraestrutura, já que nada se diz a respeito da gestão do financiamento de outros órgãos da UNASUL, o que levanta questionamentos acerca de sua legitimidade social. Como o FPC intitula-se como anti-imperialista,¹⁵ seria de se esperar que, caso houvesse uma voz social efetiva no processo de integração física, muitos projetos não seriam aprovados da forma como o foram, como será analisado.

Outra crítica pertinente refere-se ao fato de que o Foro foi criado um ano após a aprovação dos projetos no Plano Estratégico, e isso poderia ser uma tentativa de legitimação tardia. Ainda que o objetivo de participar na formulação das políticas de integração já tenha

...

Conselho Chefes de Estado da UNASUL, de acordo com a Decisão n. 07/12 e a Resolução n. 29/2013, Paramaribo, agosto de 2013. Fragmento e outras informações retirados das Diretrizes para o funcionamento do FPC disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_unasul/dec02.2013anexo.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2014.

14 Números retirados da Agência Popular de Comunicação. Disponível em: <<http://www.apc-suramerica.net/?p=6989>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

15 Informação retirada de: <<http://coalicionregional.net/unasur-foro-de-participacion-ciudadana/>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

sido prejudicado, o FPC ainda tem o poder de participar nas diversas etapas de implantação de projetos de integração, além de poder realizar investigações e assessorar o Conselho de Chefes do Estado e os demais órgãos da UNASUL, como a IIRSA. O artigo 5 da Decisão n. 7/12 instrui que outras instâncias da UNASUL, como a IIRSA, incorporem nos planos de ação a realização de eventos de diálogo com representante do FPC. De fato, foi encontrado um documento que reforça tal compromisso durante a VIII reunião do COSIPLAN,¹⁶ paralelamente o *site* da UNASUL, por sua vez, evidencia três encontros do Secretário Geral da UNASUL com representantes do FPC.¹⁷ Contudo, não se sabe o conteúdo do que foi debatido, dada a completa ausência de informações e documentos atinentes a tais encontros.

Tendo em vista a criação recente do FPC, o fato de este órgão não possuir página virtual e tampouco ser mencionado de forma mais clara em outros instrumentos oficiais, e de que a lista dos participantes nas reuniões do FPC (que deve, teoricamente, incluir os grupos de interesse argentinos – objeto de estudo do artigo) não ter sido divulgada, decidiu-se aqui optar pela seleção dos grupos de interesse da República Argentina que atuam no âmbito do Foro Econômico-Social do Mercosul (FCES), instituído pelo Protocolo de Ouro Preto de 1994. O órgão possibilita que a sociedade civil, no caso analisado particularmente os grupos de interesse, vocalize suas preferências. Semelhantemente ao FPC, o FCES é capaz de emitir recomendações e promover consultas, sendo que a atuação deste Foro na formulação e execução das políticas infra-estruturais realizadas pelo FOCEM é foco analítico-comparativo do artigo.

O FCES é composto pelas Seções Nacionais dos Estados membros do Mercosul. Estas devem indicar por quais organizações, principalmente grupos setoriais que representam trabalhadores e empresas, são compostas e seus delegados correspondentes. O órgão superior do Foro é o Plenário. Analogicamente ao FPC, este toma decisões por meio do consenso e se reúne ou extraordinariamente ou ao menos uma vez por semestre. Ademais, há Comissões Temáticas Especializadas e Grupos de Trabalhos que assessoram o Plenário. Tendo em vista a complexidade da análise de todas as seções nacionais dos Estados partes do Mercosul, opta-se pelo recorte metodológico dos grupos de interesses argentinos. Vale ressaltar que o grupo de interesse bancário argentino, tão relevante para o financiamento de projetos infra-estruturais, não é representado no FCES. Observa-se, no caso, uma delegação para os bancos multinacionais, como o CAF, o BID e o Fonplata, no que tange aos projetos de conectividade logística regional.

16 Informação obtida no documento disponível em: <http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rcco_santiago13_acta.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2013.

17 Informações retiradas das páginas: <<http://www.unasursg.org/es/node/588>> e <<http://www.unasursg.org/es/node/108>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

O setor do trabalho do FCES é integrado por dois grupos de interesse: *La Confederación General Del Trabajo* (CGTRA) e *Central de Trabajadores de la Argentina* (CTA). Como ambas as organizações fazem parte da *Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur* (CCSCS), presume-se que estas entidades possuem posicionamentos semelhantes de forma que a análise da CCSCS torna-se relevante. Dada a atuação regional desta, ela será classificada com uma *umbrella organization*.

A *Coordinadora* foi fundada em 1986 em Buenos Aires e defende o Mercosul, vez que possibilita reduzir a dependência com os Estados Unidos da América. Portanto, o grupo tem como uma de suas prioridades a integração econômica e social do Cone Sul.¹⁸ Ela atuou ativamente no bloco, inclusive advogando para criação do FCES, viabilizando maior possibilidade de vocalização da sociedade, defendendo o direito de iniciativa do Foro e a igual representação empresarial e sindical nele. A *Coordinadora* possui a Comissão de Desenvolvimento Produtivo, formada por setores sindicais nas áreas de infraestrutura, indústria e agroindústria, como detalhado adiante.

As preferências do setor infraestrutural da CCSCS são divididas em: i) transportes: a) o portuário deve se focar na cooperação solidária e humana, com maior compromisso com os trabalhadores, incluindo uma legislação capaz de uniformizar as condições laborais do setor; b) o terrestre defende a jornada máxima de oito horas e a eliminação de trâmites burocráticos alfandegários; c) o aéreo defende a incorporação deste na estrutura mercosulina; ii) energética: esta deveria ser um serviço público não uma mercadoria; defende a complementação energética entre os países do Mercosul, respeitando as particularidades de cada país e impedindo o controle de empresas transnacionais; desenvolvimento energético sustentável e autonomia energética da região; iii) telecomunicações: defende a universalidade dos serviços públicos desta área.

Analisa-se, por hora, particularmente as preferências dos grupos de interesses trabalhistas argentinos membros do FCES. A CGTRA, fundada em 1930, tem sede em Buenos Aires, organiza-se em equipes multidisciplinares de trabalho que contam com membros de 27 associações e tem como umas das estratégias influenciar as políticas macroeconômicas regionais.¹⁹ Suas preferências quanto ao Mercosul, relacionadas ao tema do artigo, são: i) promoção da dimensão social do bloco por meio de espaços de coesão e diálogo social participativo; ii) maior participação do setor privado no processo de tomada de decisão; e iii) efetiva consulta de outras instâncias do bloco ao FCES.

...

18 Informações retiradas do *site*: <<http://www.ccscs.org/>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

19 Todas informações da CGTRA foram obtidas do *site*: <<http://www.cgtrainternacional.com.ar/>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

A CTA, por sua vez, tem início em 1992 e, igualmente, sede em Buenos Aires. O grupo é integrado por 28 entidades dentre movimentos sociais, associações e sindicatos.²⁰ A Central defende o regionalismo contra-hegemônico e advoga pelo maior controle público e auditoria supranacionais dos Fundos, incluindo, portanto, o FOCEM evitando o controle de consultorias e empresas privadas, paralelamente a Central critica a tecnocracia.

O setor empresarial argentino do FCES conta com 16 organizações. Será feita aqui a análise estratégica dos dois principais grupos que representam diferentes áreas e que demonstram interesse nos processos de integração, particularmente, nos projetos infraestruturais. Primeiramente, analisam-se as preferências da *Unión Industrial Argentina* (UIA), fundada em 1887, e desde 2001 tem sede em Buenos Aires.

A União ressalta a relevância da profunda articulação público-privada na melhoria da infraestrutura regional, especialmente em matéria de energia e transporte, vez que os investimentos promovidos por esta parceria viabilizam a “exportação com origem nas economias regionais”.²¹ A competitividade e o desenvolvimento regional foram debatidos pela UIA, em reunião promovida pelo BID, ocorrida em abril de 2014, em São Paulo.²² O grupo apoia as pequenas e médias empresas na promoção do desenvolvimento regional, na medida em que novos empregos permitem superar a pobreza estrutural. O Mercosul, segundo o ator, promove a cooperação e a complementaridade, ampliando mercados e favorecendo a expansão das empresas. A União prima pela industrialização, vez que ela permite superar o caráter primário das exportações latino-americanas. Por fim, o grupo teoricamente defende o desenvolvimento sustentável, em particular, por meio da inovação energética alternativa, que impulsiona, inclusive, a competitividade industrial. Ademais, preocupa-se com o setor social, focando no trabalhista, onde, para efeitos ilustrativos, desenvolve programas para a capacitação e inserção de trabalhadores desocupados.

O segundo grupo consiste na *Asamblea de Pequeños y Medianos Empresarios* (APYME), e tem como um de seus valores a expansão das economias regionais associada a uma visão dialógica com os povos latino-americanos. Outro fundamento deste ator é buscar impulsionar pequenas e médias empresas na América do Sul.²³ A Assembleia defende a vocalização social efetiva, englobando múltiplas áreas da sociedade civil, viabilizando ganhos coletivos sociais e econômicos que permitem fazer frente aos poderes corporativos e centros financeiros multinacionais, repudiados pela APYME.

...

20 Todas informações da CTA foram coletadas do *site*: <<http://www.cta.org.ar/>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

21 Dados acerca da UIA retirados do *site*: <<http://www.uia.org.ar/index.do>>. Trecho obtido da página <<http://www.uia.org.ar/departamento.do?id=2&sid=1&nid=2244>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

22 Obtido da página <<http://www.uia.org.ar/noticia.do?id=2193>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

23 Informações obtidas do *site*: <<http://www.apyme.org.ar/>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

Finalmente, promove-se a análise do setor diverso argentino, do qual se elege para a identificação de preferências a *Fundación Ambiente y Recursos Naturales* (FARN), uma organização não governamental, focada no desenvolvimento sustentável por meio da cidadania ambiental ancorada na participação social, e na defesa dos povos originários.²⁴ Para tanto, a Fundação promove o debate quanto à integração regional elétrica, apoiando fontes energéticas alternativas, influenciando na instituição de leis ambientais e identificando e exercendo a *accountability* referente às responsabilidades estatais relativas à sua área de atuação. A Tabela 3 sumariza as informações sobre os atores apreciados e suas preferências.

Os projetos infraestruturais da IIRSA e do FOCEM, aprovados em 2012 e 2013, que se encontram em execução ou a ser iniciados e que englobem porção territorial da República Argentina serão estudados à luz das preferências sociais mapeadas observando em que medida elas foram ou não observadas. Primeiramente, estuda-se a relação entre os grupos de interesses argentinos e os projetos da IIRSA. Atendem ao recorte proposto nove APIs, que somam um investimento de mais de 10 bilhões de dólares. Dos projetos, quatro²⁵ são de financiamento público, e os demais²⁶ são de financiamento misto, sendo que apenas dois já se encontram na fase de execução, o megaprojeto do corredor ferroviário bioceânico, vinculado ao Eixo Capricórnio e o melhoramento da navegabilidade dos rios da bacia do Prata, eixo hidrovia Paraguai-Paraná.

O financiamento misto atende aos anseios da UIA, já que esta defende a articulação público-privado como meio de garantir investimento para a infraestrutura regional. Entretanto, a União defende a integração infraestrutural que promova a complementaridade e o crescimento das economias latino-americanas, criticando a exportação de produtos primários. Quanto à CGTRA, à primeira vista, pode-se pensar que a IIRSA por permitir maior participação do setor privado atenderia suas preferências. Contudo, deve-se ter em mente que o setor privado mais beneficiado pela Iniciativa consiste nas grandes empresas e bancos regionais, distanciando-se, portanto, de um viés mais calcado na integração social. Como alertou a CCSCS: “O objetivo é garantir que a integração distribua benefícios e melhore os indicadores sociais, fortalecendo e dando suporte para cooperativas, micro, pequenas e médias empresas na região, em contraposição às grandes empresas transnacionais, que hoje

...

24 Informações retiradas do *site*: <<http://farn.org.ar/>>. Acesso em: 10 maio 2014.

25 São eles: “Construção da ponte binacional Salvador Mazza-Yacuiba e centro de fronteira”; “Melhoramento da navegabilidade dos rios da Bacia do Prata”; “Interconexão ferroviária Paraguai-Argentina-Uruguai”; “Túnel binacional Água Negra”.

26 “Conexão oeste Argentina-Bolívia”; “Corredor ferroviário bioceânico Paranaguá-Antofagasta”; “Conexão vial foz Cidade do Leste-Assunção-Clorinda”; “Gasoduto do nordeste argentino”; “Otimização do sistema do Paso de Fronteira Cristo Redentor”.

se apropriam da maior parte dos ganhos da integração”.²⁷ Dessa forma, deve haver maior espaço para debate entre os múltiplos setores, evitando a preponderância dos grandes.

A ênfase dos projetos é, claramente, a conectividade regional logística, ainda que a maioria alegue trazer benefícios para a população local, deve ter-se em mente que a circulação, principalmente de mercadorias, é o objetivo central da maioria desses projetos. Exceção parece ser o Gasoduto do Nordeste Argentino, que forneceria gás boliviano, contribuindo para a melhoria das condições ambientais, vez que este é menos poluente que, por exemplo, a gasolina. Dessa forma, o projeto do gasoduto, por promover o desenvolvimento energético sustentável e a complementação energética, se encontra em concordância com as preferências da CCSCS, da UIA e da FARN.

As justificativas dos projetos demonstram preocupação com a população local e os impactos sociais. Contudo, apenas o projeto Interconexão fronteira Colômbia-Ecuador associou sua execução com o direito de consulta prévia aos indígenas e afrodescendentes que se encontram na região.

A melhor compreensão das preferências da FARN em relação aos povos originários requer a discussão da questão indígena na Argentina e como este grupo é afetado pelos projetos infraestruturais em análise. A Argentina possui 30 povos indígenas, de acordo com o Ministério de Desenvolvimento Social.²⁸ Em 2008, representantes de quatro destes *pueblos* reuniram-se em La Paz para debater a integração sul-americana no seminário IIRSA e Povos Indígenas, onde criticaram projetos que destruam recursos naturais, defenderam a integração dos povos, o direito de informação e consulta prévia acerca dos projetos.²⁹

Correlacionando as áreas dos projetos da IIRSA estudados³⁰ com as regiões habitadas pelos *pueblos* argentinos,³¹ constata-se que quatro projetos³² adentram território indígena

...

27 Trecho disponível no *link*: <<http://www.ccscs.org/index.php/documentos-ccscs/comisiones-sectoriales/item/522-la-ccscs-prepara-la-cumbre-sindical-del-cono-sur>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

28 Ministerio de Desarrollo Social Presidencia de la Nación, Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, de acordo com o artigo 3º da Lei n. 23.302, Argentina, 2005. Dado retirado do gráfico da segunda página do estudo presente no *link*:<<http://www.desarrollosocial.gob.ar/Uploads/i1/Institucional/6.InformacionEstadistica.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

29 Informação obtida do *link*: <<http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=2987>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

30 A área dos projetos da IIRSA é informada pela ficha dos projetos disponíveis no *link*: <<http://www.iirsa.org/Page/Detail?menuItem=95>> e pela ficha de justificativa (nota de rodapé n. 36). Acesso em: 12 mar. 2014.

31 Utilizou-se o mapa ubicación actual de los pueblos indígenas Argentinos disponível no *link*: <<http://indigenas.bioetica.org/base/base-d.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

32 São eles: “Gasoduto do Nordeste Argentino”; “Conexão Oeste Argentina-Bolívia”; “Corredor Ferroviário Bioceânico Paranaguá-Antofagasta”; “Interconexão ferroviária Paraguai-Argentina-Uruguaí”.

afetando, dessa forma, os Pilagá, Mocovi, Toba, Mbyá Guarani, Wichi, Ava Guarani e Chané. Entretanto, não houve consulta prévia em nenhum dos casos, diferentemente do projeto Interconexão Fronteira Colômbia-Ecuador, o que poderia colocar em xeque a legitimidade social da IIRSA, na medida em que não promove a vocalização das preferências dos povos indígenas, divergindo, portanto, das preferências de todos grupos de interesses mapeados, vez que estes clamam por maior participação social, em especial, da FARN que defende os povos originários.

A integração infraestrutural sul-americana requer atenção com os biomas, em particular, como a Floresta Amazônica e a região de Iwokrama, nas Guianas, entre outras. Analisando a ficha de justificativa, percebe-se que os projetos são vinculados à viabilidade técnico-ambiental e social e aos possíveis impactos do projeto, de acordo com o critério IV do COSIPLAN. Entretanto, parte considerável desses estudos é realizada pelos próprios bancos que têm interesse em financiar o projeto. Uma exceção é o projeto de melhoria na navegabilidade dos rios da bacia do Prata, que é o único a promover a Avaliação Ambiental Estratégica (EAD) por autoridade ambiental local, em conformidade com a Lei boliviana n. 1.333 de Meio Ambiente.

Esforço semelhante ao exposto acima será empreendido para a vegetação e os recursos argentinos. Dentre as constatações mais relevantes observou-se que o corredor ferroviário bioceânico e o projeto Conexão Oeste Argentina-Bolívia atravessam parte da *Selva de las Yungas*, sendo que o último aproxima-se do Parque Nacional Calilegua.³³ A implementação de tais projetos promoverá o desmatamento da região, impactando nas relações biológicas dos seres que habitam a área e elevando os custos ambientais dos projetos.

Quanto à mineração, tem-se que o Corredor Bioceânico está próximo de dois centros de extração mineral em Catamarca. Semelhantemente, a Conexão Oeste Argentina-Bolívia perpassa cinco pontos mineradores, incluindo reservas de zinco, estanho e prata.³⁴ O posicionamento estratégico das vias corrobora com a ideia da IIRSA como focada em grandes exportações, principalmente, do setor primário, levantando questionamentos se este é o modelo mais adequado para a integração física sul-americana.

Os projetos do FOCEM que abrangem a Argentina são majoritariamente relativos à coesão social e ao desenvolvimento da competitividade, de forma que somente um projeto

...

33 Mapa utilizado para vegetação argentina disponível em: <http://www.argentinaxplora.com/activida/natural/naturimg/mapas_ecorregiones_argentina/mapa_ecorregiones_eco-regiones_argentina.jpg>. Acesso em: 10 mar. 2015.

34 Mapas utilizados disponíveis em: <http://1.bp.blogspot.com/_Au3fJ81BJPU/TSagXVCLCKI/AAAAAANI/R44XNBqmBmQ/s1600/Mapa_Mineria_en_Argentina_LaNacion18_04_07www.JPG> e <<http://www.centrocultural.coop/blogs/surdesarrollo/wp-content/uploads/2014/05/mapa-mineria.jpg>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

atende ao recorte temático deste artigo. A Interconexão entre Iberá e Paso de los Libres Norte se encontra em fase de execução e tem valor aproximado de 19 milhões de dólares, dos quais 13 milhões proveem do Fundo. Observa-se o contraste com os 10 bilhões somados pelos projetos da IIRSA que abrangem território argentino, sendo este montante relativo a obras infraestruturais regionais, ao passo que o projeto do FOCEM exaure-se na Argentina.³⁵ Como defendido pela CTA, o Fundo é fiscalizado pela auditoria da Organização das Entidades Fiscalizadoras Superiores do Mercosul e Associados (EFSUL).³⁶ A IIRSA, por sua vez, conta com o Sistema de Monitoramento Permanente que registra o desenrolar dos projetos.³⁷

O projeto concerne à geração e à distribuição de energia elétrica, por meio da construção de uma estação transformador. A ação promove a convergência estrutural e beneficia a população local, na medida em que promove o desenvolvimento desta. O impacto ambiental foi apreciado pelo Comitê Técnico do Fundo. Diferentemente da IIRSA, o FOCEM não disponibiliza uma ficha de justificação dos projetos, limitando o acesso a informações aprofundadas de cunho ambiental e social, portanto, dificultando a análise proposta neste artigo. Como trata-se de um projeto de média escala, comparando com os projetos da IIRSA – e uma vez que não há povos originários no local e não houve recomendação contrária do FCES – pode-se deduzir que não há forte oposição ao projeto por parte dos grupos analisados.

Portanto, nota-se que ao assumir a direção e agenda de desenvolvimento de projetos no âmbito de iniciativas inter-regionais, o Estado concentra, sob distintos aspectos, a hegemonia do poder decisório, numa clara tentativa de direcionar as ações para questões políticas, nem sempre atreladas aos interesses sociais. Assim, segundo Serbin (2013, p. 301):

enquanto o Estado está se tornando o ator mais proeminente no processo e a agenda não é mais liderada pelo comércio, atores não estatais, como organizações da sociedade civil e empresas, são relegados a posições menos influentes nas negociações, mal ultrapassando os chamados mecanismos de consulta, que não monitoram ou acompanham os compromissos do governo. [...] Na verdade, em muitos casos, parece haver dificuldades em reconhecer um papel para os cidadãos organizados (com exceção dos sindicatos),

• • •

35 Os dados dos projetos foram retirados do *site* do FOCEM disponíveis no *link*: <<http://www.mercosur.int/focem/index.php?id=argentina1>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

36 O *site* do órgão é <<http://www.efsul.org/portal/page/portal/efsul>> e a última auditoria completa no FOCEM ocorreu em 2010. Acesso em: 10 mar. 2014.

37 Informação obtida do *site* da IIRSA: <<http://www.iirsa.org/Page/Detail?menuItem=107>>. Acesso em 27 mar. 2016.

umentando o déficit democrático na política regional. Nesse sentido, o potencial de expansão dos espaços públicos deliberativos, que leva a uma cidadania nacional mais informada, não se traduz em espaços institucionais e recursos regionais.

CONCLUSÃO

A integração infraestrutural promovida pela IIRSA encontra-se basicamente financiada pelos bancos multilaterais, com alta concentração nos produtos primários com maior relevo no cenário exportador da região. O modelo busca criar vetores de escoamento estrategicamente próximos de recursos naturais não renováveis, como se analisou o caso do corredor bioceânico e da conexão oeste Argentina-Bolívia. Os mesmos projetos adentram área da selva argentina e de povos indígenas, ilustrando que, nesses casos, a Iniciativa: i) não respeitou o direito de autodeterminação dos povos, vez que a consulta prévia não foi efetuada em nenhum caso, minando a participação social; ii) não demonstrou preocupação ambiental suficiente, evidenciado pela proximidade com áreas de selva e pela falta sustentabilidade nos projetos; e iii) representa um interesse na exploração transnacional de recursos naturais não renováveis, tendo em vista a localização das reservas minerais argentinas e o caminho percorrido pelos corredores da Iniciativa.

A preponderância de empresas de alta renda e dos bancos regionais na Iniciativa confluí para a manutenção do quadro geral das economias latino-americanas, pois os projetos reafirmam a região como exportador primário, fortalecendo o subdesenvolvimento. Nesse sentido, corrobora com os interesses dos importadores de recursos primários latino-americanos e de empresas exportadoras da região, contudo diverge das preferências dos grupos analisados.

A verdadeira integração deve ter como pilares a democracia participativa, a autodeterminação dos povos, a preocupação com as particularidades das populações locais, a articulação de atividades econômicas latino-americanas, visando ao crescimento latino-americano sustentável. A partir do momento em que decisões distributivas são tomadas, a inexistência de *accountability*, no âmbito da integração, que respeite os regimes democráticos domésticos, pode colocá-los em xeque, ponto especialmente preocupante quando não há atenção às peculiaridades do local. O desrespeito à autodeterminação, por seu turno, ofende disposições legais internas e fragiliza a legitimidade das iniciativas. Nesse quadro, a desarticulação das atividades econômicas pode tornar-se um elemento de difícil reversão, o que prejudica a sustentabilidade dos projetos após sua implementação.

O artigo defende que tal mudança de postura é possível, por meio da: i) posituação dos princípios acima em um marco jurídico supranacional, conferindo maior autonomia à Iniciativa, mediante um *enforcement* à aplicação dos princípios e harmonização dos projetos com os objetivos da IIRSA, enfim afastando-a de fins viciosos; ii) promoção de agendas

sociais e ambientais efetivas, permitindo a realização de ações e objetivos propostos; iii) consolidação do Foro de Participação Cidadã, viabilizando um espaço institucional para o diálogo plural entre grupos de interesse; e iv) reestruturação dos órgãos decisórios, permitindo maior permeabilidade das demandas sociais.

Entretanto, ao analisar as demandas de grupos de interesse argentinos de diversas áreas, há pouca convergência entre os projetos da Iniciativa e as preferências destes. Logo, questiona-se quais são (ou de quem) os interesses atendidos pela Iniciativa e se os bancos regionais financiariam projetos efetivamente pensando no desenvolvimento latino-americano.

O FOCEM, no entanto, promove a redução de assimetrias, pela lógica redistributiva, possui foro de participação social consolidado e respeita, ainda que parcialmente, os interesses locais. Entretanto, o ínfimo volume de recursos não o capacita para realizar a efetiva convergência infraestrutural econômica da região, já que, como foi observado, o Fundo viabilizou apenas um projeto, de relativo alcance e de pequeno porte, na Argentina.

A autonomia institucional do Fundo deve ser preservada, para tanto, a elevação das contribuições nacionais é fundamental. Tal meta é possível pela concertação política regional, destacando-se o papel do Executivo, para priorizar o Fundo, vez que do ponto de vista social ele se mostra como melhor alternativa de integração física. A pressão doméstica, principalmente dos grupos de interesse, é peça-chave para influenciar a ação dos governantes e viabilizar a coordenação internacional. Os grupos demonstram uma predileção pelo modelo do Mercosul, vez que o processo de integração torna-se consideravelmente mais presente nas discussões dos grupos de interesses argentinos analisados e, majoritariamente, acompanhado de *feedbacks* positivos, ainda que hajam críticas. Outro desafio é a nova virada à direita liberal conservadora nos governos sul-americanos, em especial, para o caso na Argentina, e qual será a postura por eles adotada no contexto da integração regional.

Os processos de integração analisados, especialmente a IIRSA, alertam para a falta de participação de atores não estatais, deflagrando déficit democrático, situação que pode vir a ser alterada por meio da atuação efetiva do FPC. Contudo, o estágio primário no qual este se encontra não permite uma análise mais aprofundada. O processo de tomada de decisão dessas instituições parece se limitar aos Estados, por meio dos planos de crescimento nacionais, e aos bancos regionais. Portanto, como evidenciado, há atenção hiperbólica para o desenvolvimento econômico e o lucro, em detrimento de questões sociais e ambientais. Nesse sentido, a atuação incisiva dos grupos de interesse, vez que capazes de vocalizar demandas sociais variadas, é vital para garantir a integração plural, democrática e inclusiva.

NOTA DE AGRADECIMENTO

As autoras agradecem ao CNPq e à FAPEMIG, pelo auxílio concedido para a realização desta pesquisa científica; bem como ao Programa Erasmus + Cátedra Jean Monnet de Direito UFMG (565401-EPP-1-2015-1-BREPPJ-MO-CHAIR) pelo apoio dado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COHEN, Isaac. Aspectos institucionales de la integración: consideraciones teóricas. *Revista Integración Latinoamericana, número especial – 35 años INTAL: 1965-2000, BID, octubre 2000*. Disponível em: https://publications.iadb.org/handle/11319/3629?locale-attribute=pt&scope=123456789/7&thumbnail=false&order=desc&rpp=5&sort_by=score&page=6&query=muy+lejos+para+exportar&group_by=none&etal=0. Acesso em: 12 mar. 2005.

COSIPLAN. AGENDA DE PROJETOS PRIORITÁRIOS DE INTEGRAÇÃO. *Comitê Coordenador do COSIPLAN*. [S.l.], 2011. Disponível em: <http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/api_agenda_de_projetos_port.pdf>. Acesso em 19 nov. 2016.

CRAVINO, Gonzalez. Globalización, integración y cohesión social: El caso del Mercosur. In: DI FILIPPO, Armando; FRANCO, Rolando (org.). *Las dimensiones sociales de la integración regional en América Latina*. Santiago: Cepal, 1999. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2190/S9860431_es.pdf;jsessionid=608A0FA85C4D6CE0BDCAF7DB6FD71D39?sequence=1>. Acesso em: 17 nov. 2016.

DABÈNE, Oliver. A quarta onda de regionalismo: os desafios do desenvolvimento da América Latina. In: QUENAN, Carlos; VELUT, Sébastien (org.) e JOURCIN, Eric (coord.). *Os desafios do desenvolvimento da América Latina: dinâmicas socioeconômicas e políticas públicas*. França: Agence Française de Développement, 2014.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FOCEM – Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur. *Informe sobre el funcionamiento del FOCEM*. Elaborado por la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR Montevideo, junio de 2013. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5601/1/cmc_2013_acta01_ane10_es_di04_-_informe_semestral_crpm_al_cmc_-_final_completo_con_informe_ca.pdf>. Acesso em 14 jun. 2015.

KIRKEGAARD, Jacob. The Euro Area Crisis: Origin, Current Status, and European and US Responses. *Peterson Institute of International Economics*, 2011. Disponível em: <<http://www.piie.com/publications/testimony/kirkegaard20111027.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

LAPALOMBARA, Joseph. *A política no interior das nações*. Brasília: Editora da UnB, 1982.

LIPSET, Seymour Martin. *Political man: the social bases of politics*. London: Heinemann, 1983.

LUJÁN, Carlos. Una reflexión sobre los soportes institucionales para viabilizar políticas públicas regionales. In: CAETANO, Gerardo (coord.). *La reforma institucional del Mercosur*. Del diagnóstico a las propuestas. Montevideo: CEFIR, 2009.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. La institucionalidad del MERCOSUR: ¿hacia la conformación de un mercado común?. In: POZO, Carlos Francisco Molina del; PIZZOLO, Calogero. *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR*. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschini; GOULART, Rayelle Caldas Campos. A aplicação do princípio da integração ambiental nas políticas setoriais europeias. In: SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspolini; BIMFELD, Carlos André; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coord.). *Direito e sustentabilidade*. Florianópolis: CONPEDI, 2013, p. 37-66. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=13>. Acesso em: 13 out. 2013.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; SOUZA, Laura Felipe de. O desenvolvimento regional e a proteção ambiental: uma análise da iniciativa para a integração da infraestrutura regional sul-americana. *Revista de Direito Ambiental*, v. 20, 2015.

MEDEIROS, Marcelo. Legitimidade, democracia e accountability no Mercosul. *Revista brasileira Ciências Sociais*, v. 23, n. 67. São Paulo, junho, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092008000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 3 nov. 2009.

MELO, João de Jesus Silva. *As hidrelétricas do Rio Madeira no contexto da Integração Regional Sul-americana*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Pró-Reitoria de Pesquisa e

Pós-Graduação, Universidade Federal do Acre, Rio Branco, 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/86922130/Hidretricas-do-rio-Madeiral-dissertacao-de-mestrado>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

NORTH, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fundación de Cultura Económica, 1995.

SANTOS, Manoel Leonardo W. D. *O Parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados*. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, CFCH. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, 2010. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/educacao/sobre_escola/banco_conhecimento/arquivos/pdf/santos_parlamento_sob_influencia_2011.pdf>. Acesso em: 14 maio 2014.

SENHORAS, Eloi; VITTE, Claudete. Planejamento territorial da integração sul-americana. In: BERTONI, Liliana. *Infraestrutura e Integración Regional*. Buenos Aires: Dunken, 2008.

SERBIN, Andrés. Atuando sozinho? Governos, sociedade civil e regionalismo na América do Sul. *Lua Nova*, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n90/a11n90.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

SISTEMA DE INFORMACIÓN GEOREFERENCIADA – GEOSUR. *Mapas*. Sistema de Información Georeferenciada. 2013. Disponível em: <<http://www.geosur.info/geosur/>>. Acesso em 14 abr. 2013.

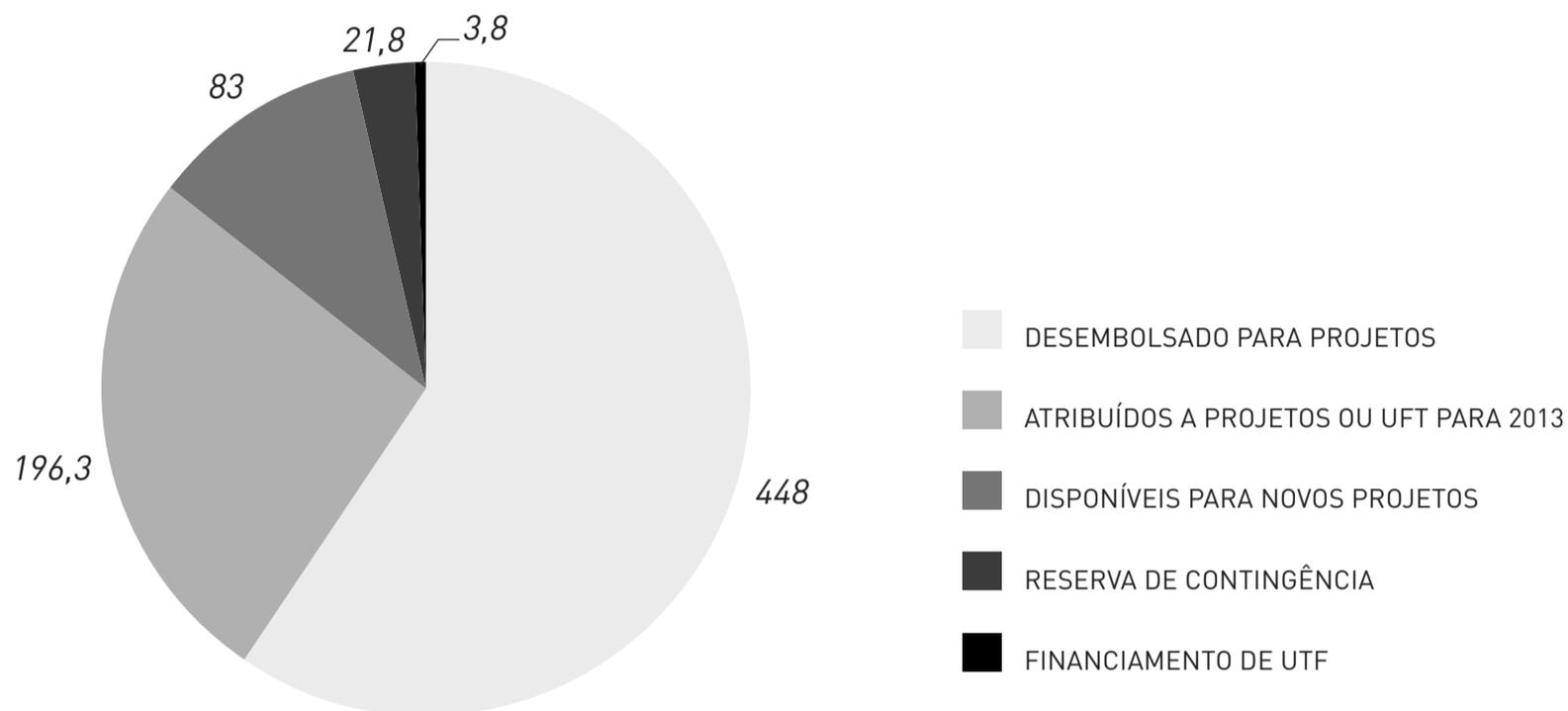
SORGINE, Guilherme O Focem e as assimetrias da integração: um estudo do regionalismo no Cone Sul. *Boletim Meridiano*, 47 v. 13, n. 133, set.-out. 2012. Disponível em: <<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/12512.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2013.

TERRA, Maria. Asimetrías en el Mercosur: ¿un obstáculo para el crecimiento? In: MASI, Fernando; TERRA, Maria Ines. *Asimetrías en el MERCOSUR ¿Impedimento para el crecimiento?*. *Red MERCOSUR de investigaciones económicas*, n. 12, Montevideo, 2008.

THOMAS, Clive S. (ed.). *Research Guide to U.S. and International Interest Groups*. Westpost, CT: Praeger Publishers, 2004.

ANEXOS — FIGURAS E TABELAS

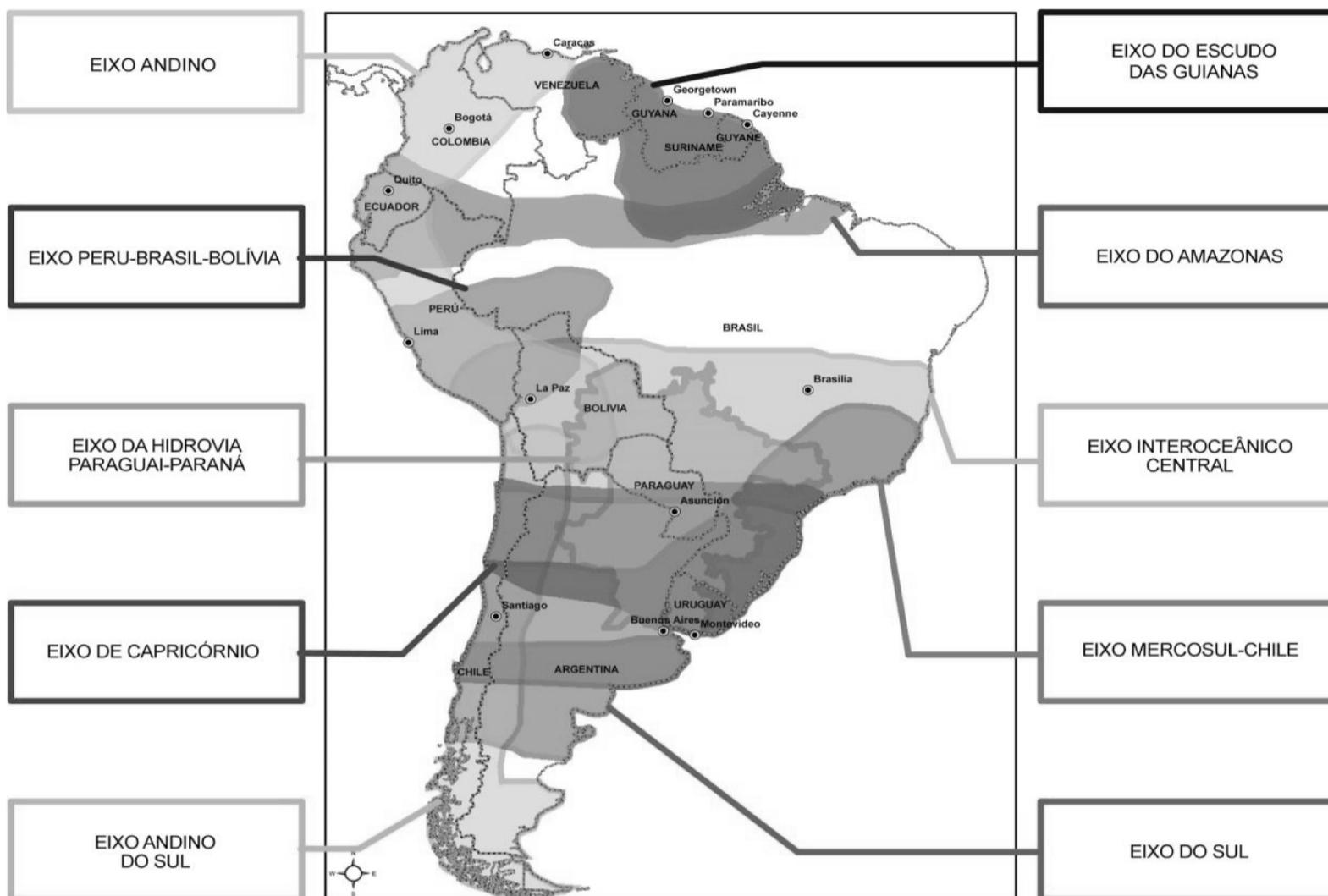
FIGURA 1 — **Uso dos recursos do FOCEM, dezembro de 2007 a julho 2013**
(EM MILHÕES DE US\$)



Fonte: Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul, Informe Semestral das Atividades, publicado de acordo com a Decisão do Conselho do Mercado Comum n. 11/03, janeiro 2013.

Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5601/1/cmc_2013_acta01_ane10_es_di04_-_informe_semestral_crpm_al_cmc_-_final_completo_con_informe_ca.pdf>.

FIGURA 2 – MAPA DOS EIXOS DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA IIRSA



Fonte: Sistema de Información Georeferenciada, 2013. Disponível em: <<http://www.geosur.info/geosur/iirsa/mapas.php>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

TABELA 1 – PROJETOS DA AGENDA DE IMPLEMENTAÇÃO CONSENSUADA OU PROJETOS ÂNCORA

#	EID	NOME DO PROJETO	PAÍSES ENVOLVIDOS
1	AMAZONAS	ESTRADA DO EIXO PAITA – TARAPOTO – YURIMAGUAS, PORTOS, HIDROVIAS E CENTROS LOGÍSTICOS	PERU
2	AMAZONAS	ESTRADA DO EIXO CALLAO – OROYA – PUCALLPA, PORTOS, HIDROVIAS E CENTROS LOGÍSTICOS	PERU

3	AMAZONAS	ACESSO LESTE PARA O RIO AMAZONAS	BRASIL / COLÔMBIA/ EQUADOR / PERU
4	ANDINO	ESTRADA CARACAS – BOGOTÁ – BUENAVENTURA / QUITO	COLÔMBIA / EQUADOR/ VENEZUELA
5	ANDINO	INTERLIGAÇÃO DE FRONTEIRA COLÔMBIA – EQUADOR	COLÔMBIA / EQUADOR
6	ANDINO	CONECTIVIDADE DO SISTEMA DE PASSAGEM NAS FRONTEIRAS COLÔMBIA – VENEZUELA	COLÔMBIA / VENEZUELA
7	ANDINO	CENTRO BINACIONAL DE ATENÇÃO À FRONTEIRA DESAGUADERO	BOLÍVIA / PERU
8	ANDINO	ESTRADA DO SOL: MELHORIA E REABILITAÇÃO DO TRECHO SULLANA – AGUAS VERDES	PERU
9	CAPRICÓRNIO	CONSTRUÇÃO DA PONTE BINACIONAL SALVADOR MAZZA – YACUIBA Y CENTRO DE FRONTERA	ARGENTINA / BOLÍVIA
10	CAPRICÓRNIO	CONEXÃO OESTE ARGENTINA E BOLÍVIA	ARGENTINA / BOLÍVIA
11	CAPRICÓRNIO	CORREDOR FERROVIÁRIO BIOCEÂNICO PARANAGUÁ – ANTOFAGASTA	ARGENTINA / BRASIL / CHILE/PARAGUAI
12	CAPRICÓRNIO	ESTRADA DE LIGAÇÃO FOZ – ASSUNÇÃO – CLORINDA	ARGENTINA / BRASIL / PARAGUAI
13	CAPRICÓRNIO	LINHA DE TRANSMISSÃO 500 KV (ITAIPU – ASSUNÇÃO – YACYRETÁ)	PARAGUAI
14	ESCUDO GUIANÊS	REABILITAÇÃO DE ESTRADAS CARACAS – MANAUS	BRASIL / VENEZUELA
15	ESCUDO GUIANÊS	ROTA BOA VISTA – BONFIM – LETHEM – LINDEN- GEORGETOWN	BRASIL / GUIANA

16	ESCUDO GUIANÊS	VIAS DE LIGAÇÃO ENTRE VENEZUELA (CIDADE DA GUIANA)- GUIANENSE (GEORGETOWN) – SURINAME (SUL DE DRENAGEM – PRESSA – ZANDERIJ – MOENGO-ALBINA), INCLUINDO A CONSTRUÇÃO DE PONTE SOBRE O RIO CORENTINE	GUIANA / SURINAME/ VENEZUELA
17	HIDROVIA PARAGUAI - PARANÁ	MELHORIA DA NAVEGAÇÃO DOS RIOS DA BACIA DO PRATA	ARGENTINA / BOLÍVIA / BRASIL/PARAGUAI/ URUGUAI
18	HIDROVIA PARAGUAI- PARANÁ	INTERLIGAÇÃO FERROVIÁRIA ARGENTINA-URUGUAI PARAGUAI	ARGENTINA / PARAGUAI/ URUGUAI
19	HIDROVIA PARAGUAI- PARANÁ	REABILITAÇÃO DO RAMO FERROVIÁRIO CHAMBERLAIN – FRAY BENTOS	URUGUAI
20	HIDROVIA PARAGUAI- PARANÁ	ANEL VIÁRIO DE NUEVA PALMIRA E SISTEMAS DE ACESSO TERRESTRES AO PORTO	URUGUAI
21	INTEROCEÂNICO CENTRAL	AEROPORTO INTERNACIONAL VIRU VIRU, SANTA CRUZ. AEROPORTO DE CARGA E PASSAGEIROS	BOLÍVIA
22	INTEROCEÂNICO CENTRAL	MELHORIA DE CONECTIVIDADE DA ESTRADA NO EIXO INTEROCEÂNICO CENTRAL	BOLÍVIA / BRASIL
23	INTEROCEÂNICO CENTRAL	PASSAGEM DA FRONTEIRA INFANTE RIVAROLA – CAÑADA ORURO	BOLÍVIA / PARAGUAI
24	INTEROCEÂNICO CENTRAL	CORREDOR FERROVIÁRIO BIOCEÂNICO CENTRAL (TRECHO BOLIVIANO)	BOLÍVIA
25	MERCOSUL- CHILE	GASODUTO DO NORDESTE ARGENTINO	ARGENTINA / BOLÍVIA
26	MERCOSUL- CHILE	CONSTRUÇÃO DA PONTE INTERNACIONAL JAGUARÃO – RIO BRANCO	BRASIL / URUGUAI
27	MERCOSUL- CHILE	TRANSPORTE MULTIMODAL EM SISTEMA LAGUNA MERÍN E LAGOA DOS PATOS	BRASIL / URUGUAI

28	MERCOSUL- CHILE	CORREDOR FERROVIÁRIO MONTEVIDEO – CACEQUÍ	BRASIL / URUGUAI
29	MERCOSUL- CHILE	OTIMIZAÇÃO DO SISTEMA DE PASSAGEM DE FRONTEIRA CRISTO REDENTOR	ARGENTINA / CHILE
30	MERCOSUL- CHILE	TÚNEL BINACIONAL ÁGUA NEGRA	ARGENTINA / CHILE
31	PERU-BRASIL- BOLÍVIA	CONEXÃO PORTO VELHO – COSTA PERUANA	BRASIL / PERU

Fonte: Cosiplan, 2011.

TABELA 2 – **PROJETOS NO ÂMBITO IIRSA SEGUNDO SUAS FORMAS DE FINANCIAMENTO**

LIGADO À CAF	7
LIGADO AO BID	5
FINANCIAMENTO PRIVADO MEDIANTE A CONCESSÃO	8
FINANCIAMENTO PÚBLICO	13
OUTRA FORMA DE FINANCIAMENTO	5
FORMA DE FINANCIAMENTO AINDA NÃO DEFINIDA	10

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados analisados.

TABELA 3 – **ATORES ARGENTINOS E SUAS PREFERÊNCIAS SOBRE INTEGRAÇÃO REGIONAL**

ATORES	PREFERÊNCIA RELATIVA À INTEGRAÇÃO REGIONAL
CCSC	<ul style="list-style-type: none"> - INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DO CONE SUL - MAIOR PARTICIPAÇÃO SOCIAL - COOPERAÇÃO SOLIDÁRIA E HUMANA, FOCO NO TRABALHADOR - COMPLEMENTAÇÃO ENERGÉTICA - CONTRA CONTROLE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS - DEFESA DO DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO SUSTENTÁVEL E AUTONOMIA ENERGÉTICA DA REGIÃO
CGTRA	<ul style="list-style-type: none"> - PROMOÇÃO DA DIMENSÃO SOCIAL, FOCANDO NO DIÁLOGO PARTICIPATIVO - MAIOR PARTICIPAÇÃO DO SETOR PRIVADO - MAIOR DIÁLOGO INTRAINSTITUCIONAL
CTA	<ul style="list-style-type: none"> - DEFESA DO REGIONALISMO CONTRA-HEGEMÔNICO - MAIOR CONTROLE PÚBLICO - AUDITORIA SUPRANACIONAIS - CRÍTICA À TECNOCRACIA
UIA	<ul style="list-style-type: none"> - ARTICULAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA PARA MELHORA INFRAESTRUTURAL - APOIO ÀS APOIA AS PEQUENAS E MEDIAS EMPRESAS - DEFESA DA INDUSTRIALIZAÇÃO E DA EXPANSÃO DAS EMPRESAS - FAVORÁVEL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
APYME	<ul style="list-style-type: none"> - DEFESA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL - CONTRA PODERES CORPORATIVOS E CENTROS FINANCEIROS MULTINACIONAIS
FARN	<ul style="list-style-type: none"> - DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, FOCADO NA CIDADANIA AMBIENTAL - EM PROL DO USO DE FONTES ENERGÉTICAS ALTERNATIVAS - DEFESA DOS POVOS ORIGINÁRIOS

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados recolhidos no artigo.

Jamile Bergamaschine Mata Diz

PROFESSORA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. PROFESSORA DA UNIVERSIDADE DE ITAÚNA-MG BRASIL. CÁTEDRA JEAN MONNET DE DIREITO UFMG. DOUTORA EM DIREITO PÚBLICO/DIREITO COMUNITÁRIO PELA UNIVERSIDAD ALCALÁ DE HENARES – MADRID. ASSESSORA JURÍDICA DO SETOR DE ASSESSORIA TÉCNICA SECRETARIA DO MERCOSUL – MONTEVIDÉU (PERÍODO: 2008-2009).

jmatadiz@yahoo.com.br

Mariana Porto de Paula

LICENCIADA EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. DISCENTE DA FACULDADE DE DIREITO – UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. PESQUISADORA PROBIC/CNPq/PRPq.

mariana-ppaula@hotmail.com

Daniela Vieira Secches

PROFESSORA DO CURSO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS NO UNIBH. MESTRE EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE DE MASARYK, REPÚBLICA TCHECA. DOUTORANDA EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS.

drvieira@gmail.com



Superprecedentes

SUPERPRECEDENTS

*Siddharta Legale*¹

Resumo

Este artigo aborda o conceito de superprecedentes, que, em linhas gerais, é resultado de uma vinculação jurídica e cultural aos precedentes que tornam a sua superação difícil em razão das redes sociais que sustentam os seus argumentos e significados. Isso complementa a classificação tradicional dos precedentes em vinculantes intermediários e persuasivos, de modo a possibilitar pensar a autoridade dos precedentes não apenas como uma escolha normativa, mas também como um processo de deliberação cultural e institucional.

Palavras-chave

Jurisdição constitucional; precedentes; instituições e cultura.

Abstract

This paper discusses the concept of superprecedents. There are, in general, the result of a legal and cultural binding to precedents that make it difficult to overruling due to the social networks that support their arguments and meanings. It complements the traditional classification of precedents in intermediate and persuasive binding, in order to enable the thought on the authority of the precedent not only as a normative choice, but also as a process of cultural and institutional deliberation.

Keywords

Judicial Review; Precedents; institutions and culture.

INTRODUÇÃO

O que é um superprecedente? Quais são as características que permitem que sejam identificados? No contexto norte-americano, o debate tornou-se público quando se começou a fazer referência ao *super-stare decisis*, à “supervinculação” do caso *Roe. vs. Wade*, de modo que, academicamente, os professores Richard A. Posner e William M. Landes e, posteriormente, Bruce Ackerman, Michael Gehardt, Michael Sinclair e outros deram continuidade aos debates e estudos sobre o tema (GEHARDT, 2008, p. 177).

No Brasil, são muito raros os debates a respeito dos superprecedentes (LEGALE, 2014). Mais do que isso, ainda existe uma profunda necessidade de refletir sobre as formas de vinculação do precedente à vida política e social em uma cultura de precedentes para além da vinculação jurídica às decisões, em outras palavras, sobre a sua efetividade (BARROSO, 2012, p. 57-97). Para entender o que seria uma cultura de precedentes, destaca-se a noção de cultura em uma perspectiva interdisciplinar. Não pretendemos aprofundar o conceito do ponto de vista sociológico e antropológico. Basta, para a finalidade deste artigo, uma visão geral que concebe a cultura como uma “teia de significados” construída de forma interpretativa (GEERTZ, 2012, p. 4-10) e fundamentada, de modo que tais significados passem a ser partilhados social e institucionalmente.

O *mainstream* do debate sobre precedentes no Brasil ainda não refletiu de forma mais detida sobre uma vinculação não exclusivamente normativa aos precedentes a essa cultura de precedentes, embora existam exceções (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 38 e ss.)¹ A partir dessa noção, passa a se compreender os precedentes como um modo de construir e/ou publicizar significados e argumentos não apenas para as instituições judiciais, mas também para as instituições sociais e políticas. Ainda assim, o tema ganha importância após a decisão da Rcl 4.335,² especialmente do voto do Min. Teori Zavascki. O caráter expansivo da

...

- 1 Existem alguns apontamentos nos livros e artigos sobre a relação entre cultura e precedente, mas esse *insight* ainda fica mais no plano do papel representativo do tribunal incorporando argumentos da esfera pública em seus votos. Um dos mais interessantes exemplos nesse sentido pode ser conferido em Vojvodic, Machado e Cardoso (2009, p. 38 e ss.).
- 2 A **Reclamação 4.335** foi ajuizada em 2006 pela Defensoria Pública da União (DPU) contra decisão do Juiz da Vara da Comarca de Rio Branco, que indeferiu pedido de progressão de regime formulado em favor de condenados pela prática de crimes hediondos a penas de reclusão a serem cumpridas em regime integralmente fechado. Considerou que a redação original do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 teria ofendido a decisão do STF no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo. Não se pretende discutir aqui o mérito do HC ou os detalhes sobre as modificações na legislação penal. A questão pertinente versa sobre a possibilidade de invocar, em sede de reclamação, o descumprimento dos efeitos de uma decisão proferida no âmbito do controle difuso nesse HC. Três correntes formaram-se no STF a propósito da mutação do texto do artigo 52, X, da CF: (i) conferir à decisão do Senado efeito de mera comunicação aos demais poderes, passando as decisões no controle difuso a ter efeito vinculante

das decisões do STF, mesmo em controle difuso, foi reconhecido expressamente na argumentação do Ministro, segundo o qual há “um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos”. Note-se, porém, que o primeiro plano ainda pertence ao sistema, aos tribunais e aos processos análogos. A argumentação que se espraia também ao terreno moral, político e social permanece um tema pouco ou não explorado no STF, uma das principais arenas relacionadas ao tema no Brasil.

Para tratar da questão, dividimos o artigo em três partes: (i) breves reflexões sobre a relação entre *civil law* e *common law*, encampando a tese da viabilidade de uma teoria unitária do precedente entre ambos; (ii) espécies de precedentes, em que são trabalhadas as espécies tradicionais (horizontais, verticais, vinculantes, intermediários, persuasivos), bem como alguns conceitos operacionais relacionados ao instituto (ex.: *ratio decidendi*), destacando a importância de pensar a relação entre as instituições e os precedentes como uma dinâmica que pode aumentar a sua força ou fragilizá-los; e (iii) as características e os conceitos dos superprecedentes, resenhando especialmente a literatura norte-americana sobre o tema e, na medida do possível, identificar elementos de uma transformação em direção a construção de cultura de precedentes no Brasil.

Por se tratar de um conceito pouco debatido, o simples fato de chamar atenção para necessidade de debater a vinculação cultural – e não apenas normativa – ao precedente já produzirá um importante efeito positivo na literatura nacional sobre o tema, ainda que se possa discordar da possibilidade de sua aclimação do conceito de superprecedente. Note-se que o objetivo central do texto é mais modesto do que uma aclimação perfeita e acabada. Consiste apenas em fornecer indícios e subsídios para pensar as formas de vinculação não exclusivamente jurídicas aos precedentes, por meio de uma exploração dos fundamentos teóricos, sociológicos e filosóficos dos precedentes para além de suas questões técnicas sobre a sua análise e aplicação.³

...

(ministros Gilmar Mendes e Eros Grau); (ii) manter o teor do artigo 52, X, diante da impossibilidade de alteração do seu texto, (ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski); e (iii) desconsiderar a questão da mutação, porque, mesmo reconhecendo um efeito expansivo dos precedentes, com a posterior edição posterior da Súmula Vinculante 26 que possui efeitos vinculantes, seria possível julgar procedente a reclamação sem ultrapassar a literalidade do artigo 52, X (Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello). Acabou por prevalecer esse efeito ultrapartes da decisão com efeito expansivo. STF, Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, *DJe* 21/10/2014.

³ Importante avanço nesse sentido tem sido desenvolvido ao se incorporar a moderna teoria da argumentação para pensar os precedentes também de forma pós-positivista. Nessa linha, por ex., tem se proposto que, quando for possível citar um precedente, se deve fazê-lo e para afastá-lo se tenha um ônus argumentativo

I REFLEXÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO BRASIL:

TRANSFORMAÇÕES NA CULTURA INSTITUCIONAL DOS PRECEDENTES

Sempre houve um maior ou menor diálogo entre as culturas, sistemas, famílias ou tradições⁴ *common law* e *civil law*, mas, modernamente, esse intercâmbio de ideias e precedentes se aprofundou no mundo em geral e, em particular, no Brasil. Assim como o “precedente” não é um monopólio do *common law*, também as leis não são exclusividade da *civil law*. Em ambas as tradições, as duas fontes do direito podem ser encontradas e possuem maior ou menor importância e influência, dependendo do momento histórico e do contexto sociopolítico e econômico (CRUZ E TUCCI, 2004). A seguir, pretende-se expor uma visão geral de alguns pressupostos teóricos importantes para uma melhor compreensão dessa simbiose, que tem contribuído para a construção de uma cultura de precedentes, destacando do precedente o seu contexto, conceito, espécies, elementos e formas de aplicação.

René David divide a família romano-germânica em três momentos, quais sejam, o período consuetudinário de base romana; o período legislativo com as codificações; e o período de expansão para além da Europa. Já a formação do *common law* inglês, também segundo René David, pode ser dividido em quatro fases: (i) o período de conquista normanda de 1066; (ii) o período daí até a dinastia dos Tudor em 1485; (iii) a *equity*; e (iv) a lei de organização do Judiciário de 1873. Completando a linha histórica, poderíamos dizer que a aplicação *Human Rights Act* de 1998 inaugurou uma nova etapa do modelo inglês.

Já nos Estados Unidos é comum a divisão nas seguintes fases do direito a partir dos períodos: Era Lochner, Corte Warren, Corte Burger, Corte Rehnquist e Corte Roberts, ou seja, estudando os momentos históricos a partir da figura do Chief Justice da Suprema Corte norte-americana (BARROSO, 2014). Em cada uma dessas fases, percebe-se uma maior ou menor interlocução entre *common law* e *civil law*. Não desejamos pormenorizá-las por ora, seja pela existência de excelentes trabalhos sobre o tema, seja pelo recorte do objeto do texto.

...

maior (ALEXY, 2001, p. 258 e ss.). Entre nós (BUSTAMANTE, 2012, p. 2 e ss.). Para uma revisão crítica da teoria de Robert Alexy, sugerindo uma revisão do código de razão prática, especialmente quanto aos aspectos institucionais e não institucionais de sua argumentação, vale conferir o cap. 3 (BUSTAMANTE, 2005, p. 139 e ss.).

4 Não desejamos reproduzir a batalha terminológica por não considerar necessário a este artigo discorrer sobre qual seria a expressão para designar a questão. Usando o termo “sistemas e famílias constitucionais” (MIRANDA, 2003, p. 103 e ss.). Optando pela expressão sistema (DAVID, 1996). Optando pela expressão “sistema”, embora adotando uma perspectiva teoricamente mais complexa sobre o que seria “sistema” (LOSANO, 2007; 2010, p. 135-268). Mais modernamente tem se optado pelo termo “tradição”, sob o fundamento de que sistema confere uma ideia de ordem e unidade mais associada a um ordenamento jurídico em particular. Nesse sentido, Glen (2010).

O viés processual costuma apontar a distinção entre processo oral que se poderia falar no *common law* e o processo escrito na *civil law*, que não é bem verdade. É fácil perceber que no processo de *common law* se encontram inúmeros atos escritos, como a *equity*, não menos que na *civil law*. O mesmo se percebe quando se fala de um processo adversarial no *common law* e o processo inquisitivo na *civil law*. No *common law*, a figura ativa do juiz é cada vez maior e não a de um árbitro passivo, enquanto na *civil law*, os processos procuram o suficiente por meio do contraditório.

A jurisprudência como uma das fontes do direito é elemento comum de muitos ordenamentos jurídicos ocidentais. A qualidade e os efeitos atribuídos a essa fonte são diferentes por conta das escolhas institucionais e culturais de forma datada e contingente. O peso com que atuará em cada ordenamento varia de local para local e de época para época. Ainda assim, tem sido bastante utilizado para traçar uma das distinções mais importantes entre *civil law* e *common law*. O último modelo supostamente seria aquele que daria máxima importância às decisões judiciais, considerando-os elementos irradiadores de normas, por meio, por exemplo, de um sistema de vinculação às decisões (*stare decisis*). Já na *civil law*, também supostamente a lei teria máxima importância, atuando as decisões judiciais eminentemente como fonte de interpretação dessa.

Historicamente, entretanto, essa diferença vincada é mais uma suposição do senso comum jurídico do que uma realidade. Os dois modelos não se desenvolveram de forma estanque. Pelo contrário, mantiveram constantes diálogos e intercâmbios, como bem sustentado em tese de doutorado pelo prof. Thomas da Rosa Bustamante, que esclarece a existência do mesmo fundamento do direito jurisprudencial no *common law* e no *civil law* com a possibilidade de que haja uma única teoria dos precedentes para ambas.⁵

Concordamos com a tese tanto porque a experiência inglesa e a americana em determinados períodos deram importância elevada à norma escrita e valorizam o poder do parlamento quanto pelo fato de, na *civil law*, o sistema romano-germânico ter uma origem casuística, dando relevância ao caso concreto e não à norma abstrata. Concordamos também com a viabilidade de uma tese unitária da teoria do precedente pelo fato de existirem precedentes vinculantes de fato (ou de direito) não apenas nos países do *common law*. Na tradição da *civil law*, também há precedentes vinculantes, como as decisões da Corte Constitucional alemã (PECZENIK, 1997, p. 461) posteriores a Lei fundamental de 1949. Justamente por isso e

...

⁵ A originalidade da tese, em nossa visão, reside em incorporar não só os elementos técnicos de um vocabulário sobre os precedentes como vem fazendo os recentes trabalhos sobre o tema, mas também e sobretudo de uma teoria da argumentação de modo a tornar possível uma reconstrução racional dos critérios de decisão e fundamentação judicial, possibilitando uma verdadeira teoria geral do precedente (BUSTAMANTE, 2012, p. 2 e ss.) Vale a pena conferir conjuntamente a discussão mais recente sobre fatores extrajurídicos que influenciam a decisão (CAMARGO, 2014).

pela expansão jurisdição constitucional do pós-guerra, o debate sobre uma teoria dos precedentes adquire uma importância ainda mais elevada.

É verdade que o termo “precedente” pode ser encontrado em ambas as tradições dentro e fora do direito. Em linhas gerais, utiliza-se a expressão “precedente” como a invocação de um exemplo ou experiência do passado para orientar as decisões atuais, preocupando-se com a possibilidade de que a decisão tomada venha a orientar futuras decisões. É a partir dessa lógica que se concebe a ideia de “precedente não judicial”. O termo também é empregado para além do cenário jurídico no cotidiano de pessoas comuns. Frederick Schauer exemplifica esse uso quando uma criança que quer assistir TV até mais tarde e os pais permitam. Isso poderá ensejar a oportunidade de no futuro ela reivindicar a mesma autorização para ver um show análogo ao assistido anteriormente, por exemplo, por seu irmão.

Há quem compreenda a questão de forma mais estreita em que se trata de um mero raciocínio, enquanto outros autores defendem que esses “casos” relevantes não precisam ser necessariamente judiciais, havendo “precedentes não judiciais” com importância análoga para o direito constitucional. Nessa linha, Michael J. Gerhard (2008, p. 111) cita um exemplo de que autores que defendem que tudo o que o Presidente George Washington diria seria um precedente. Apesar do exagero dessa corrente, obviamente, não se inclui o que o Presidente almoça ou janta, e sim o que ele realiza investido de uma autoridade especial.

Por um raciocínio semelhante, Frederick Schauer define o “precedente judicial” como a invocação de fatos selecionados do passado, por uma linguagem oficial e a presença no tomador de decisão de uma autoridade que fornece às suas palavras uma força normativa impositiva (SCHAUER, 1987). Apesar da inegável vinculação com o passado, o autor chama atenção para a importância intertemporal dos precedentes judiciais. Destaca que não se dá apenas do passado para presente, mas também pelas considerações sobre os efeitos que o “hoje” pode gerar no futuro. Afinal, o “hoje” será inevitavelmente o futuro do “ontem”, bem como o “hoje” é o “ontem” do amanhã. Isso significa que adotar um sistema de precedentes pressupõe levar a sério as consequências normativas intertemporais até mesmo as menos óbvias dos precedentes.

Essa leitura positivista e linear dos precedentes não nega que, em alguns casos, injustiças indesejadas serão cometidas. Acaba por apostar em técnicas meramente normativas para sua superação. É importante destacar que a autoridade do precedente ou, melhor, dos precedentes decorre de uma multiplicidade de fatores que se apresentam num dado contexto, inclusive a decisão dos juízes que devem seguir decisões anteriores (*stare decisis*) e estimular a criatividade, especialmente por meio de técnicas que justifiquem a não aplicação do precedente, como veremos mais adiante (*overruling e distinguishing*).

Embora tais técnicas sejam importantes, e serão resumidas mais adiante, elas sozinhas são insuficientes para compreender que a manutenção ou superação de um precedente não se dá apenas porque o intérprete oficial assim deseje. Existe uma argumentação dentro e fora das instituições que não podem ser desconsideradas. Em maior ou menor medida, as

modificações representam reivindicações, pressões, constrangimentos sociais e políticos também de grupos de fora das instituições oficiais, como a própria Corte constitucional. Compreender a relação entre os precedentes e as Cortes é um passo importante. Não precisa, porém, ser necessariamente o primeiro, tampouco o último. Este artigo pretende investigar justamente quando um precedente adquire tamanha autoridade que se torna um cânone para operadores jurídicos e para atores sociais, tornando-se um verdadeiro marco de uma época, ou seja, um superprecedente.

O tema dos precedentes e, em especial, dos superprecedentes ainda demanda um estudo mais aprofundado no Brasil do ponto de vista de como as decisões geram uma vinculação institucional e social, bem como da relação entre o processo de tomada de decisão com uma cultura de precedentes. Outras dúvidas persistem, particularmente em relação aos superprecedentes, ao sair do mundo das abstrações para folhear as páginas dos precedentes nacionais que talvez pudessem ser tidos como algo “super”: quais são as características concretas desses casos apontados como superprecedentes no Brasil? E quais casos no Supremo Tribunal Federal brasileiro poderiam servir de exemplo? Ou ainda existe uma cultura de precedentes, tal como no sentido americano?

Adiante-se que não se pretende responder a tais perguntas plenamente. Optou-se, na verdade, por uma provocação ao debate – raro no Brasil, diga-se de passagem – do que uma empreitada mais ambiciosa. Ainda assim, esse acréscimo na tipologia dos precedentes difundida do Brasil – super e miniprecedentes – tem o papel de incitar a investigação nas mudanças na cultura de precedentes brasileiros que vêm acontecendo mais recentemente a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente em certos casos mais emblemáticos, de um maior estreitamento dos padrões decisórios do *common law* e *civil law*. Alguns casos têm se diferenciado dos demais por diversos aspectos, como, por exemplo, pela repercussão na mídia e na sociedade, pela existência de um número de páginas enorme e debates prolongados na Corte, bem como pelo crescente número de citações pelos jornais, revistas, livros não especializados ou específicos da área.

Faltam mais estudos empíricos e estatísticos sobre a questão, mas o fenômeno é perceptível na mudança de perfil dos manuais de constitucional, por exemplo. É interessante notar que os contemporâneos de direito constitucional, como Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes ou Bernardo Gonçalves, citam mais decisões do STF do que obras clássicas do direito constitucional brasileiro costumavam citar, como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides ou Afonso Arinos. A cada dia, tem se tornado mais e mais difícil um autor publicar um livro jurídico, pelo menos no âmbito do direito constitucional, sem ao menos mencionar algumas decisões judiciais, alguns precedentes.

Esse processo é retratado por Luís Roberto Barroso, quando trabalha as mudanças no constitucionalismo brasileiro. Na década de 1980, o direito constitucional costumava se alinhar à teoria crítica ou a um constitucionalismo chapa branca, situados mais próximos da ciência política do que do direito. O constitucionalismo contemporâneo reivindica

uma maior efetividade dos direitos, utilizando-se as ações constitucionais sem descuidar da necessária interdisciplinaridade. Com a consolidação do neoconstitucionalismo e a expansão da jurisdição constitucional, a normatividade da Constituição de 1988 no Brasil adquire maior importância, por exemplo, recorrendo às instituições e às ações constitucionais como veículos para implementar uma dogmática constitucional transformadora (BARROSO, 2008).

Pode-se dizer que havia um tempo em que imperavam interpretações doutrinárias e as leis de um lado e, de outro, decisões dos juízes. Eram mundos apartados. Esse tempo de segregação acabou. A dicotomia simplista, produto de uma visão ultrapassada das fontes do direito, ficou nos manuais empoeirados não lidos em alguma biblioteca desatualizada. Hoje as leis são constantemente alteradas e contam com um maior debate público, informado inclusive pelas decisões judiciais que muitas vezes destravam temas e põem em pauta questões sobre as quais já se formaram “teias de aranha”. Certas questões podem acabar ganhando vida e visibilidade a partir dos processos judiciais e das reivindicações sociais. Em tempo real, é possível acessar pela internet um artigo acadêmico publicado numa revista estrangeira ou nacional, ler uma nova lei, assistir o julgamento da TV ou YouTube de uma deliberação da decisão judicial que esteja sendo votada.

Por essa razão, atualmente, os estudos têm enfatizado os graus de deliberação dentro e fora da Corte, assim como os discursos de supremacia judicial contrapostos aos diálogos institucionais.⁶ A racionalização dos discursos institucionais que transportam as reflexões para tomada de decisão de certos “fatos brutos” em “fatos institucionais”, ensejando a criação de uma certa moralidade institucional no tomador de decisão que interpreta e aplica as regras e princípios (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992). Note-se que não se fala apenas de casos que abrem uma oportunidade para certas rodadas deliberativas e pleitos momentâneos.

A novidade intrigante é que, por isso, certas leis “pegam”⁷ e outras são ineficazes. Certos precedentes caem nas graças dos legisladores e dos diversos segmentos sociais, enquanto outros são ignorados. Alguns, resistindo ao passar do tempo, adquirem algum grau de vinculação não apenas jurídica, como bem explicam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

...

6 Para um aprofundamento da discussão teórica sobre legitimidade democrática da jurisdição constitucional, ver: (BARROSO, 2012, p. 74-85). Duas teses de doutorado pela USP e pela UERJ tratam bastante bem das categorias e argumentos em favor de cada um dos modelos, são de leitura densa sem perder uma clareza didática (MENDES, 2011; BRANDÃO, 2012).

7 Não desejamos aprofundar o estudo de *superleis* que penetram profundamente na normatividade pública e na cultura institucional (ESKRIDGE; FERREJOHN, 2001, p. 1215 e ss.).

Essas super-leis são produzidas após um processo qualificado de deliberação política, impõem profundas mudanças jurídicas e sociais, e acabam adquirindo uma penetração na cultura do país e um capital simbólico que as aproxima das normas constitucionais. Tais diplomas legais, além de influenciarem profundamente a interpretação do ordenamento, beneficiam-se de uma espécie de entrincheiramento político-social, pois, apesar de não desfrutarem formalmente de superioridade hierárquica ou de rigidez, os seus princípios básicos tornam-se, na prática, politicamente intangíveis, pelo profundo apoio social e enraizamento cultural que logram conquistar. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 347)

Com as devidas adaptações, é também o que ocorre a um superprecedente. É claro que, nessa arena, é preciso atentar para a judicialização da política e da vida, somadas à publicidade ostensiva e à leitura cada vez maior das decisões judiciais. Isso vem contribuindo para uma gradativa mudança da cultura de precedentes no Brasil, que, se não fizeram surgir superprecedentes por aqui, pelo menos ensejaram precedentes com mais “pegada”. Ocorre que, mesmo quando se está diante do controle difuso de constitucionalidade, que possui uma vinculação institucional e social profunda. Precedentes como o caso Ellwanger (HC 82.424) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005) e o do Mensalão (AP 470)⁸ são apenas alguns indícios dessa transformação da cultura de precedentes no Brasil.⁹ Ganharam fama, mas ainda é difícil enquadrá-los no conceito, tendo em vista que talvez ainda careçam de uma adesão institucional e social mais robusta.

Some-se a isso uma dose de ativismo por parte dos juízes, qualquer que seja o conceito atribuído ao tema – e não são poucos¹⁰ –, veremos, não raro, que os casos interpretam cláusulas gerais de forma mais livre, valem-se da analogia para adotar soluções normativas ou sentenças aditivas, concretizam a Constituição, lançam mão de procedimentos que servem para instrumentalizar decisões, adotam fundamentações mais longas que citam argumentos políticos, morais e até literários. O fenômeno é facilmente exemplificável com as decisões do STF sobre o direito de greve dos servidores públicos (MI 670 e outros) e o caso da infidelidade partidária (MS 26.602 e outros). Essa ampliação da atitude ativista dos

...

8 STF, Ação Penal 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

9 Mesmo reconhecendo a dificuldade de uma tradição mais opinativa e personalista na construção de votos pelos ministros em detrimento da reconstrução racional e argumentativa, José Rodrigo Rodriguez admite que o STF parece estar caminhando para formar um corpo de precedentes, citando os casos do Mensalão, Ellwanger e Raposa Serra do Sol. (RODRIGUEZ, 2013, p. 15 e ss.).

10 Não desejamos listar as inúmeras acepções do termo, mesmo porque existem excelentes trabalhos sobre o tema, tratando de forma mais detida (MIRANDA NETTO, 2012, p. 87-98). Basta uma noção geral de “judicialização é fato” e ativismo, atitude, como colocada pelo professor (BARROSO, 2012).

magistrados do STF possuiria dentre as possíveis causas, como bem elenca a professora Joana Machado, a renovação dos ministros do STF, o efeito discursivo da possibilidade de o STF editar súmulas vinculantes e o ambiente teórico favorável (MACHADO, 2008, p. 85 e ss.).

Outro dado contextual é que o projeto do novo Código de Processo Civil em sua exposição de motivos afirmava expressamente que “O respeito aos precedentes jurisprudenciais é uma das marcas do futuro Código, o que reduzirá o grau de imprevisibilidade jurídica que impera sobre os atores da vida civil” Em uma de suas fases de elaboração e debate, chegou-se a prever um Capítulo XV, dedicado aos precedentes judiciais no art. 520 e ss. Embora o capítulo específico tenha sido suprimido do novo CPC, parte substancial de seus dispositivos foi aproveitada nos art. 942 e ss. do Capítulo I, denominado “Das Disposições Gerais” do Título I do Livro III da Parte Especial. Se observarmos a linguagem do novo CPC como um todo, ela se encontra vazada pelas noções e pelo vocabulário relacionado aos precedentes, especialmente no Capítulo VI, “Dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça”.¹¹ Existem cinco artigos (489, 926, 927, 988 e 1.042) com o termo “precedente” inscrito explicitamente.

O sistema como um todo valoriza soluções de massa para recursos repetitivos. Há uma espécie “microsistema de precedentes” (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2015). Note-se que a consolidação de uma cultura institucional de precedentes, como um importante repositório de argumentos e significados não apenas para juízes, mas também para políticos, partidos, cidadãos e movimentos sociais.

2 UMA REVISÃO DAS ESPÉCIES DE PRECEDENTES À LUZ DE PRESSUPOSTOS INSTITUCIONAIS

O processo de vinculação entre os precedentes judiciais, segundo classifica Frederick Schauer, desdobra-se em duas espécies: os verticais e os horizontais. Os *precedentes verticais* indicam a necessidade de uma Corte inferior orientar-se pelo caso julgado pela Corte superior. Isso seria um “fato efetivo da organização humana” da mesma forma que esperamos que o trabalhador obedeça ao patrão e o soldado, ao tenente (MARINONI, 2011, p. 118). Os *precedentes horizontais* decorrem da lógica de vinculação atribuída a certas decisões judiciais (*stare decisis*). Nesse caso, a vantagem do precedente não é tão evidente, em especial se as Cortes se encontram na mesma hierarquia ou nos casos julgados em momentos diferentes podem não querer seguir um precedente que ache que está errado. Pelo mesmo

...

11 Para uma excelente visão crítica dessa perspectiva de um direito jurisprudencial, enfatizando as falhas na aplicação dos precedentes por temas nos recursos repetitivos e clamando não apenas por coerência, mas por integridade nas decisões e por um processo democrático “comparticipativo” (NUNES, 2006).

motivo, não se espera que um trabalhador siga ordens manifestamente ilegais ou equivocadas. É por uma lógica semelhante que um político que não está obrigado a seguir as políticas do seu predecessor (SCHAUER, 1987). A lógica consiste, então, na imposição do respeito aos precedentes das Cortes Superiores pelas de primeira instância por uma espécie de metadecisão. Também o respeito pelos próprios órgãos faz-se importante para coerência jurídica ante uma segurança jurídica e em previsibilidade, baseadas em uma argumentação racional e consistente.

Considerando essas duas dimensões dos precedentes de um mesmo tribunal, é interessante trazer à discussão dois conceitos pouco conhecidos na literatura sobre precedentes no Brasil, trabalhados por Robert Alexy, ao tratar dos precedentes na Alemanha, discorrendo sobre fatores que conferem um maior grau de força normativa aos mesmos, como grau hierárquico das cortes envolvidas (vertical) e expressividade dos argumentos de suporte (vertical e horizontal). Nesse contexto, é que o autor destaca as noções de **“linha de precedentes”** e **“precedentes em ziguezague”**. O primeiro trata justamente do fato de existir um número de decisões tal que represente uma tendência do tribunal, atribuindo um maior peso e força ao precedente. Por outro lado, precedentes singulares ou precedentes inseridos numa jurisprudência aparentemente conflitante, com idas e vindas e mudanças de entendimento, ou seja, em ziguezague tendem a alterar força (ALEXY, 1997, p. 17 e ss.). A presença da primeira – a linha – tende a reforçar a vinculação e adesão ao precedente, enquanto a segunda tende a enfraquecê-lo.

A partir da teoria do precedente de Robert Alexy, é possível aproximar os superprecedentes da “linha”, os miniprecedentes do “ziguezague” ou, talvez, da “rede de precedentes”.¹² Nessa aproximação, porém, não ignoramos que a linha de precedentes possa eventualmente alterar aspectos laterais dos precedentes. O ziguezague argumentativo tende a erodir a força e a autoridade dos precedentes. Ao abrir a divergência sobre a própria *ratio decidendi* do precedente do Tribunal, dúvidas são geradas sobre a posição da Corte e/ou dos fundamentos para sustentá-la.

No Brasil, nem sempre se deu importância devida a essa dimensão horizontal ou a linha de precedentes. Perceber essa alteração fático-institucional decorrente de uma oscilação argumentativa das posições da Corte como fator de fortalecimento ou enfraquecimento da linha de precedentes do Tribunal é fundamental para reavaliar nossa tradição e perceber as mudanças em curso. Em um contexto que se seguiu predominantemente tradição continental, com fortes influências americanas e inglesas, é verdade que os juízes tradicionalmente se sentem

...

12 Existem outros modelos contemporâneos mais complexos e, aparentemente, mais adequados para explicar a relação entre os precedentes que não teremos condições de destrinchar neste artigo por razões de delimitação do objeto, como o modelo das correntes ou redes de precedentes (VOJVODIC, 2012, p. 119 e ss.).

vinculados à lei e à sua convicção sobre a melhor forma de interpretá-la. A lei sempre foi a ou uma das mais importantes fontes do direito em nosso país. Não que as decisões dos tribunais não fossem importantes, mas a aderência argumentativa ao seu conteúdo e a atribuição de efeitos vinculantes enfrentou – e ainda enfrenta – uma longa jornada, encontrando-se em franco processo de transformação¹³ (NUNES et al., 2013). Recentemente, os precedentes têm ganhado força galgando mais espaço entre as fontes do direito pátrio. Celso Albuquerque Silva (SILVA, 2005, p. 181-182), Patrícia Perrone Campos Mello (CAMPOS MELLO, 2008), Fredie Didier, Dierle Nunes e outros autores¹⁴ identificam essa virada na importância dos precedentes, especialmente por meio de uma aproximação entre os dois sistemas.

A doutrina costuma destacar como as decisões no Brasil podem hoje ser divididas em três categorias: de eficácia normativa, de eficácia impositiva intermediária e a eficácia meramente persuasiva. Em geral, essa classificação (SUMMERS, 1997, p. 368) (PECZENIK, 1997, p. 463)¹⁵ é interessante para compreender fatores institucionais na maneira de operar com precedentes. No entanto, por considerar ser preciso avançar na tipologia para que ela inclua algum grau de vinculação social e extrainstitucional que também influencia a construção dos precedentes,¹⁶ acrescentamos, inspirados na literatura americana, à classificação

...

- 13 Há quem em tom crítico afirme que não temos um sistema de precedentes e, de forma espirituosa, afirme que o que temos um *common law* à brasileira. Embora partilhemos da percepção de que existem transformações em curso, vale a pena conferir o interessante pensamento crítico a respeito (ROQUE, 2003, p. 405 e ss.). Igualmente em tom crítico e interessante, o prof. Dierle Nunes, após reconhecer a aproximação entre ambos os modelos, sugere a adoção de algumas posturas institucionais para aperfeiçoar a cultura de precedentes: **1º) Esgotamento da temática antes de entendê-la como um padrão decisório (precedente). 2º) Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal. 3º) Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal). 4º) Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical). 5º - Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão. 6º) Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório** (NUNES et al., 2013).
- 14 Por exemplo, Alexandre Bahia e Dierle Nunes apontam que nem todos os precedentes têm a mesma força. Isso fica claro quando para tal há entre eles os efeitos vinculativos e os meramente persuasivos diferenciando-se pela prática dos tribunais (BAHIA; NUNES, 2010, p. 90).
- 15 A classificação parece ter sido adaptada e aclimatada à realidade brasileira a partir do pensamento de determinados autores estrangeiros que consideram as experiências de seus países com os precedentes. Em geral, os autores que perfilham essa classificação inspiram-se em Robert Summers e Aleksander Peczenik.
- 16 Justiça seja feita que os autores começam a trabalhar com ambas as dimensões: fatores institucionais (instituições, contexto, normas constitucionais) e extrainstitucionais (discurso jurídico, dogmática, normas, jurisprudência, cadeias de sustentação, fundamentação, número de casos, correção substancial da decisão) (BUSTAMANTE, 2012, p. 250-368).

os superprecedentes e os microprecedentes, como veremos a seguir (DUXUBURY, 2008, p. 63).

Os primeiros representam a aproximação com o modelo do *common law* são os **precedentes vinculantes**. Eles exercem efetividade máxima, obediência direta em casos análogos. Extrapolam os efeitos *inter partes*, fixando uma orientação a ser seguida, ou seja, com efeitos *erga omnes*. A não obediência a esses precedentes geram sanções, tal como ocorre no caso de descumprimento legal. São fontes formais do direito. São a regra nos modelos de *judge made law (common law)*, mas também são encontrados nos ordenamentos da *civil law*, como no caso brasileiro. São exemplos os precedentes com efeitos vinculantes, como os tomados nas decisões das ações diretas de inconstitucionalidade ou nas súmulas vinculantes.

Há quem entenda, como o prof. Lenio Streck, que as súmulas vinculantes não são precedentes, porque, entre outros argumentos são reduções linguísticas que se desvinculam dos casos que a originaram (STRECK; ABBoud, 2014, p. 69).¹⁷ Em melhor sentido, porém, encontra-se Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual a redação das súmulas vinculantes seriam a tentativa de extrair a *ratio decidendi* das reiteradas decisões que lhes deram origem, como se depreende da seguinte passagem:

A súmula vinculante só pode ser editada quando houver controvérsia atual. Entretanto, por controvérsia atual não basta entender questão constitucional que está em discussão, ou que acaba de ser discutida, no Supremo Tribunal Federal. A controvérsia é atual quando há discussão, contemporânea, acerca da precisa *ratio decidendi* dos precedentes que dizem respeito a uma mesma questão constitucional. Controvérsia, portanto, não é sinônimo de objeto sobre o qual se discute judicialmente, mas pertine à dúvida sobre a *ratio decidendi* dos precedentes respeitantes a tal objeto. (MARINONI, 2011, p. 491)

Ao concordar com essa leitura, não são ignoradas as dificuldades e desvios nos procedimentos e requisitos nesse processo de formulação do enunciado sumular.¹⁸ Acreditamos, porém, que isso não parece comprometer o reconhecimento das transformações na cultura de precedentes em curso no Brasil. Trata-se mais de uma questão de aperfeiçoamento institucional do que de negação das transformações. É verdade que o efeito vinculante aqui resulta

...

17 No mesmo sentido, em outra obra, Streck (2013, p. 679) chega a afirmar que “No Brasil não existem precedentes no sentido de que fala a *common law*. [...] Logo, por que ainda tem gente que pensa que as SV têm parecência com os precedentes da *common law*?”.

18 Um excelente trabalho crítico, com dados estatísticos, atenção a datas de edição das súmulas e precedentes que lhes deram origem, demonstrando cada um dos desvios procedimentais, como a inexistência de decisões reiteradas, foi defendido no trabalho de conclusão de curso, sob a orientação do prof. Fernando Gama de Miranda Netto. Infelizmente o trabalho ainda não foi publicado (CIRAUDO, 2011).

de opções da Constituição de 1988 e da legislação, não sendo sequer exclusividade do *common law*, já que na Alemanha há tais efeitos. Parece-nos, porém, que a origem legislativa dessa vinculação em alguns países de *civil law* e a origem da vinculação dos precedentes residir na tradição nos sistemas do *common law* não é suficiente para desconsiderar as aproximações recíprocas e as modificações na cultura de precedentes também no Brasil do ponto de vista prático e teórico.

Os segundos são **precedentes de eficácia intermediária** que não têm caráter obrigatório formalmente, mas não deixam de possuir eficácia ainda que restrita. Sua não aplicação é criticada e, não raro, torna-se alvo de revisão. Há também a possibilidade de se encontrar efeitos impositivos mais brandos, para além do processo, como um peso argumentativo maior em casos semelhantes e facilidades recursais. A eficácia intermediária é residual, ocorre quando não se pode garantir a obrigatoriedade do precedente. No *common law*, são os casos de decisões de tribunais inferiores em relação às decisões seguintes deles próprios. Não significa dizer que não possam ser superados, mas só o poderão mediante fundamentação adequada. Essa eficácia intermediária é exemplificada em algumas ações da tutela coletiva, que, a despeito da inexistência de efeitos vinculantes, acabam adquirindo uma maior projeção.

A terceira categoria enumerada trata dos **precedentes meramente persuasivos** com função típica na *civil law*: de mera persuasão em casos semelhantes, argumento de autoridade para o juiz do caso futuro. Entretanto, diferentemente dos precedentes de eficácia intermediária, estes não provocam um ônus argumentativo às decisões contrárias, pois tratam somente de mais um dos fatos trazidos pelas partes para o convencimento do juiz. Embora sejam a característica marcante da *civil law*, também estão presentes no *common law*, como no caso das decisões de primeira instância em relação aos tribunais superiores. Há quem afirme que a inexistência de efeitos vinculantes tornaria o caso um mero exemplo e não um *precedente* no sentido próprio do termo. No entanto, parece que admitir esse degrau vinculativo na escalada como fontes reais do direito, porque a força persuasiva de tais decisões não se confunde, na prática, com o mero exemplo. Trata-se, por exemplo, das decisões tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade com efeitos *inter partes* apenas. Mesmo sem efeitos vinculantes, as cortes de primeira e segunda instância costumam segui-las normalmente e não raro não conhecem/julgam improcedente recursos das partes, porque tais casos constituem importantes repositórios argumentativos.

Ora, a força dos precedentes, seja na *civil law*, seja no *common law*, dependerá, portanto, de uma multiplicidade de fatores decorrentes da complexa interação com a Constituição e a legislação, entre as Cortes e o Parlamento/Executivo, entre a Corte e a Sociedade e a mídia, entre a argumentação das instâncias superiores com as inferiores. Sem dúvida, os efeitos atribuídos normativamente às decisões tomadas, a hierarquia da Corte, o estilo deliberativo da Corte, a clareza na redação dos acórdãos, a existência de uma linha ou rede de precedentes são importantes (TARUFFO, 1997, p. 437), mas para que a decisão se enraíze socialmente

são necessários agentes que difundam seu conteúdo e sustentem sua efetividade/eficácia social e não apenas a sua eficácia jurídica (BARROSO, 2006).

A publicação do acórdão é o fim da cadeia que torna a produção de efeitos jurídicos válidos, mas não raro pode ser apenas o início da cadeia social, política, econômica e cultural que aceitará ou recusará o precedente. É óbvio que a história continua após a publicação do acórdão. O debate não se encerra depois de proferido o precedente. A história retratará como a decisão se manterá ou será superada (total ou parcialmente), o que se relaciona com redes sociais de sustentação que ampliem ou reduzam a sua capacidade de resistir à marcha do tempo, mantendo-o vivo ou eliminando-o (ACKERMAN, 2007). A superação ou revisão de um precedente é um tema, no mínimo, delicado e complexo. Existe todo um vocabulário jurídico próprio para operar com os precedentes, de modo que é pertinente esclarecer alguns termos para facilitar a compreensão do tema como *holding/ratio decidendi*, *rationale*, *obiter dictum*, *overruling* e *overriding*.

A *ratio decidendi* ou *holding* pode ser definida de várias formas (GOODHART, 1930, p. 161-183), sendo resumidamente: (i) a norma extraída do caso concreto e que vincula os tribunais inferiores; (ii) a norma jurídica contextualizada para os fatos aos quais a norma será aplicada;¹⁹ e (iii) o elemento essencial que consubstancia a argumentação da decisão judicial para concretizar a ponderação entre regras e princípios.²⁰ Essa é uma das mais importantes e mais controvertidas noções para se operar com precedentes. Há quem afirme ser uma categoria que transmite a ilusão de estabilidade (MACCORMICK, 2008, p. 194). Corresponde ao enunciado vinculante para as demais Cortes e depende da análise dos fatos relevantes do caso concreto, da questão levantada em juízo, da fundamentação e do que ficou decidido. Tudo isso ajudará a delimitar o *holding*, que, restando dúvida, será feita uma inversão de significado para determinar a essencialidade dos elementos, que, caso não alterem o sentido, serão considerados informações marginais e excluídos do enunciado. Compreendemos que a melhor definição é aquela que não reduz a *ratio decidendi* à norma e à argumentação desenvolvida, mas sim aquela que insere as razões de decidir no contexto fato do caso e da sociedade como um todo.

A *rationale* difere sutilmente da *holding*. A *holding* não envolve a fundamentação concreta do caso, ou seja, a motivação, englobando somente o enunciado genérico extraído do caso,

...

19 Uma importante referência no tema é o artigo de Arthur L. Goodhart que considera a *ratio decidendi* não como o princípio em si ou as razões ali presente, mas sim como os princípios extraídos do caso baseado em fatos e as decisões extraídas dele (GOODHART, 1930, p. 161-183).

20 Essa dimensão argumentativa da *ratio decidendi* nem sempre é evidenciada pelos autores brasileiros que a reduzem a uma concepção normativista. Sobre o ponto, vale a pena conferir a teoria do precedente proposta que leva em conta a complexidade de incorporar fatores empíricos, racionalidade prática e razões de autoridade para compreensão dos graus de vinculação ao precedente e a sua *ratio decidendi* (BUSTAMANTE, 2012, p. 262 e ss.).

enquanto a *rationale* leva a fundamentação do caso concreto em consideração, é fundamental e é ela que auxiliará na identificação dos fatos relevantes. Dessa forma, a doutrina estrangeira converge razoavelmente em torno de um conceito de *holding* como regra explícita ou implícita levada em consideração pelo juiz como uma etapa necessária à decisão, à luz das razões por ele adotadas. Nesse sentido, embora a fundamentação não influa diretamente na vinculação dos casos futuros, é determinante para a escolha da norma que será aplicada.

O *obiter dictum* é qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, ou seja, considerações marginais, dissensos de votos, argumentos divergentes, teses não acolhidas etc. Essas manifestações não têm força vinculante sobre os casos futuros, possuindo somente eficácia persuasiva ou, eventualmente, uma importância crítica ou reflexiva. No STF, não têm sido raros os casos com argumentos laterais, de modo que é preciso estimular criticamente a sua redução, quando tiverem pouca importância reflexiva ou crítica por tornar o número de páginas do acórdão excessivo e de difícil compreensão, mesmo por profissionais do direito, comprometendo a identificação do que foi decidido quanto ao mérito do caso.

Questiona-se, por isso, o modelo decisório de Corte Constitucional do STF que, por vezes, decide num modelo agregativo em que cada ministro profere um voto em separado e, sem se comunicar com os demais, onde é da soma das partes que se tenta extrair uma conclusão. Essa forma de decidir vem sendo bastante criticada pela doutrina, como Conrado Hübner Mendes, denominando esse modelo de 11 ilhas que não dialogam.²¹ Eventualmente, é claro, casos complexos podem exigir uma fundamentação expandida, mas o ideal é que isso ocorra pela necessidade de um maior espaço para reflexão, decorrente da deliberação do colegiado em vez de decorrer da ausência do diálogo e do uso prolixo da linguagem. Existe uma série de propostas para aprimorar o modelo, como a circulação prévia do voto e a confirmação do *ratio decidendi* ao colher a decisão do Tribunal dos diversos ministros, sugeridas pelo professor e Ministro Luís Roberto Barroso e que se consolidou, por exemplo, na prática de fixar a tese da repercussão geral ao final da deliberação do recurso extraordinário.²²

...

21 “Uma pena que não estejamos debatendo os argumentos utilizados pelo STF. Eles são diversos. Em regra, têm estilo prolixo e arrevesado. Constituem peças clássicas do bacharelismo beletrista. Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos “do tribunal” quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros. E por que isso deveria nos preocupar?” (MENDES, 2010).

22 O professor Luís Roberto Barroso, em sua primeira sessão, no julgamento do MS 28.160, como Ministro do Supremo Tribunal Federal chegou a sugerir que o voto circulasse antes do julgamento para otimizar

Voltando o vocabulário relacionado com precedentes, vale lembrar que o sistema do *common law* prevê diversas maneiras de se superar um entendimento, que podem variar conforme a dimensão, podendo ser parcial ou total. Como formas de superação mais recorrentes, podemos citar o *overruling* (superação integral do precedente anterior), o *overriding* (revogação parcial de um precedente) e o *transformation* (atribui novo significado a um entendimento, equivalente à revogação). Além disso, o *stare decisis* possui dois mecanismos de alteração que visam a acomodação às circunstâncias específicas, como a manutenção da confiança dos jurisdicionados e o impedimento de reabertura de casos já decididos. Pode-se citar ainda o *prospective overruling* (mudança da doutrina com efeitos futuros) e o *signaling* (mera demonstração de intenções de alteração do direito aplicável a determinadas circunstâncias). Por fim, vale lembrar que alguns casos que devem se submeter a um precedente podem ser peculiares de modo a serem diferentes do precedente ao qual pretende se submeter a ele, razão pela qual é possível invocar o *distinguishing* para desaplicar o precedente naquele caso concreto (NUNES et al., 2013).

Há duas razões para se revogar um precedente: incongruência social e inconsistência sistêmica. A primeira diz respeito à incompatibilidade entre normas jurídicas e os *standards* sociais, ou seja, uma quebra da expectativa dos cidadãos em relação aos precedentes. A inconsistência sistêmica trata da harmonia entre as regras do ordenamento jurídico. Levando em consideração a unidade do direito, os preceitos devem ser compatíveis entre si, interferindo reciprocamente. Essas duas figuras, entretanto, não são suficientes para o abandono do precedente. Deve haver também as razões de justiça (*substantive reasons*) fundamentando o entendimento e a ponderação das razões de segurança jurídica (*authority reasons*) que justificam a adoção de precedentes com efeito de norma. A superação de um precedente deve considerar os custos relativos à segurança dos cidadãos, à quebra de isonomia, às consequências e ao impacto. A partir daí, haverá uma análise de custos e benefícios na manutenção dos precedentes. Quando os benefícios superarem os custos, haverá a sua superação. Em caso diverso, o entendimento errôneo tenderá a ser mantido, pois se acredita que sua superação traria mais malefícios do que benefícios. São capazes de ensejar a superação as hipóteses de existência de precedentes inoperáveis na prática, a mudança social, política ou cultural que torne o entendimento do precedente injusto, a obsolescência do julgado ou o reconhecimento de que uma exegese é incorreta desde a origem.

...

o julgamento do Tribunal. Ironizando, o Min. Marco Aurélio disse que “Há 34 anos não troca figurinhas”. Em melhor sentido, O Min. Dias Toffoli destacou que tem o hábito de distribuir seus votos na sessão e defendeu que questões mais simples fossem julgadas no plenário virtual. É uma pena que a proposta do Min. Barroso não tenha sido discutida no Tribunal, o que conferiria maior racionalidade ao processo decisório do colegiado. Essa e outras propostas institucionais, anteriormente realizadas pelo Min. Barroso, podem ser encontradas na retrospectiva por ele redigida (BARROSO; MENDONÇA, 2013).

É imprescindível compreender a insuficiência da vinculação jurídico-normativa a partir do processo complexo de vinculação e resistência do precedente ao precedente. Não raro a complexidade do sistema de vinculação aos precedentes é tamanha que, em alguma medida, a ascensão ou o caso de um precedente dependerá de sua aderência ocasional às instituições e ao imaginário dos cidadãos. Não é possível negar a relação entre o precedente e o contexto. Esse ponto parece ser comum para diferentes autores da teoria do direito mesmo de formações, influências e propostas diametralmente opostas, desde positivistas como Frederick Schauer, que concebem os precedentes como formas de generalização de enraizamento das regras, passando por pós-positivistas como Ronald Dworkin (DWORKIN, 1986, p. 225 e ss.), cujo pensamento insere os precedentes em decisões tomadas a partir de princípios e valores, num romance em cadeira de uma comunidade de princípios, que busca integridade e coerência em suas decisões e, ainda, Cass R. Sunstein, segundo o qual regras e analogias a partir da afinidade de pensamento entre um caso e outro à luz de noções gerais de acordos incompletamente teorizados (SUNSTEIN, 1996, p. 71 e ss.).

Sunstein, em especial, sublinha o processo de interpretação e a criação de normas dentro do processo de tomada de decisão judicial que considere as semelhanças e diferenças entre casos, sem ignorar a diversidade de capacidades institucionais (MAUÉS, 2012, p. 597 e ss.), que rejeita o perfeccionismo dos juízes e leva em consideração a falibilidade dos juízes, ou seja, pontos cegos, consequências e efeitos sistêmicos de suas decisões (SUNSTEIN, 2006). Não existe uma teoria que dê conta de todos os aspectos da realidade, como chama atenção Neil MacCormick. Para cada teoria, haverá sempre alguma prova empírica do contrário ou, no mínimo, algum caso a exigir uma revisão ou reavaliação da teoria. O essencial das teorias contemporâneas sobre o precedente, porém, é a exigência de uma reconstrução racional dos argumentos subjacentes a estes (MACCORMICK, 2008, p. 204 e ss.). Mesmo com concepções absolutamente distintas, é possível afirmar a existência de um acordo raso nesse ponto, dado que nenhum dos autores nega que o precedente e/ou insere-se no contexto histórico-cultural em razão do qual é mantido ou superado argumentativa e institucionalmente.

3 SUPERPRECEDENTES E MINIPRECEDENTES: POR QUE NÃO UMA VINCULAÇÃO CULTURAL AOS PRECEDENTES?

É preciso, por isso, evidenciar que existem graus de aderência não formais aos precedentes. Há, ao lado da vinculação jurídica, uma vinculação social, política, moral ou institucional, que denominamos de uma vinculação cultural à argumentação e significados gerados pelos precedentes. Essa virada institucional pós-positivista²³ aponta, de um lado, a aderência e a vinculação

...

²³ Uma perspectiva institucional do precedente próxima a que defendemos aqui se relaciona à perspectiva de Robert Alexy e Neil MacCormick, que conjugam pretensão de correção, a argumentação jurídica

não necessariamente normativa ao precedente e, de outro, a insuficiência da vinculação normativa para compreender a força do precedente. Propõe-se, nesse sentido, um acréscimo à tipologia dos precedentes mais difundida no Brasil, reivindicando que se inclua no debate acadêmico a existência dos superprecedentes e dos miniprecedentes.

O que é um **superprecedente**? Quais são as características que permitem que sejam identificados? No contexto norte-americano, aponta-se que o debate sobre o tema se tornou público entre o Presidente do Comitê Judicial do Senado Arlen Specter e o Chief Justice Roberts, que concordou com a existência de um *super-duper precedent*, referindo-se, sem endossar ou rejeitar, a expressão tomada por empréstimo do Juiz Michael Luttig, referindo-se ao *super-stare decisis* no caso *Roe vs. Wade*, relativo à possibilidade da realização do aborto (GEHARDT, 2008, p. 177).

Academicamente, os principais precursores na temática dos superprecedentes foram os professores Richard A. Posner e William M. Landes. Os autores consideram que uma das premissas mais básicas dessa categoria é que devem ser **amplos**. Caso sejam muito específicos, regularão somente casos extremamente semelhantes e terão um espectro de aplicação curto (LANDER; POSNER, 1976, p. 249-307). Após uma densa reflexão, inclusive de cunho matemático, sobre teoria e prática dos precedentes e do “como” e do “quanto” eles são citados, os autores concluem que quanto maior a sua amplitude, mais provável que os precedentes sejam citados em artigos acadêmicos e livros não só de juristas, mas também de historiadores, sociólogos e economistas. Em uma análise econômica do direito, os autores procuram a partir das citações entender a capacidade de certos precedentes de resistir ao passar do tempo, refletindo sobre os fatores que levam a uma maior ou menor taxa de depreciação e desatualização.

Em sentido semelhante, percebe-se o pensamento de Cass R. Sunstein²⁴ que concebe, em certa medida, precedentes como analogias construídas a partir de *acordos incompletamente teorizados*, ou seja, ainda que sem recorrer a uma teoria geral de base para tomar decisões, os precedentes mostram-se capazes de, refletindo a partir de razões com algum grau de abstração, angariar adesão, respeito e autoridade, utilizando muito mais raciocínios abstratos

...

como um caso especial de argumentação e a importância de as instituições atuarem de forma ética (BUSTAMANTE, 2013, p. 263-313).

24 Não ignoramos que, em razão das considerações institucionais, Sunstein posiciona-se a favor de um minimalismo judicial, chamando atenção para a necessidade do tribunal de respeitar seus próprios precedentes, evitar decidir ou manifestar sobre assuntos alheios ao caso, tomar por base casos anteriores e exercitar *virtudes passivas* que estimulem a deliberação e decisões das instâncias democráticas. Ainda assim, incorporamos muitas ideias do pensamento do autor à discussão dos superprecedentes, dada a virada institucional promovida pelo mesmo na interpretação constitucional, o que, a propósito, serve também para mitigar eventuais excessos no processo de aclimação da teoria dos superprecedentes. Para mais detalhes do minimalismo (SUNSTEIN, 2001).

a partir de analogias gerais entre os casos. O raciocínio analógico propõe que os julgamentos de casos específicos sejam coerentes com outros, baseando-se em regras, princípios e argumentos desenvolvidos em casos concretos afins, sem recorrer a uma teoria geral de base necessariamente.

Nessa linha, é claro que as pessoas podem intimamente discordar do precedente²⁵ *Roe vs. Wade*, se deveria proteger a liberdade da mulher, ou por razões pragmáticas ou, ao contrário, que o precedente foi errado por violar o direito à vida do feto por razões religiosas. Ainda assim, ao juiz não é dado simplesmente ignorá-lo ou superar sem um forte ônus argumentativo, dado que existe um acordo incompletamente teorizado sobre ponderações importantes refletidas na decisão dotadas de algum grau de vinculação, de modo que mesmo que as pessoas discordem da teoria de base podem concordar ou acatar a decisão (SUNSTEIN, 2007).

Outras decisões judiciais são influenciadas mesmo quando não guardam uma relação direta com ela ou não a sigam rigorosamente. Isso acaba por fazer com que os superprecedentes sejam raros e tenham esse caráter generalista ou amplo, de modo que ainda que virtualmente eles estão presentes em diversos outros casos com fatos semelhantes ou análogo. Nessa linha, Cass Sunstein reconhece que precedentes são, por óbvio, textos, mas são textos com significados compreendidos dentro das capacidades institucionais de quem os reivindica, aplica ou contesta. Com isso, o autor promove uma *virada institucional* na interpretação constitucional (SUNSTEIN, 2014), que reivindica que sejam considerados déficits de informação,²⁶ dados empíricos, se o formalismo é defensável, efeitos sistêmicos, capacidades institucionais, cegueira institucional, interesses de grupos (SUNSTEIN, 1985, p. 29-87), alternativas e uma análise ampla de custo benefício (SUNSTEIN, 2007) não apenas em sentido econômico (SUNSTEIN; VERMULE, 2002).²⁷

Nesse ponto, vale conferir a proposta de Sunstein das chamadas decisões de segunda ordem ou, como preferimos traduzir *second order decisões* para reduzir incompreensões, “metadecisões”, que são decisões que orientam outras decisões (SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT,

...

25 Há quem defenda que, embora seja frequentemente citado, *Roe vs. Wade* e *Buckley vs. Valeo* (financiamento de campanhas) é um pobre candidato a ser um superprecedente por não ter pacificado plenamente os conflitos, gerando, pelo contrário, regras precisas flexibilizadas em certos aspectos posteriormente (HAYWARD, 2005-2006, p. 195-216). Não concordamos com a leitura, inicialmente embora criem regras precisas, os casos fornecem argumentos robustos sobre a liberdade da mulher e a liberdade de expressão. Ainda que tenham ocorrido uma erosão de aspectos laterais dos precedentes em razão das controvérsias morais e políticas que ensejam, o essencial dos casos foi mantido.

26 Uma interessante proposta para melhorar a qualidade das decisões é obter mais informações a partir do uso de precedentes estrangeiros ou de instâncias internacionais numa interpretação claramente cosmopolita. Não desejamos sistematizar a controvérsia sobre o tema (SUNSTEIN, 2011).

27 Sobre a recepção e análise crítica na doutrina brasileira (SARMENTO, 2010, p. 141-160; ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 7-50).

1999). Em boa medida, o superprecedente é (ou pretende ser) algo que se assemelhe a essa teoria do autor: um precedente com elevado esforço para produção (modelo *high*) com conteúdo amplo e denso torna-se, ao estabelecer regras, princípios, standards, presunções e rotinas, um guia que tende a desonerar o fardo do tomador de decisão posterior (modelo *low*). Por exemplo, um superprecedente de uma Corte constitucional poderia desonerar o ônus argumentativo das instâncias inferiores que pretendam segui-lo.

Os superprecedentes seriam capazes de definir as controvérsias jurídicas de forma clara, a ponto de evitar ou reduzir disputas legais. É possível criticar tal conceito como algo que não corresponde à realidade dos tribunais, porque boa parte dos casos que atualmente passíveis de serem considerados superprecedentes são objeto de debate e de controvérsia. A crítica é pertinente já que o debate sobre os casos não se encerra com a publicação das decisões da Corte. A eficácia social do precedente depende das deliberações no seio da sociedade, de apoio ou repúdio ao precedente. Ainda assim, tais decisões são capazes de gerar uma eficácia global e uma segurança jurídica consistente sobre a decisão a ser tomada. Ao serem acatadas ou reconhecidas como válidas, essas decisões **pacificam em grande parte disputas políticas, morais e sociais** (HAYWARD, 2005-2006, p. 195-216).

Talvez fosse possível em alguma medida uma aproximação – sem tornar idêntico ou equivalente – entre o conceito de superprecedente de casos difíceis (*hard cases*) de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 127 e ss.) a medida que, quando adota esse conceito, o autor inclui decisões que resolvem questões moralmente controvertidas com base em argumento de princípios (*principles*) e não de políticas (*policies*) (DWORKIN, 2002) dentro de um pano de fundo que é uma teoria do direito compreendida como prática social interpretativa. Não há no superprecedente, porém, uma pretensão de encontrar uma resposta correta que cristalice uma unidade de valor. O superprecedente surge como o produto de uma disputa argumentativa entre grupos sociais que, em um dado momento, torna-se capaz de pacificar em certo grau a questão, de modo a imunizar, blindar ou proteger fortemente tal precedente de um *overruling* fácil. As considerações morais adentram no superprecedente a partir das capacidades e interpretações das diversas instituições, o que, no *hard case* e na teoria de Dworkin como um todo, é levado de forma insuficiente em consideração.²⁸

Sem dúvida, Dworkin está certo quando reconhece que o direito e os casos não são um mero *pedaço da história* (DWORKIN, 1980, p. 526 e ss.). No cenário teórico em que Dworkin insere os casos difíceis, qual seja o de rejeição ao convencionalismo, que enxerga o direito como simples questão de fato referente ao passado, e de rejeição ao pragmatismo, como o direito como uma preocupação exclusiva com aplicação e suas consequências futuras; os

...

28 Para uma crítica a teoria de Dworkin a partir de considerações de caráter positivista (SCHAUER, 1987) ou por uma ótica institucional (SUNSTEIN; VERMULE, 2002).

casos difíceis inserem-se nessa história, mas pressupõem considerações sobre os princípios de justiça ao tomar as decisões para o futuro.

Dworkin também está correto quando estabelece, dessa forma, uma lógica semelhante à de um “romance em cadeia” no qual o “juiz-Hércules” (DWORKIN, 1986, p. 225 e ss. e 355 e ss.) retoma o caso anterior e deve continuar a narrá-lo, enfatizando a *força gravitacional dos precedentes*. Exagera, porém, ao recorrer ao personagem mitológico idealizado para simbolizar o juiz (ou a Corte), que deve retomar o fio da história e do passado e construir um futuro coerente e compatível com a integridade²⁹ exigida por uma comunidade de princípios³⁰ a partir de uma lógica de uma unidade dos valores (DWORKIN, 2014, p. 4-12). Para ficar com mitos, e não com a realidade cultural e institucional, trocaríamos Hércules por Hermes com sua capacidade de esclarecer as redes de normas e promover o diálogo entre as instituições, o que seria um tema para outra investigação (OST, 1993, p. 169-194).

Deixando os mitos de lado, porém, embora Hércules (ou Hermes) possua algum grau de independência da política, ele também está envolto em constrangimentos institucionais políticos que não podem ser ignorados. Como bem coloca Barry Friedman, Hércules não pode atuar sozinho, devendo refletir sobre a interação dentro do colegiado, entre os poderes e entre as diversas instâncias judiciais (FRIEDMAN, 2005, p. 260 e ss.). Em outras palavras, como bem colocou Ran Hirschl, “Como qualquer outra instituição política, cortes constitucionais não operam em um vácuo institucional ou ideológico” (HIRSCHL, 2006, p. 774 e ss.). É preciso observar nesse processo de judicialização da megapolítica os movimentos sociais, os grupos de interesses, ativistas políticos, a burocracia estatal, enfim, a realidade política e social subjacente ao processo de tomada de decisões.

Em alguma medida, e com algumas diferenças em relação à idealização do papel do juiz e às considerações institucionais, é possível aproximar as noções de romance em cadeia e

...

²⁹ Reivindicando uma coerência jurídica da jurisprudência como direito decorrente da segurança jurídica, sob bases do pensamento dworkiano (BARBOZA, 2014). De forma precisa, Alonso Freire destaca a importância não apenas de decisões coerentes com a linha de precedentes, mas também de uma jurisprudência íntegra no sentido de Dworkin de não apenas coerência com decisões anteriores que podem estar erradas, mas também com os compromissos com princípios fundantes no plano da formulação e aplicação do direito, de modo vertical para as demais instâncias judiciais ou dentro do próprio tribunal. Aclimatando as reflexões para o Brasil, o autor chega a comentar inclusive a mudança no projeto do novo que introduziu a palavra jurisprudência estável, coerente e íntegra no art. 520, *caput*, do CPC (FREIRE, 2014) Em que pese a importância do tema, optamos por aderir a ideia de pretensão de correção de Alexy por meio de uma argumentação jurídica de Robert Alexy que, como entendemos, deixa mais clara a fundamentação das decisões por meio da ponderação que ofereça razões para optar por um princípio ou regra em detrimento de outro.

³⁰ O resumo e a simplificação da teoria de Dworkin são bastante breves. Para um panorama mais amplo, consultar Sgarbi (2009, p. 147 e ss.).

cultura de precedentes (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009) que reivindicamos neste artigo, mas só em certa medida e com algumas reservas. Aproxima-se quando insere, historicamente, os casos entre o passado e o futuro a ser construído, mas distancia-se pelo fato de pensarmos que Hércules nem mesmo enquanto Corte é ideal razoavelmente factível, porque não incorpora suficientemente nos casos difíceis argumentos e interesses para além dos princípios. É perfeccionista em demasia ao ignorar (ou facilitar que se ignore) a falibilidade dos juízes e das instituições (SUNSTEIN, 2006).

Em outras palavras, compreendemos que nos superprecedentes encontram-se zonas de incertezas que abrem a tomada de decisão à influência de argumentos também de política, decorrentes das disputas das redes sociais que fornecem apoio para sustentação dos precedentes ou resistência/contestação à normatividade dos mesmos.³¹ A política não se faz só no Parlamento, mas também das Cortes,³² embora de outra forma e com outros procedimentos, razão pela qual, de forma comedida e considerando as capacidades institucionais do tribunal, as metas coletivas e os argumentos sociopolíticos e econômicos devem ser considerados na tomada de decisões estratégicas.

A questão é o grau de influência política tolerável na decisão em face de argumentos de justiça. Por mais que a jurisdição constitucional almeje um ideal de imparcialidade da política, o que é positiva, haverá sempre algum grau de influência (e de autonomia) que deve ser justificado argumentativamente de forma reforçada (BARROSO; MENDONÇA, 2013). É, por isso, como afirma Luís Roberto Barroso, que os juízes podem dar empurrão na história. O problema é que, em certos casos, os juízes também podem acabar freando seu curso, razão pela qual é importante refletir sobre as capacidades institucionais e

...

31 Por isso, na mesma linha de Bruce Ackerman, entendemos que a Corte quando atua nessa esfera não pode ser presumidamente considerada antidemocrática a partir de uma camisa de força da “dificuldade contramajoritária” da jurisdição constitucional. A democracia não pode ser vista de forma monista como vontade de uma elite política, mas sim de forma dualista em que existe uma vontade popular latente a ser considerada pela Corte por uma “função de preservação” de um regime democrático bem ordenado (ACKERMAN, 1993, p. 10 e ss.). Talvez alguns reparos ou divergências em relação a essa concepção de democracia dualista de Ackerman que divide momentos de política cotidiana e extraordinária poderiam ser apontadas. Em primeiro lugar, essa latência é insuficientemente democrática, parecendo mais consistente uma visão de uma democracia deliberativa cooperativa, que sugere um ideal de constante agir comunicativo a direcionar o sistema político econômico, evitando uma colonização do mundo da vida social por interesses econômicos e administrativos em prol em uma soberania popular por meio do uso público da razão sobre quais direitos serão criados e protegidos (HABERMAS, 2010; SOUZA NETO, 2006).

32 Enfatizando essa sintonia fina entre, de um lado, a politização dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em razão do processo de sua investidura ser nomeado pelo Presidente (um ato político, portanto) e, de outro, a profissionalização decorrente da exigência do notável saber que conduz a um zelo pela própria reputação (OLIVEIRA, 2012).

impor um ônus argumentativo elevado em casos de judicialização de questões centrais de política, como uma forma de calibrar a marcha dessa influência da história e da política nas decisões judiciais e vice-versa (BARROSO, 2014). O ideal, portanto, é sempre que as pré-compreensões sejam fundamentadas dentro das capacidades institucionais de cada um, de modo a evitar, nesse inevitável processo de freios e empurrões, práticas institucionais autoritárias, como bem destaca Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2010, p. 144-160).

Os superprecedentes podem ser pensados também, a partir do pensamento de Bruce Ackerman, no contexto de uma Constituição viva, dinâmica e atuante para fora dos livros e artigos, ou seja, considerando os casos imbricados com participação social e da discussão do ordenamento mais adequado para o corpo social. Nesse sentido, o autor afirma que, muitas vezes, essa categoria é mais considerada do que a norma ou cânone oficial (*official canon*), porque o precedente carrega um grau de interconexão social elevado. Isso significa que os efeitos do precedente transcendem a vinculação normativa estabelecida ou argumentativa da arena judicial, espalhando-se para o terreno da política e das relações sociais, adquirindo o que talvez possamos denominar de uma *vinculação social* ou redes sociais que sustentam a sua normatividade. Tanto é assim que, por exemplo, na sabatina no Senado americano durante o período Bush, nenhum eleito negou a importância do caso *Brown vs. Board of Education*, ainda que deixassem entrever as próprias dúvidas sobre a necessidade de manter hoje certas políticas de combate à segregação racial nos EUA. Esse é um indício claro de que, além das normas contidas expressamente no texto constitucional, os precedentes mais relevantes se tornam cânones na interpretação e aplicação do direito com uma vinculação social, política ou moral.

Superprecedentes são **precedentes de difícil ou reduzida chance de superação** (*overruling*), o que se dá não pela necessária unanimidade de tal precedente (judicial ou social), mas pela dificuldade de se conseguir nos tribunais interpretações diversas (casos no qual se tentará uma interpretação parcialmente divergente), bem como porque parte substancial da doutrina e da compreensão constitucional do ordenamento está baseada naquele entendimento expresso no precedente. Sua superação significaria a queda de uma parte significativa das normas vigentes ou uma intensa de transformação interpretativa por parte das redes que sustentam os precedentes, o que ditará os que são majoritários e rotulará os minoritários em relação ao assunto tratado no precedente. Os superprecedentes só são possíveis (ou só deveriam ser possíveis) quando um movimento constitucional consegue influenciar fortemente os três ramos do governo nacional, adquirindo a legitimidade popular para a sua construção (ACKERMAN, 2007, p. 1776).

Por isso, na linha de pensamento de Ackerman, um superprecedente pode ser visto quase como uma “reforma constitucional de fato”, ou seja, sem que tenha havido uma emenda à Constituição aprovada pelo parlamento, aprova-se um precedente que produz uma mudança profunda da interpretação da Constituição. Considerando que o autor pensa a questão para realidade norte-americana onde é extremamente difícil alterar a Constituição, esses

superprecedentes são vistos em alguma medida como uma válvula de escape para a extrema rigidez constitucional do sistema norte-americano.³³ Vale refletir que, embora não tenhamos no Brasil a mesma rigidez normativa, algumas pautas políticas de minorias em especial são extremamente obstruídas no Congresso, de modo que o Judiciário pode desempenhar um papel importante em destravá-las, oferecendo essa quase “reforma de fato”.

Precedentes, como o da união estável às relações homoafetivas (ADPF 132/RJ; ADI 4.277/DF³⁴), alteraram substancialmente uma interpretação literal, formalista e conservadora da Constituição, permitindo uma interpretação do art. 226, § 5º, da Constituição de 1988 como uma norma geral inclusiva a abranger as uniões entre pessoas do mesmo sexo, como uniões estáveis ou como uma nova espécie de união igualmente digna de proteção e respeito. Trata-se de uma reforma de fato do texto, que se explica não apenas por fatores institucionais ou sistemáticos da Constituição de 1988, mas também por meio de uma interpretação histórico evolutiva. As mudanças na cultura e nos costumes sociais exigem a implementação de um novo arranjo de tolerância entre as formas de afeto. Dois exemplos da vida social brasileira ilustram bem isso. O primeiro, oriundo do vídeo da série no YouTube, “Grandes julgamentos do STF”, registra a cena após o julgamento, próximo ao prédio da Corte, onde um grupo GLSTBI cantava: “STF arrasou; é a vitória do amor”.³⁵ O segundo exemplo, para além da cercania do tribunal, foi um episódio ocorrido após a decisão: o primeiro beijo gay foi veiculado em horário nobre para todo o país uma novela “Amor à vida” de uma das principais emissoras de TV do país, a rede Globo – o beijo entre os personagens Felix e Nico. Movimentos sociais e STF parecem convergir para a construção de uma sociedade sem preconceitos, livre justa e solidária, tolerante e plural (SENRA, 2012) como quer o art. 3º. Note-se que há uma mudança dos fatos e da própria moralidade institucional dominante que atualiza o sentido da Constituição.

Por isso, na mesma linha de Bruce Ackerman e Michael Gerhard, alguns precedentes enraízam-se tão profundamente no direito e na cultura jurídica e institucional, tornando-se praticamente imunes à possibilidade de alteração. Essa imunidade decorre da consistência interna dos casos, do contexto em que ele está embebido, mas também e, sobretudo, das redes de pessoas e organizações integrantes dessa cultura jurídica que oferecem um suporte para que sejam capazes de resistir. Essas decisões manifestam-se como instâncias claras em que os valores sociais e institucionais são promovidos por meio da fidelidade simbólica ou real aos precedentes mantidos, de modo que eles se tornam fontes de consistência, estabilidade,

...

33 Sobre a rigidez constitucional não apenas como uma determinação normativa, mas como uma questão cultural, confira-se o criativo trabalho de Rodrigo Brandão (2008, p. 255-295).

34 STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011, *DJe* 13/11/2011.

35 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ab4qdpIOhek>>. Acesso em 28 nov. 2016.

previsibilidade e confiança social do ordenamento jurídico como um todo (GEHARDT, 2008, p. 178).

Desdobrando o estudo dos superprecedentes em espécies, o autor chega até mesmo a propor uma classificação em superprecedentes (i) de caráter fundacional de práticas institucionais, como *Marbury vs. Madison* que implementou o *judicial review*; (ii) de caráter fundador de uma doutrina, como o caso *Baker vs. Carr* que consolidou a doutrina que exige critérios muito severos ou praticamente a não justiciabilidade de questões políticas; e (iii) oriundos de decisões fundacionais, que na sua visão seriam superprecedentes que reúnem cinco características, tais como duração no tempo, aprovação das autoridades públicas, desenvolvimento de uma doutrina constitucional em uma ou mais áreas, sendo amplamente reconhecidos pelas cortes, tal como o caso *Roe vs. Wade*.

O último ponto é particularmente interessante, no pensamento de Michael Gehardt, quando o autor destaca o contrário do que seria intuitivo: um superprecedente não se restringe a decisões populares ou famosas. Alguns superprecedentes podem inclusive ser objeto de críticas ou tentativas de superação popular. O importante é ser difícil de alterar, ser capaz de resistir. O contrário também é verdadeiro: não basta que os casos sejam famosos para se tornarem imediatamente superprecedentes. Os casos *Lochner vs. New York* e *Dred Scott vs. Stanford* não são superprecedentes, porque, embora sejam amplamente conhecidos, já que **não desfrutam mais de redes que suportem a sua normatividade** (GEHARDT, 1991-1992, p. 184-185).

Michael Sinclair também destaca que os superprecedentes são geralmente referenciais ou decisões pioneiras no seu domínio, capazes de estabelecer um incremento da confiança judicial em seu âmbito. O autor acaba por aproximar os superprecedentes do *leading case*, mas o caracteriza com algo além: os superprecedentes adquirem um *status* de razoavelmente “inabalável”, desfrutam de prestígio popular e confiança profissional em geral e dos juízes posteriores à decisão tomada. Por essa razão, o superprecedente pressupõe uma mudança bastante elevada na mudança da cultura sociojurídica, como as encontradas em precedentes representativos de suas épocas, como os casos da Suprema Corte norte-americana *Marbury vs. Madison* (controle de constitucionalidade), *Brown vs. Board of Education* (dessegregação racial nas escolas) ou *Roe vs. Wade* (possibilidade do aborto nos três primeiros meses) (SINCLAIR, 2007 p. 410).

O avesso do superprecedente é mini ou microprecedente. Enquanto aqueles possuem um enorme poder, oriundo de uma espécie de maior prestígio e “supervinculação” (*super stare decisis*), mesmo quando não se tenha sido estabelecido em uma hierarquia coativa ou linear entre os precedentes; esses miniprecedentes, segundo Michael Sinclair, possuem descrições intuitivas, frágeis, estreitas e fáceis de evitar (SINCLAIR, 2007 p. 411). Afinal, nem só de grandes temas e casos históricos vive uma Corte Constitucional. Parte substancial do trabalho judicial são decisões cotidianas, de reduzido impacto e desprovido de reflexões mais profundas, salvo em relação à solução daquele caso de forma pontual e compatível com o

ordenamento jurídico de sua época. Parafraseando Bruce Ackerman, talvez a diferença entre um superprecedente e um miniprecedente seja a diferença entre uma política judicial cotidiana e a política extraordinária (ACKERMAN, 1989, p. 453-547). A paráfrase é coerente com o pensamento do autor tendo em vista que ele mesmo afirma que os precedentes do *New Deal* é o que melhor representa a sua compreensão de democracia dualista (ACKERMAN, 1993, p. 56 e ss.), ao afirmar que *Brown vs. Board of Education* (1954) consolida uma iniciativa política igualitária entre brancos e negros e *Griswold vs. Connecticut* (1965) que garantiu o direito à privacidade da mulher em usar anticoncepcionais, auxiliará a mobilização política nos anos 1970 e 1980, por exemplo, no caso *Roe vs. Wade* (1973). Ackerman chega a afirmar que esses casos acabam por adquirir uma importância central na interpretação política, como que profética das críticas às injustiças a inspirar um senso de “verdade moral” (ACKERMAN, 1993, p. 137 e ss).

Em síntese, a partir de uma correlação de ideias presentes nos diversos autores existentes, é possível conceituar os superprecedentes como decisões sobre temas amplos e gerais, aptos a pacificar razoavelmente certas disputas políticas e sociais, adquirindo uma vinculação forte do ponto de vista jurídico e político-sociológico com uma realidade viva e dinâmica. Em outras palavras, possuem as seguintes características: (i) são amplos e não precisos; (ii) pacificam em alguma medida disputas políticas, morais ou sociais; (iii) possuem uma vinculação jurídica e social que se relaciona com a constituição viva, o que dificulta a sua superação; e (iv) mais do que fama, possuem redes sociais que sustentam a sua normatividade ética, econômica, política e juridicamente, já que podem existir precedentes extremamente conhecidos que não desfrutam mais de normatividade hoje por ter perdido o suporte institucional e dos grupos sociais para mantê-los.

APONTAMENTOS FINAIS

Debater a vinculação entre precedentes e cultura ganha relevo num cenário em que os casos do STF tornam-se, por isso, grandes em número de página e em importância, dotados de redes que sustentam a sua normatividade, amplamente conhecidos no senso comum jurídico e também para além da área. Não há hoje, por exemplo, cidadão no país que não tenha pelo menos ouvido falar no Mensalão (AP 480). Muito ainda precisa ser feito para que se vivencie plenamente uma cultura de precedentes no Brasil, que sirva, a um só tempo, para tomar decisões relevantes institucionalmente, mas também para fomentar o debate público sobre certos temas.

Ainda assim, é interessante notar que o cenário se encontra em efetiva e franca transformação. O Ministro Joaquim Barbosa, relator do caso do Mensalão, por exemplo, tornou-se, sem exagero e, apesar das críticas de diversas associações, o Ministro mais popular da história recente do tribunal, chegando a ter seu rosto estampado em máscaras de carnaval, sua capa comparada à do super-herói “Batman” nas redes sociais e, para além de questões folclóricas,

estima-se até mesmo que, caso fosse candidato à Presidência da República (ou a outro cargo), teria um número expressivo de votos.

O esquema para nomear juízes antes da posse do novo Presidente (*Marbury vs. Madison*) difere sem dúvida do esquema de compra de votos do Mensalão. Estamos tampouco dizendo que é possível equiparar plenamente o caso Ellwanger ao caso *Brown vs. Board of Education*, porque o editor que publicava material de teor antissemita no sul do Brasil guarda pouca relação com os diretores das escolas que praticavam a segregação racial nos Estados Unidos, a não ser pela problematização da igualdade entre as pessoas.

Certamente, o Chief Justice Rehnquist não é o Ministro Moreira Alves (ARGUELHES, 2014), tampouco o Chief Justice Warren pode ser equiparado ao Ministro Gilmar Mendes (LEGALE; BARACHO, 2013). A Suprema Corte americana não é idêntica ao Supremo Tribunal Federal, que também acumula outras competências originárias e recursais que não são típicas de cortes constitucionais exclusivas, mesmo com o avanço da Emenda ao Regimento Internacional do STF 49/2014 que acabou por concentrar o controle abstrato e os RE no Plenário. As comparações e diferenciações são possíveis e interessantes, mas as realidades e culturas jurídicas dos EUA e do Brasil são diferentes. Isso deve ser levado em conta ao se trabalhar com uma teoria comum do precedente para os países de *common law* e *civil law*.

Ambas possuem pontos positivos e negativos com aspectos que merecem elogios e críticas. Ao menos nessa comparação, percebe-se a aproximação entre os modelos de *common law* e *civil law*, bem como resta evidente que os precedentes do Supremo Tribunal Federal não são mais como eram antigamente no tempo de Rui Barbosa, quando nascia o controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Das inúmeras decisões de efeito meramente persuasivos dos primeiros anos da Constituição de 1988, sob a judicatura do Ministro Moreira Alves, vemos hoje, com a atuação do Ministro Gilmar Mendes, uma gama de decisões do STF, televisionadas pela TV Justiça, divulgadas no YouTube, debatidas nos jornais e que não raro contam com audiências públicas para refletir qual seria a melhor decisão com a sociedade e agentes públicas, convocadas pela própria Corte.

Mobilizamos, por isso, o conceito superprecedente pensado a partir dos pressupostos de uma cultura institucional, inserido naquela tradição norte-americana originalmente, apenas para que percebamos os principais traços em transformação em nossa própria realidade da qual as decisões do STF não só recebem influências de intérpretes não oficiais da Constituição, mas também e cada vez mais influencia as decisões políticas, econômicas e sociais do país como um todo. Se não saímos dos miniprecedentes para os superprecedentes, passamos pelo menos de uma cultura de pseudoprecedentes para os precedentes em processo de fortalecimento e transformação.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Somos gratos a diversas pessoas e instituições que contribuíram para a realização deste trabalho. Agradecemos, principalmente, ao professor da UFF Dr. Marco Antônio Macedo por despertar nosso interesse pelo tema, pelas indicações bibliográficas, críticas e debates sem os quais muitas das ideias desenvolvidas aqui não seriam possíveis. Agradecemos, ainda a Margarida Lacombe, Rachel Herdy e José Ribas Vieira, com os quais discutimos esse e diversos temas no âmbito do OJB na UFRJ. Somos gratos, também, ao prof. Thomas da Rosa Bustamante, por nos disponibilizar gentilmente artigos de sua autoria sobre precedentes. Ao prof. Rodrigo Brandão, cujo grupo de pesquisa expandiu nossa visão sobre o STF e as cortes constitucionais em perspectiva comparada. Agradecemos, ainda, ao prof. Alonso Freire, cujo diálogo e amizade têm nos feito amadurecer alguns aspectos sobre a teoria do direito, em especial sobre Ronald Dworkin. Embora tenhamos ficado com as “raposas” (Sunstein, Ackerman, Posner, Gerhardt e outros), devemos confessar que muitos pontos de vista ou críticas dos “ouriços” contribuíram decisivamente para aperfeiçoar aspectos relevantes para este trabalho. Agradecemos ao prof. Marcelo Novelino, que, gentilmente, disponibilizou sua tese, ainda, inédita sobre um interessante modelo multifatorial de tomada de decisão pelos juízes. Somos gratos ainda, ao prof. Alisson Martins pela sugestão crítica sobre a necessidade de dedicar atenção ao processo de construção de precedentes de forma mais democrática, “participativa”. Somos gratos aos amigos Felipe Fonte, Marcio Senra, Rodrigo Gismondi, Lidia Castilho, Marcus Bacellar, Paulo Conti, David Gomes e Simone Martins, pelas críticas e sugestões ao resumo base para este artigo, seja na apresentação oral originalmente no I Congresso Internacional de direito constitucional e filosofia da UFMG em 2014, seja por meio do site <www.academia.edu>, na sessão de março em que foram fornecidos subsídios importantes para aprimorar algumas ideias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. London: The Belk Press of Harvard University Press, 1993.

_____. Constitutional Politics/Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, 1989.

_____. The Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, May 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. Precedent in Federal Republic of Germany. In: MACMACORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. O argumento das capacidades institucionais: entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v. 38, 2011.

_____. Poder não é querer: judicialização da política e preferências restritivas no Supremo Tribunal Federal pós-democratização, *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.

BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta? *Justificando*. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS n. 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: MORAIS, Jose Luiz Bolzan; BARROS, Flaviane de Magalhães (coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O direito constitucional e a eficácia de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A razão sem voto*. 2014, mimeo.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado* n. 10. [S.l.], 2008.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)thesis* v. 5, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____; MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *Consultor Jurídico*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. Rigidez Constitucional e pluralismo político. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SAMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1980*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, v. 01, p. 255-295, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídico nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (Org.). *Precedent and the law*. Bruxelles: Extrait, 2007.

_____. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* n. 106, 2013.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado pelo Programa de Pós-graduação da UERJ, 2014.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: o caso Ellwanger*. 2005, mimeo.

CIRAUDO, Mário Henrique de Araújo. *Autoritarismo Sumular no Pós Emenda 45*. Niterói: Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito): Universidade Federal Fluminense, 2011.

CRUZ ETUCCI, Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DUXUBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Law as interpretation. *Texas Law Review*, n. 60, 1980.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. Super-Statutes. *Duke Law Journal*, v. 50, 2001.

FREIRE, Alonso Reis Siqueira. A estabilização de expectativas de comportamento por meio de uma jurisprudência íntegra. 2014, mimeo.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, 2005.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: Gen/LTC, 2012.

GEHARDT, Michael J. *The power of Precedent*, New York: Oxford University Press, 2008.

_____. The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory. *George Washington Law Review*, v. 60, n. 1, 1991-1992.

GLEN, Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2010.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, 1930.

HAYWARD, Allison R. The Per Curiam Opinion of Steel: Buckley v. Valeo as Superprecedent? Clues from Wisconsin and Vermont. *Cato Supreme Court Review*, 2005-2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923459>. Acesso em: 12 ago. 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. 1 e vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide *Fordham Law Review*, v. 75, 2006.

LANDER, William M.; POSNER, Richard A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, 1976.

LEGALE, Siddharta; BARACHO, Eric. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, 2013.

_____. Superprecedentes. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; REZENDE, Élcio Nacur (Orgs). *I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*. O Futuro do Constitucionalismo: Perspectivas para a Democratização do Direito Constitucional. Caderno de Resumos. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/10984323/O_que_%C3%A9_um_superprecedente_Um_ensaio..> Acesso em: 28 nov. 2016.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, v. 2.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of Law: new approaches to legal positivism*. Boston: R Reidel Publishing Company, 1992.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado defendida na PUC-RJ, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. Onze Ilhas. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. O ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Org.). *O novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- NUNES, Dierle et al. Alguns problemas da adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas da UFOP* v. 1, n. 1, 2013.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez*. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 14, 1993.
- PECZENIK, Aleksander. The binding for of precedent. In: MACMACORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2013.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. Da objetivação do recurso extraordinário à valorização da jurisprudência: *common law* à brasileira? In: FUX, Luiz (Org.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação constitucional – reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, 1987. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 22 jul. 2012.
- SENRA, Marcio. Desacordos morais razoáveis, democracia e jurisdição constitucional. [S.l.], 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/10747214/Desacordos_morais_razo%C3%A1veis_democracia_e_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional>. Acesso em: 28 nov. 2016.
- SGARBI, Adrian. Ronald Dworkin (Levando os direitos à sério). *Clássicos do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Celso Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SINCLAIR, Michael. Precedent, superprecedent. *George Mason Law Review*, v. 14, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.georgemasonlawreview.org/14-2/>>. Acesso em: 1 ago. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____. *Teoria da Constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ABOUD, Georges. *O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MACMACORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 2001.

_____. *A Constitution of Many Minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before*. 3. ed. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2011.

_____. Interest Groups in American Public Law. *Stanford Law Review*, v. 38, n. 1, Nov. 1985.

_____. Second-Order Perfectionism. *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 319*. Chicago, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=948788>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

_____. Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms. *The University of Chicago Law Review*, v. 74, 2007.

_____. Incompletely theorized agreements in constitutional law. *Public law and legal theory working paper No. 147*. Chicago, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=957369>. Acesso em: 28 nov. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. There is nothing interpretation just is. *Harvard Law School*, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2489088>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. *Ethics*, v. 110, 1999.

_____; VERMULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 156*, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=320245>. Acesso em: 28 nov. 2016.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACMACORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, jan.-jun., 2009.

_____. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

Siddharta Legale

PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA UFJF-GV.
DOUTORANDO EM DIREITO INTERNACIONAL PELA UERJ.
MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL E BACHAREL PELA UFF.
EDITOR-GERENTE DA REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL
INTERNACIONAL E COMPARADO DA UFJF.
COORDENADOR DO CANAL NO YOUTUBE *DEBATES VIRTUAIS*.

siddhartalegale@hotmail.com



Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015

PARTICIPATION PRINCIPLE IN PORTUGUESE ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE:
INNOVATIONS IN DECREE-LAW N. 4/2015

Janaína Rigo Santin¹

Resumo

O artigo faz uma análise sobre o princípio da participação no procedimento administrativo português, confrontando com o tratamento da temática no Brasil. Para tanto, abordam-se as alterações trazidas pelo Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro, denominado novo Código do Procedimento Administrativo, com foco maior no direito dos particulares em participar do processo decisório de políticas públicas, atos e contratos administrativos. Também pretende apresentar quais as possibilidades de contestar tais decisões administrativas quando não forem respeitados os direitos dos particulares no procedimento administrativo, o qual é tido em Portugal como um direito fundamental, garantidor do princípio da dignidade humana. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, com pesquisa a textos de lei e doutrina. Conclui-se que, assim como no Brasil, há o reconhecimento formal do princípio da participação no regime jurídico-administrativo português, mas ainda há muito o que se avançar em ambos países para que o princípio seja uma realidade na atividade pública.

Palavras-chave

Administração Pública; participação; direitos fundamentais; princípio; Portugal.

Abstract

This paper analyses the participation principle in Portuguese administrative procedure, confronting it with the Brazilian reality. The analysis address the changes introduced by Decree-Law n. 4/2015 of 7 January, called in Portugal the "New Administrative Procedure Code", approaching especially the right to participate in the decision-making process of public policies, acts and administrative contracts. It also aims to present the possibilities to challenge such administrative decisions when the rights of individuals are not respected in the administrative procedure, which is held in Portugal as a fundamental right, the guarantor of the human dignity principle. The method of approach was deductive, used to research texts of law and doctrine. We conclude that, as in Brazil, in Portugal there is the formal recognition of the participation principle in the law system, but there is still much to advance in both countries to make this principle a reality in public activity.

Keywords

Public Administration; participation; fundamental rights; principle; Portugal.

INTRODUÇÃO

Este artigo estuda a significativa presença do princípio da participação na legislação portuguesa, em especial a partir das recentes alterações advindas com o novo Código do Procedimento Administrativo de 2015. Salienta-se que em Portugal há uma dualidade de jurisdições, uma específica para questões que envolvem atos, contratos e regulamentos administrativos, e outra que julga os conflitos comuns. Sobre a natureza jurídica do procedimento administrativo, Diogo Freitas do Amaral informa que em Portugal ele é um verdadeiro processo, assim como é o processo legislativo e o processo judicial. Todos são uma “sequência juridicamente ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e à manifestação de uma vontade funcional ou à respectiva execução” (AMARAL, 2003, p. 300).

Ao se dar força normativa ao princípio da participação no procedimento administrativo, o ordenamento jurídico português passa a prever a necessidade de institucionalização de novas maneiras de participação dos indivíduos na gestão da coisa pública, ultrapassando o aspecto formal da representação política para ser perpassado por institutos e instrumentos de uma democracia participativa.

A concretização do ideal participativo depende de um esforço mútuo da sociedade civil e da sociedade política. É necessário que os cidadãos participem do procedimento de tomada de decisão das questões de interesse individual e coletivo. Da mesma forma, os gestores públicos precisam criar mecanismos facilitadores dessa participação como, por exemplo, uma divulgação ampla dos momentos em que os cidadãos são chamados a definir as políticas públicas.

A falta de confiança do povo na classe política é a expressão do sentimento de alienação do poder em participar da gestão da coisa pública, a qual historicamente foi vista não como questão dos cidadãos, mas dos próprios titulares da gestão, que se apropriam dela e de seus fins, em atitudes clientelísticas que rompem com a legitimidade do sistema. O cidadão precisa sentir-se como o verdadeiro titular do poder político, crer que seus interesses são o verdadeiro objetivo dos governantes.

Assim, este artigo tem a intenção de analisar o princípio da participação no ordenamento jurídico português e as novidades trazidas pelo novo Código do Procedimento Administrativo, equiparando-as com o que ocorre no regime jurídico administrativo brasileiro. Também pretende estudar as possibilidades de contestá-las quando não forem respeitados os direitos dos particulares em participar do procedimento administrativo, o qual é tido em Portugal como um direito fundamental, garantidor do princípio da dignidade humana.

I O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

O direito de participar ativamente da organização administrativa do Estado democrático português pela via do procedimento administrativo é considerado um direito de natureza

fundamental, capaz de: a) otimizar as decisões administrativas; b) ajustar eficientemente meios e fins, concretizando os princípios da eficiência e do custo/benefício; c) aumentar a informação e o conhecimento indispensáveis à decisão e ao diálogo interinstitucional e interorgânico, concretizando os princípios da transparência, do acesso à informação e da cooperação; e, por fim, d) proporcionar a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento, tanto para esta quanto para as futuras gerações (GARCIA, 2010, p. 185).

Nessa senda, o plano local é o mais próximo do cidadão e, portanto, se mostra como o mais adequado para salvaguardar o princípio da participação. Nas palavras de Maria da Glória Dias Garcia (2010, p. 185), “deverá reconhecer-se à Administração Pública, nomeadamente a autárquica, municipal, vinculada à CRP pelo seu artigo 3 e, mais fortemente, pelo artigo 18, n. 1, a obrigação de se organizar, de modo a garantir eficazmente o direito fundamental em presença”.

Logo, a partir do momento em que novas exigências sociais vão se transformando em novos interesses públicos a alcançar, cada vez mais será necessária a abertura do gestor público à participação democrática, nos diferentes domínios em que ela se manifestar. E nesse sentido, nada melhor que o espaço local, onde que estão situados os cidadãos (freguesias, municípios, associações de moradores), diretamente interessados na otimização das prestações do poder público.

Assim, passa-se a analisar o direito à participação dos privados no procedimento de tomada das decisões administrativas em Portugal, previsto nos artigos 11 (princípio da colaboração da administração com os particulares), 12 (princípio da participação), 13 (princípio da decisão) e 68 (princípio da ampla legitimidade procedimental), dentre outros, do novo Código do Procedimento Administrativo. A positivação desse diploma pelo Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro, exige uma maior transparência da administração pública, bem como estreita a relação entre cidadãos e poder público. O novo Código, além de promover o aprofundamento do princípio da participação, inclui outros com ele relacionados, como os previstos nos artigos 5º (princípio da boa administração), 14 (princípios aplicáveis à administração eletrônica) e 16 (princípio da responsabilidade).

A lei criadora do Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro) veio para regulamentar o artigo 267, n. 2, da Constituição Federal portuguesa, que remete para uma lei especial o processamento da atividade administrativa, a qual deverá prever formas de desconcentração e descentralização, bem como racionalizar a atividade administrativa e possibilitar formas de participação do cidadão nas decisões da Administração Pública.

Nessa senda, o novo Código de Procedimento Administrativo foi editado para regular o modo de proceder da Administração perante os particulares, e abrange todos os órgãos administrativos, em todas as atividades, mesmo que técnicas ou de caráter privado. Em seu preâmbulo traz os seguintes objetivos: racionalizar a prestação dos serviços públicos; regular a formação da Administração com vistas a tomar decisões justas, equânimes, lícitas, úteis

e oportunas; assegurar o direito de informação dos interessados e a sua participação nas decisões que lhes digam respeito; salvaguardar a transparência administrativa e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos; evitar a burocratização; e, por fim, dar maior eficiência e proximidade dos serviços públicos perante a população (PORTUGAL, 2015). Assim, percebe-se que o Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro, aprofundou ainda mais as bases participativas da Administração Pública portuguesa. Trata-se de

[...] transformar a relação entre cidadãos e Administração num exercício de responsabilidades, à semelhança do sucedido com o Código de Processo Civil, que incute uma matriz muito diferente da instalada até hoje, das quais se realçam o dever de boa gestão, a realização das conferências procedimentais e a responsabilidade pelo incumprimento de prazos, bem como os códigos de conduta, justifica-se plenamente que esta transformação seja assumida através de um novo Código do Procedimento Administrativo. O novo Código do Procedimento Administrativo é o resultado de todos os contributos da discussão atrás referida. Na sua elaboração foram, entretanto, também levados em conta os contributos da doutrina e da jurisprudência portuguesas, assim como do direito comparado, designadamente, da Alemanha, da Itália e da Espanha, e do direito da União Europeia. (PORTUGAL, 2015)

Os principais pilares sobre o qual se assenta o novo Código do Procedimento Administrativo são os princípios da participação dos particulares na formação das decisões que lhes digam respeito, da colaboração da Administração com os particulares, bem como os princípios da informação e da transparência na gestão pública, os quais foram incrementados com a inserção do princípio da boa administração, da participação, da administração aberta e da administração eletrônica. Tais princípios foram inseridos entre os já tradicionais, descritos por Diogo Freitas do Amaral como: caráter escrito, simplificação do formalismo, natureza inquisitória, colaboração da Administração com os particulares, direito de informação dos particulares, participação dos particulares na formação das decisões que lhes respeitem, dever de decisão por parte dos órgãos administrativos sobre assuntos de sua competência, desburocratização e eficiência e, por fim, princípio da gratuidade (AMARAL, 2003, p. 300-308).

Muitos foram os fatores que contribuíram para a necessidade de elaboração de um novo diploma. A adequação aos princípios presentes na Constituição portuguesa, as exigências vindas do direito da União Europeia, a vasta construção jurisprudencial, a elaboração doutrinária, bem como a incansável evolução social que diariamente impõe desafios à Administração Pública. O novo Código do Procedimento Administrativo português encontra-se revestido da mais moderna doutrina e proporcionou o alargamento democrático quando reforçou os princípios da transparência e da participação social.

O direito ao acesso à informação administrativa está garantido pelos artigos 82 a 85 do novo Código. Carla Amado Gomes lembra que tal direito tem assento constitucional,

no artigo 268 da Constituição de 1976, ali abordado a partir de dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A primeira se dá “na medida em que a informação e o acesso às suas fontes são essenciais para que o cidadão compreenda o funcionamento e o limite dos seus direitos em face dos poderes públicos (n. 1)”; e a segunda se dá “porquanto o controlo da transparência da decisão administrativa depende da possibilidade de os cidadãos se informarem e serem informados sobre os passos do *inter* procedimental (n. 2)” (GOMES, 2008, p. 81). Trata-se de um esforço em tornar a administração pública mais transparente, remetendo para legislação própria a concretização do princípio denominado pelos portugueses de “Administração Aberta”, agora positivado no artigo 17 do novo Código.

Como medida de vulto resultante desta reforma foi a publicação do Código de Procedimento Administrativo, pelo qual se pretendia uma *Administração aberta*, permitindo aos cidadãos o acesso aos processos. Foram igualmente estabelecidas novas medidas, facilitadoras da comunicação entre Administração e cidadão, como sejam as formas de acolhimento ao público, a supressão do anonimato dos funcionários, os postos de atendimento e as linhas directas de informação ao público. Mais tarde, com a ajuda de outras medidas, esperava-se introduzir nos serviços públicos a gestão da qualidade total (TQM). (MARQUES, 2000)

No capítulo II do novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) é estabelecido o direito de intervenção dos particulares no procedimento administrativo (artigo 67). Atribui legitimidade para iniciar ou intervir no procedimento aos titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos; às associações que tenham por fim a defesa desses interesses; como também aos titulares de interesses difusos e às associações dedicadas à sua defesa (artigo 68). Também têm legitimidade na proteção dos interesses difusos dentro do procedimento administrativo:

Artigo 68. – Legitimidade processual. n. 2 [...] a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português; b) As associações e fundações representativas de tais interesses; c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respectivas circunscrições. 3 – Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localização o bem defendido. 4 – Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões. (PORTUGAL, 2015)

Veja-se que qualquer dos citados acima que se sentir prejudicado no seu direito à iniciativa ou participação no procedimento poderá ingressar via contencioso administrativo, com vista a defender os seus direitos individuais, difusos ou coletivos.

2 FASES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Diogo Freitas do Amaral (2003) identifica as seguintes fases no procedimento para formulação do ato administrativo em Portugal, dispostas no novo Código no Capítulo II do seu Título II: inicial; instrução; audiência dos interessados; preparação da decisão; decisão; e, por fim, fase complementar.

A fase inicial para formação do ato administrativo está prevista nos artigos 102 a 114 do CPA, a ser desencadeada oficiosamente pela Administração Pública ou por particulares interessados (artigo 53). Ressalta-se que, tanto na fase inicial quanto nas demais fases, há a possibilidade de medidas provisórias em caso de haver legítimo receio de, na sua falta, constituir-se

uma situação de facto consumado ou se produzirem prejuízos de difícil reparação para os interesses públicos ou privados em presença, e desde que, uma vez ponderados esses interesses, os danos que resultariam da medida se não mostrem superiores aos que se pretendam evitar com a respetiva adoção (artigo 89, n. 1). (PORTUGAL, 2015)

A fase instrutória regula-se pelos artigos 115 a 120 do CPA, na qual são averiguados os fatos relevantes para a decisão final e produzidas as provas que se mostrarem necessárias. Nessa fase vigora o princípio do inquisitório (artigo 58), e é conduzida pelo órgão competente para a decisão final (artigo 55, n. 1). Nessa fase pode ser ouvido o particular cujo requerimento tenha dado origem ao procedimento ou contra quem este tenha sido instaurado (artigo 117, n. 1, e artigo 118, n. 1), “mas esta audiência não deve ser confundida com aquela a que necessariamente se terá de proceder na terceira fase do procedimento” (AMARAL, 2003, p. 315). Para Diogo Freitas do Amaral (2003, p. 315), “nesta fase, trata-se de uma diligência instrutória, na fase subsequente tratar-se-á do exercício do direito de participação ou de defesa”.

Por sua vez, a fase da audiência dos interessados, objeto do presente estudo, está regulada pelos artigos 121 a 124 do CPA, e é uma das mais importantes fases no procedimento administrativo, na qual se conjuga representação e participação dos interessados. Essa fase será melhor abordada a seguir.

Na sequência, na fase da preparação da decisão, o órgão decisor fará a ponderação dos interesses colidentes. Aqui, a Administração Pública vai analisar todos os argumentos presentes no debate e ponderá-los. Nos dizeres de Amaral,

primeiro, os funcionários competentes apresentarão as suas *informações burocráticas*; depois, os órgãos consultivos elaborarão os seus *pareceres*; o procedimento é então levado ao órgão singular competente *para despacho*, ou é inscrito na agenda da próxima reunião do órgão colegial competente *para deliberação*. O órgão decisório pode considerar insuficiente a instrução, ordenando novas diligências, e pode também solicitar novos pareceres. (AMARAL, 2003, p. 324)

Acaso as demais fases tenham sido conduzidas por outro órgão que não o órgão competente para a decisão final, este elaborará um relatório final de sua atuação, o qual fará um resumo do procedimento, com o pedido, os fatos e as provas, bem como proporá a decisão que entender justa ao caso (artigos 126). Após, o órgão com competência decisória editará o ato, o contrato ou o regulamento administrativo. E, por fim, Diogo Freitas do Amaral ainda distingue uma última etapa no procedimento administrativo, a fase complementar, na qual poderão ser praticados

actos e formalidades *posteriores à decisão final* do procedimento: registros, arquivamento de documentos, sujeição a controles internos ou a aprovação tutelar, visto do Tribunal de Contas, publicação no “Diário da República” ou noutro jornal oficial, publicação em jornais privados ou afixação “nos lugares do estilo”, notificação aos destinatários da decisão (quando necessária), etc. (AMARAL, 2003, p. 325-326)

Porém, apesar de o CPA prever o princípio da decisão, o qual vincula todos os órgãos ao dever de se pronunciarem sobre assuntos de sua competência, poderá haver uma decisão tácita da Administração Pública no procedimento, ou seja, quando mesmo solicitada a Administração nada faz acerca dos assuntos que é chamada a decidir. Nesses casos caberá ao cidadão recorrer ao contencioso administrativo, pela inércia ou silêncio da Administração, por violação a um direito subjetivo e ao princípio da legalidade, conforme artigo 129 do CPA (AMARAL, 2003, p. 326-336). Entretanto, Paulo Otero entende que as recentes alterações no recurso de anulação contra o indeferimento tácito da Administração Pública têm ocasionado um comportamento reiterado da Administração portuguesa em não se manifestar quando é solicitada, nem fazer a audiência pública e demais atos do procedimento, esperando a decisão jurisdicional que a condene à prática do ato devido. Transfere-se, assim, a avaliação decisória do caso concreto aos tribunais, o que, para o autor, engessa demais a atividade administrativa (OTERO, 2003, p. 1009-1010).

No próximo item será analisada com maior profundidade a etapa da audiência dos interessados, objeto do presente estudo.

3 A MARCHA DO PROCEDIMENTO: AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS

Na parte III do novo CPA, aborda-se o procedimento administrativo propriamente dito,

ou pode-se dizer a “marcha do procedimento” (AMARAL, 2003), que é iniciado oficiosamente ou a requerimento do interessado, conforme já analisado. Nessa parte percebe-se a preocupação do legislador em concretizar o princípio da colaboração entre Administração Pública e sociedade civil, bem como dá reais possibilidades de participação dos cidadãos na instrução e na discussão das questões a eles pertinentes (artigos 11 e 12).

Em especial quando se analisa o seu capítulo III e IV, envolvendo os artigos 77 a 85 do novo CPA, percebe-se a concretização do princípio constitucional da participação dos cidadãos nas decisões que lhes disserem respeito, o que no Código está clarividente com o direito à conferência procedimental, a qual contempla como uma de suas fases a audiência dos interessados antes de ser tomada a decisão final.

Assim, o CPA obriga à audiência dos interessados no procedimento administrativo de aprovação tanto de um ato administrativo, de um contrato administrativo ou de um regulamento, o que para muitos autores trata-se de um direito fundamental, podendo padecer o ato que a prescindir do vício da nulidade, nos termos do que é disposto agora pelo artigo 161, n. 2, alínea “d”. Nesse sentido são as conclusões de Vasco Pereira da Silva (2003).

A audiência pública prévia dos interessados é obrigatória sempre que a Administração se incline por uma decisão desfavorável aos interessados (artigo 124, n. 1, alínea “f”). Porém, o artigo 121 dispõe que, mesmo sem atender aos requisitos do artigo 124, tem os interessados o direito de serem ouvidos antes da tomada da decisão final.

Ela inicia com a notificação dos interessados para manifestarem seu entendimento a respeito da decisão administrativa a ser tomada. Nessa notificação, conforme artigo 122, n. 2 do CPA, deverá constar o sentido provável da decisão, acompanhado de fundamentação da Administração sobre sua escolha, e por que ela se inclinará para beneficiar este ou aquele ponto de vista. Trata-se, no dizer de Diogo Freitas do Amaral (2003), de uma formalidade importante a fim de que o particular possa, na audiência prévia, contra-argumentar eficazmente. Na audiência, os particulares formulam um juízo valorativo em suas declarações sobre a contenda, expondo os seus interesses de fato e de direito. A partir disso o decisor irá identificar o objeto do procedimento, bem como irá ponderar todos os argumentos e motivos apresentados pelos interessados em defesa de seus interesses.

Há duas modalidades de audiência pública, conforme o artigo 122, n. 1 do CPA: escrita e oral. Compete ao órgão responsável decidir entre uma ou outra. Em ambos os casos, por força do novo Código, os interessados devem ser notificados em um prazo não inferior a 10 dias. Na audiência oral, quando disponível e justificável, pode ser utilizado o recurso da teleconferência, como assegura o novo dispositivo. As alegações apresentadas oralmente serão lavradas em ata (artigo 123, n. 4).

Para Vasco Pereira da Silva, o direito à participação no procedimento administrativo é, por si só, um direito fundamental, vinculado ao princípio da dignidade humana, cuja revelia viciará o ato pela nulidade. Em uma fase de incremento da atividade administrativa pelo aumento das demandas estatais, o autor defende a necessária garantia da participação dos

interessados no procedimento como mecanismo potencializador do princípio da dignidade humana, a qual se dará a partir de duas perspectivas: a) perante o Estado-Administração, mediante a prestação dos direitos econômicos e sociais; b) em face do Estado-Administração, “através da consideração do indivíduo como sujeito de direito nas relações administrativas, titular de direitos substantivos e procedimentais” (SILVA, 2003, p. 430). Logo, o direito à participação dos cidadãos no procedimento administrativo surge “como o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana num Estado pós-social de Direito ou, dito de outra maneira, como uma manifestação desse princípio nas relações jurídicas administrativas” (SILVA, 2003, p. 431). Assim, nas conclusões de Vasco Pereira da Silva, todas as decisões administrativas capazes de afetar direitos fundamentais devem ser formuladas a partir de um “procedimento participado”.

Os direitos fundamentais – já se disse – não devem ser entendidos como possuindo apenas um conteúdo substantivo, mas constituem igualmente garantias de procedimento. Sempre que uma decisão administrativa possa afectar um direito fundamental (o que sucede com grande frequência no domínio da actividade relacional da Administração), ela necessita, portanto, de ser tomada de acordo com um procedimento participado, no qual os privados sejam ouvidos e possam defender os seus direitos perante a Administração. Assim, a não audiência do particular interessado implicaria (ainda e) sempre a violação de um direito fundamental, que seria agora não o direito de audiência (admitindo sem conceder que ele não possui tal natureza), mas aqueloutro direito fundamental que fosse, em concreto, afectado por uma decisão administrativa (por exemplo, o direito de propriedade, o direito ao ambiente, o direito à saúde, etc.). (SILVA, 2003, p. 431)

Logo, o autor entende que a decisão administrativa que não respeitar a participação dos privados interessados no procedimento para a sua elaboração “viola o conteúdo essencial de um direito fundamental” (SILVA, 2003, p. 431). Deve, portanto, ser considerada nula, nos termos do artigo 161, n. 1, alínea “d”, do novo CPA. Não se trata de uma mera anulabilidade, mas sim de uma nulidade, por ausência de um requisito legal no procedimento de formação do ato administrativo, qual seja: a participação dos interessados. (SILVA, 2003, p. 430-431).

Porém, essa opinião não é uníssona na doutrina. Veja-se a opinião de Diogo Freitas do Amaral, que apesar de trabalhar com os dispositivos legais do antigo CPA não perde o nexo lógico com a realidade atual, visto que o novo CPA apenas enraizou tais convicções:

A falta de audiência prévia dos interessados, nos casos em que seja obrigatória por lei, constitui obviamente uma ilegalidade. Mais concretamente, traduz-se num *vício de forma*, por preterição de uma *formalidade essencial*. Tem-se discutido entre nós se a sanção cominada na lei para esta ilegalidade será a nulidade ou a anulabilidade do

acto final do procedimento. Como adiante melhor veremos, o vício será gerador de *nulidade* se o direito à audiência prévia for concebido como um direito fundamental (CPA, artigo 133, n. 2, alínea *d*); se não o for, a falta de audiência produzirá mera *anulabilidade* (CPA, artigo 135). Por nós, temos sustentado que é a segunda concepção que deve ser perfilhada, a exemplo do que a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo sempre entendeu quanto à falta de audiência do argüido no procedimento disciplinar. Isto, fundamentalmente, porque consideramos o direito subjectivo público de audiência prévia dos interessados de grande importância no sistema de protecção dos particulares face à Administração Pública, mas não um direito incluído no elenco dos direitos fundamentais, que são os direitos mais directamente ligados à protecção da dignidade da pessoa humana. A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo tem seguido esta orientação. (AMARAL, 2003, p. 323)

Por sua vez, para Pedro Machete, a audiência dos interessados não é um elemento da decisão administrativa, mas sim um pressuposto, um ato preparatório. Logo, para o autor,

a CRP não atribui aos cidadãos um direito fundamental de participação no procedimento administrativo. [...] limita-se a prever que a acção administrativa seja disciplinada em termos participativos de molde a contribuir para o aprofundamento da democracia participativa. Tal não significa, porém, que se possa excluir de plano a existência de direitos fundamentais de participação procedimental. [...] Por outro lado, supomos que mesmo por via do art. 16, n. 1 da CRP o direito em análise não logra impor-se como fundamental por lhe faltar a essencialidade da conexão com a dignidade da pessoa humana. [...] Os interesses tutelados pelo direito de ser ouvido tal como configurado no CPA – a contribuição para a determinação do interesse público concreto através do aumento de informação, factos e interesses, que a Administração é obrigada a considerar imediatamente antes de decidir – não parecem justificar, à luz da axiologia constitucional, esse juízo de fundamentalidade. A prática de um acto administrativo com preterição da audiência dos interessados não parece, na verdade, constituir, apenas por esse facto e com independência dos efeitos concretamente visados, uma negação da dignidade pessoal desses mesmos interessados. (MACHETE, 1996, p. 506-507; 516)

Entretanto, é importante salientar que Pedro Machete filia-se à doutrina italiana, que vê a participação dos privados no procedimento na perspectiva objetiva, ou seja, com vistas a obter informações capazes de otimizar a decisão administrativa e impedir a violação de direitos, em especial os sociais, a *contrario sensu* da doutrina alemã, a qual se filia Vasco Pereira da Silva e J. J. Canotilho (com a qual se concorda), favorável à perspectiva subjectiva, ou seja, de que a participação dos privados no procedimento é, por si só, um direito

fundamental, relacionado ao princípio da dignidade humana, além de também ser um mecanismo potencializador dos demais direitos fundamentais.

Assim, a nulidade se fundaria nos seguintes argumentos: a) o direito de audiência é um direito fundamental; b) a falta de audiência poderá afetar outros direitos fundamentais, os quais não foram devidamente ponderados no procedimento decisório tendo em vista a falta de participação dos cidadãos interessados e, portanto, prejudicados; c) pela consideração do direito de audiência do particular como uma formalidade obrigatória, um elemento essencial para edição de um ato administrativo (vide o artigo 161 do CPA); d) pela conjugação de todos os fatores citados.

Como bem observa Mário Esteves de Oliveira e outros,

o direito de audiência dos interessados no procedimento constitui uma concretização legislativa do direito de participação dos cidadãos na formação das decisões administrativas que lhes disserem respeito, consagrado no artigo 267, n. 4 da Constituição da República Portuguesa. (OLIVEIRA; GONÇALVES; AMORIM, 2007, p. 449)

A audiência pública possibilita à sociedade conhecer e participar das decisões administrativas, aumentando o controle social sobre a gestão pública. É por meio das audiências que o administrador presta informações ao público sobre os detalhes do regulamento, ato ou contrato administrativo que irá proferir, compartilhando o poder decisório com a sociedade civil. E, por sua vez, os cidadãos colaboram com seus conhecimentos, sua vivência e experiência na questão, confrontando pontos de vista divergentes e possibilitando assim a otimização da decisão administrativa. Consolida-se, por essa via de mão dupla, o princípio constitucional da participação.

Mas é necessário ressaltar que deveria haver maior abertura à sociedade civil das audiências públicas, bem como realizar uma ampla publicização, tanto nos meios oficiais como imprensa falada e escrita, do momento em que ocorrem as audiências públicas. Aumentar a divulgação das audiências, bem como definir horários que facilitem a participação de um maior número de pessoas. Possibilitar que todos aqueles interessados naquela decisão, mesmo que mediatamente, possam estar presentes e expressar suas opiniões e posições em face ao objeto da audiência. Ao prever apenas a notificação dos interessados, pode-se excluir pessoas e grupos sociais que também poderiam ter interesse e contribuir para a otimização daquela decisão, para os quais só restará ingressar no contencioso administrativo para pleitear seus direitos.

Acompanhando a reflexão de Vasco Pereira da Silva, possibilitar a participação dos privados no procedimento administrativo constitui um método de democratização da Administração Pública e de legitimação pela via procedimental, evoluindo-se de uma administração autoritária para uma administração “participada”. Para o autor, o incremento da participação

da cidadania na tomada de decisões administrativas caracteriza: a) uma forma de controle social capaz de se aliar aos controles tradicionais; b) uma maneira de limitar o poder administrativo; c) uma maior aceitação das decisões administrativas, diminuindo a conflituosidade que marca as relações entre a Administração Pública e os administrados; d) uma otimização da atuação dos gestores públicos, atendendo ao princípio da eficiência; e) a possibilidade de as autoridades administrativas ponderarem melhor os interesses de que são portadoras e as diferentes perspectivas possíveis de resolução dos problemas, aproximando o teor das decisões às necessidades da população; f) um relevante mecanismo de legitimação e democratização do atuar da Administração Pública (SILVA, 2003, p. 401-402). Trata-se, portanto, de otimizar a atuação administrativa com a participação dos cidadãos, atendendo, com isso, ao princípio da eficiência.

Além de tornar mais eficiente a Administração Pública, a participação dos cidadãos no procedimento administrativo passa a ser um mecanismo de legitimação do poder pela via procedimental (SILVA, 2003, p. 400). Nesse sentido, o autor ressalta uma característica fundamental da participação popular, já bem observada por Jürgen Habermas: a questão do consenso e da ponderação entre interesses divergentes. Para Habermas,

nos casos em que a administração decide, guiada apenas por pontos de vista da eficiência, convém buscar *filtros de legitimação*, os quais podem ser cedidos pelo direito procedimental. [...] Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que desenvolver-se através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito. (HABERMAS, 1997, p. 185)

Percebe-se que a participação dos cidadãos no procedimento administrativo permite a ponderação pelas autoridades dos interesses de que são portadores. Trata-se da otimização das decisões administrativas, em que se possibilita aos gestores uma noção mais real dos problemas e das diversas perspectivas de soluções, “como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública” (SILVA, 2003, p. 402). No entendimento de Diogo Freitas do Amaral,

[A] Administração já não tem apenas o dever de fundamentar os actos administrativos invocando as razões pelas quais considera que a lei e o interesse público justificam esta decisão; tem também que acrescentar à sua fundamentação as razões pelas quais não atende as alegações feitas pelo particular na audiência prévia. Só assim se garante seriedade e transparência ao procedimento administrativo: se a Constituição e a lei impõem que o particular seja ouvido antes da decisão, daí decorre logicamente que a Administração tem que ponderar seriamente as razões invocadas pelo particular

e a única forma de termos a garantia de que foram ponderadas seriamente as razões invocadas pelo particular é exigir que a Administração tenha de fundamentar por que motivos não as atendeu. (AMARAL, 1992, p. 36)

E na fundamentação da decisão deverão estar consignadas as razões que determinaram aquela decisão, bem como as justificativas na rejeição de argumentos. Trata-se de um importante fator para medir os princípios da proporcionalidade e da transparência administrativa, que para Rui Machete (1996, p. 504) são “dois objectivos caros ao princípio da participação procedimental dos interessados”. E continua,

Além disso e tendo presente que a valoração dos interesses adquiridos para o procedimento não consubstancia um juízo meramente cognoscitivo, antes está ordenada à ponderação, selecção e escolha dos interesses que devem prevalecer no caso concreto – sendo este o núcleo determinante da decisão –, deve o órgão competente para a decisão dar conta, na exteriorização das razões determinantes do acto que praticou, dos principais interesses que teve de considerar e dos motivos que o levaram, no caso concreto, a preferir uns em detrimento dos outros. Verifica-se, por conseguinte, um alargamento da fronteira da suficiência formal: as razões determinantes do acto devem explicar a necessidade de sacrifício de interesses dos particulares que estes tenham querido preservar, desde que os mesmos sejam atendíveis no círculo de interesses delimitado pela norma da competência exercida. Só desse modo pode um destinatário normal, colocado na situação concretamente decidida pelo acto a fundamentar, compreender as respectivas razões. Na medida referida, também nós entendemos que a consagração da audiência dos interessados no CPA pode determinar um reforço e uma ampliação ao dever de fundamentação. (MACHETE, 1996, p. 504)

Mediante a ponderação de valores e interesses confrontados na esfera pública não estatal, a própria cidadania, de maneira individual ou coletiva, determinará as melhores escolhas para se atingir o interesse público daquela comunidade, participando assim da instrução procedimental das políticas públicas a serem executadas pelo poder público. Ou seja, a gestão compartilhada entre instituições estatais e sociedade civil para a formulação das decisões administrativas torna-se um fator indispensável para a legitimidade do poder, revalorizando-se o procedimento enquanto instrumento de aquisição dos conhecimentos necessários à tomada das opções mais acertadas (SILVA, 2003, p. 568). E, nesse sentido, uma audiência aberta à população, amplamente divulgada nos meios de comunicação e em horários compatíveis às possibilidades do cidadão que trabalha participar, por certo aumentará o número de envolvidos na gestão daquela decisão administrativa. Ao ampliar seu âmbito de atuação, aqueles que participam do procedimento de tomada de decisão passam a se tornar coautores da lei ou política pública e, portanto, corresponsáveis pelo seu sucesso.

Diogo Freitas do Amaral, ao analisar a fase da audiência dos interessados no procedimento administrativo, afirma que a partir dela está se concretizando dois importantes princípios: o da colaboração da Administração com os particulares e o princípio da participação, dispostos nos artigos 11 e 12 do CPA. Tradicionalmente, o direito dos privados participarem da formação das decisões que lhes digam respeito sempre existiu nos procedimentos disciplinares, denominado direito de defesa, além de estar presente em outras leis especiais. Após sua inclusão constitucional, passou a ser exigido em todos os tipos de procedimento, em que o CPA construiu tal direito a partir da audiência prevista nos artigos 100 e 121 e seguintes, assim como a conferência procedimental e o amplo direito de informação previstos nos artigos 77 a 85. Para esse autor,

Trata-se de uma pequena revolução na nossa ordem jurídica. Na verdade, até aqui a Administração funcionava segundo o esquema tradicional “requerimento – informação dos serviços – decisão final”, pelo que na tramitação normal do procedimento administrativo (salvo nos processos sancionadores) não se incluía a fase da audiência dos interessados. Por outras palavras: não havia, na generalidade dos casos, qualquer participação dos particulares na formação das decisões que lhes dissessem respeito: as decisões, mesmo quando tomadas por iniciativa de particulares, eram formadas segundo um procedimento em que os interessados não eram ouvidos após a instrução e antes da decisão final. É fácil de imaginar os inconvenientes deste esquema tradicional, de uma *administração não participada*: o interessado nunca podia ter a certeza de que o seu pedido era convenientemente estudado ou de que as suas razões eram devidamente ponderadas; e a decisão final chegava sempre como uma total surpresa, podendo aliás consistir no indeferimento ou no deferimento parcial ou condicional do pedido formulado sem que o interessado tivesse sido ouvido sobre as intenções e os motivos da Administração. Agora, tendo a lei efectivamente consagrado o modelo de *administração participada* definido na Constituição, tudo passa a ser diferente: o interessado é associado ao órgão administrativo competente na tarefa de preparar a decisão final. E o antigo esquema trifásico “requerimento – informação dos serviços – decisão”, é substituído pelo novo esquema quadrifásico “requerimento – informação dos serviços – audiência do interessado – decisão”. (AMARAL, 2003, p. 316-318)

Dessa forma, a partir das conclusões de Vasco Pereira da Silva (2009a, p. 345) é possível constatar que a audiência pública no ordenamento jurídico-administrativo português é considerada, por si só, um ato administrativo e se configura em uma das etapas no procedimento administrativo, o qual é formado por diversos atos até a decisão final, e todos esses atos são impugnáveis individualmente pela via do contencioso administrativo.

Ora, uma vez que qualquer acto administrativo é suscetível de impugnação contenciosa, não em razão de particulares atributos substantivos, mas em resultado da verificação do pressuposto processual da lesão de direitos dos particulares, não há qualquer problema em admitir que uma medida administrativa produza simultaneamente efeitos externos e lesivos e efeitos internos de preparação de outras decisões, em cujo procedimento esteja inserida. Pois, perante um acto administrativo, a única coisa que é preciso saber é se ele afecta imediatamente, ou não, os direitos dos particulares, para nada interessando o facto dele ter sido praticado no início, no meio, ou no fim do procedimento administrativo. (SILVA, 2003, p. 701-702)

Assim, o controle social é realizado no decorrer da formação da decisão administrativa, como uma de suas etapas. Isso facilita as possibilidades de acerto e otimização da atividade pública, eis que a realiza em conjunto com os particulares e entidades da sociedade civil. Além disso, possibilita que aquele que se sentir prejudicado no procedimento de tomada da decisão possa ingressar perante contencioso administrativo antes mesmo de a decisão final ser tomada, com processos urgentes ou via tutela cautelar.

É o oposto do que ocorre em outros países como, por exemplo, o Brasil, em que a audiência pública não é considerada um ato administrativo isolado, mas sim como uma etapa no processo de formação de uma lei municipal ou de um ato administrativo (TOAZZA; SANTIN, 2013). Assim, a existência ou não da audiência pública, bem como os vícios na sua execução, têm dificuldades de ser atacados isoladamente perante o Poder Judiciário, como um ato administrativo considerado de maneira isolada. É o oposto da lógica europeia, e, por consequência, portuguesa, que têm na audiência um ato administrativo que faz parte de uma cadeia de atos que formam, unidos, o procedimento de tomada da decisão administrativa final.

Logo, há uma diferença nos regimes jurídicos da audiência pública no Brasil (considerada uma etapa no procedimento de elaboração da lei ou ato administrativo) e em Portugal (que é um ato administrativo dentro de uma cadeia de atos que formam o procedimento administrativo de elaboração de atos, regulamentos e contratos públicos).

Essa diferenciação de regimes obriga que no Brasil seja necessário atacar judicialmente o resultado da audiência pública ao final do procedimento, quando editada a decisão pública que exige a audiência pública no procedimento formal de sua elaboração. Pode ser, por exemplo, uma lei (Plano Diretor Municipal – ver Lei n. 10.257/2001, artigo 40, parágrafo 4) ou um ato administrativo (concessão de licença de um empreendimento urbano com grande magnitude e impacto ambiental – ver Resoluções do Conama n. 01/86, 09/87 e 237/97) (SANTIN, 2011).

Assim, no Brasil, os prejudicados irão atacar os vícios da audiência pública em uma via reflexa, a partir do ataque direto (via Ação Popular, Mandato de Segurança ou via Ação Civil Pública) à lei ou ao ato administrativo que exigia, no seu procedimento de elaboração,

o processo de audiência pública. Questiona-se a ilegalidade da audiência pública pela sua não realização, ou sua realização inadequada, bem como quando não estejam presentes os interessados, ou quando o forem em um percentual abaixo do representativo da população daquela municipalidade.

Isso dificulta muito o controle social e judicial da audiência pública e da participação dos cidadãos no procedimento de tomada das decisões administrativas, já que ele se dá, no Brasil, não de maneira direta, mas sim reflexa ou mediata. Diferentemente do que ocorre no direito português, em que todos os atos praticados no procedimento administrativo são considerados atos administrativos sucessivos, todos aptos a serem impugnados individualmente pela via do contencioso, mediante a tutela cautelar ou tutela de urgência.

Assim, a audiência pública no procedimento administrativo português é uma instância no procedimento, que é público, apesar de ter obrigatoriedade de notificação apenas dos interessados na decisão administrativa, o que pode reduzir o número de participantes. É uma de suas fases, que conta com a participação dos interessados, individual ou por meio de associações da sociedade civil. E, nesse contexto, não interessa se essa participação foi em menor ou maior número. A quantidade de participantes não põe em causa a decisão final, mas sim se houve a violação de direitos fundamentais dos diretamente prejudicados por aquela decisão. Assim, aqueles que não tiveram conhecimento e, em decorrência, não puderam participar do procedimento decisório, acaso tenham seus direitos e interesses violados, em especial o direito de participação, poderão ingressar via contencioso administrativo.

É, portanto, o oposto do que ocorre no Brasil, já que em Portugal a audiência é um ato administrativo dentro de um procedimento público permeado de vários atos sucessivos, que se encadeiam e geram efeitos jurídicos individualmente considerados, nos quais intervêm entes privados e públicos.

O procedimento deve contribuir tanto para a racionalidade administrativa quanto para a legitimação democrática do atuar administrativo. Permite a discussão pública, a fim de evitar erros do decisor, já que possui os cidadãos como fonte de informação, permitindo, no procedimento dialógico de tomada da decisão administrativa, conhecer alternativas e outros interesses. Permite a reflexão do decisor de todos esses interesses divergentes, bem como educa a população politicamente, com vistas a melhorar sua capacidade de raciocínio e de argumentação, bem como a viver em comunidade, partilhando seus problemas e interesses com outras pessoas, num procedimento dialógico. No entendimento de Juli Ponce Solé (2001, p. 123-125), o procedimento administrativo fomenta a existência de uma democracia deliberativa, aos moldes da teoria habermasiana, especialmente importante em sociedades complexas e plurais como a atual. Trata-se de um pluralismo com uma variedade de valores nem sempre conciliáveis, e que muitas vezes impedem a Administração de encontrar o interesse geral em instâncias distantes da sociedade. Deve encontrá-lo conhecendo e ponderando os interesses privados e públicos no qual o interesse público está composto, e nesse sentido a participação dos privados no procedimento administrativo é essencial.

4 DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

Vasco Pereira da Silva reconhece dois tipos de participação dos cidadãos no procedimento de definição do ato administrativo português: o tipo objetivo e o tipo subjetivo. O primeiro caracteriza o mecanismo da intervenção dos privados na gestão pública como facilitador da otimização das decisões a serem tomadas pela Administração, no intuito de orientar o administrador sobre qual seria a decisão mais acertada. Já o tipo subjetivista “concebe a intervenção dos privados como um instrumento de defesa prévia das suas posições jurídicas perante a Administração” (SILVA, 2003, p. 404), uma espécie de antecipação de seus interesses no contencioso administrativo. No sentido objetivo filia-se a doutrina italiana mais recente; no sentido subjetivo filia-se a doutrina alemã.

J. J. Gomes Canotilho, dentre os dois tipos de participação dos cidadãos na gestão pública citados acima, dá maior relevo à dimensão subjetiva, dizendo que a participação por si só já é o exercício de um direito fundamental, com a função de proteger os demais direitos fundamentais (CANOTILHO, 1999, p. 1178-1183). Classifica o direito de participação como um direito subjetivo fundamental dos indivíduos decorrente do princípio democrático, com todos os efeitos daí decorrentes (CANOTILHO, 1999, p. 284).

Ressalte-se que ambos os autores falam do direito português, sendo que Vasco Pereira da Silva aponta que a verdadeira diferença entre a visão objetiva e a subjetiva é saber se a participação no procedimento é um “instrumento de boa administração ou de protecção jurídica subjectiva” (SILVA, 2003, p. 408). A perspectiva objetiva da participação no procedimento administrativo influencia diretamente no contencioso administrativo, pois ao dilatar o acesso ao procedimento a uma ampla gama de atores sociais, necessariamente haverá um aumento no número de sujeitos legitimados a recorrer contenciosamente das decisões administrativas, não se exigindo que a participação no procedimento administrativo seja um requisito procedimental para contestar em sede jurisdicional o ato em questão. Alarga-se, portanto, a legitimidade ativa para o contencioso administrativo (SILVA, 2003, p. 415).

Vasco Pereira da Silva, apesar de não se identificar totalmente com a corrente objetivista italiana, concorda que a legitimidade para participar no procedimento nem sempre coincide com a legitimidade para recorrer ao contencioso administrativo, e por isso deve-se ser sempre aberta a possibilidade de “recurso ao tribunal daqueles privados que, dotados de legitimação procedimental, foram impedidos de participar no procedimento”. De resto, a doutrina portuguesa filia-se à corrente subjetivista alemã,

onde se considera que a Administração tem o “dever de ponderação” de todos os interesses relevantes no procedimento. Dever, este, que obriga a Administração “a ponderar ‘ex ante’ a relevância dos interesses a seleccionar no material de ponderação, e a fazer com que o juiz possa controlar a ‘incompletude’ do próprio material”, que está na base da decisão, e cujo incumprimento leva a jurisprudência alemã a falar em “vício de ponderação inerente ao procedimento”. (COGNETTI *apud* SILVA, 2003, p. 416-417)

Logo, ao adotar esse posicionamento, não se coloca em causa a questão da legitimidade para ingressar no contencioso administrativo ou não, mas sim a “preterição de uma regra ‘formal’, que é a da necessidade da Administração ouvir todos os interessados numa decisão”. Assim, “aos direitos e deveres substantivos dos particulares perante a Administração acrescentam-se, naturalmente, os direitos e deveres de natureza procedimental” (SILVA, 2003, p. 417-419). Opta-se pela dimensão subjetiva e garantística, na qual a participação goza da natureza de um direito fundamental de titularidade dos cidadãos individual e coletivamente, mas afirma-se que a dimensão objetiva também é importante, quando se trata de alargar o aspecto da legitimidade ativa no contencioso administrativo.

No caso de inobservância do princípio da participação popular e dos dispositivos legais que o regulamentam, os autores reconhecem a existência de um “vício material” no ato administrativo, capaz de o invalidar, por não ter sido propiciada a escuta dos interessados naquela decisão e, portanto, não oportunizar “uma adequada ponderação de todos os interesses relevantes” (SILVA, 2003, p. 417). Conforme assinala J. J. Gomes Canotilho, vícios materiais do ato dizem respeito “ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no acto e as normas ou princípios da constituição” (CANOTILHO, 1999, p. 889). Esse posicionamento privilegia o aspecto subjetivo da participação popular. Nessa condição,

se um particular afectado por uma determinada decisão administrativa não tiver podido participar no procedimento, tal pode inquinar a validade do acto praticado, já que o desrespeito por parte da Administração do seu dever de ouvir todos os privados interessados pode pôr em causa a validade da decisão tomada. (SILVA, 2003, p. 417-425)

Já se fosse adotada posição contrária, ou seja, a visão objetiva da participação, a tendência italiana, no entender de Vasco Pereira da Silva (2003, p. 418), leva à conclusão de que o ato administrativo seria contaminado por vício de incompetência, pois tomado sem uma adequada representação e ponderação dos interesses em questão. Ao assumir tal posicionamento, colocam-se os particulares como órgãos integrantes do procedimento de definição do ato administrativo, equiparando a sua não participação ou sua participação deficiente como um vício de incompetência.

Em síntese, o autor salienta que a participação dos privados no procedimento administrativo português é um instituto que concretiza o direito fundamental à participação política, bem como possibilita o exercício dos demais direitos fundamentais, numa dimensão subjetiva. Entretanto, simultaneamente, o direito português também dá uma valoração importante à dimensão objetiva da participação, “enquanto instrumento democrático de formação da vontade administrativa”, com vistas a otimizar as decisões e, por consequência, tornar mais eficiente a gestão pública. Claro que sem entrar no exagero de transformar os privados em “funcionários putativos”, impregnando do vício da incompetência do

ato administrativo que não efetivar a adequada participação, como defendem os italianos: “o particular colabora com a Administração, mas não se confunde com ela; ele é um sujeito activo, titular de interesses próprios, e dos correspondentes direitos subjectivos, que faz valer através da sua intervenção no procedimento” (SILVA, 2003, p. 425). Trava-se, entre particulares e administração pública, verdadeiras “relações jurídicas procedimentais” capazes de permitir tanto a tutela subjetiva dos interesses privados, quanto a otimização da decisão administrativa, conforme bem expõe o artigo 8 do CPA (SILVA, 2003, p. 424-425).

Dessa forma, encontra-se consolidado na Administração Pública portuguesa o direito à participação dos privados no procedimento administrativo, tanto em uma dimensão subjetiva (principal) quanto numa dimensão objetiva (secundária). Todos os órgãos administrativos passaram a considerar a necessidade de ouvir os particulares, não havendo mais problemas quanto à exigência da audiência pública para a tomada da decisão final. Acaso esta não seja realizada, está pacificada na doutrina e na jurisprudência a existência de um vício formal e material na decisão administrativa, que poderá ser anulada pelos Tribunais Administrativos.

Porém, o grande problema que se apresenta hoje é a influência do decidido na audiência pública para a tomada da decisão final, um problema presente tanto em Portugal quanto no Brasil, já que em ambos países não se prevê o caráter deliberativo das audiências. O que ocorre muitas vezes é que a Administração Pública ouve os particulares, mas não considera seus argumentos. Trata-se, portanto, não de um problema formal, mas sim material. Um problema não de legalidade, mas sim de legitimidade da decisão jurídico-administrativa.

Essa postura está diretamente relacionada com os “problemas da infância difícil” por que passou o direito administrativo, com muita propriedade relatados por Vasco Pereira da Silva (2009b). Um direito de matriz autoritária, que impõe sua decisão aos particulares e tem dificuldades de se abrir a procedimentos democráticos.

Por certo a participação dos privados no procedimento é um mecanismo de otimização da decisão administrativa, que se abre para um maior número de pontos de vista, visando atingir o princípio da eficiência. Com a evolução social, as decisões se tornam cada vez mais complexas, necessitando o gestor público estar bem informado sobre a realidade pela qual precisa administrar. E nesse ponto nada melhor do que ouvir os afetados por aquela decisão, diretamente interessados na sua otimização.

O interesse público não é um dado adquirido, é uma realidade a construir dialeticamente, mediante um juízo de ponderação e análise de todos os argumentos apresentados, unindo dialeticamente a sociedade civil com a sociedade política. Não corresponde apenas ao que o gestor público pensa, mas deve resultar da participação de todos os interessados no discurso, a fim de compor a melhor solução possível. Ele constrói-se procedimentalmente, da participação de todos os cidadãos com interesses divergentes.

Logo, a melhor decisão é aquela que é construída perante o caso concreto, com a audiência dos particulares e interessados. Porém, essa participação não pode ser meramente formal, apenas para cumprir um requisito no procedimento de edição do ato, regulamento ou

contrato administrativo. A administração pública deve ponderar os interesses que estão em jogo para construir uma decisão mais justa conforme o caso concreto, sob pena de violar o interesse público e o direito fundamental à participação. Trata-se de um exercício que exige a colaboração responsável tanto da Administração Pública quanto dos cidadãos, com vista a atingir da melhor forma possível o bem comum, em uma “via de mão dupla”. Nas palavras de Pedro Machete, “o direito de ser ouvido implica, para ser eficaz, saber comunicar; e o dever de ouvir, por seu lado, pode implicar capacidade de persuasão e exige sempre disponibilidade para pensar por alternativas” (MACHETE, 1996, p. 532-533). Assim, a lógica da participação e da administração dialética são realidades que se impõem a ambas, sociedade civil e sociedade política, tanto em Portugal quanto no Brasil, sob pena dessa decisão ser questionada via contencioso administrativo (em Portugal) ou via judiciário (no Brasil), com todas as implicações daí decorrentes.

CONCLUSÃO

Atualmente, quase a totalidade dos países mundiais se afirma democrática. Entretanto, o ideal democrático é uma construção histórica e uma luta diária, pois não basta apenas dizer-se democrático, é preciso fazer-se democrático. Como afirma Giovanni Sartori (1997), o indivíduo, ao tentar definir a democracia, pode não se dar por satisfeito com esse conhecimento herdado, mas sim a partir dele construir algo novo. Aprender com o passado com olhos para o futuro, a fim de se buscar não o que a democracia foi, mas o que ela pode e deve ser. É isso que visou o presente artigo.

É impossível à democracia prescindir da representação, ante a magnitude dos Estados contemporâneos, totalmente diferentes das *polis* gregas. As eleições são fundamentais para a democracia, como um procedimento instrumental da expressão da confiança popular em seus representantes. Mas não absorvem a plenitude democrática, que deve ser mantida viva durante toda a gestão pública do eleito. Assim, para efetivar realmente a democracia é preciso que o povo imponha limites e controle efetivos do poder, podendo impugnar sua atuação pelo caráter crítico, aberto e dialógico que devem possuir as sociedades democráticas (SANTIN, 2011).

Uma sociedade democrática é aquela que realiza práticas democráticas, aceitando a pluralidade e o multiculturalismo de seu povo. Capaz de aceitar ideias contrárias às suas, ver o conflito como benéfico porque dinamiza, impede a acomodações e favorece a melhora das instituições, negando as formas absolutas, plenas e completas de verdades. Reconhecer no conflito o caráter de elemento constitutivo da vida, da política e do saber, a fim de evoluir e alcançar o novo. Assim, para a efetivação do princípio da participação, norte fundamental do novo código administrativo português, é preciso a colaboração de dois fatores: vontade política e interesse dos administrados em participar das decisões que afetam a todos.

Com relação ao primeiro fator, não há dúvidas de que o direito de participar está plenamente positivado no procedimento administrativo, assim como seu poder de contestá-las pela via do contencioso. Entretanto, de nada adianta leis e códigos democráticos se eles não passam apenas de um “papel”, sem se inserir nas práticas políticas da sociedade política e da sociedade civil. Os gestores públicos precisam estimular e facilitar a participação dos cidadãos nas audiências públicas, tanto individual quanto coletivamente. Aumentar os meios de divulgação dos momentos em que as audiências públicas ocorrem, englobando tanto meios oficiais como jornais de circulação local e regional, assim como rádio e televisão. Da mesma forma, é preciso agendar os momentos de audiência pública em datas e horários compatíveis com a participação do maior número possível de pessoas, evitando-se aqueles em que a maioria costuma trabalhar. Por fim, necessário se faz o uso de uma linguagem clara e transparente, capaz de se fazer entender por todos, independentemente do grau de escolaridade.

Por sua vez, a população deve assumir-se como sujeito ativo desse processo. Não se contentar apenas em ser espectador para ser agente de mudança do local onde vive, coautor e corresponsável pelas decisões político-administrativas. Ou seja, trata-se de uma “via de mão dupla”, a ser trilhada tanto pela sociedade civil quanto pela sociedade política.

O Código do Procedimento Administrativo português aponta o caminho para a democratização das decisões públicas, bem como fornece as ferramentas formais para contestá-las, acaso não observem seus ditames. Mas é preciso interesse tanto dos gestores públicos quanto dos cidadãos em cobrar a efetivação da legislação. Viabilizar, com a participação da sociedade civil, uma administração capaz de traduzir em ações os interesses públicos, a fim de que o princípio da participação seja um norte inviolável por parte do administrador público.

Trata-se não só de cumprir a legislação, mas também de otimizar as decisões administrativas, as quais passam a contar com uma multiplicidade de participantes, nos mais diversos interesses, e caberá ao poder público, a partir dessas informações, reduzir o aspecto de discricionariedade relativa à realização do interesse público.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Este artigo faz parte do relatório de Pós-Doutoramento na Universidade de Lisboa, conforme auxílio pós-doutorado CAPES processo n. 5199.09.3, para a qual aqui se agradece pela viabilização da pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do. O Novo Código do Procedimento Administrativo. In: *Código do Procedimento Administrativo: seminário promovido pelo Secretariado para Modernização Administrativa*. Faculdade de Direito de Lisboa e Instituto Nacional de Administração. Lisboa: INA, 1992.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. v. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GARCIA, Maria da Glória Dias. Os serviços administrativos municipais em questão: é possível uma organização administrativa municipal inovadora? In: OLIVEIRA, António Cândido de. *Problemas actuais da Administração Municipal: actas do 8º Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GOMES, Carla Amado. O direito à Informação Ambiental: velho direito, novo regime. In: _____. *Textos dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*. Lisboa: AAFDL, 2008. v. II.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

MACHETE, Pedro. *A audiência dos interessados no Procedimento Administrativo*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996.

MARQUES, Maria da Conceição da Costa. Alguns Aspectos da Gestão Pública na Administração Central em Portugal. Valência, 2000. Disponível em: <<http://www.observatorio-iberoamericano.org/paises/spain/art%C3%ADculos%20diversos%20sobre%20contabilidad%20de%20gesti%C3%B3n/I%20Encuentro%20Iberoamericano%20Cont.%20Gesti%C3%B3n/Proyecciones%20Sectoriales/MariaCCosta.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, J. Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo comentado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro. Código de Procedimento Administrativo. Lisboa, 2015. Disponível em: <[http://www.cm-almodovar.pt/data/menus/servicos/DAF/Legislacao/dl_4_2015\(jan_2015\).pdf](http://www.cm-almodovar.pt/data/menus/servicos/DAF/Legislacao/dl_4_2015(jan_2015).pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da Participação: uma análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público*, ano III, n. 5, p. 59-105, jan.-jun. 2011.

SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia: 2. Los problemas clásicos*. Trad. Santiago Sánchez González. Madrid: Alianza, 1997.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre acções no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009a.

_____. “A Caminho!”: nova viagem pela Europa do Direito Administrativo. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Portugal, Brasil e o mundo do Direito*. Coimbra: Almedina, 2009b.

SOLÉ, Juli Ponce. *Deber de buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

TOAZZA, Vinícius Francisco; SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da participação, consensualismo e audiências públicas. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 54, p. 207-231, out./dez. 2013.

Janaína Rigo Santin

PÓS-DOCTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE LISBOA, BOLSISTA CAPES. DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. PROFESSORA DO MESTRADO EM DIREITO E NO DOUTORADO EM HISTÓRIA DA UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO. PROFESSORA DA UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL. PROFESSORA CONVIDADA DO MESTRADO EM GOVERNAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA DA UNIVERSIDADE AGOSTINHO NETO.

janainars@upf.br



Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito

PARTICIPANT OR OBSERVER? A CHOICE BETWEEN TWO METHODOLOGICAL PERSPECTIVES
OF STUDY AND APPLICATION OF LAW

João Andrade Neto¹

Resumo

Este trabalho tem por objetivo reabilitar a separação entre duas perspectivas de interpretação do Direito: a do participante e a do observador. Apesar da importância que a distinção adquiriu nos debates contemporâneos sobre a natureza e a interpretação do Direito, ela não tem recebido tratamento adequado na literatura especializada brasileira. Diante disso, este estudo indaga quais são as características próprias de cada perspectiva que justificam a separação e fazem da opção por um ponto de vista uma escolha metodológica fundamental tanto para o estudo quanto para a aplicação do Direito. Partindo da concepção alexyana, pretende-se demonstrar que cada ponto de vista possui uma lógica interna distinta e mobiliza argumentos de diferente natureza, o que justifica a separação. Uma vez identificadas essas características distintivas, propõe-se a redefinição da perspectiva do participante, a partir da figura do membro da comunidade jurídica, o que permite enfrentar um forte argumento contrário à separação. Superada essa objeção, torna-se forçoso reconhecer que a escolha da perspectiva correta é uma condição necessária (embora não suficiente) da verdade ou validade de proposições jurídicas.

Palavras-chave

Observador; participante; perspectiva interna; perspectiva externa; argumentação.

Abstract

This article aims to realign the separation between the participant's and the observer's perspectives of legal interpretation. This distinction has acquired considerable importance in contemporary debates about law's nature and purpose, but received only scant attention in Brazilian specialized literature. To fill this gap, this paper investigates which are the characteristics of each perspective that justify the separation and turns choosing a viewpoint into a fundamental methodological choice for both the study and the application of law. Adopting Alexy's conception, the article will demonstrate that each viewpoint has its internal logic and requires arguments of different nature, which justifies the separation. After exposing the distinctive characteristics of each viewpoint, the article will refine the participant's perspective by contrasting it to the position of a legal community member. This should help to counter a powerful argument against the separation. Once this objection is dismissed, it becomes clear that choosing the correct perspective is a necessary (though not a sufficient) condition for the truth or the validity of any legal proposition.

Keywords

Observer; participant; internal viewpoint; external viewpoint; argumentation.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo reabilitar a diferença entre duas perspectivas acerca dos fenômenos jurídicos: a do participante e a do observador. Tal distinção ganhou fama graças à doutrina de H. L. A. Hart (1994) e adquiriu importância nos debates contemporâneos sobre a natureza e a interpretação do Direito (BARNETT, 1989; SCHWARTZ, 1992; MÚRIAS, 2011). Tornou-se parte essencial do “[...] discurso conceitual em voga atualmente [...]” (BÓDIG, 2010, p. 485, tradução nossa), sem, contudo, receber tratamento adequado na literatura especializada brasileira. A fim de introduzir os conceitos, pode-se dizer que, em linhas gerais, a perspectiva do participante se presta a responder, dentro do Direito – isto é, de acordo com a lógica interna ao sistema jurídico –, *o que o Direito é e como deve ser interpretado e aplicado* – ou seja, *o que ele diz*. Já a perspectiva do observador situa os fenômenos jurídicos em um contexto mais amplo, exterior ao Direito – por exemplo, o das relações sociais ou eventos históricos –, para falar *sobre o Direito* (LITOWITZ, 1998, p. 134). Cumpre, no entanto, indagar quais são as características distintivas de cada perspectiva, a fim de reapresentar a separação como uma opção metodológica fundamental tanto para o estudo quanto para a aplicação do Direito.

A perspectiva do participante é também chamada de ponto de vista interno; a do observador, ponto de vista externo. Ambas as expressões são aqui utilizadas indistintamente. O observador vê o Direito pela ótica extrajurídica da história, política, sociologia, psicologia, economia, antropologia ou neurociência, por exemplo. Ele tenta revelar o que há por trás dos efeitos quase mágicos que comunidades jurídicas atribuem a ações ordinárias de seus membros. Um observador diria que tais efeitos são parte da ficção segundo a qual há um reino normativo, um domínio invisível diferente do mundo sensível, em que certos fatos, denominados jurídicos, geram consequências também jurídicas que se situam à parte da realidade (extrajurídica) embora nela repercutam.¹ Já a perspectiva do participante se ocupa do aspecto propriamente normativo do Direito – e, portanto, da ficção no exemplo acima. A manifestação mais óbvia desse aspecto ocorre em proposições sobre direitos e deveres, normativas por definição. Menos óbvia é a função que esse aspecto desempenha na argumentação jurídica, em que normas são razões em favor de uma ação em vez de outra (HART, 1994, p. 256). Quem adota a perspectiva do participante inevitavelmente toma parte na argumentação acerca daquilo que é legalmente permitido, proibido ou obrigatório (ALEXY, 2010b, p. 25) – e vice-versa, ainda que não intencionalmente.

...

1 Faz-se aqui referência à comparação que Ross (1957, p. 818) estabelece entre os conceitos do Direito contemporâneo, como os de direitos e normas, de que as comunidades jurídicas se utilizam para justificar a ação do Estado e os fenômenos mágicos e sobrenaturais de que se valem povos ditos primitivos para justificar as ações do grupo.

Um recente estudo sustentou que a opção por uma dessas perspectivas opostas, observador ou participante, constitui uma escolha metodológica fundamental, que, como tal, condiciona o acerto ou o erro das conclusões sustentadas pelo jurista (ANDRADE NETO, 2015, p. 36-50). Mas esse trabalho se dirigia apenas a comparatistas, mais especificamente a acadêmicos ou estudiosos do Direito Constitucional Comparado. Afirmou-se ali que a perspectiva do observador é a ferramenta metodológica adequada à historiografia e à sociologia jurídicas, e a escolha metodológica correta segundo o Realismo Jurídico (ANDRADE NETO, 2015, p. 37). Acrescente-se a isso que a perspectiva do observador tem sido largamente utilizada pelo movimento dos Estudos Críticos do Direito (*critical legal studies*) (TAMANAH, 1996, p. 163-164). Já a perspectiva do participante está no centro da doutrina conceitual e normativa que tem predominado no Direito Constitucional e na Teoria do Direito desde o fim do século XX (BÓDIG, 2010, p. 485) – pelo menos, no caso desta, entre os teóricos identificados, ainda que parcialmente, com a jurisprudência analítica.²

Aqui se pretende retomar parte das ideias apresentadas naquele trabalho para sustentar que a distinção entre as duas perspectivas metodológicas possui relevância mais abrangente – sendo, portanto, de interesse a todos os teóricos e estudiosos do Direito, bem como a juízes e demais aplicadores da lei. O artigo se estrutura da seguinte forma. A seção 1 expõe como a distinção entre o ponto de vista do participante e o do observador se desenvolveu, do início do século XX até a obra de Hart (1994), e, a partir desta, adentrou a teoria de autores contemporâneos, como Dworkin (1986), Alexy (2010b) e MacCormick (1994). A seção 2 apresenta uma definição para as perspectivas e discute as características próprias de cada uma, o contexto em que são exigidas e o tipo de argumentos que mobilizam. Finalmente, a seção 3 enfrenta uma objeção levantada contra a separação e sugere como a perspectiva do participante pode ser refinada de modo a responder satisfatoriamente à crítica. Uma vez superada a objeção e demonstrada que a escolha da perspectiva adequada condiciona a validade/verdade das proposições jurídicas, o estudo deve ser capaz de reabilitar os dois pontos de vista metodológicos e reintroduzi-los nos debates jurídicos brasileiros.

I UMA BREVE GENEALOGIA DA DISTINÇÃO ENTRE PARTICIPANTE E OBSERVADOR³

Embora a ideia de que existem dois modos distintos de encarar o Direito tenha ficado

...

² Conquanto a expressão “jurisprudência analítica” (*analytical jurisprudence*) seja “algumas vezes tratada como coextensiva a ‘análise linguística’, ou como elucidação de conceitos abstratos”, ela é aqui empregada com o sentido amplo sugerido por Twining (2005, p. 10, tradução nossa), de modo a incluir juristas tradicionalmente associados a ela, como Hart, mas também outros como Raz, MacCormick e mesmo Dworkin, “que assimilou algumas das técnicas de análise conceitual desenvolvidas por filósofos analíticos, incluindo Hart [...]”.

³ O assunto já fora discutido, com mais detalhes, por Andrade Neto (2015, p. 36-50).

conhecida a partir da obra *The Concept of Law*, originalmente publicada por Hart em 1961, ela já havia sido mencionada anos antes pelo sociólogo alemão Max Weber e por juristas estadunidenses. Na obra póstuma *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Weber diferenciou dois pontos de vista acerca do Direito. Segundo ele, alguém que assume o *ponto de vista legal* (ou jurídico) pergunta qual sentido normativo deve ser corretamente atribuído a uma proposição jurídica. Já alguém que adota o *ponto de vista sociológico* se debruça sobre o que efetivamente ocorre em um grupo pelo fato de membros “[...] considerarem certas normas como válidas e [...] orientarem a própria conduta de acordo com essas normas [...]” (WEBER, 1978, p. 311, tradução nossa). Segundo Weber, “[...] essas duas perspectivas lidam com problemas inteiramente diferentes [...]. Uma existe no reino do ‘dever ser’, enquanto a outra lida com o mundo do ‘ser’” (WEBER, 1978, p. 312, tradução nossa). Weber foi provavelmente o primeiro a formular a distinção em termos tão claros (LITOWITZ, 1998, p. 127-128). Apesar do pioneirismo, sua contribuição foi frequentemente ignorada pelos juristas que viriam a fazer uso dos conceitos de observador e participante,⁴ mesmo por autores alemães que o sucederam décadas depois, como Alexy (2010b).⁵

Autores norte-americanos das primeiras décadas do século XX também se referiram à distinção entre perspectivas. Citam-se aqui dois deles. O primeiro, John Dickinson, publicou em 1931 um trabalho no qual destacou a ambiguidade do verbo “prever” (*to make a prediction*) quando se refere aos efeitos da lei. Dickinson (1931, p. 843-844) constatou que advogados se comportam de modos muito diferentes quando dizem a um cliente, de um lado, como um juiz deveria julgar a ação, e, de outro, como supõem que o juiz o fará. No primeiro exemplo, o advogado faz uso do pensamento normativo para dizer o que a lei prevê – ou seja, o que ela obriga, permite ou proíbe –; no segundo, ele faz uma previsão baseada na causalidade física. Neste caso, o advogado se comporta como um observador externo, um espectador, que, com base em dados empíricos, especula como o caso será realmente decidido, independentemente de essa decisão ser a que ele considera legalmente correta (DICKINSON, 1931, p. 843-844).

Outro autor que se referiu à distinção entre participante e observador foi Jonathan Cohen, em 1954. De acordo com Cohen (1954, p. 38-39), embora juristas e sociólogos usem a mesma palavra, “Direito”, eles o fazem com sentidos bem distintos. Sociólogos a utilizam no sentido *não técnico* para tratar de qualquer “[...] sistema de regras cuja obediência geral é assegurada pela existência das instituições especializadas apropriadas” (COHEN, 1954, p. 39, tradução nossa). Já o uso feito por juristas é *técnico*. Eles empregam a palavra para se

...

4 Shapiro (2006, p. 1157, tradução nossa), por exemplo, chega a dizer que “[...] o ponto de vista interno é talvez a maior contribuição de Hart para a teoria do Direito.”

5 Na sociologia, os conceitos weberianos foram retomados em 1958 por Winch (1990, p. 89), por exemplo.

referir ao conteúdo das decisões jurídicas, “[...] àquilo que as cortes entendem por Direito, ou àquilo que os juristas acreditam que tais cortes deveriam entender” (COHEN, 1954, p. 39, tradução nossa). Segundo Cohen (1954, p. 38-39), portanto, quando juristas dizem o que o Direito é, eles levam em consideração não apenas dados empíricos, ou o real conteúdo do que cortes decidiram, mas também um critério normativo de correção, ao afirmarem o que juízes deveriam ter decidido no passado e indagarem o que deve ser decidido no futuro.

Apesar de os elementos essenciais da distinção entre participante e observador já se encontrarem na obra de Dickinson (1931) e Cohen (1954), é em Hart (1994) que eles adquirem densidade. Na palestra inaugural proferida em 1953 diante da Universidade de Oxford, Hart (1959, p. 9-10) compara o Direito a um jogo e menciona as diferentes expectativas envolvidas nas predições sobre (1) o que um juiz deveria decidir ou (2) o que ele provavelmente vai decidir. Segundo Hart (1959, p. 9-10), em uma partida de críquete, quando o árbitro diz “A está fora”, ele pressupõe a existência de regras internas ao jogo, que justificam e dão sentido a essa decisão e à própria posição ocupada pelo árbitro. Similarmente, quando um juiz declara que “A tem um direito”, ele chega a essa conclusão por meio de um complexo raciocínio jurídico que supõe a existência de certos fatos e normas, embora não necessariamente os mencione. Dessa declaração, porém, decorrem outras conclusões também jurídicas – logo, também o resultado de um raciocínio que supõe fatos e normas. Tais conclusões jurídicas não são predições sobre o futuro; referem-se ao presente, mas não descrevem nem fatos presentes nem contínuos. “É isso [...] que frustra a definição de um direito em termos empíricos, como expectativas ou poderes [...]”, afirma Hart (1959, p. 10, tradução nossa). Posteriormente, na clássica obra *The Concept of Law*, essas ideias foram mais bem desenvolvidas, como veremos a seguir.

1.1 AS PERSPECTIVAS DO OBSERVADOR E DO PARTICIPANTE SEGUNDO HART

A existência das perspectivas do observador e do participante está ligada, em Hart (1994, p. 56-57), à tese de que as regras de conduta social e particularmente as normas jurídicas possuem dois aspectos: um externo e outro interno. O aspecto externo pode ser apreendido e descrito por um observador. Suponhamos que alguém tivesse que descrever, da perspectiva de um observador, o cumprimento de uma norma, por exemplo, a de que motoristas devem parar diante do sinal vermelho. A descrição seria algo do tipo, “[...] quando a luz se torna vermelha, há uma grande probabilidade de que o tráfego pare” (HART, 1994, p. 90, tradução nossa). Externamente, normas não se diferenciam de outros padrões de conduta social, pois, obedecidas, elas geram um “[...] comportamento regular e uniforme que um observador pode registrar” (HART, 1994, p. 56, tradução nossa). No entanto, normas não são simplesmente padrões de conduta que um observador pode descrever. Elas possuem um aspecto interno que lhes é peculiar. Esse aspecto interno é o elemento propriamente normativo, que permite que sejam usadas pelos indivíduos como guias para a própria conduta e

padrões para avaliar a conduta dos demais, simultaneamente (HART, 1994, p. 56-57). É o aspecto interno que faz com que os motoristas vejam a luz vermelha “[...] não apenas como um sinal de que outros vão parar [...]”, mas a razão mesma para fazerem-no (HART, 1994, p. 90, tradução nossa).

Dos dois aspectos das normas, interno e externo, Hart deriva duas perspectivas ou pontos de vista a partir de que se pode abordar os fenômenos jurídicos. A perspectiva externa é a de um observador que não aceita nem usa as normas sociais nem como guias para sua própria conduta nem como critério para julgar a conduta de outros. Para um observador, compreender e descrever o aspecto externo das normas sociais basta (HART, 1994, p. 89). De maneira oposta, o ponto de vista interno é o do participante, que reconhece o caráter propriamente normativo das normas sociais. Tal reconhecimento não tem que ser expresso; ele está implícito na atitude que os participantes adotam diante das normas jurídicas. De acordo com Hart (1994, p. 57, tradução nossa), os participantes confirmam o aspecto normativo do Direito tanto nas críticas e demandas de conformidade que dirigem a outros participantes “[...] quando o desvio é atual ou iminente [...]”, quanto reflexivamente, “[...] no reconhecimento da legitimidade de tais críticas e demandas quando recebidas de outros”. Em todo caso, proposições feitas a partir do ponto de vista do participante “[...] encontram sua expressão característica com ajuda de termos normativos como ‘dever’ [*ought*], ‘ter que’ [*must*], ‘deveria’ [*should*], ‘certo’ e ‘errado’ [...]”, afirma Hart (1994, p. 57, tradução nossa).

1.2 A RECEPÇÃO DA DISTINÇÃO PELA TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

A tese da distinção entre as perspectivas do participante e do observador foi incorporada com maiores ou menores modificações na doutrina de autores como Dworkin (1986) e Alexy (2010b). Logo nas primeiras páginas de *Law's Empire*, Dworkin esclarece que “[...] adota o ponto de vista interno, do participante [...]” e que “[...] tenta capturar o caráter argumentativo da nossa prática jurídica adentrando essa prática e enfrentando as questões de coerência e verdade com que se deparam os participantes” (DWORKIN, 1986, p. 14, tradução nossa). Com essas palavras, introduzem-se duas propriedades da perspectiva do participante que não estavam presentes na concepção originalmente formulada por Hart (1994). Primeiramente, a definição de Dworkin (1986, p. 46) supõe que um participante necessariamente trata o Direito como uma prática argumentativa. Em segundo lugar, ela sugere a existência de algum tipo de conexão entre a adoção do ponto de vista interno e a possibilidade de avaliar se os argumentos jurídicos são corretos (ou coerentes e verdadeiros) (DWORKIN, 1986, p. 261 et seq.).

Já no que se refere a Alexy (2010b, p. 35-81, 127), a distinção entre observador e participante condiciona a própria definição de Direito oferecida pelo autor e justifica os três principais argumentos de sua *Teoria dos Princípios*: o argumento a partir da correção, o argumento a partir da injustiça e o argumento a partir de princípios. Para o que o presente texto

propõe, somente a primeira dessas teses é relevante, e apenas ela será detalhada. Segundo Alexy (2007, p. 45-46), a aptidão para arguir que uma proposição jurídica é correta e avaliar a correção das proposições jurídicas formuladas por outros é o elemento distintivo da perspectiva do participante. Como o autor explica, o participante pergunta “[...] qual a resposta correta para uma questão legal do sistema jurídico em que ele se encontra [...]”, enquanto o observador se preocupa em responder “[...] como questões legais são realmente decididas naquele sistema jurídico” (ALEXY, 2007, p. 45-46, tradução nossa). Em suma, apenas da perspectiva do participante, pode-se formular e responder à pergunta “qual é a resposta correta?”; da perspectiva de um observador, indaga-se: “como as decisões jurídicas são realmente produzidas?” (ALEXY, 2007, p. 45-46, tradução nossa).

Apesar de a distinção apresentada por Hart (1994) ter influenciado Dworkin (1986) e Alexy (2010b), a teoria desses autores não a incorporou sem modificações. Ambos atribuem à perspectiva do participante outras capacidades que não a de usar as normas jurídicas como padrões para guiar a própria conduta e avaliar a dos demais, como originalmente definido por Hart (1994). Particularmente, tanto Dworkin (1986, p. 53) quanto Alexy (2010b, p. 39) atribuem expressamente ao participante a faculdade de fazer afirmações acerca do acerto de proposições jurídicas, seja pela defesa da melhor resposta (ou daquela juridicamente correta), no primeiro caso, seja pela pretensão de correção, no segundo. Nenhum deles menciona, no entanto, a “aceitação” como um atributo inerente e característico da perspectiva do participante. Em Hart (1994), a aceitação é o elemento essencial que diferencia participante de observador (SHAPIRO, 2006, p. 1159). O autor a define como a típica atitude que os participantes adotam diante das normas jurídicas da própria comunidade, a saber, a “[...] contínua disposição individual de adotar tais padrões de conduta, tanto como guias para sua própria conduta futura, quanto como padrões de crítica que podem legitimar demandas e várias formas de pressão por conformidade” (HART, 1994, p. 255). Ao negarem que a aceitação do Direito tenha um papel central a cumprir na definição de participante, Dworkin (1986) e Alexy (2010b) endossam a objeção que Neil MacCormick (1994) opõe à concepção hartiana.

Embora aceite os termos gerais da concepção de participante apresentada por Hart, MacCormick (1994, p. 289-292) acrescenta a ela dois elementos: níveis de entendimento e graus de compromisso, a que correspondem duas subespécies de ponto de vista interno: a perspectiva cognitiva e a perspectiva volitiva, respectivamente. Segundo MacCormick (1994, p. 292), o ponto de vista interno cognitivo é o usado para avaliar e entender uma conduta em termos normativos. Já o ponto de vista interno volitivo é o de “[...] um agente que, em algum grau e por algumas razões que lhe parecem convincentes, tem o compromisso volitivo de obedecer a um dado padrão de conduta como um guia para ele mesmo, para outras pessoas, ou para ambos” (MACCORMICK, 1994, p. 292, tradução nossa). Mais especificamente, o elemento volitivo é “[...] a vontade de conformar-se a um padrão de ação concebido e a preferência por uma possível configuração dessa ação em dadas circunstâncias

[...]” (MACCORMICK, 1994, p. 289, tradução nossa). MacCormick corretamente observa que, apesar de vontade e entendimento serem elementos do ponto de vista interno, “[...] o que determina a ‘internalidade’ de uma afirmação é o entendimento, não a vontade de quem a afirma” (MACCORMICK, 1994, p. 291, tradução nossa).

De fato, para entender ou posteriormente usar e aplicar normas, é necessário pressupor que “[...] a vontade de algumas pessoas corrobora e sustenta os padrões que, assim corroborados e sustentados, são as normas de todo o grupo” (MACCORMICK, 1994, p. 290, tradução nossa). Entretanto, “[...] para que exista uma norma em um grupo social, não é necessário que todos os membros desse grupo tenham esse compromisso volitivo com tal norma” (MACCORMICK, 1994, p. 289, tradução nossa). Nem todos os membros da comunidade têm vontade de comprometer-se com as normas do grupo, e o fato de não a terem, por si só, não os exclui da condição de participantes.⁶ MacCormick (1994, p. 289) menciona três tipos de membros que, embora compreendam as normas, não se comprometem com elas: o fingidor, o delinquente e o rebelde. As três categorias indicam a atitude individual de opor-se a ou aproveitar-se do compromisso que outros membros têm com as normas. No que interessa ao presente trabalho, MacCormick (1994) acerta ao notar que a posição de um participante independe da vontade de realmente se submeter ao sistema jurídico ou às normas que ele interpreta.⁷

2 AS PERSPECTIVAS DO PARTICIPANTE E DO OBSERVADOR REVISITADAS

Reconhecer que a posição do participante é relativamente independente da vontade de sujeitar-se a normas implica redefinir a tese de Hart (1994, p. 255) segundo a qual o que diferencia participante de observador é a aceitação. É possível que, sem efetivamente aceitar as normas da comunidade como guias para a própria conduta, alguém adote a perspectiva interna de um participante de determinado sistema jurídico, e a partir dela avalie o erro ou o acerto das condutas alheias, em especial, das afirmações que os demais participantes fazem acerca do que é obrigatório, proibido ou permitido nesse sistema. Nas palavras de MacCormick, “[...] um completo estranho em relação a uma certa sociedade poderia compreender as normas dessa sociedade, na medida em que seja capaz de fazer afirmações ‘internas’ às normas sociais daquela sociedade” (MACCORMICK, 1994, p. 291, tradução nossa). Aquele que se sujeita às normas de uma comunidade, ainda que involuntariamente, é um membro da comunidade. E, embora a perspectiva do participante seja dependente

...

⁶ Algo semelhante já havia sido constatado por Weber (1978, p. 312).

⁷ Para uma visão oposta acerca do papel da aceitação na definição de “participante”, ver Shapiro (2006, p. 1160-1161).

da concepção de membro – na medida em que a pressupõe e nela se baseia –, elas não se equivalem.

Aqui, define-se participante como todo aquele que faz (ou é capaz de fazer) afirmações sobre o que é permitido, proibido ou determinado por um sistema jurídico, uma norma ou um conjunto de normas desse sistema (ALEXY, 2010b, p. 25). Para fazer tais afirmações, é necessário imaginar-se na posição de um membro da comunidade, ainda que, de fato, não se esteja obrigado pelas normas jurídicas que a regem. Noutras palavras, como empregadas neste estudo, as expressões “perspectiva do participante” e “perspectiva do observador” não se referem a pessoas reais; são antes metáforas que designam diferentes pontos de vista metodológicos, ou maneiras diversas de encarar os fenômenos jurídicos. Como dito acima, distintiva da perspectiva metodológica do participante é a aptidão para arguir que algo é juridicamente proibido, permitido ou obrigatório. Não é demais lembrar que a possibilidade de formular tais argumentos inclui a aptidão de aceitar, questionar ou rejeitar argumentos similares feitos por outros, bem como de participar do debate acerca do sentido (conteúdo e finalidade) correto de proposições jurídicas. Em oposição, a perspectiva metodológica do observador é definida pela impossibilidade lógica de arguir que algo é juridicamente proibido, permitido ou obrigatório em um sistema jurídico. Outras características distintivas de cada perspectiva são discutidas a seguir.

2.1 A LÓGICA INTERNA A CADA PERSPECTIVA

Embora a separação entre as duas perspectivas seja mais cara a representantes da jurisprudência analítica, como Hart, e a autores que com ele dialogam, como Dworkin, a escolha metodológica por ela implicada está presente, implícita ou explicitamente, em qualquer estudo ou caso de aplicação do Direito. Disso decorre que, embora esses teóricos tenham dado inequívoca contribuição para a definição dessas perspectivas, eles o fizeram a partir da concepção que tinham do que é o Direito, a prática jurídica, e, particularmente, a função do juiz no sistema jurídico. Dado o caráter metodológico das perspectivas, elas não têm, porém, que ficar aprisionadas a uma concepção particular acerca do fenômeno jurídico. Nem estão necessariamente vinculadas a escolhas teórico-metodológicas de nenhuma escola de pensamento em particular. As perspectivas se prestam, na realidade, a diferentes projetos teóricos e sustentam concepções jurídicas diversas, dentro das balizas metodológicas impostas por cada uma delas.

Em todo caso, a definição precisa de participante e observador é relativamente dependente da concepção de Direito, pois varia de acordo com o entendimento que se tem do que integra o sistema jurídico e do que são o Direito e a prática judicial. Por exemplo, uma concepção que reduza o Direito ao conjunto de regras contidas nos documentos publicados pelas instituições legislativas levará a uma concepção limitada de participante e ampliada de observador. Nesse esquema teórico, a perspectiva do participante se prestaria apenas à interpretação e aplicação do material “[...] reconhecidamente canônico ou autoritativo

[...]” (SCHWARTZ, 1992, p. 187), e qualquer referência judicial a princípios seria tratada como exterior ao Direito. De qualquer maneira, independentemente da concepção de observador e participante que predomina em um dado sistema jurídico, os critérios de avaliação das proposições formuladas a partir de cada perspectiva são necessariamente diferentes. Proposições feitas da perspectiva do observador são avaliadas de acordo com o critério geral de verdade/falsidade empírica (SCHWARTZ, 1992, p. 195); proposições formuladas a partir da perspectiva do participante são avaliadas de acordo com critérios internos de validade que variam conforme o sistema jurídico (e a opinião de cada intérprete sobre o mesmo sistema), mas, em geral, incluem: correção e coerência lógico-conceitual, conformidade sistêmica (particularmente com o material autoritativo e de acordo com os cânones de interpretação aceitos) e algum grau de justiça e eficácia social (ALEXY, 2010b, p. 13-19).

Uma questão diretamente relacionada à diferença entre os critérios de avaliação do acerto das proposições feitas a partir de cada perspectiva é: quão severa é a separação entre os dois pontos de vista? Larry Alexander (1993, p. 1900) defende que a distância entre as duas perspectivas é apenas “[...] uma questão de grau e não reflete uma diferença de natureza [...]”. Opinião oposta é a de Weber (1978, p. 311), para quem o objeto de uma perspectiva não pode entrar em contato diretamente com o da outra. Segundo Weber (1978, p. 311), qualquer tentativa de relacionar o Direito, objeto da dogmática jurídica, a fatos sociais, objeto da sociologia, seria válida empiricamente, mas não normativamente. Ou seja, manter-se-ia na esfera externa de um observador, sem nunca adentrar a esfera interna ao Direito, do participante. Isso porque, para Weber (1978, p. 312), a perspectiva do participante lida com problemas do reino do “dever ser”, enquanto a perspectiva do observador, com o mundo do “ser”. Da separação entre *ser* e *dever ser*, recomendada por David Hume (2000, p. 302), decorre a impossibilidade lógica de derivar conclusões normativas de argumentos empíricos ou puramente descritivos. Consequentemente, alguém que toma como internos ao sistema argumentos que, na verdade, são externos viola a *Lei de Hume*.

Outros autores têm uma opinião mais moderada. Não veem uma impossibilidade absoluta de comunicação entre o conteúdo de cada perspectiva, mas tampouco defendem que a diferença entre elas seja apenas de grau. Admitem que se possa “traduzir” as conclusões obtidas a partir de uma perspectiva para a outra, mesmo que “[...] algo se perca na tradução [...]” (LITOWITZ, 1998, p. 134-135). Para Barnett (1989, p. 526), por exemplo, as perspectivas são, de fato, distintas, no sentido de que a validade de uma proposição feita a partir da perspectiva interna não exclui a validade de outra proposição feita a partir da perspectiva externa. No entanto, essa distinção não gera um isolamento absoluto. “Ambas as análises influenciam, reforçam e controlam [*check*] uma à outra [...]”, afirma Barnett (1989, p. 532, tradução nossa).

De fato, a tese mais moderada se revela a correta. Não se pode negar a separação entre *ser* e *dever ser*. Nesse sentido, a opinião de Alexander (1993), que reduz a diferença entre

perspectivas a uma questão de grau, é insustentável. Ela ignora a *Lei de Hume*, ou a impossibilidade lógica de extrair conclusões normativas de premissas puramente empíricas (HUME, 2000, p. 302). Mas há que se reconhecer que, de tal separação, não decorre necessariamente a impossibilidade absoluta de que o objeto de uma perspectiva seja comunicado à outra, como defendido por Weber (1978). Autores como Litowitz (1998, p. 134-135) estão corretos em afirmar que os argumentos formulados a partir de um ponto de vista podem ser “traduzidos” e admitidos em outro, ainda que com perda de conteúdo, desde que respeitada a lógica própria de cada perspectiva. Ora, embora conceitos jurídicos possam ser apreendidos tanto empírica quanto normativamente (ALEXY, 2010a, p. 15), eles ainda pretendem designar as mesmas entidades ou fenômenos. Um conceito jurídico como o de *aborto*, por exemplo, pode ser abordado tanto do ponto de vista empírico quanto do normativo. Em cada caso, dará azo a proposições formuladas da perspectiva do observador ou da do participante, respectivamente. Todavia, apesar da diferença de perspectivas, aquelas ainda pretendem ser proposições verdadeiras/válidas sobre uma mesma coisa.

Pensemos em como isso poderia ser usado em um caso concreto, como na discussão sobre a licitude do aborto consentido. A Constituição de 1988 é silente sobre o tema. Dispõe sobre a inviolabilidade da vida, mas esse argumento pode ser usado pelos dois extremos morais envolvidos no debate. De um lado, grupos pró-criminalização, autointitulados pró-vida, têm em vista a proteção da vida do nascituro. Do outro lado, grupos pró-legalização argumentam que a vida a ser protegida é a da mulher, a qual, mesmo nos casos em que não é fisicamente ameaçada pela manutenção forçada da gravidez, é violada em sua dignidade. Um jurista que, da perspectiva do participante, ache que os argumentos legais trazidos pelas partes são igualmente convincentes poderia mudar de opinião ao tomar conhecimento de argumentos formulados da perspectiva do observador.

O jurista em questão poderia ler estudos sociológicos com estatísticas sobre as altas taxas de mortes/ano causadas pelo aborto clandestino (GRIMES et al., 2006, p. 1908-1919), ou sobre a manutenção ou mesmo diminuição dos índices de aborto/ano nos países que legalizaram a prática (SINGH et al., 2009, p. 44). Em qualquer dos casos, esses dados têm que ser “traduzidos” antes de trazidos para dentro da argumentação jurídica. Como dados puramente empíricos, eles não têm valor normativo algum. Mas uma vez que se aceite uma premissa normativa do tipo, *a solução que salvar o maior número de vidas é a juridicamente correta*, eles se tornam argumentos propriamente jurídicos. Eles demonstram que o argumento dos grupos pró-vida, embora juridicamente coerente, não subsiste a um teste de verdade empírica. No exemplo, a inviolabilidade da vida seria mais bem protegida pela legalização, pois o número de mortes de mulheres e fetos é, na realidade, maior devido à criminalização do que seria caso se legalizasse a prática. Todavia, o mesmo jurista teria que recusar valor jurídico a outros tipos de argumentos externos trazidos pelas partes em disputa, como argumentos exclusivamente religiosos, se eles não satisfazem os critérios de validade internos ao sistema – como a proibição de que alguém seja privado

de direitos por motivo de crença religiosa (BRASIL, 1988, art. 5º, VIII). Como tal, esse tipo de argumento não pode ser “traduzido” para a perspectiva interna. Só o podem ser os argumentos que seriam admitidos em justificação a uma decisão judicial, como se discutirá a seguir.

2.2 O CONTEXTO E O ARGUMENTO PRÓPRIO DE CADA PERSPECTIVA

Próprio da perspectiva do observador é o *contexto da explicação*; do participante, o *contexto da justificação*.⁸ Para entender a diferença entre explicação e justificação, é crucial que se tenha em mente que a distinção original, entre contexto de descoberta e contexto de justificação, dizia respeito à Filosofia da Ciência. Reichenbach (1968, p. 231) cunhou os termos para denominar, respectivamente, (i) o momento criativo de descoberta científica, como na imagem de Arquimedes exclamando “Eureka!”, e (ii) o processo que se segue, de análise e demonstração da descoberta. Posteriormente, outros autores se valeram dos conceitos e os adaptaram à realidade jurídica.⁹ No Direito, o juiz faz as vezes do cientista. O momento da decisão – de “achar” a resposta para o caso – se assemelha ao de descoberta científica porque “[...] envolve pressentimentos, intuições e lampejos de discernimento [*insight*]” (GOLDING, 2001, p. 2). No entanto, as semelhanças acabam aí. O contexto científico de explicação tem de ser refinado para adequadamente apreender as particularidades da prática jurídica, já que nem todo tipo de argumento é admitido em justificação de uma decisão judicial (GOLDING, 2001, p. 138).

No que se refere ao Direito, é mais correto separar o contexto da explicação do contexto da justificação (BAIER, 1966, cap. 6). O contexto de explicação se refere aos fatores externos à argumentação que podem explicar como um juiz chegou a certa conclusão, e não a outra. Possíveis explicações já documentadas na literatura especializada variam de crenças morais arraigadas (MILLIGAN, 2006, p. 1231-1240) ao fato de decidir antes ou depois de comer (DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSO, 2011, p. 6889). Incluem ainda o tipo de educação jurídica a que o juiz teve acesso e as particularidades do órgão judiciário em que atua (VIDMAR, 2011, p. 58-62). De qualquer modo, independentemente de quão relevantes sejam tais explicações, elas são formuladas a partir da perspectiva do observador, e, como tal, não são admitidas na argumentação jurídica como razões aptas a justificar uma decisão judicial. Para a legitimidade dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, relevante é o contexto de justificação, em que se verifica se as razões oferecidas

8 Para mais detalhes, ver Andrade Neto (2015, p. 31-36). Diversa é a opinião de Múrias (2011, p. 15-16), para quem, não há correlação entre o contexto de explicação e a perspectiva do observador, de um lado, nem entre o contexto de justificação e a perspectiva do participante, de outro.

9 Ver, por exemplo, Dewey (1914-1925, p. 24), Wasserstrom (1972, p. 26-27) e Atienza (2003, p. 20-23).

são adequadas e suficientes para sustentar as conclusões (GOLDING, 2001, p. 128, 138). Esse é o contexto próprio da perspectiva do participante.

Para afastar mal-entendidos, não se pretende dizer que a justificação das decisões jurídicas não pode ser explicada da perspectiva do observador. Pode-se facilmente imaginar um estudo que, do ponto de vista externo, relate a argumentação desenvolvida perante uma corte, ou um debate entre teóricos, por exemplo. O trabalho de um observador pode incluir considerações “[...] sobre aquilo que os participantes sob observação pensam que o Direito deve ser” (ALEXY, 2013b, p. 103, tradução nossa). Alexy (2013b, p. 103-104) se refere a essas *proposições sobre aquilo que outros pensam que o Direito deve ser* como “considerações indiretas” ou “de terceira pessoa”, em oposição às proposições distintivas da perspectiva do participante, “diretas” ou “em primeira pessoa”. Ou seja, da perspectiva do observador, pode-se observar a existência de uma controvérsia jurídica e reportar os argumentos dos participantes engajados na discussão, sem, no entanto, fazer qualquer juízo acerca do acerto ou erro dos argumentos utilizados. Claro, o mesmo jurista poderia tomar parte na controvérsia, oferecendo razões a favor da resposta que considera correta, caso em que adentraria ele mesmo o contexto de justificação, abandonaria a posição de um observador e assumiria a perspectiva de um participante.

De qualquer modo, a separação entre contextos remete à distinção entre dois tipos de argumentos: explicativo ou justificativo (GOLDING, 2001, p. 4). Argumentos explicativos são condições causais para a ocorrência de um evento ou a existência de um certo estado de coisas (GOLDING, 2001, p. 3). Já argumentos justificativos são “[...] as razões para afirmar que julgamentos ou proposições são corretos ou verdadeiros” (GOLDING, 2001, p. 4, tradução nossa). Proposições acerca do que o Direito comanda, proíbe ou permite demandam argumentos do segundo tipo. Por isso, as decisões judiciais, que constituem o paradigma da argumentação jurídica a partir da perspectiva do participante, têm de ser justificadas, isto é, sustentadas por argumentos justificativos (ATIENZA, 2003, p. 20).

No que se refere ao estudo do Direito, os métodos histórico, psicológico e sociológico se ocupam basicamente de argumentos explicativos, mesmo quando o objeto do estudo em questão é a argumentação desenvolvida por juízes e cortes. Um pesquisador que se debruce sobre a justificação que consta das decisões de um tribunal, mas o faça “[...] reconstruindo os argumentos como expressões de crenças ou valores que têm um efeito psicológico sobre a ação judicial [...]” (GOLDING, 2001, p. 5, tradução nossa), oferece argumentos explicativos e procura por relações de causalidade física. Muito diferente é o caso dos teóricos do Direito que supõem que a argumentação jurídica não é fundada em estados mentais subjetivos, nem em crenças individuais, mas em normas cuja existência é relativamente independente da existência do juiz que as aplica e interpreta. Um estudo desse tipo tem que necessariamente formular argumentos justificativos para suas próprias conclusões (ALEXY, 2010a, p. 228).

2.3 DESCRIÇÃO VERSUS PRESCRIÇÃO: HÁ UM MÉTODO PRÓPRIO A CADA PERSPECTIVA?

Cumpra agora dizer o que a distinção entre a perspectiva metodológica do observador e a do participante não é. Ela não é uma distinção entre os métodos descritivo e prescritivo.¹⁰ Não é correto dizer que os argumentos empregados a partir da perspectiva do observador são exclusivamente descritivos, nem que a perspectiva do participante é exclusivamente prescritiva (ATIENZA, 2003, p. 20). Reconheça-se que a questão é complexa, está longe de ser consensual e já gerou inflamadas discussões entre teóricos, a maior parte delas desencadeada pela polêmica declaração de Hart (1994, p. v) de que a obra *The Concept of Law* “[...] pode ser considerada uma estudo em sociologia descritiva [...]”. Não se discutirá aqui o sentido da afirmação de Hart (1994); apenas se sugerem ao leitor alguns autores que o fazem.¹¹ Sustenta-se, no entanto, que as duas perspectivas, do observador e do participante, autorizam tanto à prescrição quanto à descrição – e, na verdade, muitas vezes requerem ambas, simultaneamente.

Da perspectiva do observador, imagine-se uma socióloga do Direito que se põe a descrever como um tribunal realmente funciona.¹² Ela poderia, por exemplo, concluir que há uma conexão entre a visão política dos juízes de uma turma e a prevalência de certos temas na pauta de julgamentos. Esse estudo seria, então, inteiramente descritivo. Mas a socióloga em questão poderia usar os mesmos dados para propor mudanças no processo de seleção dos juízes que comporão cada turma, a fim de reduzir as chances de que maiorias políticas reprimam as opiniões em contrário. Nesse caso, os resultados do estudo seriam tanto descritivos quanto prescritivos (ou propositivos), embora a perspectiva metodológica adotada fosse inegavelmente a do observador.

Já da perspectiva do participante, toda proposição descritiva é, também e inevitavelmente, prescritiva (ALEXY, 2013a, p. 7; 2008, p. 296-297). Isso porque os elementos que se articulam para compor o Direito são não apenas sociais e institucionais, mas também crítico-avaliativos, ou normativos (ALEXY, 2010b, p. 13). Alguém que afirma o que o Direito é – ou seja, o que ele *diz* – necessariamente aduz argumentos sobre como ele *deve ser* interpretado e aplicado (ALEXY, 2013a, p. 7). Nesses termos, a argumentação jurídica tipicamente circunscrita à esfera do participante se insere no gênero da razão prática (ALEXY, 2010a, p. 212-220).

Pode-se pensar em um jurista dedicado a estudar as circunstâncias nas quais se permite o aborto consentido no Brasil. Imagine-se também que o jurista em questão está convencido

...

¹⁰ Também contra a correspondência entre perspectiva interna e prescrição, de um lado, e perspectiva externa e descrição, de outro, é Múrias (2011, p. 15), mas por razões diversas das aqui apresentadas.

¹¹ Ver, por exemplo, o debate entre Perry (1997, p. 97-135) e Moore (2002, p. 91-114). Ver também Stolz (2007, p. 107-110).

¹² O exemplo foi retirado de Andrade Neto (2015, p. 34-35).

de que a tarefa que tem diante de si é puramente descritiva. Ele pretende dizer o que o Direito é, e não o que ele deve ser. E, de fato, grande parte de seu trabalho consiste simplesmente em reportar como os conceitos de *crime*, *nascituro* e *direito à vida* são entendidos e utilizados na argumentação jurídica, o que implica descrever algo da prática legal por trás desses conceitos – ou seja, como os membros da comunidade jurídica em questão lidam com essas questões.¹³ Todavia, quer o pesquisador queira, quer não, o resultado que obterá será prescritivo, pois esses conceitos jurídicos são, também e essencialmente, normativos (ALEXY, 2008, p. 291-292). Assim, se ele concluir que o aborto consentido é permitido no Brasil nas hipóteses expressamente previstas no art. 128 do Código Penal,¹⁴ estará não apenas prescrevendo o uso correto daqueles conceitos – o que é trivial –, mas também dizendo como mulheres e médicos *devem ser* tratados naquelas circunstâncias e, principalmente, como cortes devem decidir demandas que se subsumam àquela regra.

A questão se torna ainda mais complexa se se considera que o Direito inclui tanto uma dimensão real quanto ideal, e um participante pode apreender ambas (ALEXY, 2013b, p. 103). A dimensão real, ou institucional, compõe-se pelo material jurídico socialmente eficaz e promulgado pela autoridade competente; a dimensão ideal, ou crítico-avaliativa, é constituída por meio de correção moral e razão prática (ALEXY, 2013b, p. 99; 2008, p. 290). Nas palavras de Alexy (2008, p. 290), “Um elemento central da dimensão ideal do Direito é a pretensão de correção (*claim to correctness*) [...]”. Suponha-se que, no exemplo citado acima, o jurista pretendia apenas descrever como as instituições jurídicas têm interpretado e aplicado o Direito sobre o aborto. Isto é, pretendia dizer qual é o Direito realmente aplicado pelos tribunais em relação ao aborto, e não o que ele deve ser. Nesse caso, tanto os argumentos descritivos produzidos no estudo – por exemplo, o fato de que o STF já decidiu que o aborto consentido de um feto anencéfalo não constitui crime (BRASIL, 2013) – quanto as consequências prescritivas intrínsecas a eles – por exemplo, a de que os tribunais e juízes inferiores têm o dever de respeitar a decisão do STF – circunscrever-se-iam ao Direito real, embora formulados da perspectiva do participante. Mas poderia ser o caso que o mesmo estudioso expusesse qual é a opinião doutrinária e jurisprudencial predominante (ou mesmo consensual) sobre a questão para então criticá-la. Nesta hipótese, o pesquisador descreveria o que o Direito real é, para prescrever, com base no Direito ideal, o que deveria ser.

A distinção entre Direitos real e ideal (ou entre Direito institucionalizado e Direito justo/racional) impacta o modo como os argumentos de diferentes participantes são recebidos

...

13 Sobre o aspecto descritivo dos conceitos jurídicos, ver Moore (2002, p. 101-102).

14 ¹⁴ “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 1940).

pelos demais, e sobre isso se falará novamente a seguir, ao se enfrentar a objeção que Raz (2007) opõe à concepção de participante defendida aqui.

3 REFINANDO A DISTINÇÃO ENTRE OBSERVADORES E PARTICIPANTES

Conforme exposto acima, a perspectiva do participante é adotada por quem afirma (ou pretende afirmar) o que é permitido, proibido ou determinado por um sistema jurídico, uma norma ou um conjunto de normas desse sistema (ALEXY, 2010b, p. 25). A possibilidade de formular tais argumentos inclui a aptidão de aceitar, questionar ou rejeitar argumentos similares feitos por outros, bem como participar do debate acerca do sentido (conteúdo e finalidade) correto de proposições jurídicas. Somente a partir da perspectiva do participante, pode-se adentrar o contexto de justificação e aduzir argumentos justificativos a favor ou contra a validade de proposições jurídicas. Para fazer tais afirmações, é necessário imaginar-se na posição de um membro da comunidade, ainda que, de fato, não se esteja obrigado pelas normas jurídicas que a regem. Noutras palavras, “participante” e “membro” não necessariamente se equivalem. Uma primeira consequência prática relevante de tal concepção de participação é que mesmo aqueles que não são membros de uma comunidade jurídica podem adotar o ponto de vista de um participante (MACCOR-MICK, 1994, p. 291).

Argumentos formulados da perspectiva do participante são proposições internas à argumentação jurídica acerca do sentido, validade e/ou correção de outras proposições jurídicas. Partindo dessa premissa, pode-se enfrentar a crítica que Raz (2007) dirige à distinção entre participante e observador. Referindo-se à concepção empregada por Alexy (2010b) e endossada neste estudo, Raz (2007, p. 63) afirma que ela é “confusa”. Alexy define a perspectiva do participante como aquela “[...] adotada por quem, dentro do sistema jurídico, participa da disputa sobre o que é obrigatório, proibido ou permitido naquele sistema jurídico, e para qual finalidade se volta o poder nesse sistema jurídico [...]” (ALEXY, 2010b, p. 25). Já Raz (2007) aponta essencialmente para os problemas causados pela expressão “dentro do sistema jurídico”, por considerar que estar “dentro ou fora de um sistema jurídico” é algo controverso. Para ilustrar a dificuldade trazida pelo termo, ele indaga:

Se eu escrevo para uma revista inglesa um artigo sobre a legislação relativa aos refugiados na Alemanha, eu estou dentro ou fora do sistema jurídico? Se meu artigo fosse apresentado a uma corte alemã como parte de uma interpretação da legislação alemã, ele se tornaria um argumento escrito de dentro [do sistema jurídico], enquanto até então ele havia sido escrito de fora? (RAZ, 2007, p. 63-64)

A questão levantada por Raz (2007) traz à tona a excessiva importância dada à aceitação na concepção de participante formulada por Hart (1994). Este já havia percebido o

problema, que tentou contornar, sem sucesso, ao diferenciar os observadores que entendem as normas do sistema, apesar de não as aceitarem, daqueles que as ignoram por completo (HART, 1994, p. 89-90). Os primeiros chegam muito perto de reproduzir o que as normas significam para os participantes, Hart (1994, p. 90) afirma. As falhas nessa solução foram apontadas por Raz (2002) e MacCormick (2008), os quais, no entanto, não fizeram mais que aumentar a confusão ao introduzir novas categorias. Raz (2002, p. 158-159) fala em *participante comprometido*, *participante desinteressado*, *observador desinteressado* e *observador comprometido*; MacCormick (2008, p. 22-23), em pontos de vista *interno*, *externo não extremo* (ou *hermenêutico*) e *externo extremo*. Este estudo defende que a distinção apresentada acima entre membro e participante de um sistema jurídico é capaz de responder adequadamente à crítica de Raz (2007) de uma forma mais simples que as categorias especiais introduzidas por ele, Hart (1994) e MacCormick (2008).

Todo aquele que se imagina na posição de um membro da comunidade, e, a partir desse ponto de vista, afirma o que é obrigatório, proibido ou permitido no sistema jurídico dessa mesma comunidade, adota a perspectiva do participante (ALEXY, 2010b, p. 25). Dessa maneira, se o artigo sobre o Direito alemão dos refugiados publicado por um autor israelense em uma revista inglesa está focado, por exemplo, no desenvolvimento desse ramo jurídico (como mero relato da sucessão de fatos legislativos e judiciais), ou nas estatísticas judiciais acerca do número de processos julgados anualmente sobre o tema, a perspectiva adotada é a do observador. Se, no entanto, o artigo critica uma decisão proferida pela Tribunal Constitucional Federal (TCF) acerca da matéria, e propõe como o caso deveria ser corretamente decidido de acordo com o Direito alemão – ou ainda, considerando os direitos humanos ou o Direito Internacional,¹⁵ por exemplo –, a perspectiva adotada é a do participante. O fato de tratar-se de um autor israelense escrevendo a uma revista inglesa sobre o Direito alemão pouco importa para essa definição.

CONCLUSÃO

A ideia de que os fenômenos jurídicos podem ser encarados a partir de dois pontos de vista metodológicos distintos apareceu primeiro na obra de Max Weber e de autores estadunidenses da primeira metade do século XX, como Dickinson e Cohen. No entanto, foi Hart quem a difundiu. A Teoria do Direito contemporânea apropriou-se dos conceitos hartianos, que foram reinterpretados por Dworkin, Alexy, MacCormick e Raz. Este estudo pretendeu reabilitar a distinção entre as perspectivas e rerepresentá-las, refinadas e com modificações, à doutrina jurídica brasileira. O trabalho se justifica na medida em que a opção pela perspectiva correta constitui uma escolha metodológica fundamental, que, como tal, condiciona o acerto ou o erro das conclusões sustentadas pelo jurista ou operador do Direito.

Partindo da concepção alexyana, afirmou-se que a perspectiva metodológica do observador deve ser adotada por quem pretende examinar como decisões jurídicas são realmente

tomadas em um sistema jurídico ou como as instituições de tal sistema funcionam de fato. O ponto de vista do observador é, portanto, externo à esfera propriamente normativa do Direito: ele enxerga as práticas jurídicas “de fora”, a partir de um contexto mais amplo. Assim, proposições feitas dessa perspectiva são avaliadas de acordo com o critério geral de verdade/falsidade empírica, como o são proposições sobre fatos históricos, políticos, sociológicos, psicológicos, econômicos, antropológicos ou neurológicos, por exemplo.

Já a perspectiva do participante é a que permite a alguém afirmar o que um sistema jurídico, uma norma ou um conjunto de normas daquele sistema proíbe, permite ou obriga. A possibilidade de formular tais proposições pressupõe a de aceitar, questionar ou rejeitar proposições similares formuladas por outros participantes na argumentação jurídica. Assim, quem adota a perspectiva do participante inevitavelmente toma parte do debate acerca do sentido, conteúdo e finalidade do Direito. Esse debate segue regras comuns ao discurso prático geral, mas também regras específicas do discurso jurídico. Do conjunto dessas regras, extraem-se critérios de correção internos a um dado sistema jurídico, de modo que, estritamente falando, proposições formuladas da perspectiva do participante só são válidas naquele contexto – embora possam aspirar, e frequentemente aspirem, ao convencimento de uma audiência universal. Distintivo do ponto de vista do participante é que proposições formuladas a partir dessa perspectiva serão sempre prescritivas, ainda que também descritivas.

Isso leva aos resultados deste trabalho. A escolha de uma perspectiva é inevitável, pois metodologicamente necessária, e impõe limites à argumentação desenvolvida pelo estudioso ou operador do Direito, mas tais limites não incluem uma separação rígida entre os métodos prescritivo e descritivo. Se não é correto dizer que os argumentos empregados da perspectiva do participante são exclusivamente prescritivos, tampouco são necessária e exclusivamente descritivos os argumentos formulados da perspectiva do observador. As duas perspectivas autorizam tanto à prescrição quanto à descrição – e, na verdade, por vezes exigem o emprego simultâneo de ambas.

Mas se a escolha de uma perspectiva não implica uma separação rígida entre descrição e prescrição, que limites ela impõe? Primeiro, ela impede que resultados obtidos a partir da perspectiva do observador adentrem a perspectiva do participante em sua forma pura, ou seja, sem antes serem “traduzidos”. Isso equivale a dizer que conclusões normativas não podem ser logicamente extraídas de premissas puramente empíricas nem derivadas de argumentos puramente descritivos. Segundo, ela restringe o uso de certos tipos de argumentos. Só da perspectiva do participante, podem-se formular argumentos justificativos; da perspectiva do observador, só se podem formular argumentos explicativos, ainda que o contexto em questão seja o de justificação de decisões ou proposições jurídicas.

Um terceiro resultado alcançado por este trabalho foi o refinamento da perspectiva do participante. Diferenciou-se o conceito de membro – aplicável a quem se sujeita às normas de uma comunidade, ainda que involuntariamente –, do de participante. Para adotar

a perspectiva do participante, isto é, afirmar o que uma norma, um conjunto de normas ou o sistema jurídico proíbem, permitem ou determinam, é necessário imaginar-se na posição de um membro da comunidade, ainda que, de fato, não se esteja obrigado pelas normas jurídicas que a regem. Tal diferença entre membro e participante é especialmente útil para o Direito Comparado, pois autoriza o comparatista, que não é membro das comunidades jurídicas que analisa, a estudá-las mesmo assim. Mas não é útil somente para esse ramo do Direito. Ela autoriza, por exemplo, que os trabalhos de renomados teóricos estrangeiros sejam absorvidos pela prática jurídica local, às vezes como maior intensidade que obras de estudiosos nativos.

Falta detalhar, no entanto, por que as proposições formuladas por diferentes juristas ou operadores do Direito são recebidas pelos membros da comunidade de maneira tão diversa. Falta, ainda mais, explicar por que, dentre tantos e diversos participantes, o juiz seja usualmente considerado como detentor da posição paradigmática de participação, de modo que qualquer um que pretenda afirmar o que o Direito, corretamente interpretado, proíbe, obriga ou permite, tem que se colocar na posição de um juiz ideal. Esses, no entanto, são temas a serem explorados em pesquisas posteriores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry. What We Do, and Why We Do It. *Stanford Law Review*, p. 1885-1904, 1993.

ALEXY, Robert. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford; Portland, Or.: Hart, 2007. p. 37-55.

_____. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008.

_____. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Trad. Ruth Adler; Neil MacCormic. Oxford; New York: Oxford University Press, 2010a.

_____. *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Trad. Stanley L. Paulson; Bonnie Litschewski Paulson. New York: Oxford University Press, 2010b.

ALEXY, Robert. Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.). *Neutrality and theory of law*. New York: Springer, 2013a. p. 225-238.

_____. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 58, n. 2, p. 97-110, 2013b.

ANDRADE NETO, João. *On the Influence of the Principles Theory on the Case Law of the Federal Supreme Court of Brazil: A case study on judicial borrowing*. Tese (Doutorado em Direito) - Universität Hamburg, Hamburgo, 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BAIER, Kurt. *The Moral Point of View: A rational basis of ethics*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1966.

BARNETT, Randy. The Internal and External Analysis of Concepts. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 3, p. 525-535, 1989.

BÓDIG, Mátyás. Legal Theory and Legal Doctrinal Scholarship. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 23, n. 2, p. 483-514, 2010.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *DO*, 31 dez. 1940.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *DOU*, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 Abr. 2012. *DJe*, 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

COHEN, L. Jonathan. *The Principles of World Citizenship*. Oxford: Blackwell, 1954.

DANZIGER, S.; LEVAV, J.; AVNAIM-PESSO, L. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.

DEWEY, John. Logical Method and Law. *The Cornell Law Quarterly*, v. 10, p. 17-27, 1914-1925.

DICKINSON, J. Legal Rules: Their Function in the Process of Decision. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, v. 79, n. 7, p. 833-868, 1931.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass: Belknap, 1986.

GOLDING, Martin P. *Legal Reasoning*. Ontario: Broadview, 2001.

GRIMES, D. A. et al. Unsafe abortion: the preventable pandemic. *The Lancet*, v. 368, n. 9550, p. 1908-1919, 2006.

HART, H. L. A. *Definition & Theory in Jurisprudence: An Inaugural Lecture Delivered Before the University of Oxford on 30 May, 1953*. Oxford: Clarendon, 1959.

_____. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

LITOWITZ, Douglas E. Internal versus External Perspectives on Law: Toward Mediation. *Florida State University Law Review*, v. 26, n. 1, p. 127-150, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1994.

_____. *H.L.A. Hart*. 2. ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008.

MILLIGAN, Joy. Pluralism in America: Why Judicial Diversity Improves Legal Decisions About Public Morality. *New York University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 1206-1248, 2006.

MOORE, Leighton. Description and Analysis in the Concept of Law. *Legal Theory*, v. 8, n. 1, p. 91-114, 2002.

MÚRIAS, Pedro. Weber e Hart sobre as perspectivas externa e interna: uma releitura. In: MIRANDA, J. (Ed.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. I, p. 105-121.

PERRY, Stephen R. Interpretation and methodology in legal theory. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Law and interpretation: essays in legal philosophy*. Oxford: Clarendon, 1997. p. 97-135.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford; Portland, Oregon: Hart, 2007.

REICHENBACH, Hans. *The Rise of Scientific Philosophy*. Berkeley; Los Angeles: University of California Press, 1968.

ROSS, Alf. Tû-tû. *Harvard Law Review*, v. 70, n. 5, p. 812-825, 1957. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.2307/1337744>>. Acesso em: 26 out. 2015.

SCHWARTZ, Richard L. Internal and External Method in the Study of Law. *Law and Philosophy*, v. 11, n. 3, p. 179-199, 1992.

SHAPIRO, Scott. What Is the Internal Point of View? *Fordham Law Review*, v. 75, n. 3, p. 1157-1170, 2006.

SINGH, S. et al. *Abortion Worldwide: A decade of uneven progress*. New York: Guttmacher Institute, 2009.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 101-119, 2007.

TAMANAH, Brian Z. The Internal/External Distinction and the Notion of a “Practice” in Legal Theory and Sociolegal Studies. *Law and Society Review*, p. 163-204, 1996.

TWINING, William. Have concepts, will travel: analytical jurisprudence in a global context. *International Journal of Law in Context*, v. 1, n. 1, p. 5-40, 2005.

VIDMAR, N. The Psychology of Trial Judging. *Current Directions in Psychological Science*, v. 20, n. 1, p. 58-62, 2011.

WASSERSTROM, Richard A. *The judicial decision: toward a theory of legal justification*. Stanford; London: Stanford University Press; Oxford University Press, 1972.

WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Trad. Ephraim Fischhoff et al. Berkeley: University of California Press, 1978.

WINCH, Peter. *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. London: Routledge, 1990.

João Andrade Neto

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSITÄT HAMBURG (UHH). MESTRE
E BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS
GERAIS (UFMG). PROFESSOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO À
DISTÂNCIA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS
GERAIS (PUC MINAS VIRTUAL).

andrdneto.joao@gmail.com



Delegitimizing, corruptive crises

CRISES DE LEGITIMIDADE E CORRUPÇÃO

Ángel R. Oquendo¹

Abstract

Without doubt, pervasive corruption may undermine a government's legitimacy. Citizens may lose faith in political and legal institutions and become cynical or rebel. Ultimately, the very survival of the polity may be at stake. This paper deals with these issues, but at a rather specific conceptual level. In particular, it explores the notion of a legitimation crisis and its implications for the issue of corruption in Latin America. This exercise will make it possible to appreciate how corrupt practices debilitate the state's claim to justification.

Indeed, the notion of a legitimation crisis helps to illuminate the problem of governmental dishonesty in Latin America. If properly reinterpreted, it enables one to grasp corruption as an endemic threat to the normative identity of the national communities. The concept may describe a situation in which these collectivities must, at the outset, transition from an instrumental to a reflexive construction of legitimacy norms, such as autonomy, legality, and equality, in order effectively to regenerate a corrupt bureaucracy and, thereafter, struggle to recognize themselves after the changeover.

Accordingly, one should not respond to the challenge exclusively in a technical manner, such as with the enactment of tougher laws or with the implementation of more drastic enforcement mechanisms. Nor should one take a merely motivational approach, in the sense of U.S. psychologist David McClelland, rather than that of Habermas. In other words, one should not solely seek to change the attitude or the prevailing professional culture in civil service. Instead, Latin American societies must embark upon an unlikely radical crusade to transform the way in which they understand themselves, particularly the premises of their social integration. Against all odds, they must genuinely commit to and identify with democracy, the rule of law, and solidarity.

Keywords

Corruption; legitimacy; Latin America; delegitimizing crisis.

Resumo

A legitimidade de um governo pode ser afetada pela corrupção generalizada. Os cidadãos perdem a fé nas instituições do Estado, tornando-se descrentes ou rebeldes. Em última análise, a própria sobrevivência do sistema político pode estar em jogo. Este artigo tem por objeto estas questões, sob uma perspectiva conceitual específica, explorando, a noção de crise de legitimidade e as suas implicações para a questão da corrupção na América Latina, bem como o modo pelo qual as práticas corruptas debilitam a legitimidade pretendida pelo Estado.

Na verdade, a noção de crise de legitimidade auxilia na compreensão do problema da desonestidade governamental na América Latina. Se devidamente interpretada, possibilita a compreensão da corrupção como uma ameaça endêmica à identidade normativa das comunidades nacionais. Esse conceito pode descrever uma situação na qual essas sociedades podem realizar a transição de uma construção instrumental para uma reflexiva das normas referentes à legitimidade, como a autonomia, legalidade e igualdade, com o intuito de efetivamente regenerar a burocracia que está corrompida e, a partir daí, a lutar pelo próprio reconhecimento após a transição.

Ademais, não se deve responder a esse desafio exclusivamente de forma técnica; por exemplo, com a promulgação de leis mais duras ou com a implementação de

mecanismos de coação mais drásticos. Também não se deve adotar uma abordagem meramente motivacional, no sentido abordado pelo psicólogo americano, David McClelland, em vez de uma abordagem no mesmo sentido daquela de Habermas. Em outras palavras, não se deve apenas buscar mudar a atitude ou a cultura predominante do serviço público. Em vez disso, as sociedades latino-americanas devem entrar em uma radical cruzada para transformar a maneira pela qual elas se compreendem, especialmente no tocante as premissas de sua integração social. Contra todas as probabilidades, elas realmente devem se comprometer e identificar com a democracia, o Estado de Direito, e a solidariedade.

Palavras-chave

Corrupção; legitimidade; América Latina; crise de legitimidade.

I. INTRODUCTION*

Without doubt, pervasive corruption may undermine a government's legitimacy. Citizens may lose faith in political and legal institutions and become cynical or rebel. Ultimately, the very survival of the polity may be at stake. This paper deals with these issues, but at a rather specific conceptual level. In particular, it explores the notion of a legitimation crisis and its implications for the issue of corruption in Latin America. This exercise will make it possible to appreciate how corrupt practices debilitate the state's claim to justification.

The initial research started as a contribution to the Connecticut Journal of International Law's conference entitled "Political Corruption in Market Democracies."¹ It proceeded slowly, almost as a hopeless endeavor. After all, German philosopher Jürgen Habermas originally applied the concept of a legitimation crisis to developed or, actually, over-developed countries.

Habermas, in fact, called the book that introduces the terminology *Legitimation Problems in Late Capitalism*.² It was Thomas McCarthy's translation into English that rendered the

...

* The author himself has translated the quoted non-English texts and vouches for the accuracy of the translation. He would like to thank Peter Goldstone and Ernesto Garzón Valdés for their helpful insights.

¹ The event took place on November 12-14, 1998, at the University of Connecticut School of Law in Hartford, Connecticut. See *Symposium: Political Corruption in Market Democracies (Contributions)*, 14 CONN. J. INT'L L. 363-562 (1999).

² JÜRGEN HABERMAS, *LEGITIMATIONSPROBLEME IM SPÄTKAPITALISMUS* (1973). See Leslie Holmes, *THE END OF COMMUNIST POWER: ANTI-CORRUPTION CAMPAIGNS AND LEGITIMATION CRISIS* 28 (1993) ("As the German title suggests, Habermas' book is explicitly and primarily concerned with advanced industrial society organized along predominantly capitalist lines.").

title simply *Legitimation Crisis*.³ How could this main notion apply to Latin America, which represents the quintessence of an economically underdeveloped—or, more euphemistically, “developing” or “emerging”—zone?

The deployment of this concept, with heavy Marxist overtones,⁴ in an underdevelopment context that has yet to meet the conditions of application seems to constitute a Leninist illusion—of course, Leninism with a human face. Upon deeper reflection, however, the notion of a legitimation crisis does indeed appear to have the capacity to illuminate the problem of governmental dishonesty in Latin America. If properly reinterpreted, the concept enables one to grasp corruption as an endemic threat to the normative identity of the national communities. It may describe a situation in which these collectivities must, at the outset, transition from an instrumental to a reflexive construction of legitimacy norms, such as autonomy, legality, and equality, in order effectively to regenerate a corrupt bureaucracy and, thereafter, struggle to recognize themselves after the changeover.

Accordingly, one should not respond to the challenge exclusively in a technical manner, such as with the enactment of tougher laws or with the implementation of more drastic enforcement mechanisms. Nor should one take a merely motivational approach, in the sense of U.S. psychologist David McClelland, rather than that of Habermas.⁵ In other words, one should not solely seek to change the attitude or the prevailing professional culture in civil service. Instead, Latin American societies must embark upon an unlikely radical crusade to transform the way in which they understand themselves, particularly the premises of their social integration. Against all odds, they must genuinely commit to and identify with democracy, the rule of law, and solidarity.

II. CRISIS

The expression “legitimation crisis” appears in conjunction with the issue of corruption in a book edited by Leslie Holmes and entitled *The End of Communist Power: Anti-Corruption Campaigns and Legitimation Crisis*.⁶ The work explores the battle against corruption in the former Soviet bloc.

...

³ JÜRGEN HABERMAS, *LEGITIMATION CRISIS* (1975).

⁴ See HABERMAS, *supra* note 2, at 10-11.

⁵ Compare DAVID C. MCCLELLAND, *HUMAN MOTIVATION* (1988); *ACHIEVEMENT MOTIVE* (1980); *HUMAN MOTIVATION: A BOOK OF READINGS* (1973); *MOTIVATING ECONOMIC ACHIEVEMENT* (1971) with HABERMAS, *supra* note 2, at 106-128 (“Motivation Crisis”).

⁶ HOLMES, *supra* note 2.

In any event, the reasons Holmes invokes for deploying the concept of legitimation crisis beyond the iron curtain do not apply in Latin America. She asserts, essentially, that by loosening their grip on the economy, Eastern European socialist governments were effectively contradicting their own ideology, and thus losing their credibility.⁷ This contention may bear upon the situation in Cuba, but not much on the rest of the Latin American region. Moreover, Holmes does not see corruption as the cause of a critical predicament but, instead, as a concomitant development.⁸

The paper will therefore start from scratch. It will be loading on many—certainly too many—tentative and undeveloped thoughts, which will ineluctably render the presentation somewhat convoluted. By way of compensation, the piece will close with some reflections on the direction the discussion should take in the future. Hopefully this contribution will constitute the beginning rather than the conclusion of a debate.

Jürgen Habermas launches his reflection with an exploration of the medical interpretation of the notion of a crisis.⁹ From this standpoint, an organism enters a critical phase when it faces an attack by a disease—a virus or bacteria—in a way that endangers its very subsistence. Habermas insists that when a crisis involves human beings, a subjective dimension inevitably arises.¹⁰ In particular, he maintains that in determining whether and to what extent survival is at stake, one must assume the outlook of the individual herself—her notion of well-being, of life, of who she is. At this stage, Habermas acknowledges his debt to the dramaturgical usage of the term. In this sense, “a crisis means the turning point of a fateful process, which neither breaks in from the outside nor remains external to the identity of the affected person.”¹¹

One can clearly see where Habermas is coming from. A true son of the Frankfurt school, he is moving toward an application of the concept from the inside. He is striving to follow Karl Marx and Sigmund Freud in formulating a critical theory, which collaborates with its subject in discovering the problem and devising a solution.

According this reading, Marx does not offer his critique from the perspective of a theorist who has stepped outside, decided how society should function, identified current deficiencies, and recommended prospective improvements. On the contrary, he formulates his assessment of and his response to the troubles of capitalism internally, *i.e.*, from the proletariat’s viewpoint. Similarly, Freud supposedly does not set out merely to gather

...

7 *Id.* at 32.

8 *Id.* at 34.

9 HABERMAS, *supra* note 2, at 9.

10 *Id.*

11 *Id.* at 10.

evidence on someone's disorders and thereafter figure out what the cure should be. Rather, he purports to team up with his patients so that they can themselves diagnose the ailment, design a remedy, and ultimately determine whether the treatment has worked.¹²

Habermas generally embarks upon his own theoretical ventures in the same spirit. In his earlier *oeuvre*, he postulates an ideal speech situation through which individuals themselves agree upon how to transform their collective existence, guided exclusively by the force of the better argument.¹³ In more recent publications, he advocates discursive and deliberative democracy as a process through which people manage to deal reasonably and autonomously with modern life's fundamental challenges.¹⁴

Not surprisingly, Habermas finds the internal notion of a crisis appealing and readily incorporates it into his societal analysis. For him, a society arrives at a critical juncture when it confronts an onslaught on its identity and a clear prospect of extinction. It will have to undertake a radical transformation to survive. In order to overcome, however, the collectivity must go beyond changing its essence. It must also succeed in recognizing itself in its new form, a truly daunting feat.¹⁵

At this moment, one could invoke the *cliché* of crises involving both a crossroad and an opportunity. One could then assert that a critical threat both imperils a community and allows it to grow. Nonetheless, one should resist the temptation of descending down this path.

Instead, one should simply state that crises compel the target not only to draw on its self-preservation instincts. It must also engage in a most demanding self-examination exercise. It must reflect profoundly on who it is, as well as on the limits of its self-definition.

III. LEGITIMATION CRISIS

Enough about crisis. . . . What about legitimation? At this point, one should probably keep in mind the notions of modernity, rationalization, and disenchantment, which Jürgen Habermas borrows from German sociologist Max Weber. One may bring them sequentially.

Legitimation, generally, refers to the generation of norms that drive people to support societal institutions. Society can, accordingly, move its members to comply with its

...

12 See generally, JÜRGEN HABERMAS, *ERKENNTNIS UND INTERESSE* (1973); RAYMOND GEUSS, *THE IDEA OF CRITICAL THEORY* (1981).

13 See, e.g., HABERMAS, *supra* note 12; JÜRGEN HABERMAS, *THEORIE DES KOMMUNIKATIVEN HANDELNS* (1981).

14 See JÜRGEN HABERMAS, *FAKTIZITÄT UND GELTUNG: BEITRÄGE ZUR DISKURSTHEORIE DES RECHTS UND DES DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAATS* (1992).

15 See generally HABERMAS, *supra* note 2, at 9-19.

strictures through force or through legitimacy. It usually relies, of course, on both. Nonetheless, the more the collectivity can persuasively present itself as legitimate, the less it will have to use repression and (presumably) the more stability it will enjoy.

Following Weber, Habermas explains that in pre-modern cultures, legitimacy feeds off broadly accepted philosophical or theological worldviews. If anybody demanded a justification for the power wielded by institutional structures, the establishment would most likely appeal to the widely shared beliefs. It would perhaps maintain that the existing order finds a *raison d'être* in the teachings or commandments of the community's deity or deities.¹⁶

In modernity, however, the phenomenon described by Weber as disenchantment occurs.¹⁷ As societies become increasingly complex and pluralistic, an all-encompassing and monolithic *Weltanschauung* will no longer do. It cannot justify in one swoop the multiplicity of components that make up the social fabric, nor, in light of the diversity of convictions, gain the approval of the entire population.

As a result, modern legitimacy rests not on metaphysical or mythical tales, but, instead, on independently persuasive reasons.¹⁸ This conception overlaps globally with that of “basic legitimacy” postulated by British philosopher Bernard Williams. The latter notion does not exhaust political virtue and, in Williams' words, “implies a sense in which the state has to offer a justification of its power *to each subject*.”¹⁹ Along parallel lines, U.S. philosopher John Rawls affirms “that the exercise of political power is legitimate only when it is exercised in fundamental cases in accordance with a constitution, the essentials of which all reasonable citizens as free and equal might reasonably be expected to endorse.”²⁰

Habermas takes over Weber's idea that social structure ends up breaking down into specialized institutions, which call for their own justificatory resources and which must secure the allegiance of a plurality of individuals who do not share a particular creed. Habermas adds, to this Weberian account, the contention that legitimating norms possess a

...

16 See generally HABERMAS, *supra* note 13, at 181. See also MAX WEBER, *WIRTSCHAFT UND GESELLSCHAFT* 16-20, 122-140, 822 (1976).

17 See, e.g., WEBER, *supra* note 16, at 308.

18 See HABERMAS, *supra* note 13, at 262-298; HABERMAS, *supra* note 14, at 42.

19 Bernard Williams, *Realism and Moralism in Political Theory* 7 (Apr. 24, 1997) (manuscript presented at the Yale Legal Theory Workshop) (subsequently published as Chapter 1 in Bernard Williams, *IN THE BEGINNING WAS THE DEED: REALISM AND MORALISM IN POLITICAL ARGUMENT* (Geoffrey Hawthorn ed.) (2005)).

20 John Rawls, “Reply to Habermas”, 92 *J. PHIL.* 132, 148 (1995). See also John Rawls, *POLITICAL LIBERALISM* 137 (1993).

cognitive content, which goes beyond their mere factual acceptance and which makes full sense only internally.²¹

This Part will now put the two concepts together: legitimation and crisis. As already intimated, Habermas believes that dysfunctions of the type once identified by Marx plague advanced capitalism and necessitate heavy governmental intervention in the economic sphere. Inasmuch as state-controlled activity in the economy does not enjoy the degree of naturalness and ready-acceptability of the marketplace, a legitimacy gap emerges. Habermas describes the ensuing legitimation crisis as follows: “The legitimating system is not able to sustain the necessary level of mass loyalty in carrying out the steering imperatives taken over from the economic system.”²²

At the outset, the capitalist state presents and justifies itself as a guarantor of the free market. Its mission basically consists in preserving a framework within which production and exchange can flourish. As business cycles crop up ever more commonly and intensely, however, the government must intervene to contain the resulting instability. It has to perform investment and re-distribution functions in order to keep the economy going and to extend a safety net for people pauperized by the workings of industrial capital.

The state thereby transgresses the *laissez faire* dogma, which until then served as the main source of legitimacy. Consequently, a critical impasse arises and persists until the authorities secure an additional justification for their unprecedented role. To that end, they must manage to produce some kind of welfare-state ideology.

In this context, Habermas speaks of an “identity crisis” and thus suggests that the polity’s self-understanding—*viz.*, the set of principles through which the collectivity interprets itself and attains social integration—degenerates. The community has to deliver new norms, which ultimately might either fail to provide the needed legitimacy or come across as foreign and alienating. It must, more concretely, replace the tenets of libertarianism with those of social interventionism and hope that the latter not only adequately justify the ever-expanding official incursions in the economy but also cohere with the communal self-interpretation.

This critical predicament deviates from the original one precisely in its endogenous form and focus on identity. It also differs in that it entails difficulties in social integration, as opposed to system integration, to draw on the terminology that Habermas appropriates from David Lockwood.²³ Hence, the impending danger concerns societies’ capacity

...

21 See HABERMAS, *supra* note 13 (Band I), at 255-266.

22 HABERMAS, *supra* note 2, at 68.

23 David Lockwood, *Social Integration and System Integration*, EXPLORATIONS IN SOCIAL CHANGE 244 (Zollschand & Hirsch eds., 1964), *quoted in* HABERMAS, *supra* note 2, at 17. The notions of social and system integration

to operate and understand themselves as fully unified communities, rather than as economically coherent units.

IV. CORRUPTION AND LEGITIMATION CRISIS

At this point, one might as well pull in the issue of corruption. One might start by acknowledging that sometimes it appears to touch upon system integration, *i.e.*, upon the capacity of states to play their compensation or coordination role in the economy. If corrupt, they might, for example, effectively fail to perform their re-distributive function or to guarantee judicial certainty. On the one hand, state officials might constantly embezzle the funds that the legislature appropriates for welfare programs. On the other hand, judicial decisions might end up resting not on pre-established rules, but, rather, on the extent to which the parties have bribed the decision maker.

Nonetheless, chronic corruption seems to impinge primarily upon social integration. The citizenry may lose faith in the principles behind, as well as the individuals in front of, the leading institutions. The societal cohesion built on those norms may wane. In particular, notions such as democracy, the rule of law, or solidarity may gradually dwindle in appeal.

Eventually, a crisis of sorts might unfold. The polity's subsistence as a normatively consolidated unit and its very identity might be in peril. The convictions through which people perceive themselves as belonging together might start to collapse. The government might lack the creativity to produce a new set of norms to justify its employees' abuses and to unify its constituents. It might end up having no option other than repression to stay in power and to keep the society from disintegrating. Of course, this course of action might lead to instability and might not work in the long term.

All the same, this situation does not constitute a classic legitimation crisis. Surely, political and legal authorities engage in action for which they lack normative backing. However, they do *not*, as in the paradigm, undertake a necessary or at least justifiable systemic task that overextends existing legitimacy resources. Instead, the regime carries out superfluous, aberrant, and intrinsically illegitimate activities.

In reality, a legitimation crisis emerges only when, in order to safeguard system integration, the state implements indispensable or sensible anti-corruption measures that call for additional normative cover. For instance, a serious campaign to combat graft among public servants may entail a restriction of traditional privacy rights or the elimination of some of the well-established privileges of power. Accordingly, political and legal institutions

...

have continued to pervade even Habermas' later work. See HABERMAS, *supra* note 14, at 46-47, 50, 51-52, 54-55, 56, 57, 58-59, 61, 65, 66, 70-71, 78, 110-111, 172-173, 217, 363, 450, 524, 643-644.

may have to modify their ground principles so as to authorize the operation against governmental sleaze.

The extent of the critical bind will depend on how difficult it is for the people to embrace the new norms. In any event, an anti-corruption effort along these lines will normally generate, at most, a mini-crisis. Usually, the requisite normative readjustment will not seriously menace the community's self-definition.

Under certain conditions, however, dealing with widespread official dishonesty may demand an approach that dramatically shakes up the polity. For example, it may require not simply fine-tuning, but actually radically revamping the integrative principles in place. The effectiveness of the response will ride not only on the state's ability to overhaul the norms that structure the nation's politics but also on the people's ability to identify with the novel normative framework.

One may articulate the contention in plain language thus: Confronted with severe corruption, a society may have to do more than pass an ethics code or deploy reliable enforcement mechanisms. It may even have to go beyond altering some isolated legitimacy norms. The collectivity may additionally have to embark upon a profound reflection on the principles of government. It may need to reconfigure the premises of its social integration and self-understanding. The whole undertaking may be extremely arduous and even traumatic.

In fact, one begins to imagine a setting in which a society at first approaches politics mostly instrumentally. Political actors generally regard the principles before them as instruments through which to achieve certain ends. They treat their engagement as a game.

In this universe, politicians form tactical alliances and, if successful, divide up the spoils of battle with their allies. They thus fancy politics as a continuation of war by other means, to flip over Clausewitz's famous aphorism.²⁴ These political operators certainly realize that they ought to follow the rules; yet they ultimately privilege their own agenda. They therefore decide whether to comply in a given case based on whether doing so coheres with their goals.

Within this picture, private citizens play a rather passive role. They get involved intermittently, when elections or referenda come up. At most other times, the population hibernates politically.

As a key part of their strategy, political leaders try to obtain the support of voters during the electoral season. They pursue votes with any means available. In this pursuit, partisan chiefs inevitably face certain strictures with which they must comport in order to avoid penalties for noncompliance. Nonetheless, they strive to maintain their overall *modus operandi* despite any restriction.

...

²⁴ See generally, CARL VON CLAUSEWITZ, *VOM KRIEGE*, bk. 1, ch. 1, § 24 (1832) ("...war is a mere continuation of politics by other means.").

Naturally, this state of affairs concerns, in first instance, the status of democracy. Yet it will also affect that of the rule of law and solidarity. Political actors will display a similar attitude to the principles of legality and equality as to the democratic principle of autonomy. Once in office, they will consistently uphold laws and seek to integrate any socio-economically excluded class only to the extent that doing so meshes with their own objectives.

If an epidemic of rampant corruption erupts under these circumstances, a regular anti-corruption plan may not help much. The top players may view the ethical prohibitions as merely an additional set of precepts around which they must act. They may find ways of violating the spirit while honoring the letter of the law or ways of avoiding detection. Accordingly, the society may hopelessly fail to stop the erosion in legitimacy caused by the uncontrolled abuse of power.

Against this backdrop, the collectivity must struggle to overhaul the instrumental in favor of a rather reflexive understanding of politics. In other words, it must attempt to move individuals to visualize their political engagement as an end in itself. People must come to see politics as an ongoing process through which they exist as a community that gives itself the law by which it lives.

This collective quest for autonomy must then take a multiplicity of forms: dialogue, argument, self-definition, deliberation, negotiation, emotional outburst, bonding, inner rivalry, as well as gamesmanship. This last element must play a part but not dominate the political realm. Hence, politics must cease to amount to strategizing and political norms must map out not an obstacle course, but an intrinsically meaningful existential space, within which the citizenry becomes its own master.

Moreover, the political world must encompass all, not just the bosses. The public sphere must actively participate in political life. Citizens must go beyond solely providing electoral support. They must, through their civic organizations, turn into an immanent force within the political process.

Indeed, the electors must advance initiatives, ideas, and criticisms. They may, depending on the issue, work along with, against, or independently of their representatives. In any event, the electorate must integrally contribute to communal self-legislation.

This political utopia, like the mild anteceding dystopia, impinges upon not only democracy but also the rule of law and solidarity. It motivates the polity to produce norms democratically, to apply them faithfully, and to construe them inclusively.

The reflexive approach to government corresponds to what Ernesto Garzón Valdés, following H.L.A. Hart, denominates “the internal point of view.”²⁵ Garzón Valdés contends

...

25 Ernesto Garzón Valdés, *Acerca del concepto de la corrupción* 10 (unpublished manuscript).

that to confront political corruption head on, one has to “make sure that decision makers adopt an internal point of view with respect to the basic rules of the relevant normative system.”²⁶ He notes that taking this perspective implies moving to a deeper understanding of democracy.

Corrupt acts and activities are just the tip of the iceberg. They suggest the existence of a more profound problem: the tendency to substitute the ideal of democratic cooperation with forms of competition and with the exercise of influence, which radically contradict the democratic ideal. . . . As a result, the recuperation of modernity’s democratic faith and the implementation of proposals to make coexistence possible in conditions of equality constitute the best means to avoid the disintegrating effects of corruption in democratic society.²⁷

Garzón Valdés would probably agree that, in order to come to grips with corruption, government officials, alongside the rest of society, must sometimes rise to a reflexive conception of politics. The underlying norms must ultimately represent not externally imposed constraints, but, rather, internally chosen principles of self-assertion.

This political vision will go a long way toward creating a propitious atmosphere to control corruption. People in positions of power will tend to regard the parameters that regulate their endeavors, including ethical precepts, as crucial components of a shared communal existence and, as such, worthy of respect. Corrupt government officials and citizens will risk losing not only points but also crucial credibility. They will be cheating not just the system, but themselves in a very fundamental manner. Ordinary citizens will have the tools and incentives to discover and expose the violations. This environment will considerably facilitate building a transparent and accountable governance regime. Once again, the shift will have consequences not only for democracy but also for the rule of law and solidarity.

Transitioning toward this construal of politics may very well bring about a critical impasse. After all, the polity must revamp the way in which it interprets itself. On the one hand, it may not have the resources to undergo such a radical transformation. On the other hand, even if it does, it may not possess the capability to recognize itself in its altered state. In either case, its survival will be on the line.

All the same, this whole configuration entails a legitimation crisis that differs from the one analyzed by Jürgen Habermas in more than details. First, the governmental action

• • •

²⁶ *Id.* at 18.

²⁷ *Id.* at 26.

that generates the whole predicament, namely, the war against corruption, amounts not only to a reaction to external economic imperatives but also to a legitimacy problem. Though dishonesty in government may systematically bog down the economy, it typically draws ample attention when it impairs the regime's trustworthiness and unleashes public outcry.

Figure 1, which depicts the stages of the two legitimation crises, illustrates this divergence. The opening dysfunction, which prototypically assumes the form of an economic emergency, is now a dramatic surge in corrupt practices. As such, it entails legitimacy difficulties from the outset. The authorities do not counter with compensatory intervention in the economy, but, rather, with a crusade against graft.

FIGURE 1 – **LEGITIMATION CRISIS: (I) CLASSICAL AND (II) CORRUPTION SCENARIOS**

ORIGINAL DYSFUNCTION →	STATE RESPONSE →	LEGITIMACY GAP →	NORMATIVE ADJUSTMENT
(I) ECONOMIC CRISIS	OFFICIAL SOCIAL INTERVENTION	INSUFFICIENCY OF <i>Laissez Faire</i>	WELFARE STATE IDEOLOGY
(II) CORRUPTION	ANTI-CORRUPTION PLAN	INSUFFICIENCY OF INSTRUMENTALISM	REFLEXIVE POLITICS

Furthermore, the state's actions address the paradigmatic threat and, incidentally, create a need for normative readjustment. In contrast, they respond to the current peril by readjusting the norms directly (not as a side effect). Hence, the eradication of systematic corruption necessitates immediately transcending instrumentalism and moving to reflexivity in politics.

Therefore, the phenomenon of acute corruption points to a reconstructed model. As represented in Figure 2, it engenders a legitimacy deficit and anomie from the get-go, even under an instrumental interpretation of politics. The solution is a radical anti-corruption plan, along with a re-conceptualization of legitimacy. In order to justify their actions, political actors will have to show not that they generally abide by the rules in pursuing their strategy, but, rather, that they normally treat politics as an end in itself.

FIGURE 2 – CORRUPTION’S LEGITIMACY CHALLENGE



V. LATIN AMERICAN CORRUPTION

So much for corruption generally. . . . What about Latin American corruption? Well, this section will take a shot.

Turning one’s attention to the region compels one, first, to illustrate these abstract pronouncements. Consequently, the theory will descend to a more concrete plane. Secondly, the theoretical categories will have a chance to show their explanatory capability in Latin America. Specifically, they will expound the current problem of Latin American corruption while distinguishing it from its prior incarnations. Finally, the application of the conceptual framework in this territory will suggest some helpful modifications to the model.

Political corruption, in fact, partakes in a larger phenomenon that both Mexican Jorge Witker and Argentine Ernesto Garzón Valdés have posited as characteristic of the Latin American legal order, to wit, the dichotomy between valid and effective law.²⁸ In other words, the law on the streets supposedly deviates from the law on the books. Constitutions, for instance, guarantee a wide array of rights, which citizens appear not to enjoy in actuality.²⁹ Similarly, the law commands government officials to act in a certain manner, yet they may do the opposite when appropriately bribed.

The paper will identify a crucial difference between the past and the present experience of corruption. In particular, it will maintain that the latter differs from the former precisely in that it evidently involves a crisis of sorts. However, the piece will first address the contention that corrupt practices not only have remained exactly the same throughout but also that they should not give rise to any serious concern. To that end, it will unpack the notion of a legitimacy deficit and explain how it bears on the issue of official dishonesty.

Since corruption appears to be a way of life in Latin America, some might recommend not getting too worked up about it. Perhaps “corrupt” practices simply play a different role

...

²⁸ See Jorge Witker Velásquez, *Derecho, desarrollo y formación jurídica*, 2 ANUARIO JURÍDICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS 295, 299-300 (1975); Ernesto Garzón Valdés, *Eine kritische Analyse der Funktionen des Rechts in Lateinamerika*, 23 IBEROAMERIKANISCHES ARCHIV. ZEITSCHRIFT FÜR SOZIALWISSENSCHAFTEN UND GESCHICHTE, (Neue Folge) 321, 323-24 (1997).

²⁹ See Luis A. Ortiz-Álvarez & Jacqueline Lejarza, *Estudio preliminar: constituciones latinoamericanas. Nuevas tendencias, carácter normativo e interpretación constitucional*, CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS 9, 11-12 (1997).

in Latin America than they might in North Atlantic economies. Maybe they basically function as an informal tax or consulting fee.

Don't underpaid police officers frequently take bribes in order to raise their meager salaries when the society fails to do so due to inefficiency or insensitivity? Does a graft payment demanded by a well-placed government official significantly diverge from a consultant's remuneration? After all, both seem to perform essentially the same function, namely, to secure for the paying corporation a necessary authorization from high up. Might the anti-corruption clamor against Latin American regimes, perchance, just amount to excessive moralizing, or to a misguided attempt to apply Western concepts in a remote context?

To be sure, a sanctimonious posture may preclude a clearheaded analysis of the causes, workings, and consequences of governmental turpitude. The discussion should therefore not end with the vital observation that under conditions of persistent corruption those with access to power benefit at the expense of everybody else. Furthermore, corruption indeed operates differently in Latin America than it does in the developed world. Realizing how Latin American corrupt conduct parallels what the North deems perfectly legal behavior may undeniably help gain a sensible perspective on the former, as well as the latter.

Nonetheless, one should keep in mind that corruption, when epidemic rather than episodic, impairs both the state's functionality and legitimacy. First, political and legal institutions may, on account of the deceitfulness of their personnel, fail to achieve their objectives and may thereby harm the community. For example, a transportation agency charged with expanding underground transportation may be unable to complete some of the projected subway lines because officials embezzle available funds. Secondly, corrupt practices may eventually impinge upon the rule of law and democracy. They may accordingly prevent the polity from honoring the notions of legality and autonomy.

A society acts legally, in a comprehensive sense, when it applies its legal precepts in a consistent and principled manner. It carries itself autonomously, when it gives itself the law by which it lives. Corruption leads to not only an arbitrary implementation of some norms but also the adoption of others that do not faithfully reflect the popular will. Under extreme circumstances, the legalistic and democratic state may gradually collapse.

When the applicable legislation prescribes, for instance, that government contracts should go to the best bid, the rule of law requires equal and impartial treatment of all bidders. The winner should prevail simply by submitting the least expensive proposal, while meeting the previously specified quality criteria. If the decision makers instead choose an undeserving (or a deserving) contractor in exchange for a kickback, they are acting capriciously and against the principle of legality.

In the same example, a legal norm should express the general will. If the state officials conduct themselves as expected, they serve as vehicles through which the community governs itself. The community has decided that it will do business with those who offer

it the most advantageous deal and, through its public servants, achieves its goal. In contrast, when its agents ignore the pre-established parameters and let money distort the process, it ends up under the coercion of precepts that someone else has foisted upon it.

To be sure, Latin American governments are already functionally and legitimately handicapped to some degree. All too often, they discharge their responsibilities inefficiently and unethically. Still, a corrupt bureaucracy renders these regimes additionally dysfunctional and illegitimate. Insofar as they are even minimally functional and legitimate, political corruption represents a net loss. Once again, one should not view governmental dishonesty merely as a curious feature of societies in Latin America.

As noted before, corruption is not really a constant in recent Latin American history. The manifestations of this phenomenon have changed over time. They were different twenty years ago than they are today. One must appreciate this progression in order to understand the problem and find a solution.

Earlier, this article identified the perceived crisis as what is new. Nevertheless, why does one have this perception now when corruption has plagued Latin America for so long? Of course, governmental fraud and the broader disjunction between valid and effective law certainly caused substantial trouble two decades ago. Still, the difficulties appear to assume a different form nowadays. They presently have the feel of a legitimation crisis. Corruption in politics threatens not only system integration but also social integration. It hampers, simultaneously, the government's functionality and legitimacy.

Where does the change come from? In all likelihood, the key factor is the relatively recent and widespread move toward democracy. With the exception of Cuba and Puerto Rico, the nations of the region have all espoused democratic decision making. Needless to say, how far each country has gone down this path varies immensely. All the same, Latin American regimes across the board must at present attain legitimacy. They may no longer resort to force as readily as they did in the past.

Now, official dishonesty in Latin America engenders the legitimacy deficits that set the critical scenario in motion. Twenty years ago, when dictatorships predominated, it produced mostly a shortage of functionality. The ruling classes were ordinarily willing to accept this deficiency.

Naturally, the authoritarian states of yesteryear also became less legitimate by distancing themselves from the principle of legality. Nonetheless, they did not depend on their asserted legitimacy to stay in power. The regimes could comport themselves arbitrarily and coerce their subjects into compliance when necessary. Furthermore, because they never purported to serve the community's autonomy, they did not worry too much about showing themselves as undemocratic.

In this day and age, however, with the advent of Latin American democracy, rampant official graft generates legitimacy insufficiencies that can be lethal. When democratic societies fall prey to intense arbitrariness, their precious claim to legality erodes. Their

concomitant drift into heteronomy implies a partial abdication of their status as democracies. At the same time, present-day authorities may not easily use violence to close the justification gap.

An elucidation exclusively along these lines would remain incomplete, though. While the revival of democracy means that governments must rely on rational legitimation rather than on shared tradition or on coercion to obtain the people's loyalty, it does not in itself bring about a critical impasse. Actually, as anticipated by the paradigm delineated in the previous section, the crisis derives from the need for an identity-threatening radical transformation, not from minor adjustments, to come to terms with unbridled political corruption. Latin American nations face such a predicament because they start, by and large, from an inadequate conception of government in the first place.

In reality, democratization in Latin America has been highly deficient for the most part. It rests on an overly instrumental understanding of politics. Political actors participate in democracy strategically and not at all by engaging in genuine democratic interaction. The oligarchies realize that they must win elections in order to subsist. So they undertake grand advertising blitzes, usually devoid of real content, to capture votes. The end product is not an enhancement, but, rather, a trivialization of the democracy. On this point, the United States seems to have perniciously influenced its southern neighbors.

Against this backdrop, the state can hardly acquire the legitimacy it so vitally needs. It perpetuates itself not on the basis of publicly defended and defensible reasons, but, on the contrary, through propagandistic manipulation and sometimes through intimidation. Granted, this depiction constitutes a bit of an exaggeration and a caricature, but not entirely.

Latin America confronts an overall shortage of legitimacy due to the perversion of the democracy, the fragility of the rule of law, and the scarcity of solidarity. Corrupt practices aggravate the normative deficiency by pushing Latin American societies farther away from the principles not only of autonomy and legality but also, as observed below, of equality. Within this atmosphere, anti-corruption efforts seem to be useless. State officials find ways of dodging the proscriptions and sanctions. Sometimes, those in charge of enforcement end up themselves contributing to the institutional sleaze.

Thus conceived, corruption in Latin America does fit the legitimation crisis model sketched in the preceding section. When systematic, it chips away at legitimacy by undermining the rule of law and authentic democracy. Because an instrumental interpretation of politics reigns supreme, ordinary anti-corruption mechanisms prove insufficient.

Within this strategic outlook on government, the state can barely present itself as legitimate from the outset. Public servants already carry themselves somewhat arbitrarily and without enough regard for the general will. Nevertheless, pervasive corruption further undercuts the authorities' legitimacy. The upshot may be not just an alternative set of effective norms, but a wholly different kind of game. Honest public and, more importantly, private citizens may finally refuse to play altogether.

As a result, the survival of these communities is at risk. If they do nothing, they could very well perish as such. Ultimately, these collectivities must alter the premises of their social unity in order to survive. That is, they must transition from an instrumental to a reflexive approach to their political culture. These polities must thoroughly commit to legality and autonomy.

Consequently, these societies must re-conceptualize their legitimacy. If they succeed in transforming themselves in this manner, however, they might not be able to recognize themselves. While the current situation may be unsustainable, the future prospect may turn out to be alienating. These communities must simultaneously re-construct and re-imagine themselves.

By envisaging how this large-scale metamorphosis might begin to germinate in Latin America, one appreciates that the concept of legitimacy will have to extend beyond the principles of legality and autonomy to incorporate that of solidarity. Latin American countries have neglected to build not only a law state and a democratic state but also a social state. The political and economic reforms of the last decade and a half have not sufficed to eliminate arbitrariness or heteronomy and have, in some ways, increased income disparity.

Corrupt practices, for their part, introduce arbitrariness and heteronomy directly, while entrenching inequality indirectly. They have this indirect impact because they typically work as regressive taxation. Official dishonesty normally benefits relatively affluent individuals with contacts within the spheres of influence, to the detriment of everybody else, particularly the poor. As Latin American nations evolve toward a reflexive conception of politics and an alternative reading of legitimacy, they will come closer to the rule of law, democracy, and solidarity. This very evolution will formidably prepare them to combat governmental graft.

FIGURE 3 – **DIMENSIONS OF LEGITIMACY**

STATE CONCEPTION	GUIDING PRINCIPLE	CONTRARY PRINCIPLE	OVERARCHING IDEAL
(I) DEMOCRATIC STATE	AUTONOMY	HETERONOMY	DEMOCRACY
(II) SOCIAL STATE	EQUALITY	INEQUALITY	SOLIDARITY
(III) LEGALISTIC STATE	LEGALITY	ARBITRARINESS	RULE OF LAW

The antecedent commentary on legitimacy had been loosely referring to these three dimensions. Each of them comes with an assortment of related visions of the state, principles, and ideals. For the sake of clarity and completeness, Figure 3 spells out the conceptual apparatus. To be legitimate a state must, first of all, be democratic. It has to act pursuant to the principle of autonomy, *i.e.*, it must serve as the means through which the community self-legislates. The state must, on the other side of the coin, avoid placing its citizens in a position of heteronomy. Obviously, it must envision democracy as its overarching aspiration. The state needs, moreover, to function as a social state. It has to promote equality, guided by the ideal of solidarity. Finally, the state must be a law state, which follows the principle of legality and avoids arbitrariness. Accordingly, it has to embrace the rule of law.

How might Latin America reach the reflexive standpoint on politics, as well as this novel picture of legitimacy, and thus create a better environment within which to combat corruption? Well, it must manage to embed notions such as democracy, the rule of law, and solidarity in its constitutional texts and praxes. The devil, as usual, lies in the details. The next paragraphs will only proffer a few suggestions, while acknowledging that the trajectory will ineluctably be arduous, uncertain, and nonlinear.

The democratic process should concentrate on allowing the population to govern itself. Candidates for office should prevail in virtue of the objective appeal of their programmatic offer—*viz.*, of whether the community can freely make their aims its own—not of how well they perform in the sport of politics. Therefore, money should affect the outcome only marginally, if at all, which would probably require limiting campaign spending to a pre-determined amount paid by the state. There should be strict restrictions on the extent to which successful electoral contestants may reward their supporters with jobs in the public service.

These last two recommendations would undoubtedly also advance the principle of legality. To progress further in the same direction, government employees should earn a decent wage, so that they are better able to fulfill their duties in a principled and honest fashion. They should, at any rate, operate more transparently in all respects. Besides, civil society should grow stronger, through governmental funding of private groups and initiatives. The citizenry could then engage itself more immediately in the struggle for self-determination and monitor the doings of its representatives and public servants.

Education should improve in order to empower all individuals, not only politically but also socially. Hence, they would become capable of enlightened political and civic engagement, as well as of economic and existential flourishing. The commitment to solidarity inevitably would also demand income redistribution and a welfare safety net. Latin American societies should especially take pains not to leave behind the needy or minority groups. They should equip the traditionally disadvantaged communities to contribute meaningfully to social, political, and economic development.

Alongside these national policies, international institutions devoted to the notions of legality, autonomy, and equality should emerge. In the same vein, existing Latin American integration movements should focus not only on economic but also on legitimacy norms. Transnational structures should have the authority and the capacity to enforce these principles effectively.

Needless to say, severe penalties and anti-corruption laws should continue in force, nationally and internationally. Nevertheless, they will succeed only to the degree that Latin America shifts to an unprecedented conception of politics and legitimacy through broad measures of the type just outlined. Inasmuch as Latin American corruption has brought about a legitimation crisis, the only way out consists precisely in radically transforming the foundation of collective existence.

VI. CONCLUSION

The circle has now come to a close. The discussion set off from the idea of a crisis and then focused on the more specific notion of a legitimation crisis. Next, it explained how political corruption might entail this kind of a predicament. Finally, the paper construed Latin American corruption in terms of a legitimacy crisis. It thus completed the Leninist reconstruction of the original concept.

Much more work remains. The theoretical constructs need further elaboration and specification. This piece has, moreover, only scratched the surface in terms of analyzing the practical consequences. The central task at this point should be the development of a program that creatively breathes life into abstract ideals such as the rule of law, democracy, and solidarity.

Most of Latin America has, of course, constitutionally committed to the relevant principles. Nevertheless, it has barely started abiding by them. Valid law and effective law diverge immensely at a time in which the subsistence of the concerned communities calls for convergence. Political actors have not sufficiently understood the guiding norms, let alone the kind of metamorphosis that their full realization demands.

The Latin American corruption crisis explodes with the legitimacy deficit produced by rampant governmental dishonesty. Latin American societies seem, more importantly, incapable of stopping their own decline into arbitrariness, heteronomy, and inequality without undergoing a vertiginous transmutation process. Ordinary measures and the usual anti-corruption tactics are hopeless.

Furthermore, naked state violence as a means of securing the allegiance or at least the obedience of the citizenry has ceased to be a real alternative. Therefore, in order to survive, these communities will have to gather the courage to reinvent themselves. They must regenerate their democratic potential, move toward a more substantive and less instrumental model of democracy, and come up with appropriate legislation and enforcement

mechanisms. More broadly, these polities must build a political and legal structure capable of sustaining not only a genuinely democratic state but also a legalistic and social state.

As already admitted, this project defies easy implementation. Still, democracy—even when highly defective—will hopefully remain true to its own nature. It is naturally reflexive and therefore can hardly bracket out meta-questions about its premises or about the framework within which it unfolds. Nor can it shut off reflection on its connections to the principles of legality and equality. Consequently, Latin Americans must simply persevere, with honesty and courage, in their effort to open up politically. If they do so, they will eventually come to visualize a new democratic horizon and to see themselves reflected in it.

REFERENCES

CLAUSEWITZ, Carl von. *Vom Kriege*. Hamburg: Nikol, 2008.

GEUSS, Raymond. *The Idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School (Modern European Philosophy)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

HABERMAS, Jürgen. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.

_____. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.

_____. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press, 1975.

_____. *Theorie des Kommunikativen Handelns*. Handeln. (Bd. 1 und 2) Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

_____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1998.

HOLMES, See Leslie. *The End of Communist Power: Anti-Corruption Campaigns and Legitimation Crisis (Europe and the International Order)*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

LOCKWOOD, D.. Social Integration and System Integration. In: G. K. Zollschan; W. Hirsch (eds.). *Explorations in Social Change*. London: Routledge & Kegan Paul, 1964.

MCCLELLAND, David C.. *Human motivation: a book of readings*. General Learning Press, 1973.

_____. *Human Motivation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

_____; WINTER, David G.. *Motivating Economic Achievement*. New York: Free Press, 1969.

ORTIZ-ALVAREZ, Luis A.; LEJARZA A., Jacqueline. *Constituciones América Latina*. Derecho constitucional-América Latina. Ciencias jurídicas. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. Political liberalism: Reply to Habermas. In: *Journal of Philosophy* 92 (3):132-180, 1995.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Eine kritische Analyse der Funktionen des Rechts in Lateinamerika. In: *Ibero-amerikanisches Archiv Neue Folge*, Vol. 23, No. 3/4, pp. 321-363, 1997.

VELÁSQUEZ, Jorge Witker. Derecho, desarrollo y formación jurídica. In: *Anuario Jurídico II*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie Taschenbuch*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976.

WILLIAMS, Bernard. *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*. Geoffrey Hawthorn (ed.). Princeton: Princeton University Press, 2005.

Ángel R. Oquendo

GEORGE J. AND HELEN M. ENGLAND PROFESSOR OF LAW,
UNIVERSITY OF CONNECTICUT; CAPES VISITING PROFESSOR FROM
ABROAD, FEDERAL & STATE UNIVERSITIES OF RIO DE JANEIRO;
DAAD VISITING PROFESSOR, FREE UNIVERSITY OF BERLIN.
PH.D., M.A. (PHILOSOPHY), A.B. (ECONOMICS AND PHILOSOPHY),
HARVARD UNIVERSITY; J.D., YALE LAW SCHOOL.

oquendo@zedat.fu-berlin.de

V. 12 N. 3
SET-DEZ 2016
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recibido: 26.05.2016
Aprobado: 14.07.2016
DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201637>

¹ Universidad EAFIT
Medellín - Colombia



Aproximación a la teoría democrática de Ferrajoli: a propósito de *Principia Iuris*

AN APPROACH TO FERRAJOLI'S PRINCIPIA IURIS IN REGARDS TO DEMOCRATIC THEORY

Leonardo García Jaramillo¹

Reseña

FERRAJOLI, LUIGI. *PRINCIPIA IURIS. TEORIA DEL DIRITTO E DELLA DEMOCRACIA*. BARI: LATERZA, 2007. v. 2: "TEORIA DELLA DEMOCRACIA"; VERS. CAST. DE PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, JUAN CARLOS BAYÓN, ALFONSO RUIZ MIGUEL, LUIS PRIETO SANCHÍS Y MARINA GASCÓN, *PRINCIPIA IURIS. TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA*. MADRID: TROTTA, 2011. v. 2: "TEORÍA DE LA DEMOCRACIA", 680 PP.

“Cada pensador, incluso el más abstracto, está profundamente influenciado por las circunstancias de su propio tiempo. Para entender por qué Maquiavelo, Hobbes o Rousseau escribieron como lo hicieron, debemos saber algo acerca de las condiciones sociales y políticas de su época y sus países, así como de las controversias relevantes entonces”.

John Plamenatz

Nietzsche sostenía, en el mismo sentido de este epígrafe, que las ideas que defendemos y las concepciones e ideologías que suscribimos dependen en gran medida de los eventos acontecidos durante nuestras vidas y de la historia de nuestra existencia. Todo pensamiento es la confesión de un cuerpo, la autobiografía de un ser viviente. La obra de Luigi Ferrajoli no solo no es la excepción sino que confirma particularmente esta discutida relación entre el contexto sociocultural y la configuración de una determinada teoría. Por ejemplo, el garantismo, su teoría mejor conocida, nace en el contexto del derecho penal como respuesta al escepticismo por el derecho que tenía la izquierda italiana en la segunda mitad de 1970 y en oposición a las medidas gubernamentales de emergencia, y a las restricciones de las garantías del debido proceso, establecidas para contrarrestar la violencia política y el terrorismo mafioso.

Aunque su obra ha sido recibida en América Latina sobre todo desde el derecho penal, debido a la influencia científica y jurisprudencial de *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (orig. de 1989), Ferrajoli es uno de los autores vivos más prolíficos e influyentes, también en el derecho constitucional, la teoría democrática y la filosofía jurídica. Sus concepciones sobre la garantía de los derechos humanos como elemento esencial en la consideración de cualquier sistema constitucional como legítimamente democrático, han trascendido las aulas universitarias y las fronteras de su país y su idioma. Ha dedicado, además, un espacio importante en su obra a responder críticas, para lo cual ha entablado un fructífero diálogo con académicos y estudiantes en muchos países iberoamericanos.¹

Además de juez y académico, ha desempeñado un importante papel como intelectual público, comprometido con la difusión de los valores más prístinos de la democracia constitucional. En trabajos académicos y de prensa ha criticado la concentración de poder político, la indebida influencia de los poderes económicos en la política, la falta de representatividad de los partidos políticos y la desigualdad social, así como las causas de la criminalidad y las formas de remediarla. Desde hace varias décadas ha sido consistente en su crítica al “lento proceso de disolución de la legalidad constitucional”, debido al crecimiento de un para-Estado con sus propios códigos y tributos, y organizado en centros ocultos de poder, destinados a la captura de la cosa pública.

...

¹ Véase, por ejemplo: Carbonell y Salazar Ugarte (2005); Ferrajoli (2009a, 2009b).

PUNTO DE PARTIDA BIOGRÁFICO

Luigi Ferrajoli nació en Florencia, Italia, en 1940. Se licenció en Derecho por la Universidad La Sapienza-Roma, en 1962. Sus tempranas inquietudes por la lógica jurídica y la filosofía analítica lo llevaron a entablar una estrecha relación discipular con Bobbio, quien prologó su libro mejor conocido: *Derecho y razón*. En este libro Ferrajoli se adscribe a una forma de positivismo y se define como “iuspositivista crítico”. Se trata de su obra hasta ahora más citada en Colombia y en la región. Por ejemplo, respecto de las posiciones a favor y en contra de la presunción de inocencia y su relación con la garantía de la libertad individual y del derecho de defensa, se sigue la posición de Ferrajoli donde dicha presunción se considera un “principio fundamental de civilidad” que constituye una alternativa garantista a favor de la protección de la inmunidad de los inocentes “incluso al precio de la impunidad de algún culpable”.²

Desde 1967 trabajó como juez en Prato, una pequeña ciudad de la Toscana, hasta 1975, cuando ocupó la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Camerino, de donde luego fue decano. En 2003 ingresó como profesor a la Universidad de Roma III. Ha recibido diversos reconocimientos y grados honorarios por parte de universidades iberoamericanas. La lógica jurídica, la filosofía analítica y el positivismo lógico son las principales escuelas a las que Ferrajoli se vincula intelectualmente.

Ferrajoli se asoció a movimientos políticos marxistas, que surgieron en Italia como respuesta al fascismo. Fue miembro del Partido de Unidad Proletaria por el Comunismo y, luego, de Democracia Proletaria, así como candidato en alguna elección popular. Uno de sus cometidos partidistas fue incorporar el garantismo a la cultura de izquierda, entonces dominada por la ideología marxista-leninista, que prácticamente despreciaba el derecho porque lo consideraba un instrumento de dominación. A propósito de la *Laudatio* que impartió cuando la Universidad de Camerino le otorgó a Bobbio un doctorado h.c., en mayo de 1997, sostuvo: “La historia del siglo XX nos ha enseñado que en la construcción de la democracia no existen alternativas al derecho y que, en la construcción del derecho, no existen alternativas a la razón”.

El terrorismo y la violencia política de la década de 1970 hicieron perder de vista, a la opinión pública y a algunos partidos, la importancia de los derechos que protegían garantías fundamentales. El aparato judicial se “conservadurizó”, la perspectiva punitivista aumentó y el acusado empezó a parecer un enemigo de la sociedad. Ferrajoli ha sido un defensor acérrimo del principio de legalidad en materia penal, de la presunción de inocencia y de la carga de la prueba, por ejemplo, así como crítico del abuso de la prisión preventiva, de la realización de interrogatorios sin abogado, de las torturas, de las políticas anti-inmigratorias y de

...

2 Corte Constitucional Colombiana, T-827 de 2005.

las violaciones procesales en acusaciones e investigaciones. Ciertas prácticas y leyes “de emergencia” ocasionaron “agujeros negros en el tejido de la democracia”. Ferrajoli cree haber contribuido a afirmar, en una parte de la izquierda de entonces, la cultura garantista y el valor del derecho como instrumento de limitación del poder.³

Hacia 1990, cuando oscilaba el recrudecimiento de las acciones criminales de la mafia, Ferrajoli participó en importantes discusiones donde, entre otras ideas, defendió la despenalización de la droga y la toma de medidas para transparentar flujos financieros y controlar procesos de información de capitales sospechosos.

El garantismo es una posición política en virtud de la cual el derecho consagra a los derechos de libertad y sociales un sistema de garantías, representadas en límites jurídicos a todos los poderes públicos y privados, que consisten en prohibiciones y obligaciones. Los límites y vínculos que las constituciones contemporáneas establecen al poder político constituyen el sistema de garantías para propender por la defensa de los derechos frente a su violación por parte del Estado o de particulares. Las garantías constitucionales son entonces las prohibiciones o las obligaciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas que se establecen normativamente, por lo regular, como derechos subjetivos. El garantismo, en el contexto del derecho, significa que los ordenamientos jurídicos tienen la vocación de garantizar prohibiciones, como a no ser lesionado por otros, el derecho de propiedad, y obligaciones, como los derechos a prestaciones de otros y los sociales.

Los derechos fundamentales prevalecen, por tanto, sobre cualquier otra consideración política. Representa la faceta del constitucionalismo, que formula las técnicas idóneas de garantía para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionales. El Estado es un artificio instrumental creado para conseguir un único fin fundamental: garantizar los derechos de las personas. El presupuesto del garantismo es la idea, presente en Montesquieu cuando sostenía que el poder debe dividirse para que se pueda preservar la libertad, conforme a la cual del poder hay que esperar un potencial abuso.

Si bien el garantismo surge en la primera fase de su obra arraigado al derecho penal, es un elemento formador del Estado constitucional. Se extiende luego, con *Principia Iuris*, en su real complejidad, al ámbito de la teoría general del derecho. Toda vez que, como señala Ferrajoli, el paradigma garantista es uno y el mismo que el del Estado constitucional de Derecho, *Principia Iuris* podría considerarse no solo una teoría del derecho para el Estado constitucional, sino, en concreto, la teoría jurídica del garantismo.

PRINCIPIA IURIS

Se trata de la obra cumbre de Ferrajoli, donde presenta su teoría del derecho y la democracia.

...

³ Entrevista de José Roberto Ruiz con Luigi Ferrajoli. 1º de abril de 2009.

En el ámbito ítalo-iberoamericano no hay, y quizá no haya habido, una obra más monumental y de tal ambición y envergadura. Sin dejar de leer y discutir importantes tradiciones intelectuales, germanas, anglosajonas e italianas sobre todo, Ferrajoli construye una teoría jurídica propia. Para el nuevo constitucionalismo latinoamericano, comúnmente referido como utópico o aspiracional (VILLEGAS, 2013, p. 77-97; GAVIRIA, 2014), reviste de singular importancia porque articula con gran rigor intelectual una teoría del derecho que proporciona un aparato conceptual integrado por la perspectiva *jurídica* interna de la dogmática positiva, la perspectiva *fáctica* externa de la sociología jurídica y la perspectiva *axiológica* externa de la filosofía política.

Presenta una propuesta teórica y un proyecto político donde el derecho y la democracia se conciben como dos dimensiones complementarias de una estructura unitaria y completa. El segundo volumen de *Principia Iuris* se dedica a la teoría de la democracia, en particular, a la democracia constitucional. Se estructura a partir de la distinción entre las dimensiones (sustancial y formal), las formas (política y civil), los contenidos (liberales y sociales) y los niveles (infra y supra nacionales) de la democracia.

El concepto cardinal es el modelo de la “democracia constitucional” y su estructura es el Estado constitucional de derecho. La teoría normativa de la democracia es, como indica Ferrajoli, el banco de pruebas de la teoría formal del derecho de los ordenamientos constitucionales modernos. En el sentido de la relación entre teoría del derecho y teoría de la democracia que se presenta en *Principia Iuris*, la democracia constitucional se define como una estructura articulada de instituciones, funciones y prácticas reguladas por normas formales; pero también, y, sobre todo, sustanciales, a las que están sometidos todos los poderes. El Estado constitucional se caracteriza por la no omnipotencia de la política ni del legislador; lo primero, porque la política debe concebirse como un instrumento para la realización y garantía del derecho y, particularmente, de los derechos fundamentales; y lo segundo, porque la validez y —en especial— la legitimidad de las leyes trascienden el hecho de su vigencia. En este sentido se articulan las dimensiones jurídica y política en la teoría unitaria y completa de Ferrajoli, “donde derecho y democracia son dos dimensiones, recíprocamente complementarias, del mismo planteamiento conceptual y del mismo proyecto político” (MAZZARESE, 2007, p. 11). En el Estado constitucional se transforma la relación histórica entre derecho y política, pues aquel ya no queda subordinado a esta. El derecho actúa mediante la política a partir de los vínculos que le imponen los principios constitucionales: los negativos, que no pueden violarse (como los demarcados por los derechos de libertad) y los positivos, que deben realizarse (como los mandatos que establecen los derechos sociales).

Toda vez que el modelo de la “democracia constitucional” es explicativo y normativo, para Ferrajoli debe desarrollarse hacia la garantía de las cuatro clases de derechos (políticos, civiles, de libertad y sociales), frente a los poderes (público o privado, ejecutivo o legislativo) y en los niveles estatal e internacional. En cuanto a su forma de producción, el derecho

se somete a normas; pero en las democracias constitucionales modernas se somete también en cuanto a los contenidos producidos. El Estado constitucional es, para Ferrajoli, el Estado de “derecho” en sentido estricto, porque positiviza los límites y vínculos jurídicos a los que están sometidos los poderes y, en concreto, la política. En las democracias constitucionales se positiviza no solo el “ser” sino también el “deber ser” del derecho.

Estos límites y vínculos, que son los derechos fundamentales, también son democráticos, porque son derechos de todos y, por tanto, hacen referencia al pueblo. Por esta razón *Principia Iuris* anula la tensión entre constitución y democracia, y erradica, de una vez por todas, la crítica a las decisiones de los tribunales constitucionales como “antidemocráticas” o “anti-mayoritarias” porque contrarían decisiones del poder legislativo. No hay un conflicto de legitimidad, porque los derechos operan como una y la misma fuente de legitimidad en ambos campos. La normatividad de los derechos se proyecta sobre el ordenamiento jurídico como un elemento no simplemente ideal-externo, sino ahora jurídico-interno. Son numerosos los contenidos sustantivos (morales) que incorporan las constituciones contemporáneas como criterios de validez de las normas.

La democracia, concebida en su sentido formal, se identifica a partir de las reglas que determinan las instituciones que conforman el Gobierno y sus principales funciones y competencias. Esta idea de democracia es correlativa con una idea simple de Estado donde no detenta otras funciones más que las militares y de orden público. La democracia sustancial ampara y exige un desarrollo jurídico de los límites y vínculos constitucionales, que deben respetar las decisiones democráticas. El Estado constitucional da cuenta, adicionalmente, de los mecanismos de garantía de todos los órdenes de derechos fundamentales. La democracia constitucional no es, entonces, tan solo procedimental (relativa al quién y cómo manda), sino también de contenidos (referida al qué, o qué no, debe mandarse).

En este contexto, Ferrajoli plantea una original transformación a la concepción de la separación de poderes desde que fue adoptada por el constitucionalismo en sus orígenes. Locke la plantea en el segundo de sus *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1689) y la desarrolla Montesquieu en *Del espíritu de las leyes* (1747), así como Alexander Hamilton en *El federalista* (1788). La doctrina histórica es limitada porque se concentra en las funciones de protección que son necesarias pero insuficientes para consolidar un Estado constitucional. Las funciones de garantía de los derechos, y sobre todo del amparo al componente prestacional en materia social, son esenciales para reflejar la complejidad institucional de este modelo de Estado.

La concepción de democracia para el Estado “constitucional” implica que este adjetivo relacional le reconoce la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales, los cuales se constituyen, de una parte, en los límites dentro de los cuales puede actuar el poder político y, de otra parte, en el horizonte hacia el cual debe dirigirse para cumplir deberes de garantía a los derechos.

Las competencias administrativas deben configurarse como funciones de garantía de los derechos fundamentales porque si se pretende asegurar la primacía legislativa y la

independencia judicial, los derechos sociales quedarían como postulados programáticos. Ferrajoli, como Bobbio y Alexy, concibe los derechos sociales como fundamentales porque su satisfacción asegura los “prerrequisitos” de la democracia política, toda vez que solo su garantía puede aportar los presupuestos materiales imprescindibles del disfrute de los demás derechos. La constitucionalización de los derechos sociales, es decir, su inclusión dentro del catálogo de derechos fundamentales, pero, sobre todo, su desarrollo jurisprudencial, imponen obligaciones a cargo del Estado de actuar para garantizar, por ejemplo, derechos como la salud.

La teoría y la ciencia jurídicas no tienen, entonces, una función solo contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuyen de forma decisiva a crearlo. Por esta razón, no pueden operar, como soñó Kelsen, como si el ordenamiento no tuviera principios y valores que ocupan la cúspide de la pirámide normativa y le imparten su deber ser jurídico. El derecho se concibe, así, como el medio para construir la democracia porque una democracia plenamente realizada que implica el amparo de los derechos y la contención a la política, no es solo un fin ética o políticamente deseable sino un objetivo exigible desde el punto de vista jurídico. En este sentido, la obra constituye también un aporte fundamental a la discusión sobre el derecho y la moral, porque demuestra que la consideración de la validez del derecho no depende ya más de instancias morales externas, sino de parámetros establecidos por el propio derecho.

Ante fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, la obra de Ferrajoli fundamenta la importancia de proteger las garantías relativas a la pena, al delito y al proceso, es decir, *si, por qué, cuándo y cómo* prohibir, castigar y juzgar. Estas garantías constituyen los límites y controles al poder. En el campo penal condicionan la justificación de su intervención y, de no respetarse, podrían degenerar en fenómenos de terrorismo penal. La necesidad política del derecho penal se legitima mediante la prevención del delito y de las penas arbitrarias. En las democracias constitucionales modernas, los derechos fundamentales definen normativamente los ámbitos y límites del derecho penal.

Estas conceptualizaciones se sustentan en un elemento cardinal de su narrativa: la “esfera de lo no decidible”. Remite a la idea de límites y vínculos a los poderes públicos, pero también privados, tan caros al pensamiento liberal moderno. No es solo una categoría teórico-política, sino también jurídica, propia de la teoría del derecho, que impone a los poderes límites negativos, de no hacer, así como positivos, de hacer, según sus competencias.

La esfera de lo no decidible es un rasgo estructural, de carácter normativo, de las democracias constitucionales. Constituye su dimensión sustancial relativa a lo que *no se puede* decidir (prohibiciones), debido a que vulneraría derechos fundamentales, pero también a aquello que *no puede dejar de ser decidido* (obligaciones o vínculos positivos). La esfera de lo decidible, por su parte, es, entonces, el marco de acción de la política, donde se articulan funciones gubernamentales y legislativas. Ambas esferas restringen a la política por los límites de los derechos fundamentales, pero, a la vez, la orientan y condicionan por sus provisiones.

NOTA DE AGRADECIMIENTO

Agradezco a los profesores Marina Gazcón y Juan Antonio García Amado por compartirme sus observaciones sobre la primera versión de este texto.

REFERENCIAS

CARBONELL, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009a.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2009b.

GAVIRIA, Carlos. Construcción de un orden social, económico y político para la paz. AA.VV., *Dialogo constitucional para la paz*. Bogotá: Universidad del Rosario – Legis, 2014.

MAZZARESE, Tecla. L'indicibile legame della democrazia. *Il manifesto*, dic. 5 de 2007.

VILLEGAS, Mauricio García. Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, v. 15, n. 29, 2013.

Leonardo García Jaramillo

DEPARTAMENTO DE GOBIERNO Y CIENCIAS POLÍTICAS,
UNIVERSIDAD EAFIT – COLOMBIA.

lgarciaj@eafit.edu.co

V. 12 N. 3

SET-DEZ 2016

ISSN 2317-6172

FGV DIREITO SP

25

ISSN 2317-6172



9 772317 617004