V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017
ISSN 2317-6172

FGV DIREITO SP

28

Revista DIREITO GV

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

V. 13 N. 3 SET-DEZ 2017

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

APOIO:

CNPq
Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Ministério da
Ciência, Tecnologia
e Inovação

CAPES

Ministério da
Educação

BRASIL
GOVERNO FEDERAL

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

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.

CC BY-NC

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

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172 v. 13 n. 3 SET-DEZ 2017

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, JULIANA SILVA PASQUA E MAYARA LUIZA PEREIRA

PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS

CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS, DENISE KATCHUIAN DOGNINI E ELIANE SIMÕES PEREIRA

TRADUÇÃO DO EDITORIAL

DENISE KATCHUIAN DOGNINI

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
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI **: 712**

ARTIGOS / ARTICLES

TRADIÇÃO E CRÍTICA NO CONHECIMENTO SOBRE DIREITO DA INTEGRAÇÃO
TRADITION AND CRITICISM IN INTEGRATION LAW LEGAL SCHOLARSHIP
ARTHUR ROBERTO CAPELLA GIANNATTASIO **: 716**

SAÚDE PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO: PERCEPÇÕES DE MAGISTRADOS NO ESTADO DO MARANHÃO
PUBLIC HEALTH AND JUDICIARY: PERCEPTIONS OF SOME JUDGES OF THE STATE OF MARANHÃO
PILAR BACELLAR PALHANO NEVES E MARCOS ANTÔNIO BARBOSA PACHECO **: 749**

DOGMÁTICA "OPINATIVA": O EXEMPLO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
"OPINIONATIVE" LEGAL DOGMATIC: THE EXAMPLE OF THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY
MARCUS EDUARDO DE CARVALHO DANTAS **: 769**

O DIREITO CONTRATUAL COMPARADO EM NOVA PERSPECTIVA: REVISITANDO AS DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICO E DE *COMMON LAW*
A NEW PERSPECTIVE ON COMPARATIVE CONTRACT LAW: REVISITING THE DIFFERENCES BETWEEN CIVIL AND COMMON LAW SYSTEMS
MARIANA PARGENDLER **: 796**

QUESTÕES TEÓRICAS E METODOLÓGICAS DO DIREITO *NA* LITERATURA: UM PERCURSO ANALÍTICO-INTERPRETATIVO A PARTIR DO CONTO *SUJE-SE GORDO!*, DE MACHADO DE ASSIS
THEORY AND METHODOLOGY OF LAW IN *LITERATURE: AN ANALYTICAL JOURNEY BASED ON* SUJE-SE GORDO!, *A SHORT STORY BY BRAZILIAN WRITER MACHADO DE ASSIS*
HENRIETE KARAM **: 827**

O VALOR DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE IRREGULARIDADES EM CONTRATOS
THE VALUE OF FEDERAL AUDIT COURT´S DECISIONS ON CONTRACT´S IRREGULARITIES
CARLOS ARI SUNDFELD, JACINTHO ARRUDA CÂMARA, VERA MONTEIRO E ANDRÉ ROSILHO **: 866**

O MAPA DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO MÉTODO DA *SOCIAL NETWORK ANALYSIS*
THE BRAZILIAN LAW GRADUATE STUDIES MAP: AN ANALYSIS THROUGH THE SOCIAL NETWORKS ANALYSIS METHOD
IAN PIMENTEL GAMEIRO E GILBERTO GUIMARÃES FILHO **: 891**

O SECULARISMO EUROPEU: ANÁLISE DOS MECANISMOS DE FINANCIAMENTO DAS IGREJAS E CONFISSÕES RELIGIOSAS EM SEIS PAÍSES EUROPEUS
EUROPEAN SECULARISM: ANALYSIS OF THE FUNDING MECHANISMS OF CHURCHES AND RELIGIOUS DENOMINATIONS IN SIX EUROPEAN COUNTRIES
JORGE BOTELHO MONIZ **: 921**

INDÍCIOS DE DESCOLONIALIDADE NA ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO NA ADPF 186/DF
DECOLONIAL SIGNS THROUGH CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS AT THE JUDGMENT OF ADPF 186/DF
FERNANDA FRIZZO BRAGATO E VIRGINIA COLARES **: 949**

CULTURA DO ESTUPRO OU CULTURA ANTIESTUPRO?
RAPE CULTURE OR ANTI-RAPE CULTURE?
CARMEN HEIN DE CAMPOS, LIA ZANOTTA MACHADO, JORDANA KLEIN NUNES E ALEXANDRA DOS REIS SILVA **: 981**

PROCREATIVE AUTONOMY, GENDER EQUALITY AND RIGHT TO LIFE: THE DECISION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN *ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA*
AUTONOMIA PROCRIATIVA, IGUALDADE DE GÊNERO E DIREITO À VIDA: A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA
TERESINHA TELES PIRES **: 1007**

THE LIMITATION OF THE DISCOVERY RULES OF COURT AGAINST THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION IN SOUTH AFRICA
*A LIMITAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO PELAS REGRAS DE PRÉ-JULGAMENTO (*DISCOVERY*) NA ÁFRICA DO SUL*
RASHRI BABOOLAL-FRANK AND FOLA ADELEKE **: 1029**

TRADUÇÃO / TRANSLATION

O DESAFIO NATURALÍSTICO DE UM DIREITO PENAL FUNDADO NA CULPABILIDADE
THE NATURALISTIC CHALLENGE OF A CRIMINAL LAW BASED ON CULPABILITY
KLAUS GÜNTHER **: 1052**

Editorial

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201728

É com satisfação que apresentamos o terceiro e último número da **Revista Direito GV**, publicado em 2017 (v. 13, n. 3, set.-dez. 2017).

Este número traz um conjunto de doze artigos inéditos e com temáticas bastante diversas. Dez deles foram escritos por pesquisadores brasileiros e dois por pesquisadores estrangeiros (originários de Portugal e da África do Sul). Este número conta ainda com a tradução em português de um texto em alemão, intitulado "O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade", de autoria do professor Klaus Günther.

Neste ano, encerrou-se mais um ciclo de avaliação dos programas brasileiros de pós-graduação em Direito, realizado pela Capes (quadriênio 2013-2016). No processo de avaliação dos programas, houve a avaliação dos periódicos científicos. Segundo dados da Capes, dos 2.059 periódicos avaliados em 2017, apenas 67 foram classificados no estrato A1. A **Revista Direito GV** manteve-se no estrato A1, o que significa dizer que ela ocupa um lugar entre o conjunto bastante restrito (3,2%) de periódicos no estrato mais alto.[1]

Os editores de periódicos científicos aprenderam, a duras penas, que os critérios de avaliação do Qualis/Capes são definidos *a posteriori*. Assim, ao iniciarmos um novo quadriênio, não é inteiramente possível adotar os critérios aplicados no quadriênio anterior como regras a serem seguidas. Os editores tendem a considerar esses critérios como ponto de partida de sua ação e, com base neles, lançam-se a exercícios de futurologia sobre o comportamento da avaliação nos anos seguintes.

Apesar das óbvias dificuldades que essa sistemática traz para a profissionalização dos periódicos científicos da área, já que metas e estratégias de cada periódico são definidas em um ambiente regulatório nebuloso, é provável que algumas diretivas permaneçam para o quadriênio 2017-2020. A primeira delas é a política de incentivar os pesquisadores a publicar mais em periódicos e menos em livros ou em capítulos de livros. Isso poderá significar um volume maior de artigos submetidos às revistas dos estratos mais altos, o que talvez seja compensado por um aumento do número de revistas nesses estratos nas próximas avaliações – ainda que não haja

1 Ver *Relatório de avaliação quadrienal 2013-2016*. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Diretoria de Avaliação. 19 set. 2017. p. 10 *et seq*. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=Y2FwZXMuZ292LmJyfGF2YWxpYWNhby1xdWFkcmllbmFsfGd4OjdhNTkzMTAxMDgxYzc1YWU>. Acesso em: 15 nov. 2017.

clareza sobre o que torna uma revista elegível aos estratos mais altos. No último quadriênio, a Capes ensaiou alguns modelos de medição de impacto, mas ainda não se definiu a métrica a ser adotada. A outra diretiva será da avaliação anual dos periódicos por número, e não mais, ao que parece, por volume. Essa medida irá demandar profissionalização e controle sobre os percentuais de revisores *ad hoc,* autores (doutores ou não), IES de origem etc.

Paralelamente à avaliação do Qualis/Capes, a **Revista Direito GV** tem buscado implementar as políticas propostas pela Plataforma Scielo. Embora nem sempre considere as especificidades das áreas ou subáreas, minha avaliação é a de que o Scielo tem objetivos mais claros a justificar a indexação das revistas em sua base, o que é extremamente importante para que os editores e gestores possam programar suas ações. O tripé (i) internacionalização da pesquisa brasileira, (ii) profissionalização da gestão e (iii) sustentabilidade financeira dos periódicos não deverá mudar nos próximos anos. E essas são metas inegavelmente importantes para qualquer periódico científico. Já estamos avaliando as sugestões do Scielo no que concerne à adoção de *preprints*, publicação continuada, *ahead of print* e outras. Ademais, a equipe da **Revista Direito GV** estará presente na VII Reunião Anual do Scielo, em 12 de dezembro de 2017, e atenta às novidades para o ano de 2018.

Por fim, aproveito o último Editorial do ano para agradecer às pesquisadoras e aos pesquisadores que atuaram como pareceristas *ad hoc* no ano de 2017. Revisores *ad hoc* doam seu tempo e seu conhecimento de maneira anônima e não remunerada para que as autoras e os autores possam aprimorar suas pesquisas e chegar às versões finais dos artigos que levamos a público. Esse trabalho é fundamental para o aumento da qualidade da pesquisa em Direito no Brasil e, portanto, devemos muito a essas pesquisadoras e a esses pesquisadores. Por isso, a todas e a todos, ficam aqui os meus agradecimentos!

Boa leitura!

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editora-Chefe

Editorial

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201728

We are pleased to present the 2017 third and last issue of ***Direito GV Law Review*** *(v. 13, n. 3, Sept.-Dec. 2017).*

This issue presents a set of twelve original articles within quite different subjects. Ten were written by Brazilian researchers and two by foreign researchers (from Portugal and South Africa). This issue also includes a translation into Portuguese of the German text entitled "The naturalistic challenge of a criminal law founded on guilt", by Professor Klaus Günther.

This year, Capes has completed another cycle of evaluation of the Brazilian graduate programs in Law (quadrennium 2013-2016). In the evaluation process of the programs, the scientific journals were also evaluated. According to Capes data, only 67 journals evaluated in 2017 were classified in stratum A1, in a sample of 2,059 titles. ***Direito GV Law Review*** *remained in stratum A1, which means that it takes a place among the very restricted set (3.2%) of journals in the upper stratum.*[1]

The editors of scientific journals have barely learned that Qualis / Capes defines a posteriori *its evaluation criteria. Thus, when we begin a new quadrennium, it is not possible to adopt the criteria applied in the previous quadrennium as rules to be thoroughly followed. Editors tend to consider these criteria as a starting point for their action. Based on them, they undertake futurology exercises in order to predict evaluation behavior in subsequent years.*

The goals and strategies for each issue are defined in a nebulous regulatory environment, which brings obvious difficulties to the professionalization of scientific journals in the area. Nevertheless, some directives are likely to remain for the 2017-2020 quadrennium. The first of them is the policy of encouraging researchers to publish more in journals and less in books or in book chapters. This may mean an increase in the volume of articles submitted to the journals of the higher strata, which may be offset by an increase in the number of journals in these strata in the next evaluations – despite the lack of certainty about the criteria that makes a journal eligible to the higher strata. In the last four years, Capes has rehearsed some models of impact measurement, but has not defined the metrics to be adopted. The other directive will be the annual evaluation of journals by number, and no more, it seems, by

1 *See* Relatório de avaliação quadrienal 2013-2016. *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Diretoria de Avaliação. 19 set. 2017. p. 10 et seq. Available at: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=Y2FwZXMuZ292LmJyfGF2YWxpYWNhby1xdWFkcmllbmFsfGd4OjdhNTkzMTAxMDgxYzc1YWU>. Accessed on: Nov. 15, 2017.*

volume. This measure will require professionalization and control over the percentages of ad hoc *reviewers, authors (doctors or not), HEIs of origin, etc.*

Besides the evaluation of Qualis/ Capes, ***Direito GV Law Review*** *has sought to implement the policies proposed by the Scielo platform. Although I do not always consider the specifics of the areas or subareas, my assessment is that Scielo has clearer objectives to justify the indexing of journals in its base, which is extremely important for publishers and managers to program their actions. The tripod (i) internationalization of Brazilian research, (ii) professional management and (iii) financial sustainability of journals should not change in the coming years. And these are undeniably important goals for any scientific journal. We are already considering Scielo's suggestions regarding the adoption of preprints, continued publication, ahead of print and others. In addition, the team of* ***Direito GV Law Review*** *will be present at the VII Annual Meeting of Scielo, on December 12, 2017, and attentive to the news for the year 2018.*

Lastly, I take advantage of the last Editorial of the year to thank the researchers who acted as ad hoc *referees in the year 2017.* Ad hoc *referees donate their time and knowledge in an anonymous and unpaid way so that the authors can improve their researches and reach the final versions of the articles we bring to the public. This work is fundamental to increase the quality of law research in Brazil and, therefore, we owe much to these researchers. That is why I thank you all!*

Good reading!

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editor-in-chief

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 16.03.2015
Aprovado: 17.08.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201729

Tradição e crítica no conhecimento sobre direito da integração

TRADITION AND CRITICISM IN INTEGRATION LAW LEGAL SCHOLARSHIP

Arthur Roberto Capella Giannattasio[1]

Resumo

O conhecimento de direito da integração é divisível em duas leituras – uma tradicional, outra crítica. A leitura tradicional é apresentada pela dogmática jurídica usual e detém postulados evolucionistas e economicistas. Limitada a avaliar iniciativas de integração à luz da experiência europeia, a leitura tradicional carece de instrumental analítico para compreender adequadamente as demais experiências, sendo incapaz de verificar a variabilidade de respostas institucionais. A leitura crítica recusa o evolucionismo e, ao perceber a restrição da causalidade econômica sobre processos de integração, permite fundar nova Agenda de Pesquisa em Direito da Integração e influenciar o debate contemporâneo sobre a integração de países latino-americanos.

Palavras-chave

Evolucionismo; direito e política; integração europeia; integração e política; funcionalismo.

Abstract

Integration law legal knowledge can be divided in two branches – a traditional scholarship and a critical one. Traditional legal scholarship is represented by usual legal doctrine and is characterized by evolutionists and economic axioms. This scholarship measures all integration processes having the European integration as the sole benchmark – lacking, for this reason, analytical concepts to understand institutional solutions within each integration experience. Critical scholarship refuses the evolutionist standpoint and, aware of the limits of a strict economic interpretation of integration processes, aims to establish the foundations of a new Research Agenda on Integration Law and to influence contemporary debate on Latin-American integration experiences.

Keywords

Evolutionism; law and politics; European integration; integration and politics; functionalism.

1 Universidade Presbiteriana Mackenzie
São Paulo – SP – Brasil

CC BY-NC

Introdução*

O conhecimento jurídico sobre o direito da integração pode ser dividido em duas leituras – uma tradicional, outra crítica. Cada uma delas detém direções de pesquisa conduzidas por tópicas distintas, mas é possível identificar categorias que permitem compará-las – epistemologia, metodologia e história. A leitura tradicional é usualmente apresentada pela dogmática jurídica e detém raízes explicativas em postulados evolucionistas e economicistas sobre processos de integração. A leitura crítica apresenta uma postura antievolucionista e percebe elementos adicionais aos elementos econômicos.

A primeira parte deste texto apresenta a leitura tradicional sobre o direito da integração (1) e seus elementos epistemológicos (1.1.1), metodológicos (1.1.2) e históricos (1.1.3). A análise permite compreender o discurso comum sobre etapas de integração (1.2), o caráter econômico das normas do direito europeu (1.3) e as avaliações sobre o Mercado Comum do Sul (Mercosul) (1.4). A segunda parte apresenta uma leitura crítica jurídico-política, a fim de apontar os limites da leitura tradicional e as possibilidades explicativas da nova chave interpretativa sobre o direito da integração (2) e, com isso, expõe seus elementos epistemológicos (2.1.1), históricos (2.1.2) e metodológicos (2.1.3), bem como desenvolve uma nova compreensão sobre as etapas de integração (2.2).[1]

O leitor poderá se perguntar sobre os desdobramentos possíveis da crítica aqui proposta, seja no que se refere ao uso da razão pura – condições de possibilidade de construção de uma Teoria Geral da Integração, como no que se refere ao uso da razão prática –, seja como a dogmática jurídica pode sugerir à prática política a reformatação de instituições de integração entre países, fora da matriz dada pela experiência europeia.

Saliente-se que o objetivo deste texto consiste em enfatizar a dimensão negativa da crítica (ADORNO, 2004), isto é, centralizar suas preocupações em apontar os limites do pensamento tradicional, sem se orientar no sentido de afirmar um único caminho reflexivo alternativo,

* As considerações epistemológicas em torno do evolucionismo, as quais foram desenvolvidas principalmente nos itens 1.1.1 e 2.1.1, baseiam-se em grande parte nas reflexões apresentadas anteriormente em Arthur Roberto Capella Giannattasio (2010b). Trata-se de uma mesma chave de leitura sobre as características do pensamento jurídico acadêmico brasileiro, a qual foi aplicada para perguntas de pesquisa distinta – lá, a pesquisa em Direito no Brasil, aqui, as narrativas brasileiras sobre direito da integração. Por esse motivo, o ineditismo de um estudo não é prejudicado pelo do outro. Caso o leitor se interesse pelo tema, remetemos à leitura do outro texto, para maiores informações e referências. Ademais, este artigo é uma versão revisada e substancialmente aprimorada de texto apresentado oralmente no Encontro da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional (SLADI), realizado em 13-15 de agosto de 2015, no Rio de Janeiro, Brasil.

1 Uma reinterpretação da avaliação sobre o Mercosul será apresentada no item 2.1.1, e um questionamento do caráter econômico das normas de integração será feito no item 2.2. Por esse motivo, tais questões não serão tratadas em partes autônomas do texto.

seja para superar tais limites, seja para substituir a leitura tradicional por meio da afirmação de uma leitura única que resolva todas as contradições de forma definitiva.

Em outras palavras, o limite da crítica aqui exercida busca, assim, restringir-se a apresentar os desvios de rota epistemológicos, metodológicos e históricos na construção de narrativas científicas e de soluções práticas para processos concretos de integração entre países. Todavia, essa negatividade da dialética proposta neste artigo não implica a necessidade de uma superação afirmativa e última das contradições aqui apontadas e a serem aprofundadas em textos posteriores. Esta é a característica que marca a sobriedade e o rigor de um pensamento genuinamente crítico: expor a nervura e os descaminhos de um pensamento tradicional estabelecido (*mainstream*), sem construir ou arrogar para si a pretensão de incorporar uma posição de exclusividade propositiva sobre a ciência e sobre o real (ADORNO, 2008).

Deste modo, sem pretensão de determinar um sentido normativo único para a reconstrução do pensar e do agir jurídico-político sobre a integração entre países, a terceira parte deste texto (3) esclarece como o autor percebe os limites gnoseológicos e práticos de uma Teoria Geral da Integração (3.1) e de uma dogmática jurídica internacional sobre desenhos institucionais de processos de integração (3.2). Com isso, pretende-se contribuir para a *práxis* jurídico-política brasileira internacionalista por meio de uma simples autoconscientização dos limites e das possibilidades do *establishment* teórico e prático sobre o direito da integração.

1 A leitura tradicional sobre direito da integração

A leitura tradicional sobre o direito da integração se funda em literatura que compreende serem processos de integração deflagrados por razões estritamente econômicas: interesses econômicos seriam primários e afastariam questões políticas. Nesse sentido, iniciativas de integração visariam à constituição de um "bloco econômico", como resquício do movimento de liberalização multilateral do comércio internacional inaugurado pela Conferência de Bretton Woods (1944), inserido no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT).

A integração seria assim mecanismo jurídico de aprofundamento das relações econômicas entre Estados e seria viabilizada por normas jurídicas de conteúdo econômico, visando à realização estrita de fins econômicos – criação de mercado comum, uniformização de políticas macroeconômicas e/ou monetárias, entre outros. Essa leitura teria por fundamento a narrativa histórica comum da integração europeia e teria pressupostos epistemológicos e metodológicos característicos, examinados a seguir.

1.1 A leitura tradicional e seus pressupostos

1.1.1 Epistemológico

O pensamento evolucionista foi sistematizado por Herbert Spencer, para quem a evolução estava relacionada a leis mecânicas que constituíam uma fórmula geral da evolução universal

aplicável também para o âmbito do social. Segundo essa perspectiva, o princípio darwiniano do transformismo – apenas sobrevivem as espécies mais adaptadas ao meio – apontaria que a superioridade entre os seres seria aferível pela diferenciação das formas de adaptação de seres ao seu meio. A excelência existencial – grau maior de evolução – de um ser seria sinalizada pela resposta mais efetiva aos estímulos materiais do entorno (BRÉHIER, 1938, p. 926-929).

O evolucionismo supõe uma regularidade linear e uniforme de evolução das sociedades: as culturas seguiriam as mesmas leis da variação social, ou ainda, "a mente humana evoluiria por toda parte da mesma maneira e também responderia do mesmo modo ao meio em que se vê situada, segundo o grau de sua evolução" (CARDOSO, 1995, p. 17). As sociedades teriam diferentes pontos de partida, mas todas perseguiriam linearmente as mesmas etapas institucionais. A preservação de qualquer sociedade se daria pela adoção de respostas institucionais predefinidas em etapas idênticas e sucessivamente necessárias, baseadas em soluções de sucesso de experiências anteriores.

Haveria, assim, uma régua comum para as diferentes formas de organização social. As diferentes sociedades teriam suas respostas institucionais avaliadas segundo o padrão dado por uma fórmula e sua organização social seria percebida como a de melhor desempenho e apontada como modelo de evolução a ser seguido. Por encerrar em si a imagem de ser o estágio máximo e qualitativamente superior de resposta institucional, essa sociedade adquire, por isso mesmo, a condição suposta de autoridade incontroversa, ou ainda, de exemplo de sucesso a ser imitado por qualquer projeto de reforma institucional (ALTWICKER; DIGGELMANN, 2014, p. 428; SKOUTERIS, 2010, p. 15-16, 35).

Essa noção de progresso evolutivo, segundo a qual a etapa posterior é superior à anterior e, dessa forma, deve ser percebida como a fórmula de sucesso a ser universalmente adotada ou exportada, marca a própria afirmação do discurso jurídico internacionalista tradicional e de seus consecutivos projetos de reformas institucionais (ALTWICKER; DIGGELMANN, 2014, p. 425-426, 432; SKOUTERIS, 2010, p. V, 1, 18-19, 35).[2] E é nesse sentido que se

2 Nesse mesmo sentido, a título meramente exemplificativo, conforme apontado por Martii Koskenniemi (2007), há que se lembrar a existência de inúmeros trabalhos em direito internacional do final do século XIX e de início do século XX – como os de Lassa Oppenheim, os quais argumentavam pela necessidade de desenvolvimento institucional do direito internacional no sentido de se tornar mais e mais próximo do modelo aperfeiçoado do direito estatal. Segundo essa perspectiva, apenas se o direito internacional seguisse exatamente os mesmos passos institucionais do direito estatal poderia ele atingir seu maior grau de evolução – assegurando, assim, uma maior efetividade no estabelecimento de condições seguras e estáveis na regulação jurídica das relações internacionais.
Apesar de persuasivo, o argumento não se sustenta em uma análise mais cuidadosa sobre a condição própria de o direito internacional deter um fundamento de sua juridicidade em elemento outro que o do direito estatal: não a centralização do uso da força e da produção normativa, mas a convicção de juridici-

afirma haver uma influência do evolucionismo no pensamento jurídico tradicional sobre a integração: segundo essa perspectiva, qualquer integração apenas será bem-sucedida se seguir uma lei geral da evolução necessária a todo e qualquer processo de integração entre países. Tais iniciativas apenas atingiriam seu máximo desempenho se imitassem os passos institucionais progressivos, etapa por etapa, de modelos aperfeiçoados.

> *[…] while progress may be a convenient label to caption a certain event […], it is ultimately a notion empty of meaning unless placed in the context of a narrative - a story about how things were, how things are, and how things need to become. […] Narratives of progress compete with and exclude alternative accounts. They also constitute the basis for policies and decisions that produce tangible effects on everyday life. In this light, progress narratives, and everyday invocations of the notion of progress in international law, are no longer descriptions of an objective reality but powerful rhetorical strategies of (de)legitimation.* (SKOUTERIS, 2010, p. VII).

Dentro dessa matriz epistemológica evolucionista, a Teoria Geral da Integração deveria encontrar e estabelecer a medida-padrão de integração, enquanto a dogmática jurídica de direito da integração deveria recomendar, com base na régua comum, a adoção ou a rejeição de soluções institucionais a processos de integração em curso. Apenas por meio dessa reprodução de respostas institucionais mais bem adaptadas, legadas por experiências de sucesso, poderia todo e qualquer processo de integração encontrar melhores condições para se adaptar a qualquer adversidade trazida pelo meio.

1.1.2 Metodológicos

A leitura tradicional se orienta metodologicamente pela contraposição de modelos direito internacional público do pós-Segunda Guerra Mundial: coexistência e cooperação.[3] A insuficiência

• • •

dade. Nesse sentido, ver Arthur Giannattasio (2015). Por razões distintas, Hans Kelsen (2010) também rejeita a possibilidade, a utilidade e a necessidade da imprudente aproximação do direito internacional em relação ao modelo do direito estatal.

Apesar de interessante, o tema foge ao escopo deste trabalho, que se dedica a compreender criticamente os limites epistemológicos, metodológicos e históricos da literatura tradicional em direito internacional público sobre direito da integração. Por esse motivo, o tema tratado nesta nota de rodapé não será abordado novamente neste artigo.

3 Um modelo não superou o outro: o direito internacional público contemporâneo é marcado pela simultaneidade dos dois paradigmas (CASELLA, 2008, p. 189, 228-229, 250, 259; MINIUCI, 2012). Essa distinção ignora estudos recentes sobre dois outros modelos: o direito internacional dos direitos humanos e os regimes jurídicos de governança global. Ver Faria (2004, 2008), Fischer-Lescano; Teubner (2004); Giannattasio (2010a, 2014), Koskenniemi (2007) e Teubner (2006). Ademais, para uma crítica da oposição

do modelo de coexistência teria implicado uma reformatação do direito internacional público e convidaria a uma atuação conjunta positiva entre os diferentes Estados. Processos de integração são compreendidos como exemplos de cooperação entre Estados.

A coexistência corresponde ao direito internacional clássico ou tradicional (QUADROS, 1984, p. 386), moldado para e pelos Estados, à imagem e semelhança destes. A lógica desse modelo é a do bilateralismo, de coordenação ou de sociedade relacional. A coexistência marca o direito internacional público em suas origens e pode ser ilustrada por Emer de Vattel (1758), para quem o direito internacional seria aplicável apenas às relações entre os Estados (CARRILLO SALCEDO, 1985, p. 183; CASELLA, 2008, p. 189, 228-9, 250, 259; MINIUCI, 2012).

O pressuposto desse paradigma são a vontade dos Estados e a relação entre estes, na medida de suas vontades. Os Estados seriam entidades políticas independentes e não subordinadas a uma autoridade superior, vinculadas apenas mediante consentimento – tratados internacionais ou costumes. Por se fundar no respeito recíproco entre Estados, as normas deste direito internacional são normas de mútua abstenção (FRIEDMANN, 1964, p. 60, 62), "definidas pela proposição não faça" (LAMBERTI, 1991, p. 47).

A cooperação representa a racionalidade do direito internacional do pós-Segunda Guerra Mundial – solidariedade internacional (QUADROS, 1984, p. 386). Sua novidade é evidenciada pela adição de outros sujeitos de direito internacional – as organizações internacionais. Na cooperação, os Estados se concertam dentro delas e com elas – por isso, esse paradigma é também denominado multilateralismo ou de sociedade institucional (CASELLA, 2008, p. 189, 228-229, 250, 259; MINIUCI, 2012).

As relações internacionais não se restringiriam a relações de respeito entre Estados: elas buscariam regular internacionalmente problemas transfronteiriços comuns, como meio ambiente, economia, cultura, entre outros, no interior de instituições comuns, para resolver interesses comuns (CARRILLO SALCEDO, 1985, p. 185, 188; FRIEDMANN, 1964, p. 60-62; LAMBERTI, 1991, p. 23, 26, 41). As organizações internacionais dirigiriam os Estados para atuar cooperativamente, no interior de um direito internacional caracterizado por normas "definidas pela proposição faça" (FRIEDMANN, 1964, p. 60-62; LAMBERTI, 1991, p. 48), vetores da ação estatal para o atingimento de objetivos comuns.

1.1.3 Histórico

A narrativa histórica tradicional inicia-se pela apresentação rápida das três Organizações Internacionais da década de 1950 na Europa: (i) a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA, Tratado de Paris, de 1951); (ii) a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA,

entre cooperação e coexistência como persistência de um discurso progressista de raiz evolucionista, ver Altwicker; Diggelmann (2014, especialmente p. 436-437).

Tratado de Roma, de 1957); e (iii) a Comunidade Econômica Europeia (CEE, outro Tratado de Roma, de 1957).

Posteriormente, indica as seguintes modificações: (i) instituição pelo Tratado de Bruxelas, em 1965, do Conselho Único e da Comissão Única às três Comunidades, para as unificar mediante instituições comuns, sem alterar a copresença de três Organizações Internacionais juridicamente distintas – o rigor jurídico exigia o uso da expressão no plural (REUTER, 1965, p. 176); (ii) reforma de instituição pelo Ato Único Europeu (AUE), de 1986, para integrar Espanha e Portugal e acelerar a instauração do mercado comum em setores econômicos estratégicos, mantida todavia a diferenciação triádica de organizações internacionais de integração europeia (GERBET, 2009, p. 19); (iii) surgimento da expressão "União Europeia" (EU) no Tratado de Maastricht, de 1992, mas com a permanência da personalidade jurídica ainda nas três Comunidades; (iv) reformas pontuais e sem grande significado pelos Tratados de Amsterdam (1997) e de Nice (2001) para a adesão de novos países; (v) surgimento da União Europeia apenas mediante o Tratado de Lisboa de 2007, como ente dotado de personalidade jurídica própria, a substituir as antigas Comunidades.

Por meio do Tratado de Maastricht, a integração da Europa ultrapassaria o *status* de mercado comum e adotaria instituições para uma união econômica e monetária associada à cidadania europeia, instituto estratégico para o mercado interior da Europa: liberdade de locomoção de pessoas e de estabelecimento de residência para a livre circulação de serviços (mão de obra) e de capitais. Por sua vez, o Tratado de Lisboa seria resposta à rejeição da França e dos Países Baixos (2005) ao Tratado que pretendia estabelecer uma Constituição para a Europa – isto é, uma resposta ao Tratado que buscara instituir uma união política – um Estado Federal Europeu. Ainda assim, Lisboa deteria caráter político por ter unificado temas que usualmente eram objeto de decisões políticas nacionais: segurança, cooperação policial e judiciária (extradição), vistos, asilo e imigração.

É a partir dessa narrativa histórica da integração europeia que a leitura tradicional desenvolve sua compreensão de Teoria Geral da Integração sobre as etapas de processos de integração. E, com isso, fundamenta os juízos normativos da dogmática jurídica internacional sobre processos de integração não europeus.

1.2 Integração e etapas de integração

A leitura tradicional compreende a integração europeia como modelo de aproximação entre países a ser seguido para o sucesso de todo projeto de integração, conforme etapas sucessivas estipuladas por Bela Balassa: Zona de Livre Comércio, União Aduaneira, Mercado Comum, União simplesmente Econômica, União Econômica e Monetária e União Política[4] (ACCIOLY, 2003;

4 Não é objetivo deste artigo explicar as etapas de integração. Sobre isso, consultem-se as obras mencionadas neste parágrafo.

CASELLA, 1994a; CELLI JR., 2006; MENEZES, 2000). Dentro dessa perspectiva, a integração política adviria após o sucesso da integração econômica (BERL, 1961; CASELLA, 1994b; HABERMAS, 2011; POZO, 2011; QUADROS, 1984; RAMOS, 2005), pois, sem a presença do cimento econômico, nenhum processo de integração edificaria uma união política.

Haveria um percurso necessário de evolução institucional dos processos de integração. O grau de evolução destes seria dado pela satisfação de arranjos normativos específicos, classificáveis em etapas cumulativas sucessivas de reformas institucionais, exemplificadas historicamente pela experiência europeia – a qual ditaria a fórmula geral da integração. As iniciativas de integração deveriam se pautar pela régua de tal experiência: partir do puramente econômico em direção ao econômico-político, ou, ainda, iniciar pela Zona de Livre Comércio para chegar à União Política.

1.3 Direito europeu como direito internacional econômico

> O direito comunitário europeu é direito essencialmente econômico, de inspiração liberal [...] baseado no reconhecimento da eficácia da economia de mercado e na primazia desse sistema na Europa "ocidental". Esses artigos de fé econômica [...] marca[m] indelevelmente o direito comunitário como direito econômico, tanto por sua essência, bem como pela natureza e direcionamento de sua regulamentação. (CASELLA, 1994c, p. 247).

As normas da integração europeia seriam um direito internacional econômico: não apenas teriam um conteúdo econômico, como também teriam sido gestadas conforme ideário de liberalização do comércio internacional, gestado no pós-Segunda Guerra Mundial. O fundamento dessa conclusão da leitura tradicional está centrado em uma interpretação dos artigos I e XXIV do GATT (1944) – o lastro jurídico internacional econômico para processos regionais de integração (BASSO, 1997, 1998a, 1998b; CELLI JR., 2006; LAFER, 1997, 1998; LIMA et al., 2005).

O Artigo I do GATT estabelece a cláusula da nação mais favorecida. Esta determina que vantagens econômicas concedidas a qualquer país são automaticamente estendidas a outro país similar. Essa norma jurídica viabilizaria institucionalmente a liberalização multilateral do comércio internacional, pois impede vantagens pontuais. Assim, preferências comerciais típicas de integração (livre circulação de bens, pessoas, serviços, capitais) seriam sempre estendidas aos demais países.

Todavia, o Artigo XXIV apresentaria uma exceção: as disposições do Acordo não se oporiam à formação de uma zona de livre comércio ou de uma união aduaneira entre as partes. Essa exceção era justificada pela percepção de que a liberalização regional do comércio reforçaria a liberalização mundial do comércio internacional. Acordos preferenciais regionais seriam autorizados na medida em que fossem complementos ao multilateralismo do comércio internacional.

Por essa razão, a leitura tradicional percebe a integração europeia como exceção autorizada pelo GATT: fator regional para a reconstrução econômica da Europa e variável necessária para a liberalização mundial do comércio (ACCIOLY, 2003, p. 46; BASSO, 1997, p. 21, 1998a, p. 81, 1998b, p. 34; BERL, 1961, p. 3, 5; CASELLA, 1994c, p. 247, 2000, p. 84; CELLI JR., 1990, p. 16-19, 28-37, 87, 2006, p. 21; COSTA, 2001, p. 44; DELMAS-MARTY, 2004, p. 47, 236; DURAN, 2012, p. 142-148; FRIEDMANN, 1964, p. 62-64, 68; GLAESNER, 1991, p. 288; JAMET, 2011, p. 44-45; LAFER, 1997, p. 86, 1998, p. 49; MACEK, 2011; MAGALHÃES, 2005, p. 106; MENEZES, 2000, p. 53-55, 58, 64-69, 71-72; MORAVCSIK, 2005, p. 6-7; RAMOS, 1996, p. 648, 2005, p. 23-25, 49, 58; RÉAU, 2008, p. 79; REUTER, 1965, p. 173-174).

1.4 Avaliação de processos de integração

A perspectiva tradicional avalia todo e qualquer processo de integração a partir da regra de existência comum estabelecida pelo modelo europeu; afinal, "*the notion of progress fulfils a crucial ideological role: [b]y constructing a seemingly true and incontestable version of history, the debate leaves alternatives and critiques disempowered and marginalized*." (SKOUTERIS, 2010, p. 38). Nesse sentido, a literatura tradicional compreende o Mercosul, desde o Protocolo de Ouro Preto, de 1994, como uma cooperação de caráter econômico, formalizada em uma Organização Internacional (ACCIOLY, 2003; CASELLA, 1996a, 1996b, 2005; CELLI JR., 1990, 2006; KALTENHALER; MORA, 2002, p. 74-77; PIZZOLO, 2012a, 2012b; SARAIVA, 2012).

Conforme essa perspectiva, o Mercosul buscaria constituir um mercado comum, mas seu arranjo institucional e sua prática normativa teriam-no tornado uma união aduaneira imperfeita (MALAMUD, 2005, p. 141; MALAMUD; SCHMITTER, 2006, p. 3, 15; SARAIVA, 2012, p. 93). Essa condição decorreria do (i) grande número de exceções, na prática, à Tarifa Externa Comum entre os países-membros, impedindo efetiva preferência regional, e (ii) de não ter havido a implementação dos elementos fundamentais de um mercado comum (liberdade de circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais) para a liberalização do comércio regional. A causa institucional usualmente apontada da imperfeição do Mercosul é a não adoção de instituições supranacionais – estrutura necessária para impedir exceções e instaurar as liberdades fundamentais do mercado comum, contrariando interesses estatais (D'ARCY, 2005, p. 32-34; MALAMUD, 2005, p. 141; PIZZOLO, 2012a, 2012b; SARAIVA, 2012, p. 88).

O Mercosul seria assim uma integração embrionária desejosa de se tornar tão profunda como a europeia: "*aspectos que cobraron gran relevancia en la UE, como la ciudadania regional, la cohesión social y la toma democrática de decisiones [...] estuvieron y siguen estando presentes en casi todos los debates acerca del MERCOSUR*." (MALAMUD; SCHMITTER, 2006, p. 15). Para que seus tratados internacionais pudessem incluir essas e outras questões avançadas, de modo que a integração mercosulina progredisse e alcançasse tal estágio evolutivo, ela deveria passar por reformas jurídico-institucionais previamente programadas, as quais inseririam a supranacionalidade necessária para realizar as uniões econômica e monetária e, em seguida, a união política.

> A influência da União Européia na gênese do Mercosul fez-se sentir na estruturação de seus órgãos, e, primordialmente, na adoção de seus princípios integracionistas. O modelo europeu de mercado comum logo se mostrou adequado às necessidades do Primeiro Mundo, e, o Mercosul [...] procurou as balizas do sistema comunitário europeu para a sua embrionária experiência, ambiciosa e vanguardista [...].
> Pretende-se que o Mercosul alcance, programaticamente, o estágio de mercado comum. Não se olvide entretanto, que uma longa jornada há pela frente. O mercado comum europeu esperou trinta e cinco anos para entrar em funcionamento [...]. Só o futuro revelará se o Mercosul reduzir-se-á a uma união aduaneira, ou alcançará o mercado comum, com todas as conseqüências que isso concerne. [...]. (ACCIOLY, 2003, p. 172-173).

2 A leitura crítica sobre direito da integração

A leitura tradicional explica coerentemente alguns aspectos do início da UE, mas, ao mesmo tempo, deposita sua interpretação imoderadamente em uma perspectiva evolucionista e economicista. Como aponta Patrice Rolland (2006, p. 8), "*[c]ette prééminence de l'économie dans la conception de l'unité européenne est source d'équivoques dans la mesure où la construction de l'unité est rapportée aux besoins de l'économie plus qu'à l'Europe elle-même*".

Há diferentes modos de interpretar fenômenos, e nenhum deles é suficiente para esgotar as significações possíveis. Qualquer explicação sobre algo jamais pode repousar sobre uma única fonte interpretativa, pois nenhuma é completamente certa ou errada, mas apenas evidencia perfis do mesmo fenômeno. Todas as leituras são igualmente válidas, precisamente porque revelam aspectos outrora não revelados por outras leituras (HUSSERL, 1980, 2006; LEFORT, 1986, p. 308; MERLEAU-PONTY, 2004).

A consciência sobre a inesgotabilidade de leituras aponta para a possibilidade de alargar as vias de compreensão do conhecimento de direito da integração. Afinal, toda leitura diz algo, mas não diz tudo – ou melhor, não diz tudo, mas diz algo. Este trabalho apresenta uma leitura crítica jurídico-política – dentre outras possíveis – à leitura tradicional.

2.1 A leitura crítica e seus pressupostos

2.1.1 Epistemológicos

A leitura crítica sobre o direito da integração recusa o evolucionismo por perceber limites à construção do conhecimento dentro dessa matriz: não faria sentido haver uma régua comum para avaliar as formas de organização social e cada resposta institucional em função de uma fórmula eleita como o cume de evolução da humanidade. A integração europeia não seria expressão máxima de uma evolução linear progressiva da humanidade e não poderia prescrever às demais experiências de integração – atuais e futuras – receitas institucionais em

etapas lineares, regulares e sucessivas, tampouco considerar as experiências passadas à luz dessas receitas.

Não há um padrão único e universalizável das maneiras de orientar a organização institucional: as respostas institucionais variam espacial e temporalmente como maneiras individuadas de reação jurídico-positiva a condições sociais específicas (UNGER, 2004, p. 53). As instituições são a roupagem normativa segundo a qual sociedades se expressam praticamente – ou ainda, são elas o meio prático segundo o qual "um ideal de civilização assume forma institucional detalhada" (UNGER, 2004, p. 9). As instituições são sempre customizadas, pois procuram atender a objetivos que se apresentam em cada contexto particular. Há que se prestar atenção a tais singularidades para avaliar desenhos institucionais (SCHAPIRO, 2011, p. 343).

Nesse sentido, a integração europeia se desenvolve no interior de processo histórico singular e não imitável. Tal particularismo histórico pode ser entendido como fator de diferenciação que impediria uma imediata replicabilidade de respostas institucionais de integração ao redor do globo a partir de sua própria experiência. Cada processo de integração deveria buscar seu próprio método de aproximação, sem pretender imitar os passos da União Europeia ou dos tipos descritos por Bela Balassa (CLOSA, 2011; PEÑA, 2011).

Demasiadamente centrada em um suposto sucesso único e invejável da integração europeia, uma Teoria Geral da Integração evolucionista carece de instrumental analítico para compreender as instituições de cada processo de integração da maneira como se apresentam e resta incapaz de verificar a variabilidade de respostas institucionais a condições históricas particulares. Enquanto base discursiva de uma certa noção de progressão necessária para uma situação institucional supostamente melhor, ao ignorar a especificidade customizada de respostas institucionais,

> *[…] the language of progress [works as] a language of authority, to legitimize and de-legitimize. Invoking or evoking the notion of progress is a common and perfectly acceptable rhetorical move. But when we speak of something as progressive we don't merely describe reality the way we perceive it.We also assume, postulate, propose a desirable improvement compared to the status quo ante*. (SKOUTERIS, 2010, p. 5).

Dessa forma, mais do que desenvolver juízos apressados e de baixa instrumentalidade prática – "falta um instituto, falta um órgão etc., para efetivar a integração"–, a postura antievolucionista compreende cada processo de integração em sua positividade, isto é, como resposta institucional que se apresenta a condições históricas específicas e não universalizáveis. Por isso, longe de se compreender o Mercosul como uma união aduaneira imperfeita que poderia trilhar os caminhos institucionais já percorridos pela UE, esse processo de integração deve ser percebido da maneira como se apresenta. Se ele não opera como a integração europeia, isso deriva do simples fato de ele não ter sido uma resposta institucional às mesmas exigências que

a UE buscou combater (D'ARCY, 2005, p. 23 e 35; KALTENHALER; MORA, 2002, p. 92-93; MALAMUD, 2005, p. 138-139; MALAMUD; SCHMITTER, 2006, p. 16).

Não seria assim adequado afirmar que ao Mercosul – ou a qualquer integração – faltariam os arranjos institucionais da integração europeia para se tornar uma integração plena. Antes, tais arranjos foram orientados precisamente para que não funcionassem como a integração europeia, pois seriam soluções institucionais a outras condições históricas e com outros objetivos.

2.1.2 Históricos

O GATT e o sistema Bretton Woods não podem ser entendidos como fundamentos históricos exclusivos da integração europeia. Um exame histórico acurado aponta que a discussão sobre a aproximação entre países europeus é anterior a ambos e remonta, no século XX, ao período entreguerras (1919-1939).[5] Todavia, é no final da Segunda Guerra Mundial que se formam duas correntes favoráveis à união dos países europeus: o unionismo e o federalismo.[6]

O unionismo defendia uma união por uma cooperação intergovernamental típica de uma organização internacional, calcada na preservação das soberanias nacionais. Essa corrente pressupunha a intangível vontade estatal soberana como o critério nomogenético fundamental do direito internacional público. O federalismo europeu encontrava sua solução em caminho distinto: uma união da Europa por adoção imediata e integral de instituições federais entre todos os Estados europeus. Essa união política ocorreria no interior de um Estado federal europeu baseado em unidade cultural em torno dos direitos humanos e da democracia (BITSCH, 2006, p. 47; CASELLA, 1994a, p. 77, 84; MATTERA, 2002, p. 17-18; MAZOWER, 1998, p. 202-204; MORAVCSIK, 2005, p. 70; PITTA E CUNHA, 2004, p. 38; QUADROS, 1984, p. 117; QUERMONNE, 2008b, p. 23, 2010, p. 10-13; RÉAU, 2008, p. 167; ROLLAND, 2006, p. 487, 523, 557).

Para o unionismo, a integração ocorreria mediante uma organização internacional de cooperação intergovernamental limitada pelas soberanias nacionais, ao passo que, para o

• • •

5 Cinco nomes podem ser mencionados: Louise Weiss e seu periódico *Nova Europa* (1918-1934), com artigos sobre a unidade da Europa; Richard Coudenhove-Kalergi e suas obras *Pan-Europa* (1923), *A luta pela Europa* (1931) e a *Europa unida* (1939); Gaston Riou e suas obras *Europa, minha pátria* (1928) e *Unir-se, ou morrer* (1929); Aristide Briand e seus dois discursos perante a Assembleia Geral da Sociedade das Nações – o Discurso para a União Europeia (1929) e o Discurso à Terceira Sessão Plenária (1930), bem como o *Memorandum* sobre a Organização de um Regime Federal Europeu (1930), redigido em conjunto com Alexis Léger.

6 Para um mapeamento não exaustivo das principais narrativas que tentam explicar teoricamente o sucesso da integração europeia, principalmente após a década de 1980, ver Closa (1994), Malamud; Schmitter (2006, especialmente p. 5-8) e Schmitter (2010, p. 725).

federalismo, ela se deflagraria com a eliminação da soberania estatal por um um Estado federal europeu substituto dos Estados nacionais. O primeiro se funda em uma concepção clássica de direito internacional público (vontade dos Estados) e se constrói mediante institutos de cooperação. O último afasta o direito internacional público e adota um direito estatal federal, dotado de mecanismos de intervenção federal para preservar coercitivamente o patrimônio cultural e político europeu.

No embate entre unionismo e federalismo, o unionismo obteve sucesso nas discussões sobre o arranjo institucional de todas as organizações internacionais europeias do pós-Segunda Guerra Mundial – quanto à cooperação econômica, na Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), em 1948; a cooperação militar, com o Pacto de Bruxelas, em 1948; e a cooperação política no Conselho da Europa (CdE, em 1949) –, ainda que a oposição entre ambas tenha sido mais tensa na discussão deste último (BITSCH, 2006, p. 31, 43-45, 52-53; BOSSUAT, 1994, p. 125; BRUGMANS, 1969, p. 3; GLAESNER, 1991, p. 287; MONACO, 1961, p. 212; QUERMONNE, 2008b, p. 23, 27-28; RÉAU, 2007, p. 11-12, 2008, p. 188; REUTER, 1965, p. 106; ROUGEMONT, 1961, p. 411).

A integração europeia que culminou na atual UE foi deflagrada apenas em 1951, com a CECA (BASSO, 1998a, p. 81, 1998b, p. 34; CASELLA, 1994a, p. 77; DEHOUSSE, 2011, p. 3). Esta organização internacional adotara um modelo de direito internacional público inovador na gestão comum do carvão e do aço (ADENAUER, 1980c, p. 338; DREYFUS, 2008, p. 146; MATTERA, 2002, p. 23, 27; MALAMUD; SCHMITTER, 2006, p. 9; SCHUMAN, 1953, p. 4). No embate histórico entre a narrativa unionista e a federalista, a CECA assumira uma figura intermediária em seu Tratado Constitutivo (Tratado de Paris, de 1951): ao mesmo tempo que recusava a simples cooperação intergovernamental, também afastava a instituição de um Estado federal europeu. Este meio-termo – denominado funcionalismo – tinha por objetivo uma integração jurídica eficaz diante de eventuais vontades estatais contrárias e avessa a uma unificação política e cultural da Europa (GIANNATTASIO, 2013).

2.1.3 Metodológicos

A rápida narrativa histórica permite circunscrever algumas conclusões metodológicas: (i) possibilidade de colocar em suspenso a exclusividade de uma leitura econômica; e (ii) possibilidade de ampliação conceitual para além da oposição entre coexistência e cooperação.

No que se refere à suspensão da causalidade econômica, nas discussões sobre o modelo institucional da integração europeia estão presentes elementos adicionais aos aspectos econômicos. O embate entre unionismo e federalismo foi fonte de discussões políticas sobre temas como tangibilidade da soberania nacional, uniformização de regimes políticos em torno da democracia, unificação cultural em torno dos direitos humanos, autoridade internacional superior aos Estados nacionais, direito internacional público *versus* direito estatal federal, entre outros.

Há assim questionamentos intensos em torno de modelos institucionais que tratavam do tema da origem do poder e do direito em uma Europa integrada e das relações que os

países europeus guardariam com relação a essa fonte, a despeito de serem entidades soberanas. Se as preocupações econômicas (reconstrução da Europa) estavam presentes, não se podem atribuir exclusivamente a interesses econômicos o arranjo institucional e o sucesso da integração. Se era possível prever a produção de resultados econômicos favoráveis, isso não descaracterizaria o caráter político originário da proposta e do método de integração adotado (ADENAUER, 1980b, p. 336, 1980c, p. 338; MONNET, 1986, p. 2; SCHUMAN, 1950, p. 3, 1953, p. 3-4).

Há uma preocupação política na discussão sobre a forma institucional da integração europeia. Não apenas se opõem dois diferentes modelos sobre a organização da produção de normas e do poder na vida comum (unionismo *versus* federalismo). A própria terceira via escolhida é, por si só, um ato político – recusa concomitante do unionismo e do federalismo – e ato de invenção da política na Europa – vida comum no processo nomogenético.

O que estava em causa no arranjo institucional da CECA não era (somente) solucionar problemas econômicos, mas resolver, por meio de mecanismos de direito internacional público, questões relativas a um centro internacional comum (comunitário) de produção normativa e decisória – isto é, questões relativas ao poder e ao jogo de forças constitutivo e mobilizador desse poder. A questão fundamental a ser resolvida pela direitificação inovadora das relações internacionais na Europa – principalmente Alemanha e França – era configurar um desenho institucional que conferisse a todos os partícipes posição horizontal em tal processo nomogenético internacional, cujo resultado deveria ser, além disso, a todos igualmente vinculante e de todos igualmente exigível (ADENAUER, 1980a, p. 315-316; BITSCH, 2006, p. 63; RÉAU, 2008, p. 197; SCHUMAN, 1953, p. 3).

Essa perspectiva reorienta a Agenda de Pesquisa sobre Direito da Integração, pois coloca em suspenso a imediatidade das explicações econômicas sobre as origens da integração e de seu modelo institucional. Mostra-se possível orientar estudos futuros no sentido de compreender a lógica política usualmente não percebida em seu arranjo institucional – seja como opção negativa (não federalismo, não unionismo), seja como opção positiva (horizontalidade entre diferentes em vida comum).

No que se refere à ampliação conceitual de modelos institucionais internacionais, o método comunitário instituído pela CECA complexifica a própria distinção entre cooperação e coexistência. A opção funcionalista é um terceiro mecanismo de organização jurídica das relações internacionais, meio caminho entre cooperação e união estatal. Se a CECA negava a opção tradicional da simples coexistência entre Estados, e se ela se orientou no sentido de recusar um Estado federal europeu, ela também não pode ser compreendida como um simples mecanismo de cooperação.

O método comunitário funcional "inovou a inovação" do pós-Segunda Guerra Mundial e tornou mais complexa a compreensão de modelos jurídicos institucionais internacionais. O novo modelo institucional internacional percebia que o direito internacional público não deveria ser abandonado (rejeição do federalismo), mas também que não se deveria persistir

na repelição mútua entre países (rejeição da coexistência). Ao mesmo tempo, entendia que a aproximação de países para resolver questões comuns não deveria temer um direcionamento internacional das soberanias a favor da estabilidade de uma vida comum (aprimoramento da cooperação) (MONNET, 2001, p. 187; QUERMONNE, 2008b, p. 32, 2010, p. 9).

O caminho institucional inaugurado pela CECA lidaria com um novo tipo de norma jurídica de direito internacional público. Sem concordar com a rigidez das normas de abstenção ou com a suficiência das normas de ação, essa direitificação de relações mediante oposições normativamente estimuladas culminou em um modelo instituído para fazer funcionar uma vida pública entre diferentes povos, sem pretender retirar destes a condição de serem povos distintos e soberanos. Esse modelo Funcionalista é aqui denominado convivência, pois as normas jurídicas teriam se estruturado, mediante freios e contrapesos normativamente previstos, para constituir um espaço público comum permanentemente conflitivo e tenso entre diferentes soberanos para decisões normativas fundamentais sobre o destino comum.[7]

A convivência[8] seria assim um terceiro modelo de direito internacional, o qual deteria profunda inspiração política (ADENAUER, 1980b, p. 336; MONNET, 1986, p. 2; SCHUMAN, 1950, p. 3, 1953, p. 3-4): garantir que a técnica jurídica seria utilizada para (i) a criação de um esfera pública responsável pela gênese de normas e de decisões, (ii) o estabelecimento de condições de preservação dessa esfera pública, mediante (iii) a instituição de uma vida comum tensa em torno desse lugar de poder e do direito, no interior do qual seria possível (iv) a vocalização permanente de diferentes perspectivas.

Por meio da previsão de estruturas jurídicas de compartilhamento de deveres de participação no processo decisório entre os países-membros da CECA, o direito internacional previra normas de oposição que estabeleceram institucionalmente condições aos diferentes povos para se encontrarem e decidirem em conjunto, e em pé de igualdade, problemas oriundos dessa vida comum. As instituições jurídicas seriam responsáveis pela permanência da horizontalidade nas relações internacionais relativas a decisões normativas sobre o destino comum.

• • •

7 O funcionalismo detém assim profunda orientação política, pois estruturou institucionalmente relações de poder entre diferentes Estados na construção tensiva do sentido normativo e decisório destinado a reger a vida comum. Essa conclusão difere da tradicional (AZEVEDO, 1971, p. 75, 79; BITSCH, 2006; CASELLA, 1994a, p. 77; DREYFUS, 2008, p. 144, 147, 150-151; GERBET, 2004, 2009; GLAESNER, 1991; MATTERA, 2002; QUADROS, 1984, p. 119-124; QUERMONNE, 2008a; RÉAU, 2008; REUTER, 1965, p. 42; ROLLAND, 2006, p. 584 e 587), a qual o apreende como funcional por atribuir funções administrativas sobre setores econômicos para uma organização internacional.

8 O termo integração está bastante ligado à dimensão econômica de aproximação entre países. Com o termo convivência, enfatiza-se a dimensão político-institucional de tal processo: diferentes implicados institucionalmente em uma vida tornada comum (CARDOSO, 2004, p. 50; VERNANT, 1981, p. 71-72).

A convivência teria por característica a estrutura em torno de normas jurídicas que impunham a permanente oposição entre os diferentes – todos igualmente obrigados a continuamente participar das discussões sobre o processo nomogenético da vida tornada comum. Tais normas estariam assim preocupadas em evitar qualquer centralização na produção normativa mediante contínua preservação de um vazio no lugar do direito e do poder – exclusão de preponderância institucional *a priori* de qualquer entidade no processo nomogenético, fosse ela nacional, internacional ou supranacional.

2.2 Integração e etapas de integração

A leitura tradicional aponta uma antecedência cronológica do econômico em relação ao político – isto é, que as origens da integração europeia teriam apostado em uma solução jurídico-econômica, para apenas posteriormente assumir contornos jurídicos-políticos. O percurso de evolução exigiria inicialmente a satisfação integral de condições econômicas para, depois, pensar-se em um processo de união política.

A experiência da integração europeia aponta, contudo, que, em termos institucionais, o político não teria sido cronologicamente posterior ao econômico, mas cronologicamente concomitante e logicamente anterior. Se normas de direito econômico foram utilizadas no tratado internacional para instituir a CECA, a preocupação fundamental do arranjo institucional não era resolver questões de competição econômica, mas colocar os países fundadores em pé de igualdade, por meio do direito internacional público, em um recém-criado centro de direito e de poder, destinado a reger a vida comum.

Assim, a união política foi pensada em conjunto com o projeto de aproximação econômica, não sendo possível estabelecer uma sucessão necessária de etapas do econômico em direção ao político. Institucionalmente, política e econômica, mas enraizada juridicamente na lógica da política, a integração europeia teria utilizado politicamente a técnica jurídica para escapar, mediante compartilhamento de deveres de participação e de oposição em decisões fundamentais para a convivência, da possibilidade de uma decisão soberana unilateral por qualquer dos participantes da vida comum.

Nesse sentido, sendo a integração entendida como um processo político e econômico expresso juridicamente por instituições internacionais responsivas a condições específicas espaciais e temporais de cada um de seus Estados-membros, não se pode afirmar haver uma fórmula única inicial e contínua que produza as mesmas consequências e que exija o seguimento exato dos mesmos passos. Não se pode esperar ou exigir a sucessão universal de etapas fixas entre todos os processos (CLOSA, 2011; PEÑA, 2011), pois "*[l]a integración regional es un proceso, no un producto. Una vez iniciada [...] puede proseguir en una multitud de direcciones y generar efectos secundarios y terciarios no imaginados por quienes la pusieron en marcha. [...N]adie puede predecir hasta dónde llegará ni cuales serán sus resultados*." (MALAMUD; SCHMITTER, 2006, p. 8-9).

3 Limites e possibilidades de uma práxis em direito da integração

A partir da compreensão da especificidade histórica do arranjo institucional de cada processo de integração, poder-se-ia perguntar sobre (i) as condições de possibilidade para se desenvolver uma Teoria Geral da Integração que saiba lidar com essa idiossincrasia hiperbólica de desenhos institucionais, e (ii) como essa Teoria Geral da Integração poderia contribuir para a adoção de soluções institucionais práticas da dogmática jurídica para outros processos de integração no mundo.

Em outras palavras, diante da crítica epistemológica, metodológica e histórica feita às bases do pensamento jurídico tradicional sobre direito da integração, que lições poderiam ser extraídas para o aprimoramento do exercício da

> (i) razão pura, na medida em que, se as ciências sempre procuram encontrar semelhanças, aproximações e generalizações, como se pode fazer Teoria Geral do Direito da Integração se não há padrão único?; e
>
> (ii) razão prática, visto que, se a lição é separar a experiência da integração entre países do paradigma europeu, como a crítica pode viabilizar uma imaginação institucional alternativa que apresente soluções jurídicas inovadoras para realidades distintas de integração, como as que ocorrem no ambiente latino-americano (o Mercosul, por exemplo)?

Os próximos itens examinarão cada um desses aspectos separadamente, com o objetivo de esclarecer como o autor percebe os limites gnoseológicos e práticos de uma Teoria Geral da Integração (3.1) e de uma dogmática jurídica internacional sobre desenhos institucionais de processos de integração (3.2).

3.1 Elementos de uma Teoria Geral da Integração Pós-Crítica

Em primeiro lugar, é importante destacar não ser admissível em ciências sociais aplicadas – como em qualquer ciência social – buscar uma unidade metodológica para fins de pesquisa. É sempre a especificidade do objeto estudado (tema e problema de pesquisa) que determina a utilidade ou não do uso de determinado método para investigações científicas (ADORNO, 2008; DURKHEIM, 1978; WEBER, 2006). Em outras palavras, a complexidade interna do objeto determina a consciência da necessidade de abertura do método para uma complexidade apta a abranger o seu objeto. Essa diversificação do método é ainda mais peculiar nas ciências sociais, haja vista a comunhão da condição entre sujeito e objeto (HORKHEIMER, 1975).

Deste modo, em sede de ciências sociais, não há que se falar em carência de possibilidade de construção de pensamento científico em virtude de ausência de um padrão identificável no objeto de estudo. A ausência de um padrão identificável permite ao cientista social construir conceitos histórico-concretos que se fazem e refazem a cada novo objeto de estudo

(ADORNO, 2008). Mas essa não permanência de padrões de forma alguma impede a construção de uma interpretação sobre o real.[9]

A idiossincrasia hiperbólica de processos de integração ressaltada pela crítica apontada por este texto não deve intimidar o pensamento jurídico brasileiro sobre a possibilidade de construção de uma Teoria Geral da Integração que se beneficie dos alertas epistemológicos, metodológicos e históricos acima apresentados. Deve-se ter consciência no campo da gnoseologia da necessidade de se alterar a forma de construção de conhecimento teórico em sede de ciências sociais: as generalizações conceituais fundamentais para a edificação de teorias são histórico-concretas, fazendo-se e refazendo-se no tempo em função de novos objetos. Mas tal ausência de padrões permanentes entre diferentes objetos não impede a possibilidade de construções teóricas a partir de generalizações.

Dessa forma, o alerta realizado acima apenas sinaliza para a impossibilidade de se persistir aplicando as categorias de base da Teoria Geral da Integração lastreadas na percepção tradicional. Não apenas seus conceitos histórico-concretos são insuficientes para pensar a integração europeia em seu total movimento de transformação histórica, como também são inadequados para pensar – e orientar – outros processos de integração fora do continente europeu. A Teoria Geral da Integração deve reconhecer, assim, a impossibilidade de manter suas categorias fundamentais diante de novos objetos (localizados de forma distinta no tempo e no espaço), devendo buscar reformular seus conceitos operacionais para que estejam abertos metologicamente à variabilidade própria do objeto que constitui seu campo de investigações. Quais seriam esses conceitos e como eles seriam constituídos são perguntas que fogem aos objetivos deste

• • •

9 Por esse motivo, não há que se falar sobre a impossibilidade mesmo de dividir, no item 2.1.2, *supra*, os movimentos europeístas entre unionismo e federalismo. Não apenas porque os próprios movimentos concretos se autoatribuíram historicamente tal denominação – como apontam documentos históricos do *United Europe Movement*, de Winston Churchill, e da *Union Européenne des Fédéralistes*, de Denis de Rougemont, Hendrik Brugmans, Salvador de Madariaga, entre outros. Mas também porque a historiografia europeísta – neste texto representada exemplificativamente por Marie-Thérèse Bitsch (2006), Gérard Bossuat (1994), Jean-Louis Quermonne (2008a, 2008b), Élisabeth du Réau (2008) e Patrice Rolland (2006), entre outros – agrupa teoricamente cada um dos movimentos nos dois grupos mencionados em função de categorias comuns.
Havia assim uma variabilidade histórico-concreta apta a ser apreendida por meio de abstração conceitual que é própria para as ciências sociais – como a do conhecimento jurídico – poderem construir suas (mutáveis) interpretações teóricas sobre o real. Desse modo, não faz sentido afirmar ser impossível qualquer generalização que inviabilize pensar a divisão entre unionismo e federalismo, pois a História, a historiografia e a própria condição metodológica das Ciências Sociais permitem concluir diferente disso.
Por fim, sobre a possibilidade de o pensamento social se pautar cientificamente por teorias fundadas em conceitos histórico-concretos, remetemos o leitor interessado a Theodor Adorno (2008), Émile Durkheim (1978) e Max Weber (2012).

trabalho – preocupado em delinear algumas das condições de possibilidade para uma nova Teoria Geral da Integração.[10]

Em segundo lugar, há que se lembrar a presente transição do paradigma científico (LYOTARD, 1979; MERLEAU-PONTY, 2004; SANTOS, 1988), da modernidade para a pós-modernidade. A consciência dessa mutação paradigmática atualmente em curso permite compreender não apenas que a idiossincrasia hiperbólica não é um entrave para a construção de um conhecimento científico seguro, como também exige uma nova maneira de se pensarem as condições de possibilidade de produzir o saber científico – isto é, uma nova epistemologia e uma nova metodologia.[11]

A Filosofia e a ciência modernas estabeleceram um pensamento científico que se estrutura a partir de certezas dadas por meio da identificação de padrões. Estes seriam encontrados mediante a utilização de uma chave de leitura constituída por meio de uma unidade metodológica que operaria como um padrão existencial avaliativo e explicativo único e inquestionável (COMTE, 1978; DESCARTES, 2004). Esse processo deriva de um movimento claro de laicização do saber que, ao acompanhar o processo de laicização do poder, não deixou, contudo, de seguir a mesma lógica de centralização unitária e identitária dos parâmetros explicativos em torno de um único referencial: não mais um Deus, mas um homem racional (LEFORT, 1991).

O pensamento científico erguido em pilares modernos tem como pressuposto a unidade metodológica dada pelo Tribunal da Razão humana (KANT, 2012), tribunal este marcado

• • •

10 Fica aqui registrado o convite para futuras investigações conjuntas em torno dos novos conceitos adequados para uma nova Teoria Geral da Integração. Essa é, por sinal, a intenção de se inaugurar uma nova Agenda de Pesquisa em Direito sobre processos de integração a partir das críticas aqui expostas: não resolver todas as questões em um único texto e sozinho. Trata-se de obra conjunta da qual deve participar toda a comunidade acadêmica jurídica interessada e em textos posteriores. Apenas por esse processo dialógico poderá a comunidade acadêmica produzir conhecimento jurídico de excelência – de forma colaborativa, em redes, e progressivamente no tempo.

11 Como afirmado no início deste texto, não é nosso objetivo aqui desenvolver em pouquíssimas linhas a necessária nova epistemologia para uma ciência pós-moderna, nem mesmo discutir as categorias propostas para orientar na construção desta epistemologia pós-moderna. O objetivo da discussão aberta neste tópico sobre a referida transição científica é muito mais modesto e se mostra como um sustentáculo lateral para sinalizar a viabilidade e a utilidade da crítica ora exposta.
Como será visto nas linhas a seguir, uma vez identificada a variabilidade espaçotemporal de processos de integração, antes de se cogitar sobre a impossibilidade de construção de Teoria Geral da Integração por ausência de padrão, é necessário perceber que a exigência de um padrão explicativo único não faz sentido dentro da atual condição pós-moderna. Nesse sentido, a Teoria Geral da Integração deveria sofrer um processo de reconstrução epistemológico de reconhecimento da impossibilidade de estabelecer um padrão, o que exige uma reestruturação metodológica capaz de abranger cientificamente essa variabilidade dada pela constatação dessa inescapável idiossincrasia hiperbólica.

por uma certa unidade padrão (i) pressuposta, por exigir a satisfação de requisitos para construir o conhecimento, e (ii) imposta, por desconsiderar sujeitos, métodos e objetos de conhecimento que estejam em desconformidade com tais padrões, desprezando-os como saberes de menor grau, saberes informais – como saberes não científicos (BAUMAN, 1998; LYOTARD, 1979; MERLEAU-PONTY, 2004; SANTOS, 1988).

A constatação da condição pós-moderna que permeia as formas de produção de conhecimento e de organização de uma sociedade justa (LYOTARD, 1979) apontou, todavia, que a matriz fundante do pensamento científico moderno é limitada. Ao estipular o centro de produção do saber científico como padronizado em torno de um padrão estabelecido pela razão do homem, adulto, civilizado e são (MERLEAU-PONTY, 2004), a modernidade negou a possibilidade de o sujeito epistemológico ocupar outras posições categoriais fundamentais – seguindo os termos de Merleau-Ponty (2004), as posições de não homem, não adulto, não civilizado, não são – para a produção do conhecimento e para organizar um novo modo de vida.

A pós-modernidade se mostra assim como a consciência de que o paradigma científico que estabelece os pressupostos modernos se restringiu a um específico modelo existencial e rejeitou os que fugiam ao escopo da unidade metodológica fundada em um padrão único – o da razão humana europeia (LÉVI-STRAUSS, 1990; LYOTARD, 1979; MERLEAU-PONTY, 2004). Em outras palavras: a pós-modernidade denuncia que a exigência formal de um padrão único racional no real para, então, construir uma teoria geral fundada na razão humana se mostra como um requisito epistemologicamente eurocêntrico, inscrito no próprio registro genético da ciência forjada no interior da modernidade.

Por esse motivo, na presente transição paradigmática da teoria do conhecimento científico, a forma de construção de um saber que seja denominado ciência perde sua pretensão de se alicerçar em torno de um monismo metodológico unitário e identitário. Outras condições de possibilidade de construção do conhecimento devem ser buscadas para além dos preceitos do Tribunal da Razão etno e eurocêntrico.

Isso implica reconhecer, inclusive, que, para se construir a ciência, a própria exigência metodológica de um padrão como requisito para se obter o mínimo de certeza necessário para produzir uma teoria é, por sua vez, uma exigência marcada indelevelmente pelo paradigma moderno. A pós-modernidade elucida, assim, que, na verdade, jamais se foi moderno (LATOUR, 1994), ou ainda, dito de outro modo, que a modernidade foi apenas mais um dos projetos civilizatórios gestados no interior de um movimento de construção de um modo de vida e de pensar secularizado do Ocidente europeu. Este se mostrava por demais preocupado por substituir uma certeza única de origem transcendente religiosa por outra, igualmente única e transcendente, calcada em um ser humano imaginado como único e total (LEFORT, 1991).

Por isso, em sede de paradigma científico pós-moderno, deve-se estar consciente de que a única certeza é a da incerteza, de que o padrão é não haver padrão (SANTOS, 1988). Nesse sentido, essa condição fluida, derivada da consciência de outros modos de habitar o mundo, para além do paradigma do homem adulto, civilizado e são (MERLEAU-PONTY, 2004), não

obsta a possibilidade de edificação de pensamento científico (LYOTARD, 1979; SANTOS, 1988): o que se exige é uma nova metodologia, a metodologia da incerteza e do reconhecimento da incerteza e que a ciência possa se constituir nessas novas bases de consciência da constância do inconstante.

É precisamente por esse motivo que este artigo enfatiza a idiossincrasia hiperbólica entre os processos de integração. Na esteira de se rejeitar um padrão epistemológico evolucionista de matriz eurocêntrica na construção de uma Teoria Geral da Integração, mostra-se fundamental ressaltar que o real escapa aos parâmetros totalizantes, unitários e homogeneizantes dados pela matriz científica da modernidade. Não se deve lamentar a complexidade da presente condição epistemológica ou louvar a facilidade dada pela restrição forjada do paradigma anterior. A possibilidade de teoria científica permanece hoje – mas, para isso, exige-se um novo tipo de esforço por parte do cientista social do Direito ciente da condição pós-moderna.

Nesse sentido, dentro de uma condição pós-moderna, é possível se pensar em uma Teoria Geral da Integração dentro de um novo paradigma científico, que deve se preocupar com a adoção de uma perspectiva científica avessa a uma determinação metodológica única, a qual seja capaz de lidar cientificamente com a variabilidade de potencialidades explicativas do real, sem se preocupar epistemologicamente com a necessidade de um padrão. Em sede de pós-modernidade, uma Teoria Geral da Integração deve buscar retrabalhar sua metodologia científica para que possa permanecer sempre aberta à imponderabilidade de experiências normativas e institucionais. Como e quais seriam as características dessa nova metodologia são questões que escapam aos objetivos do presente trabalho.[12]

3.2 Crítica e seus limites para uma prática institucional

Quais são os limites de uma crítica à dogmática jurídica que torne impossível apresentar uma orientação prática para a formação de novas soluções institucionais? Em outras palavras, como visto acima, se a lição é separar a experiência da integração entre países do paradigma europeu, como a crítica pode viabilizar uma imaginação institucional alternativa que apresente soluções jurídicas inovadoras para realidades distintas de integração, como as que ocorrem no ambiente latino-americano (o Mercosul, por exemplo)?

Como explicado linhas acima, este texto se concentra na dimensão negativa da crítica e, por isso, se restringe a apresentar os desvios de rota epistemológicos, metodológicos e históricos na construção de narrativas científicas e de soluções práticas do *establishment* para processos concretos de integração entre países. Todavia, essa negatividade da dialética aqui proposta não implica a necessidade de uma superação afirmativa e última das contradições aqui apontadas (ADORNO, 2004).

• • •

12 Fica aqui registrado novamente o convite para futuras investigações conjuntas em torno dos novos conceitos adequados para uma nova Teoria Geral da Integração.

Não há, assim, nenhuma pretensão de substituir a leitura tradicional e suas propostas institucionais (adoção de instituições supranacionais, diminuição de exceções ao livre comércio) por meio da afirmação de uma leitura única que resolva todas as contradições de forma definitiva e que, com uma receita pronta, proponha soluções racionais novas e descoladas da experiência. E, se uma lição pode ser retirada da transição epistemológica para a pós-modernidade, ela consiste precisamente em reconhecer que os grandes projetos arquitetados por uma pretensão de solução unidimensional de origem transcendente culminaram em desvios de rota perniciosos para a humanidade (GIANNATTASIO, 2014).

Buscar formatar o real e sua pluralidade escalar de acordo com um projeto de arquitetura institucional desenhado com fundamento em uma medida transcendente religiosa ou racional unidimensional é buscar homogeneizar o real e abafar a espontaneidade criativa que marca a imanente vida política de cada sociedade (BAUMAN, 1998). Em termos institucionais, significa universalizar um determinado arranjo sem se preocupar com sua customização – um descolamento profundo que pode gerar resultados decepcionantes em relação ao projeto original, dada a imponderável especificidade de projetos civilizacionais (SCHAPIRO, 2011).

Restrita a uma dimensão negativa da crítica, como pode então a Teoria Geral da Integração pós-crítica oferecer instrumentos para uma solução prática a ser adotada pela dogmática jurídica? Simplesmente reconhecendo que deve ela se manter aberta de forma permanente, sem se arrogar a pretensão de ditar um caminho único à experiência da integração entre países a partir de modelos não universalizáveis.

Em outras palavras, ela deve buscar fomentar a autonomia de projetos de integração, sem pretender qualquer determinação *a priori* da experiência. Apenas por meio de uma recusa consciente da necessidade de se buscar um modelo a ser identificado como o mais bem desenvolvido e que, portanto, deve ser sistematizado para ser exportado e/ou imposto como sinal de progresso,[13] é que conseguirá dogmática jurídica permitir o florescimento espontâneo de arranjos institucionais políticos inovadores. A Teoria Geral da Integração deve se livrar do compromisso teórico-prático de encontrar, eleger e replicar um padrão de integração entre países. Deve ela, portanto, se autonomizar.

13 Nesse sentido, é interessante a observação de Thomas Skouteris (2010, p. 5-6): "*Progress talk is not just hortatory but often becomes the decisive discourse for policy making. From academic education to the way we choose to provide solu- tions to concrete situations or allocate resources, ideas of progress have palpable political salience in everyday life. Arguments about progress (or regression) mete out resources, power, justice, legitimacy, and set aside competing claims or understandings*". E é precisamente o abandono crítico dessa postura evolucionista eurocêntrica que marca o discurso e o tom da noção de progresso em direito internacional público que o presente artigo propõe – não apenas em direito da integração, mas em outros desdobramentos do direito internacional público.
Por esse motivo, este texto se restringe à dimensão negativa da crítica: a fim de não eleger qualquer modelo teórico ou prático como a resposta única e exemplar a ser adotada, seja para a razão pura, seja para a razão prática em direito da integração.

Para permitir essa autonomia da prática institucional viabilizada pelos institutos da dogmática jurídica, deve a Teoria Geral da Integração ser ela mesma epistemológica e metodologicamente autonomizada. Abrir-se cientificamente para uma incerteza *a priori*, sem pretender se submeter teoricamente a um, e sem pretender submeter o real à ordem prática dada por qualquer um (LEFORT, 1999). Qualquer determinação teórica posterior a esse permanente ciclo negativo da dialética se tornaria uma tentativa de ditar o real (ADORNO, 2004, 2008).

Assim, é a espontaneidade própria da vida política que abrirá os caminhos institucionais a serem seguidos por quaisquer processos de integração, conforme suas especificidades e suas necessidades percebidas e reabertas a cada tensão escalar (LEFORT, 1991).

> *On me demandera si je suis prince ou législateur pour écrire sur la Politique? Je réponds que non, & que c'est pour cela que j'écris sur la Politique. Si j'étais prince ou législateur, je ne perdrais pas mon temps à dire ce qu'il faut faire; je le ferais, ou je me tairais*. (ROUSSEAU, 1762, p. 2).

Conclusão

Elementos epistemológicos, metodológicos e históricos da leitura tradicional permitem apontar os limites desta e as possibilidades explicativas entreabertas pela nova chave interpretativa. É possível colocar em suspenso uma leitura estritamente jurídico-econômica do processo da integração e evidenciar seu aspecto jurídico-político. Uma leitura alternativa de um mesmo fenômeno é de especial interesse para os estudos contemporâneos em Direito, pois novas interpretações abrem novas agendas de pesquisa em direito da integração por meio de novas respostas a perguntas antigas, e também mediante novas perguntas.

A escolha por uma leitura alternativa da integração evidencia aspectos outros do fenômeno. Dizer que a integração europeia é jurídico-política implica rejeitar a ideia de que integração política da Europa apenas teria advindo após o sucesso da integração econômica. Antes, (i) a integração política da Europa não fora planejada como eventual consequência da integração econômica, isto é, (ii) estava também presente a preocupação com uma integração política da Europa no início da integração europeia. Tratou-se de uma recusa à postergação da realização de uma integração política – ainda que o político tenha adquirido um sentido peculiar.

Não se trata de uma singela afirmação de que a CECA era integração jurídico-política por ter sido o primeiro passo em direção à construção de um futuro Estado federal europeu: a CECA foi precisamente opção tomada para impedir o sucesso do projeto federalista europeu que rondava os discursos políticos no período. A condição jurídico-política da CECA derivava de outro aspecto: ela era ferramenta jurídica internacional conscientemente promotora de um modo de vida político.

A CECA pode ser entendida como um fenômeno jurídico-político em virtude de ter viabilizado, por meio de seu tratado internacional, um sistema institucional inovador de convivência jurídica não armada entre diferentes. Tradicionalmente opostos entre si em termos

bélicos, estes participariam ativamente no interior de uma vida comum marcada por compartilhamento de direitos e de deveres de participação e de oposição em processos nomogenéticos sobre questões sensíveis da vida tornada comum – ou comunitarizada. A oposição armada se transformara para permanecer como uma oposição jurídico-institucional normativamente estimulada em torno de um poder comum constituído por um direito político.

A partir da compreensão da especificidade histórica do arranjo institucional de cada processo de integração, poder-se-ia perguntar sobre (i) as condições de possibilidade para se desenvolver uma Teoria Geral da Integração que saiba lidar com essa idiossincrasia hiperbólica de desenhos institucionais, e (ii) como essa Teoria Geral da Integração poderia contribuir para a adoção de soluções institucionais práticas da dogmática jurídica para outros processos de integração no mundo.

Como visto acima, apesar de esta reflexão crítica afirmativa não ser o objetivo deste texto, salientamos que a apresentação de uma nova leitura ressignifica o aparato conceitual do conhecimento jurídico sobre direito da integração, seja no âmbito da razão pura, seja no âmbito da razão prática. A conjunção de ambas permite adotar em textos posteriores uma nova Agenda de Pesquisa em Direito sobre o tema, de modo a também influenciar o debate contemporâneo sobre os limites do papel normativo da Teoria Geral da Integração em relação à dogmática jurídica no que se refere à orientação prática de processos de integração fora do continente europeu.

Nesse sentido, apenas por meio da adoção de uma perspectiva científica avessa a uma determinação metodológica única se estruturam novas condições de possibilidade de construção do conhecimento capazes de lidar cientificamente com a variabilidade de potencialidades explicativas do real, sem se preocupar epistemologicamente com a necessidade de um padrão. Ao mesmo tempo, uma Teoria Geral da Integração marcada por essa abertura à imponderabilidade de experiências normativas e institucionais alternativas deixará de se arrogar a pretensão de ditar prepotentemente à experiência da integração entre países, a partir de modelos não universalizáveis, um caminho único, uma fórmula transcendente a ser seguida.

Entre a imprudente aplicação teórica transformadora e a prudente contemplação compreensiva, devem a Teoria Geral da Integração e a dogmática jurídica sobre a integração restar com a segunda opção. Sem lastimar de forma imoderada ou elogiar de maneira demasiada o real, restringindo a compreendê-lo como se apresenta, as razões pura e prática da ciência jurídica devem confluir no sentido de evitar qualquer determinação *a priori* da experiência. Apenas com uma tal postura será possível permitir o florescimento espontâneo de arranjos institucionais políticos inovadores – paradoxalmente, precisamente como a invenção da política funcionalista no modelo europeu superou com sucesso o surdo embate entre as narrativas unionista e federalista.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. Mercosul e União Européia: *estrutura jurídico-institucional*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

ADENAUER, Konrad. Mein Vorschlag über die Bildung einer europäischen politischen Union vom März 1950. In: ADENAUER, Konrad. *Erinnerungen* (1945-1953). 4. ed. Stuttgart: DVA, 1980a. p. 311-316.

_____. Treffen mit Jean Monnet. In: ADENAUER, Konrad. *Erinnerungen* (1945-1953). 4 ed. Stuttgart: DVA, 1980b. p. 336-337.

_____. Bundestagsentscheidung über den Beitritt zum Europarat. In: ADENAUER, Konrad. *Erinnerungen* (1945-1953). 4. ed. Stuttgart: DVA, 1980c. p. 337-340.

ADORNO, Theodor. *Negative dialectics*. London; New York: Routledge, 2004.

_____. *Introdução à sociologia*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

ALTWICKER, Tilmann; DIGGELMANN, Oliver. How is progress constructed in international legal scholarship? *The European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 425-444, 2014.

AZEVEDO, Araminta. Os aspectos institucionais da integração latino-americana. *Revista de Informação Legislativa*, a. 8, v. 30, p. 73-92, abr./jun. 1971.

BASSO, Maristela. Apresentação da segunda edição. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul* – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 15-29.

_____. As experiências do Mercosul e da União Européia. *Revista CEJ*, v. 2, n. 4, p. 73- 83, abr. 1998a.

_____. O Mercosul e a União Européia. *Revista de Direito do Mercosul*, v. 2, n. 2, p. 21-35, abr.1998b.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERL, Emmanuel. Évolution du Projet Européen. *Bulletin SEDEIS*, n. 789, p. 3-15, jun. 1961.

BITSCH, Marie-Thérèse. *Histoire de la construction européenne*. Bruxelles: Complexe, 2006.

BOSSUAT, Gérard. *Les fondateurs de l'Europe*. Paris: Belin, 1994.

BRÉHIER, Émile. *Histoire de la philosophie*. 4. ed. Paris: Félix Alcan, 1938. t. II.

BRUGMANS, Hendrik. Le Congrès de la Haye. In: CONSEIL D'EUROPE. *Annuaire Européen / European Yearbook*. La Haye/The Hague: Martinus Nijhoff, 1969. v. XV.

CARDOSO, Sérgio. Fundações de uma antropologia política (o caminho comparativo na obra de J.-W. Lapierre). *Revista de Antropologia*, v. 38, n. 1, p. 7-47, 1995.

_____. Por que república? Notas sobre o ideário democrático e republicano. In: CARDOSO, Sérgio (Org.). *Retorno ao republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 45-66.

CARRILLO SALCEDO, Juan. *El derecho internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Tecnos, 1985.

CASELLA, Paulo. Comunidade européia e seu ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1994a.

_____. Dimensão constitucional da integração econômica. *Revista de Informação Legislativa*, a. 31, n. 122, p. 243-253, abr./jun. 1994b.

_____. Direito da concorrência na C. E. e no MERCOSUL. In: BAPTISTA, Luiz; MERCADANTE, Araminta; CASELLA, Paulo. *Mercosul* – Das negociações à implantação. São Paulo: LTr, 1994c. p. 208-261.

_____. *Mercosul* – Exigências e perspectivas. São Paulo: LTR, 1996a.

_____. Introdução – Dimensão jurídica da integração econômica. In: CASELLA, Paulo (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996b. p. 17-30.

_____. Pax perpetua: review of the concept from the perspective of economic integration. In: CASELLA, Paulo. (Org.). *Dimensão internacional do direito*: estudos em homenagem a G.E. Nascimento e Silva. São Paulo: LTr, 2000.

_____. Mercosul entre União Européia e Alca: opção ou sobrevivência na selva? In: CASELLA, Paulo; SANCHEZ, Rodrigo. *Quem tem medo da ALCA?* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 87-128.

_____. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CELLI JR., Umberto. *A integração latino-americana*: do discurso à ação. São Paulo, 1990. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1990.

CELLI JR., Umberto. Teoria Geral da Integração: em busca de um modelo alternativo. In: MERCADANTE, Araminta; CELLI JR, Umberto; ARAÚJO, Leandro (Orgs.). *Blocos econômicos e integração na América Latina, África e Ásia*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 19-37.

CLOSA, Carlos. E pur si muove... Teorías sobre la integración europea. *Revista de Estudios Políticos*, n. 85, p. 339-364, 1994.

_____. *Final remarks*. Fiesole: European University Institute, 2011.

COMTE, Auguste. Curso de Filosofia Positiva. In: _____. *Textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

COSTA, José. Globalização e integração jurídica. In: PIMENTEL, Luiz (Org.). *Mercosul, ALCA e integração euro-latino-americana*. Curitiba: Juruá, 2001. v. II. p. 39-48.

D'ARCY, François. Les perspectives politiques du Mercosur: comparaison avec l'Union Europeenne. *Droit et Société*, v. 59, p. 19-35, 2005.

DEHOUSSE, Renaud. The 'Community Method' at Sixty. In: DEHOUSSE, Renaud (Ed.). *The 'Community Method'* – Obstinate or obsolete? Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2011. p. 3-15.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DESCARTES, René. Meditações. In: _____. *Textos escolhidos*. São Paulo: Nova Cultutal, 2004.

DREYFUS, Emmanuel. Vers une Europe Économique. In: BARJOT, Dominique (Dir.). *Penser et construire l'Europe*. Paris: SEDES/CNED, 2008. p. 144-157.

DURAN, Camila. *A moldura jurídica da política monetária* – um estudo de caso. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. In: _____. *Textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, n. v. 25, p. 999-1046, 2004.

FRIEDMANN, Wolfgang. *The changing structure of international law*. New York: Columbia University, 1964.

GERBET, Pierre. *Interview sur La Méthode Jean Monnet* [23 jan. 2004]. Entrevistador: Étienne Deschamps. Paris: CVCE, 2004. 1min24s a 4min29s.

_____. Acte Unique Européen. In: GERBET, Pierre; BOSSUAT, Gérard; GROSBOIS, Thierry (Dir.). *Dictionnaire historique de l'Europe unie*. Bruxelles: André Versaille, 2009. p. 17-19.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O direito internacional entre dois pós-modernismos. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 6, p. 42-90, 2010a.

_____. Problemas sobre a pesquisa em direito no brasil: uma perspectiva. In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 2010, Florianópolis. *Anais*.... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010b. p. 8018-8036.

_____. *A integração como fenômeno jurídico-político*: uma leitura sobre a construção histórica da CECA. São Paulo, 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

_____. International human rights: a dystopian utopia. *ARSP. Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 100, n. 4, p. 514-526, 2014.

_____. *Direito internacional público contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2015.

GLAESNER, Hans-Joachim. Les objectifs de la Communauté Économique. In: *L'Europe et le droit* – mélanges en hommage à Jean BOULOUIS. Paris: Dalloz, 1991. p. 285-295.

HABERMAS, Jürgen. Die Zukunft der Europäischen Union. In: GOETHE-INSTITUT PARIS. *Entretien avec Jürgen Habermas*. Paris: Goethe Institut, 2011.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor; HABERMAS, Jürgen. *Textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas – Sexta. In: HUSSERL, Edmund. *Husserl*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. 3. ed. Aparecida: Idéias & Letras, 2006.

JAMET, Jean-François. *L'Europe peut-elle se passer d'un gouvernement économique?* Paris: La Documentation

Française, 2011. (SciencesPo).

KALTENHALER, Karl; MORA, Frank. Explaining Latin American Economic Integration: the case of Mercosur. *Review of International Political Economy*, v. 9, n. 1, p. 72-97, mar. 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Petrópolis: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. *A paz pelo direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KOSKENNIEMI, Martii. The fate of public international law: between technique and politics. *Modern Law Review*, v. 70, n. 1, p. 1-30, 2007.

LAFER, Celso. A OMC face à globalização e à regionalização. *Política Externa*, v. 6, n. 2, p. 84-93, set./nov. 1997.

_____. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional* – uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LAMBERTI, Lucia. *Reestruturação do direito internacional*: reflexões sobre o papel do direito numa ordem mundial em transformação. São Paulo, 1991. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1991.

LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

LEFORT, Claude. *Le travail de l'oeuvre Machiavel*. Paris: Gallimard, 1986.

_____. Permanência do teológico-político? In: LEFORT, Claude. *Pensando o político* – Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. São Paulo; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. O nome de um. In: LA BOÉTIE, Étiènne de. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *La pensée sauvage*. Paris: Pocket, 1990.

LIMA, Maria Lucia et al. Acordos regionais de comércio. In: THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (Coord.). *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Lex; Aduaneiras, 2005. p. 209-239.

LYOTARD, Jean-François. *La condition post-moderne*. Paris: Gallimard, 1979.

MACEK, Lukáš. *L'élargissement met-il en péril le projet européen?* Paris: La Documentation Française, 2011. (SciencesPo).

MAGALHÃES, José. *Direito econômico internacional*. Curitiba: Juruá, 2005.

MALAMUD, Andrés. Presidential diplomacy and the institutional underpinnings of Mercosur: an empirical examination. *Latin American Research Review*, v. 40, n. 1, p. 138-64, feb. 2005.

MALAMUD, Andrés; SCHMITTER, Philippe. La experiencia de integración europea y el potencial de integración del MERCOSUR. *Desarollo Económico*, v. 46, n. 181, p. 3-31, abril-jun. 2006.

MATTERA, Alfonso. De la Deuxième Guerre Mondiale au «Projet Européen» de Jean Monnet. *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 1, p. 5-33, 2002.

MAZOWER, Mark. *Dark continent*. London: Penguin, 1998.

MENEZES, Wagner. Lineamentos para a sistematização do estudo do direito da integração. *Revista dos Tribunais*, a. 89, v. 773, p. 52-73, mar. 2000.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Conversas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MINIUCI, Geraldo. O direito internacional, o projeto de integração europeia e a crise na Zona do Euro: E agora?. *Revista Consulex*, n. 374, 2012.

MONACO, Riccardo. Consiglio d'Europa. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1961. t. IX, p. 209-219.

MONNET, Jean. Lettre à Robert Schuman sur les négociations du pool Charbon-Acier (14 Oct. 1950). In: MONNET, Jean; SCHUMAN, Robert. *Correspondance 1947-1953*. Lausanne: Fondation Jean Monnet pour l'Europe/Centre de Recherches Européennes, 1986.

_____. L'Europe se fait (30 juin 1953). In: LEFORT, Bernard (Org.). *Une Europe inédite* – Documents des Archives Jean Monnet. Villeneuve d'Ascq: Presses Universitaires du Septentrion, 2001. p. 176-194.

MORAVCSIK, Andrew. *The choice for Europe*. London: Routledge, 2005.

PEÑA, Félix. *Opening remarks*. Fiesole: European University Institute, 2011.

PITTA E CUNHA, Paulo de. *Direito Institucional da União Européia*. Coimbra: Almedina, 2004.

PIZZOLO, Calogero. La Fase Descendente del Derecho Constitucional Transnacional. In: POZO, Carlos del; PIZZOLO, Calogero (Orgs.). *Seminario Internacional* – Derecho Constitucional Transnacional. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, 2012a.

_____. *Comunidad Andina de Naciones* (CAN). Madrid: Universidad Alcalá de Henares – Facultad de Derecho, 2012b.

POZO, Carlos del. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Reus, 2011.

QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Europeias*. Lisboa: Almedina, 1984.

QUERMONNE, Jean-Louis. Fonctionnalisme. In: BERTONCINI, Yves; CHOPIN, Thierry; DULPHY, Anne; KAHN, Sylvain; MANIGAND, Christine. *Dictionnaire Critique de l'Union Européenne*. Paris: Armand Colin, 2008a. p. 186-187.

_____. *L'Union Européenne dans le Temps Long*. Paris: SciencesPo, 2008b.

_____. *Le système politique de l'Union Européenne*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 2010.

RAMOS, André. A integração política européia. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996. p. 646-659.

_____. *Direitos humanos na integração econômica* – análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul. São Paulo, 2005. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

RÉAU, Élisabeth du. Les enjeux de la construction européenne pendant les temps de guerre froide. In: RÉAU, Élisabeth (Dir.). *L'Europe en construction* – Le second XXème siècle. 2 ed. Paris: Hachette, 2007. p. 5-23.

_____. *L'idée d'Europe au XXème Siècle* – Des mythes aux réalités. Bruxelles: Complexe, 2008.

REUTER, Paul. *Organisations européennes*. Paris: PUF, 1965.

ROLLAND, Patrice. *L'unité politique de l'Europe*. Bruxelles: Bruylant, 2006.

ROUGEMONT, Denis de. *Vingt-huit siècles d'Europe*. Paris: Payot, 1961.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contract social ou principes du droit politique*. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, v. 2, n. 2, p. 46-71, maio/ago. 1988.

SARAIVA, Miriam Gomes. Procesos de integración de América del Sur y el papel de Brasil: los casos del Mercosur y la Unasur. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 97/98, p. 87-100, abril 2012.

SCHAPIRO, Mario. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. *Revista Direito GV*, v. 7, n. 1, p. 341-352, jan./jun. 2011.

SCHMITTER, Philippe. La experiencia de la integración europea y el potencial para la integración en otra región. *Foro Internacional*, v. 50, n. 3/4, p. 724-51, jul.-dic. 2010.

SCHUMAN, Robert. *Discours en ouverture de la Conférence sur le Plan Schuman* (20 Juin 1950). Lausanne: Fondation Jean Monnet pour l'Europe, 1950.

_____. Discours sur les origines et sur l'élaboration de la CECA (22-23 Oct. 1953). *Cahiers de Bruges*, déc. 1953.

SKOUTERIS, Thomas. *The notion of progress in international law discourse*. The Hague: TMC Asser, 2010.

TEUBNER, Gunther. *Global law without a State*. Burlington: Ashgate, 2006.

UNGER, Roberto. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

VATTEL, Emer de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*. Londres: s. n., 1758. t. I.

VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. 3. ed. São Paulo: Difel, 1981.

WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais*. São Paulo: Ática, 2006.

_____. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2012. V. 1.

Arthur Roberto Capella Giannattasio

Professor Doutor em Tempo Integral na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

artcapell@gmail.com

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 18.02.2016
Aprovado: 26.09.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201730

Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão

PUBLIC HEALTH AND JUDICIARY: PERCEPTIONS OF SOME JUDGES OF THE STATE OF MARANHÃO

Pilar Bacellar Palhano Neves[1] *e Marcos Antônio Barbosa Pacheco*[2]

Resumo

O estudo analisa a percepção de magistrados do Maranhão sobre o tema judicialização da saúde pública. Investigou-se como o Poder Judiciário percebe sua atuação, quais parâmetros decisórios adota e quais alternativas de melhoria sugere. Trata-se de pesquisa qualitativa. Foram entrevistados dez magistrados, entre desembargadores e juízes do TJ-MA e juízes federais da Seção Judiciária do Maranhão, mediante roteiro de entrevista semiestruturado, aplicação de questionário sociodemográfico e análise de conteúdo na modalidade temática. Concluiu-se que a percepção dos magistrados é de descrédito nas capacidades gerenciais do Poder Executivo. A judicialização da saúde pública é tida como interferência benigna do Judiciário em outro Poder. A ideia de judicialização da saúde também abrange a saúde suplementar e o direito à saúde é percebido como direito social fundamental, de eficácia imediata. Nesse campo, a solução de conflitos é considerada emocionalmente difícil, com tendência ao deferimento de pedidos. Por outro lado, há possibilidade de diálogo entre Judiciário e Executivo.

Palavras-chave

Brasil; judicialização; saúde pública; recursos públicos; gestão da saúde; direito à saúde.

Abstract

This article analyzes the perception of judges of Maranhão on judicialization of public health. This qualitative research study intends to investigate how judges perceive their performance, which decision-making parameters they adopt and what alternatives they suggest. Ten federal and state judges were interviewed, through a semi-structured interview, socio-demographic questionnaire and content analysis of data. The results show that some judges discredit the managerial skills of the government bodies. The judicial intervention in public health-related matters is considered a positive interference in the government. The right to health is conceived as a fundamental social right, and the decisions are classified as emotionally hard. There is a great tendency to defer orders. On the other hand, there is a possibility of dialogue with Public Administration.

Keywords

Brazil; judicialization; public health; health care rationing; health services administration; right to health.

1 Universidade Autónoma de Lisboa
Lisboa – Portugal

2 Universidade Ceuma
São Luís – MA – Brasil

CC BY-NC

Introdução

O tema judicialização da saúde tem sido debatido na atualidade por expressar uma suposta tensão entre a gestão de políticas públicas a cargo do Poder Executivo e decisões do Poder Judiciário que compelem o Estado a fornecer prestações de saúde.

Estabelecida nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a garantia do direito à saúde se tornou dever do Estado, mas sua concretização envolve questões políticas, econômicas, orçamentárias, tecnológicas, sociais, culturais e jurídicas que, conjugadas entre si, permitem vislumbrar seus desafios (VENTURA et al., 2010, p. 78).

Resta a questão de que o argumento da insuficiência de recursos financeiros possa satisfazer todas as necessidades sociais, bem como o de que a formulação de políticas públicas requer escolhas também políticas, pautadas por critérios de macrojustiça, como as "escolhas trágicas", no estabelecimento de prioridades de gastos, e a "reserva do possível", na busca do equilíbrio entre receitas e necessidade pública (NUNES; SCAFF, 2011, p. 133).

Por outro lado, há princípios e regras constitucionais ou infraconstitucionais que legitimam o Poder Judiciário, não sem parâmetros e critérios, a agir, inclusive com urgência, diante de qualquer conflito que lhe é submetido, conforme art. 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

No contexto de adversidades do sistema público de saúde brasileiro, a judicialização da saúde se traduziria em oportunidade disponível ao cidadão, via Poder Judiciário, a demandar prestações de saúde individuais ou coletivas em face da Administração Pública.

Sobre os gastos públicos envolvidos, dados divulgados pela Revista Medicina CFM – Humanidades Médicas, do Conselho Federal de Medicina, que tiveram como fonte a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, revelam um crescimento dos gastos federais com judicialização da saúde da ordem de aproximadamente R$ 96 milhões em 2009 para quase R$ 356 milhões em 2012, realizados por ordem judicial para compras diretas de produtos, depósitos judiciais e repasses a governos locais (JUNIOR, 2013, p. 31).

Despesas do Ministério da Saúde com processos judiciais que obrigam o Sistema Único de Saúde (SUS) ao fornecimento de medicamentos cresceram exponencialmente nos últimos anos. Segundo dados da pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), observou-se crescimento real de 1006% das demandas judiciais atendidas por compra direta e depósito, partindo de R$ 103,8 milhões em 2008 para R$ 1,1 bilhão em 2015 (DAVID; ANDRELINO; BEGHIN, 2016, p. 24).

As discussões têm mobilizado academia, Poder Judiciário, Legislativo, Executivo, Ministério Público, Defensoria Pública e entidades da sociedade civil organizada: como garantir direito à saúde e à vida? Como deve atuar o Poder Judiciário? Como garantir universalidade e integralidade do SUS, assegurando a sustentabilidade e o gerenciamento do sistema? Daí se retiram as questões norteadoras desta pesquisa: como o Poder Judiciário maranhense se coloca diante dessa discussão? Qual sua percepção sobre a judicialização da saúde? Quais as dificuldades enfrentadas e as possíveis alternativas de melhoria?

O objetivo geral foi pesquisar a percepção geral do Poder Judiciário maranhense sobre o fenômeno da judicialização da saúde. Os objetivos específicos foram assim delineados: 1) Investigar como o Judiciário percebe os impactos de suas decisões no âmbito de demandas que envolvem direito à saúde; 2) Pesquisar quais são os parâmetros adotados para a solução judicial de casos que envolvem direito à saúde; e 3) Identificar quais as alternativas que poderão ser apontadas como relevantes para minimizar eventuais dificuldades enfrentadas.

A justificativa do estudo gira em torno da atualidade do tema, de uma abordagem diferenciada ao analisar a percepção de um dos principais sujeitos da temática investigada e da real necessidade de dados empíricos para subsidiar debates, encaminhamentos e soluções práticas. Isso porque são muitos os desafios à efetivação do direito à saúde no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a política de saúde brasileira sob a égide da máxima "Saúde: direito de todos, dever do Estado". O direito à saúde foi reconhecido, então, como direito social, ou seja, as necessidades de saúde da população, independentemente da condição de ser ou não "trabalhador" formalizado, passaram a ser consideradas de interesse público e de caráter universal, com acesso igualitário aos serviços e custeio arcado com recursos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (MENDES, 2013, p. 135).

Como direito social, subordinado a uma prestação positiva estatal, o direito à saúde poderia, em tese, ter esvaziada sua eficácia por argumentos comumente alegados no Brasil (burocracia, escassez de recursos etc.), que justificariam eventuais omissões.

Daí o fortalecimento da corrente de pensamento que pretende imprimir eficácia imediata aos "direitos fundamentais sociais", permitindo-se a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a prover, realizar e garantir a efetividade do direito à saúde, com suporte no art. 5°, §1°, da Constituição Federal (MENDES; BRANCO, 2014, p. 635).

Cabe, entretanto, indagar em que medida tais pretensões podem ser concedidas por imposição do Poder Judiciário e em quais bases, limites ou parâmetros ele deve se pautar para prolatar suas decisões. No contexto de recursos públicos escassos, as discussões envolvendo o direito à saúde – ou o direito a prestações de saúde – formam, provavelmente, um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

A busca pela definição desses critérios é reforçada pela constatação de que as necessidades de saúde seriam imensuráveis diante de rápidos avanços científicos e tecnológicos na área da medicina e farmacologia, ao mesmo tempo em que os recursos públicos são limitados (em crise, escassos), o que impõe a escolha de prioridades.

Por outro lado, o que seria de um direito se não fosse possível defendê-lo em juízo, mesmo que no âmbito de aspectos específicos da esfera individual de quem se entendeu lesado? A discussão é profícua e tem inspirado muitos estudos e pesquisas, bem como ações institucionais por parte dos poderes públicos para definição de limites e possibilidades de efetivação do direito à saúde.

1 Abordagem metodológica

O presente estudo é do tipo qualitativo, com análise de conteúdo na modalidade temática. Para a coleta de dados foi aplicada a técnica do roteiro de entrevista semiestruturada. Foi também aplicado um questionário sociodemográfico para conhecimento do perfil dos entrevistados em relação a idade, gênero, nível de escolaridade, cargo ocupado e tempo de magistratura. Segundo Maria Cecília de Souza Minayo (2014, p. 57), as abordagens qualitativas "se conformam melhor a investigações de grupos e segmentos delimitados e focalizados, de histórias sociais sob a ótica dos atores, de relações e para a análise de discursos e documentos".

Os dados foram analisados e classificados após a transcrição das entrevistas semiestruturadas. Minayo (2014, p. 316) explica que: "Fazer uma análise temática consiste em descobrir os núcleos de sentido que compõem uma comunicação, cuja presença ou frequência signifiquem alguma coisa para o objeto analítico visado".

O projeto de pesquisa foi aprovado por meio do Parecer n. 519.062, datado de 31 de janeiro de 2014, do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Universidade Ceuma, em atendimento às exigências da Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde, que norteia a pesquisa envolvendo seres humanos.

O critério de inclusão dos participantes da pesquisa foi estar em exercício do cargo de juiz federal nas varas cíveis da Seção Judiciária do Maranhão, de juiz estadual das Varas da Fazenda Pública ou da Vara de Direitos Difusos e Coletivos da comarca de São Luís ou de desembargador estadual do Tribunal de Justiça do Maranhão e ter competência para julgar ações que envolvem direito à saúde, cujo réu (parte adversa, parte requerida ou demandada) seja a União, o estado do Maranhão ou o município de São Luís.

Sendo assim, identificou-se um universo de 25 possíveis entrevistados que atendiam ao critério de inclusão. Porém houve recusa expressa de quatro juízes, sendo dois juízes estaduais e dois juízes federais, restando 21 possibilidades. Logrou-se entrevistar dez, pois os demais não responderam aos convites ou não foram contatados devido à riqueza do material coletado nas dez entrevistas realizadas (critério de saturação).

2 Discussão e resultados

Os dados obtidos permitiram traçar o perfil do público entrevistado: as idades variaram entre 35 e 63 anos, com uma média de 55 anos. O tempo de trabalho na magistratura variou entre dois e 32 anos, com média de 20 anos. Dos dez entrevistados, houve somente uma juíza do gênero feminino, os demais eram do gênero masculino. Sobre o nível de escolaridade, dois participantes informaram ter graduação, quatro, especialização, três, mestrado e um informou ser doutorando. Veja-se o resumo dos cargos, sistematizado no Quadro 1.

QUADRO 1 – **DADOS SOBRE OS CARGOS DOS PARTICIPANTES**

ENTREVISTADO	CARGO
E-1	JUIZ ESTADUAL
E-2	DESEMBARGADOR ESTADUAL
E-3	JUIZ ESTADUAL
E-4	JUIZ ESTADUAL
E-5	DESEMBARGADOR ESTADUAL
E-6	JUIZ FEDERAL
E-7	JUIZ ESTADUAL
E-8	JUIZ FEDERAL
E-9	DESEMBARGADOR ESTADUAL
E-10	DESEMBARGADOR ESTADUAL

Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados da pesquisa.

Na fase de exploração do material, encontrou-se três unidades de análise: 1) Percepção geral do Poder Judiciário maranhense; 2) Parâmetros decisórios; e 3) Possibilidades de melhoria, que representam as categorias em função das quais o conteúdo das falas foi organizado e classificado (MINAYO, 2014, p. 317).

2.1 Percepção geral do Poder Judiciário maranhense

2.1.1 Descrédito nas capacidades gerenciais do Poder Executivo

Quando questionados sobre como percebiam a judicialização da saúde, todos os magistrados (10 10) mencionaram *problemas na execução das políticas públicas* dessa área. Encontrou-se em todas as falas expressões que identificam omissão do Poder Executivo, ineficiência das políticas públicas e negação de direitos na área da saúde. Vejamos algumas falas:

Eu entendo que trazer isso, para o Judiciário, é meio que decorrente do fato de o Poder Executivo não ter conseguido solucionar sozinho essa questão (E-1).

A judicialização contribui para o assoberbamento do Poder Judiciário com questões que poderiam ser resolvidas no âmbito administrativo do Poder Executivo (E-4).

Em decorrência da deficiência do sistema de saúde, as pessoas vêm à justiça para tentar ter acesso a serviços que talvez se o sistema funcionasse normalmente não se teria tantas ações judiciais discutindo problemas de saúde (E-5).

É a apresentação de demandas ao Poder Judiciário as quais, aparentemente, caberiam ao Poder Executivo decidir (E-6).

Vejo a judicialização como uma forma de garantir essa política [de saúde] *e esse acesso necessário. Mas, por outro lado, eu vejo como uma forma de tirar a responsabilidade do administrador que tem a sua equipe administrativa e esta, por sua vez, que tem que estar preparada e utilizando os recursos* (E-7).

Ao serem perguntados sobre o porquê da judicialização da saúde, ou seja, a que eles atribuíam a existência das demandas, todos os entrevistados (10/10) referiram-se a omissões do Poder Público, defasagens das políticas públicas, má qualidade no atendimento, problemas na gestão pública, desorganização, não efetivação do direito à saúde. Apenas um magistrado (1/10) teceu *críticas acerca do sistema* criado após a Constituição Federal (o SUS), segundo o qual é "caro e abrangente" e que, através da judicialização, o Estado é compelido a cumprir o que está nas leis e na Constituição Federal:

> *Mas houve um grande erro, porque o sistema criado pela Constituição Federal, depois adotado e pormenorizado pela lei, é um sistema caro, muito abrangente e caro. Em outras palavras, houve uma legislação de país rico para aplicar em país pobre, sem dinheiro. E isso vem ocasionando uma série de entraves financeiros, burocráticos e problemas de toda ordem* (E-5).

É possível concluir que o Poder Judiciário percebe o fenômeno da judicialização da saúde como decorrente de problemas gerenciais e não de supostas incongruências do SUS. Essa ideia de caos na saúde pública e de incapacidade gerencial do Poder Executivo, por certo, é um forte argumento de legitimação do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Isso se verifica nas lições de Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 98), que tratam do exercício da jurisdição constitucional no controle da atividade política pelo Poder Judiciário. Ela admite que há diferenças de ênfase e legitimação para esse controle, "conforme se trate de democracias em que o Poder Legislativo funciona plenamente, ou aquelas em que há déficits

evidentes de representação, como é o caso brasileiro", ou seja, quanto pior a credibilidade de determinado Poder (Executivo ou Legislativo), maior seria a legitimidade do Poder Judiciário no controle de suas atividades ou omissões.

Nesse sentido, resta evidente uma descrença na atuação do Poder Executivo em gerenciar com qualidade políticas públicas com escopo de efetivar o direito à saúde, o que "legitimaria" o discurso da necessidade de intervenção do Poder Judiciário em omissões e violações desse direito, especialmente quando põe em risco a vida das pessoas.

2.1.2 Interferência benigna nas atribuições do Poder Executivo

Sete (7/10) magistrados apontaram *uma inversão de papéis* entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Um deles (E-1) afirma que a judicialização significa trazer a discussão de políticas públicas sobre saúde para o Poder Judiciário. Outro afirma ser uma "interferência benigna" (E-2) no Poder Executivo. Um terceiro (E-7) manifesta que a efetivação do direito à saúde é função do Poder Executivo "*a quem caberia realmente a efetividade desse direito*". O magistrado E-4 afirma que "*A judicialização contribui para o assoberbamento do Poder Judiciário com questões que poderiam ser resolvidas no âmbito administrativo do Poder Executivo*". Outro exemplo é o magistrado (E-6) que diz ser a judicialização a "*apresentação de demandas ao Poder Judiciário as quais, aparentemente, caberiam ao Poder Executivo decidir*".

Dois magistrados (2/10) mencionaram a expressão "ativismo" ou "intervenção" judicial (Entrevistados 2 e 8), no sentido positivo de defesa das políticas públicas e garantia de direitos aos cidadãos. O Entrevistado 2 afirma que "*hoje, o Judiciário, nessa atividade ativista, mostra que ele é um garantidor de esperanças*". Sobre o tema, o E-8 disse: "*Então, a judicialização nada mais é que essa intervenção do poder judiciário no âmbito do serviço público da saúde*".

Conclui-se que o Judiciário tem percebido a judicialização de forma *positiva*, ou seja, como exercício legítimo do papel de assegurar direitos a quem sofre ameaça ou violações, ou seja, nada mais do que garantir a aplicação da lei. Porém não se pode perder de vista que essa noção *não é unânime*. Milton Augusto de Brito Nobre (2013, p. 382) observa que a expressão "judicialização da saúde" tem sido empregada para circulação e propagação de uma versão negativa da atuação do Poder Judiciário.

A ideia pode estar associada à tensão entre os Poderes, provocada pelo desempenho, por alguns tido por exacerbado, da função jurisdicional do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como na omissão legislativa (RAMOS, 2010, p. 129). Contudo os magistrados entrevistados percebem que sua atuação deve ser encarada como bom instrumento para se alcançar a efetividade das normas constitucionais.

2.1.3 Judicialização da saúde pode remeter à saúde suplementar

Observou-se que três magistrados (3/10) mencionaram, em algum momento da entrevista, violações de direitos por parte das *operadoras de planos de saúde* em relação aos seus usuários ou beneficiários (E-1, E-2 e E-9). Veja-se:

> *A judicialização da saúde significa o crescente aumento de demandas judiciais envolvendo questões relativas ao direito fundamental à saúde* [...]. *As ações são propostas tanto pelas partes individualmente contra os planos de saúde ou até mesmo pelo Ministério Público Estadual e pela Defensoria Pública* [...] *contra o ente público* (E-9).

Isso significa que a expressão "judicialização da saúde", se empregada sem uma contextualização prévia, pode remeter a todo e qualquer processo judicial em torno do tema saúde, inclusive demandas contra operadoras de planos de saúde, responsabilidade médica ou de estabelecimentos de saúde no âmbito particular. Nesse sentido, "o crescente número de ações que demandam a concretização individual do direito à saúde, seja junto ao setor público, seja junto a operadoras privadas, consagrou a nomenclatura 'judicialização da saúde'" (MENDES, 2013, p. 667).

Sendo assim, quando informam, por exemplo, a sensação de haver um excesso de ações ou um crescente número de ações relativas ao direito à saúde, os magistrados podem estar se referindo ao conjunto ou à soma de casos da saúde pública, da saúde suplementar ou saúde particular, daí a importância de estudos que esclareçam e quantifiquem essas demandas separadamente e indiquem os montantes dispendidos em atendimento às decisões do Poder Judiciário, bem como suas causas.

2.1.4 Direito à saúde como direito social fundamental de eficácia imediata

Em relação ao papel do Judiciário, todos os magistrados (10/10) afirmaram ser sua atribuição garantir o direito à saúde. O E-2 destacou uma necessidade de "*garantia de eficiência, concretude, ou não vale*", referindo-se ao direito à saúde e à vida. Quatro magistrados (E-1, E-3, E-5, E-9) referiram expressamente que nenhuma causa pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário e que seu papel é fazer justiça. Todos os demais afirmaram a mesma ideia de forma implícita.

Segundo o magistrado E-6, apesar de exercer um papel importante, o protagonismo não deve ser assumido pelo Poder Judiciário:

> *Todavia o Poder Judiciário não deve ter um papel protagonista na referida área. As demandas judiciais, via de regra, resolvem o problema em uma perspectiva micro, ou seja, resolve o problema apenas pontualmente (para determinado caso concreto), quando o tratamento demanda uma solução, na verdade, em perspectiva macro* (E-6).

É recente na história do Judiciário brasileiro o exercício de papel ativo na concretização de direitos sociais fundamentais, mesmo aqueles que dependem de aporte de recursos públicos e de formatação da política pública específica. A ideia que prevalecia era de que não caberia ao Poder Judiciário intervir no mérito administrativo, isto é, não se deveria analisar a conveniência e oportunidade de uma decisão administrativa ou uma política pública

definida pela Administração Pública ou pelo Poder Legislativo. Porém a tese da aplicabilidade imediata das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais (dentre elas o direito à saúde) gerou um protagonismo judicial na sua garantia (legitimado por omissões ou violações por quem deveria implementá-los). Vejamos o que diz um dos participantes da pesquisa:

> *Até pouco tempo, o Judiciário chancelava o posicionamento de que tais questões estavam no âmbito do mérito administrativo e não comportava sua interferência, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Atualmente o Poder Judiciário passou a compreender de outro modo a força normativa da Constituição e seu papel* (E-9).

Essa posição é defendida por grande parte da doutrina brasileira, representada aqui por Sarlet e Figueiredo (2008, p. 186), que afirmam serem, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, fundamentais todos os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, merecendo, portanto, eficácia imediata.

Porém Sarlet e Figueiredo (2008, p. 220) suavizam essa ideia, em respeito à sustentabilidade e ao gerenciamento do SUS, propondo, além dessa discussão sobre o papel do Poder Judiciário, limitações a sua gratuidade, referindo-se ao acesso ao sistema de saúde pública por pessoas que têm plano de saúde. Portanto, outros aspectos poderiam ser colacionados e avaliados, entre os quais o risco de morte, a urgência, a possibilidade de restrições à gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, estabelecendo-se parâmetros e cuidados para apurar se a demanda que está sendo requerida do Poder Público (medicação, tratamento etc.) é necessária ou se não há alternativas viáveis.

Sendo assim, é possível discutir técnicas, instrumentos ou parâmetros – e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já colocou a questão em pauta em recomendações expedidas aos tribunais e juízes brasileiros (BRASIL, 2010) – dos quais podem se valer os operadores do direito para o aperfeiçoamento da solução de demandas em torno da satisfação do direito à saúde, sem comprometer o equilíbrio do sistema.

Isso inclui proposições de canais de mediação de conflito e estabelecimento de consensos, além de cuidados na exigência de efetiva comprovação das necessidades de saúde que estão sendo levadas a juízo, com a busca de alternativas de tratamentos, inclusive eventualmente já previstos em políticas públicas disponíveis para a população.

2.1.5 Impacto das decisões: "a escolha de Sofia"

Ao falar sobre como percebem o impacto de suas decisões, a maioria dos magistrados (7/10) referiu alguma dificuldade enfrentada na apreciação de causas que envolvem vida e saúde das pessoas, demonstrado não ser uma decisão emocionalmente fácil. O Entrevistado 1 utilizou a expressão "a escolha de Sofia", para referir-se à dificuldade das decisões nessa área:

> *Veja como fica cômodo para o Poder Público: o Poder Público tem* [...] *um hospital materno infantil que tenha, por exemplo, dez UTIs neonatal e tem dez crianças lá nessas UTIs e mais 20 crianças que precisam delas. Mas, não tem vaga.Vem o Poder Judiciário e diz:"tem uma criança aqui que tem que ir para uma dessas vagas". Fica fácil para o Poder Executivo, porque ele não precisa fazer"a escolha de Sofia", o Judiciário faz pra ele, e, com isso você acaba matando outras pessoas* [...] *o Judiciário não tem como saber se essa criança, para ser atendida, precisa matar outra* (E-1).

Interessante a analogia feita pelo magistrado com a história, retratada em filme de 1982, dirigido e roteirizado por Alan J. Pakula e baseado no romance de 1979 de William Styron que trata do dilema de "Sofia", uma mãe polonesa, filha de pai antissemita, presa num campo de concentração durante a Segunda Guerra e que é forçada por um soldado nazista a escolher um de seus dois filhos para ser morto. Se ela se recusasse a escolher, ambos seriam mortos. O Entrevistado 8 também expõe bem os dilemas enfrentados na hora da decisão e como pesa sobremaneira o fator emocional:

> *Se o hospital dispõe de 20 leitos, não tem como uma decisão tirar alguém que está num leito de UTI, para colocar outra que está pretendendo* [...] *São demandas que causam um grande impacto emocional no magistrado, mas o magistrado tem que, evidentemente, sopesar isso com muito equilíbrio, não se deixando contaminar por esse viés emocional que, naturalmente, poderá contaminá-lo.* [...] *É algo que comove a gente, pois, antes de ser magistrado, nós somos seres humanos* (E-8).

Os depoimentos expressam que há diversos fatores envolvidos na solução dessas demandas e deixam claro que o magistrado nem sempre está seguro sobre a correção ou efetividade prática de suas decisões. Vejam-se trechos de entrevistas que expõem as limitações e as dificuldades de ordem técnica e emocional:

> *Muitos juízes hesitam na liminar porque ficam com medo de, em caso de morte, nesta situação, dizer que foi a justiça que se omitiu* (E-2).

> *Você fica naquele dilema se concede ou não concede uma liminar. Na dúvida, eu pensei:"Quer saber de uma coisa? Melhor conceder porque se esse cara morrer eu não vou ficar com esse peso na consciência". São demandas difíceis, é importante dizer. Nós, do Judiciário, às vezes ficamos em uma situação delicada, de saber se estamos tomando a decisão correta, pois é uma demanda emocional, além de ser jurídica, tem todo um envolvimento emocional por envolver questões de saúde* (E-5).

> *O juiz, no mais, ao se deparar com determinado tipo de demanda, não dispõe da informação técnica necessária para decidir a respeito do bem da vida em questão* (E-6).

O Entrevistado 2 reconhece que também há prejuízos para hospitais privados, quando são instados a disponibilizar leitos, tratamentos, internações, sem imediata contraprestação financeira, em obediência a uma decisão judicial que identifica falhas ou carências no setor público. Os Entrevistados 2, 5 e 8 reforçam esse entendimento:

> *Os donos dos hospitais particulares que são as principais vítimas dessa atitude. Eles mostraram um prejuízo enorme que já estavam catalogando, milhões que, na eventualidade de se receber do Estado, – o que é muito difícil de receber, precatórias e tudo – então eles têm um prejuízo enorme* (E-2).

> *Por outro lado, o Judiciário já ouviu de diretores de vários hospitais privados que a gente faz essa determinação, mas eles ficam sem receber o dinheiro. Não se pode perder de vista que o hospital privado é uma empresa e ele não pode arcar com ônus de um serviço que é do setor público* (E-5).

> *Porque o hospital é um negócio particular, é uma empresa, portanto, não parece adequado que um hospital disponibilize um leito sem que a empresa tenha a percepção de que vai receber aquele valor* (E-8).

Outro aspecto ressaltado pelo Entrevistado 2 foi o *direcionamento de pedidos* para atendimentos no setor privado, realizado por alguns advogados:

> […] *alguns* [advogados] *exageram e já vão direto para o privado, o que deixa o juiz em uma situação dificílima, sem saber se dá* [a liminar] […] *se são quatro horas da madrugada e o sujeito morrer, aí vai dizer que foi uma omissão da justiça, que não se sensibilizou* (E-2).

A maioria dos magistrados (6/10) destacou preocupação com os limites orçamentários do Poder Público, afirmando que deve haver cautela. Veja-se um exemplo: "*Nós, do Judiciário, não temos que pensar individualmente nessa questão da saúde, mas temos que pensar, como fazemos parte do Estado, pois o Judiciário é parte do Estado, é pensar coletivamente*" (E-5).

As contribuições sobre como os magistrados percebem o impacto de suas decisões foram relevantes, restando evidente que a solução não é tida por simples, mas sujeita a uma série de fatores que tornam essa tarefa "difícil" e "tormentosa", conforme expressões empregadas pelo Entrevistado 8. Sobre esse aspecto, Ana Paula de Barcellos aponta impressões parecidas com as relatadas pelos magistrados maranhenses. Senão vejamos:

> É certamente *penoso* para um magistrado negar […]. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde, é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que

> os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica. (BARCELLOS, 2008, p. 136).

É possível concluir que o Judiciário se percebe como Poder importante na solução dos conflitos, mas reconhece seus limites advindos especialmente do fato de não dominarem os conhecimentos médicos e técnicos discutidos, bem como da força de suas próprias impressões psicológicas e sociais no ato de julgar casos que envolvem a saúde e a vida de uma pessoa.

Os participantes apontam alguma preocupação com o erário e com eventuais prejuízos suportados por terceiros (em especial, estabelecimentos privados, que fazem as vezes do Poder Público), porém, isso não é determinante para a resolução do caso concreto, mas sim o atendimento das expectativas das pessoas que buscam o Judiciário com demandas pautadas no direito à saúde.

2.2 Parâmetros decisórios

2.2.1 Sensibilidade maior ao deferimento do pedido, mas com cautela

Sobre como procedem diante de demandas por direito à saúde, metade dos magistrados (5/10) demonstrou ser mais tendente ao deferimento do pedido do autor, com argumentos que giram em torno da urgência das demandas e do risco de morte ou agravamento da situação de saúde do requerente. O Entrevistado 1, por exemplo, afirma que decide favoravelmente ao demandante, bastando estar constatada a necessidade do atendimento. Por outro lado, reconhece que o Judiciário somente consegue enxergar o caso concreto do demandante, sem ter uma visão ampla da realidade de outros pacientes. Afirma que:

> *o Judiciário não tem como saber se essa criança, para ser atendida, precisa matar outra* [...] *O juiz não tem como fazer esse juízo de valor, ele tem é que avaliar o caso concreto: se essa pessoa precisa de atendimento, eu determino que ela seja atendida* (E-1).

O Entrevistado 2 explica que os juízes lidam com urgências e pedidos de liminares, que precisam ser decididos com brevidade e análise superficial da demanda e que estão sujeitos a erros:

> *então, geralmente lidamos com liminares. E, nessas liminares,* [...] *se tem um juízo quase superficial, mas só que saúde é um caso exauriente porque é ou não é, se negar pode morrer. Ele tem que ser dado, mesmo que, na eventualidade esteja-se cometendo um erro, um exagero, uma precipitação diante do alarme do caso concreto. É melhor dar mais garantia para o cidadão* [...]*, porque pode ser irreversível uma negação* (E-2).

O Entrevistado 3 demonstra estar focado na satisfação e no atendimento imediato dos jurisdicionados (pacientes). Afirma que o Poder Judiciário tem que respeitar prazos e o rito processual, o que impediria um atendimento mais imediato das demandas e que geraria insatisfação:

> *Mas, de um modo geral, há uma satisfação da clientela, do jurisdicionado que vem aqui para ser atendido, que vem em busca dessa determinação de atendimento.* [...] *Já ocorreram aqui uns três casos em que o processo demorou mais do que as pessoas poderiam esperar* (E-3).

O Entrevistado 4 afirmou ter em mente os fins sociais da lei e que soluciona esse tipo de demanda: "*da forma mais favorável à vida e à dignidade da pessoa humana*". Na mesma linha, o Entrevistado 5: "*quer saber de uma coisa, melhor conceder porque se esse cara morrer eu não vou ficar com esse peso na consciência*".

A outra metade dos entrevistados (5/10) foi mais clara em informar os parâmetros ou cautelas de que se revestem para a solução desse tipo de demanda. O Entrevistado 6, por exemplo, descreveu alguns parâmetros que adota para deferir ou não os pedidos:

> *É necessário que concorram as seguintes condições: 1) comprovação de que o tratamento em questão é de caráter urgente e imprescindível para o asseguramento da vida ou para evitar dano significativo à saúde do demandante; 2) comprovação de que não é fornecido tratamento similar igualmente eficaz pelo Poder Público* (E-6).

Os Entrevistados 7 e 8 mostraram preocupação com a possibilidade de o Poder Judiciário ser usado em manobras para satisfazer interesses escusos:

> *onde há agilidade, começam a vir os espertos* [...] *O Judiciário está aqui para zelar, mas ele tem realmente que zelar pelo direito à saúde, ele tem que zelar sobretudo pelos recursos públicos, que não é de ninguém, mas é de todo mundo, não tem um proprietário, mas a sociedade maranhense e brasileira* (E-7).

> *É preciso, então, que o magistrado se cerque de todas as cautelas possíveis* [...], *para que o magistrado não seja, em dado momento, utilizado como instrumento de uma demanda que possa não ter uma feição ética adequada como deve ser perante o Poder Judiciário* (E-8).

Os Entrevistados E-3, E-7, E-8, E-9 e E-10 (5/10) citaram expressamente ou fizeram referência às recomendações ou iniciativas do CNJ na tentativa de dar maior eficiência à solução de demandas judiciais envolvendo a saúde, especialmente a Recomendação n. 31 (BRASIL, 2010): "[...] *tenho atendido a Recomendação n. 31/2010 do CNJ, que orienta que os julgadores acionem os gestores de saúde antes de conceder medidas liminares*", disse o Entrevistado 10.

Percebe-se que o Poder Judiciário adotou uma "tendência" a julgar favoravelmente o autor da ação, especialmente diante de causas que não comportam uma análise mais profunda em decorrência da urgência de que se reveste.

Porém há preocupação e iniciativas para melhorar a eficiência dessas soluções, com adoção de cuidados e parâmetros para analisar as nuances do caso concreto. São válidas aqui as contribuições de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 133), que diz ser complexo definir o sentido e o alcance do direito à saúde, pois a necessidade de evitar a morte, a dor ou sofrimento físico é critério muito amplo e impreciso para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde, sendo igualmente complexo definir quais prestações de saúde são constitucionalmente exigíveis e possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde do indivíduo.

2.3 Possibilidades de melhoria

2.3.1 Abertura ao diálogo com o Poder Executivo

O Entrevistado 1 afirmou que o Judiciário tem "uma cultura" de priorizar o processamento de ações individuais, ou seja, a estrutura do Judiciário estaria voltada para resolver demandas do indivíduo que ajuizou a ação e não as da coletividade. O magistrado cita como exemplo o fato de a Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca de São Luís ter sido criada há pouco tempo e que, antes, esse tipo de demanda se misturava às demandas individuais nas demais varas, sem receber o devido tratamento. Além disso, afirma que o Judiciário deveria atuar com mais ênfase na prevenção e na responsabilização dos administradores públicos que deixam de cumprir suas obrigações. Segundo o entrevistado, nessa frente o Judiciário não está no nível adequado, pois "*não é essa a cultura do Judiciário*". Para ele:

> [...] *nós não estamos atuando na responsabilização, nas ações, por exemplo, de improbidade administrativa contra o gestor que deixou de aplicar adequadamente o recurso público de tal forma que aquelas ações individuais não precisassem acontecer* (E-1).

Essa discussão assume relevo, pois dentro de um processo individual, o Judiciário estaria instrumentalizado para realizar microjustiça (ou a justiça do caso concreto, justiça para as partes envolvidas no processo), carecendo de instrumentos que permitam uma visão global do problema, que contemple interesses extraprocessuais e de viés coletivo.

Reflete-se também sobre a dicotomia que cerca a questão: privilegiar o individual ou o coletivo?

> De um lado a participação do Judiciário significa a fiscalização de eventuais violações por parte do Estado na atenção à saúde, mas, de outro, o excesso de ordens judiciais

> pode inviabilizar a universalidade da saúde, um dos fundamentos do Sistema Único de Saúde – SUS (MENDES, 2013, p. 669).

Sobre o aperfeiçoamento de soluções para as demandas por saúde pública, todos os magistrados (10/10) destacaram ser importante buscar medidas que reduzam os casos judicializados, isto é, ações de melhoria na gestão do SUS, medidas extrajudiciais de solução de conflitos e medidas que beneficiem a coletividade.

A maioria dos magistrados (8/10) apontou a necessidade de uma aproximação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo para a solução das demandas. Um deles (Entrevistado 1) defendeu a realização de Audiências Públicas com o envolvimento da Sociedade na discussão de soluções mais amplas. Outro (Entrevistado 2) apontou a necessidade de reuniões entre os dois Poderes para discussão de soluções, bem como a criação de uma comissão de médicos à disposição do juiz para auxiliar nas decisões, em casos de dúvidas técnicas.

O Entrevistado 3 ressaltou a atuação do CNJ, que instituiu grupos de estudo e equipes multidisciplinares para viabilizar a aproximação entre os Poderes Executivo, Judiciário e organizações da sociedade para adoção de medidas para solução dos problemas nessa área.

O Entrevistado 4 foi bem sucinto ao resumir que o Estado (Administração Pública) deve conferir efetividade aos entendimentos judiciais reiterados sobre o direito à saúde e que resolva administrativamente as demandas. Também sugere que essa matéria seja sumulada no Supremo Tribunal Federal (STF), isto é, que a Suprema Corte condense e exponha a todos, em poucas palavras, seus entendimentos jurisprudenciais reiterados sobre casos dessa natureza.

O Entrevistado 5 ressalta a importância de um comitê que gere entendimento e compartilhe informações entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, em termos de vagas em leitos e execução de políticas públicas, mas afirma que a solução definitiva é a própria melhoria na qualidade dos serviços públicos de saúde.

Já o Entrevistado 6 aponta a necessidade de haver maior clareza dos relatórios médicos, indicando se o medicamento ou o tratamento deve ser ou não fornecido pelo SUS ou se há produto similar que atenda às necessidades do paciente. Mas a estratégia principal apontada seria maior eficiência na gestão de recursos públicos relacionados à saúde.

O Entrevistado 7 sugere que haja uma troca de experiência entre os gestores públicos e estabelecimentos já reconhecidos pela eficiência na gestão (citou a Rede Sarah). Sugere também que haja mais consciência da população na escolha dos seus representantes, que os Conselhos de Saúde tenham uma atuação "mais efetiva" e apontou a necessidade de uma "melhor" atuação da Defensoria Pública e Ministério Público no interior do Maranhão. Além disso, propôs a implantação de um núcleo (com profissionais da saúde) que ajude os magistrados na tomada de decisão, bem como que seja concretizada a regionalização da assistência, com a responsabilização civil e administrativa dos gestores que não a cumprirem.

Essa regionalização cumulada com a responsabilização civil dos gestores mencionada pelo Entrevistado 7 possivelmente refere-se ao Decreto n. 7.508/2011, que regulamentou

aspectos da Lei do SUS (Lei n. 8.080/1990), no tocante ao planejamento da saúde, a assistência à saúde, a articulação interfederativa e a regionalização, dentre outros.

Os Entrevistados 9 e 10 também defendem a colaboração entre os agentes envolvidos e soluções alternativas ao processo. O Entrevistado 8 afirmou que tem construído um diálogo com a Administração Pública, médicos, gestores dos hospitais e com a parte envolvida na demanda, por meio de reuniões e tentativas de conciliação, e que essas medidas têm produzido resultados satisfatórios:

> *Isso é pelo fato de eu ter uma certa incredulidade em relação ao processo, no modelo em que nós estamos, ou seja, o processo não resolve mais satisfatoriamente essas demandas angustiantes do cidadão em relação à prestação do serviço público. Então, acho que o diálogo, a solução alternativa, a conciliação, a reunião, isso de uma maneira muito clara, com todos os atores envolvidos participando, têm dado um resultado mais satisfatório* (E-8).

Pode-se concluir, portanto, que o Poder Judiciário se mostra aberto à discussão, ao diálogo e a soluções alternativas ao processo, o que inclui proposições de canais de mediação de conflito e aproximação com a sociedade e com os agentes envolvidos.

Para ilustrar, veja-se o Quadro 2**,** que sintetiza as sugestões expostas pelos magistrados participantes da pesquisa.

QUADRO 2 – **SUGESTÕES DE MELHORIA**

E-1	REALIZAR AUDIÊNCIAS PÚBLICAS	RESPONSABILIZAR MAU GESTOR	PROMOVER CULTURA DE AÇÕES COLETIVAS	RESOLVER O PROBLEMA E NÃO O PROCESSO	
E-2	PROMOVER DIÁLOGO ENTRE JUDICIÁRIO E EXECUTIVO	USAR DECISÕES JUDICIAIS REITERADAS PARA PLANEJAR SERVIÇOS	DISPONIBILIZAR COMISSÃO MÉDICA PARA AUXILIAR JUIZ	MELHORAR EMERGÊNCIAS, UTI NEONATAL E TRATAMENTOS PROLONGADOS	PESQUISAR SE AS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO REDUZIRAM LIMINARES
E-3	PROMOVER DIÁLOGO ENTRE JUDICIÁRIO E EXECUTIVO	ADOTAR RECOMENDAÇÕES DO CNJ	MELHORAR TRATAMENTO PARA DEPENDENTES QUÍMICOS		

E-4	ELABORAR SÚMULAS SOBRE SAÚDE NO STF	USAR DECISÕES JUDICIAIS REITERADAS PARA PLANEJAR SERVIÇOS			
E-5	PROMOVER ENTENDIMENTO ENTRE INSTITUIÇÕES	COMPARTILHAR COM JUDICIÁRIO INFORMAÇÕES TÉCNICAS E OFERTAS DO SUS	MANTER MEDIDAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO	MELHORAR ACESSO E QUALIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO	
E-6	RESOLVER PROBLEMAS NA PERSPECTIVA MACRO E NÃO MICRO	MAIS CLAREZA EM RELATÓRIOS MÉDICOS, INFORMAÇÕES TÉCNICAS E SOBRE O SUS	MELHORAR EFICIÊNCIA NA GESTÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS		
E-7	ATUAÇÃO MAIS EFETIVA DE CONSELHOS DE SAÚDE, MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA	RESPONSABILIZAR MAU GESTOR	DISPONIBILIZAR PROFISSIONAIS DA SAÚDE PARA AUXILIAR JUIZ	MELHORAR GESTÃO VISITANDO EXPERIÊNCIAS BEM-SUCEDIDAS	REGIONALIZAR A ASSISTÊNCIA
E-8	PROMOVER DIÁLOGO ENTRE JUDICIÁRIO E EXECUTIVO	PROMOVER CONCILIAÇÃO E SOLUÇÃO ALTERNATIVA ENTRE AS PARTES			
E-9	PROMOVER DIÁLOGO ENTRE AGENTES RESPONSÁVEIS PELO DIREITO À SAÚDE	CRIAR SOLUÇÕES ALTERNATIVAS	ASSEGURAR SUSTENTABILIDADE E GERENCIAMENTO DO SUS		
E-10	PROMOVER DIÁLOGO ENTRE JUDICIÁRIO E EXECUTIVO	COMPARTILHAR COM JUDICIÁRIO INFORMAÇÕES TÉCNICAS E SOBRE SERVIÇOS DO SUS	PROMOVER CURSOS E SEMINÁRIOS SOBRE TEMAS REFERENTES À SAÚDE PARA JUÍZES		

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas entrevistas dos magistrados.

Considerações finais

Como resultado da pesquisa, foi possível compreender a percepção geral do Poder Judiciário maranhense sobre a judicialização da saúde. A partir da identificação das unidades de análise que emanaram das falas dos magistrados entrevistados, restou possível a sua classificação, categorização e interpretação, no esforço de retirar dessa matéria-prima o conteúdo da percepção dos participantes sobre o tema proposto, elucidação das questões norteadoras e dos objetivos traçados.

Identificou-se que a expressão "judicialização da saúde" pode remeter ao conjunto de demandas levadas ao Judiciário na área da saúde suplementar (contra operadoras de planos de saúde), na área da saúde pública ou em ambas, sendo necessário esclarecer aos interlocutores o contexto em que esse termo será empregado, para não gerar percepções e ideias equivocadas.

Resta evidente, ao final da análise, que as falas dos magistrados demonstram um descrédito nas capacidades gerenciais do Poder Executivo, o que reforça a percepção geral da pertinência e legitimidade da sua atuação (do Poder Judiciário) na área da saúde pública, mesmo considerando haver uma interferência nas atribuições do Poder Executivo, considerada benigna.

É possível concluir que o Poder Judiciário maranhense incorporou o conceito de direito à saúde como direito social fundamental, de eficácia imediata, com sensibilidade maior ao deferimento dos pedidos, mas com cautelas, especialmente quanto à utilização de cuidados e parâmetros para apuração a real necessidade da demanda judicializada e evitar interesses escusos.

A solução dessas demandas é considerada emocionalmente difícil, por terem os magistrados consciência da limitação do orçamento público, dos impactos para a coletividade, das suas próprias carências de conhecimento técnico, e sujeição à pesada carga emocional envolvida quando se trata de decidir sobre a vida e da saúde das pessoas.

Os dados apontam a possibilidade de diálogo entre o Judiciário e o Executivo, a fim de aperfeiçoar as soluções em torno da satisfação do direito à saúde, com a manutenção do equilíbrio do sistema. Nesse sentido, diversas ações foram sugeridas pelos participantes da pesquisa (Quadro 2).

Verifica-se que nesse campo ainda há muito a ser pesquisado, mas Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 192), de forma acertada, ressalta que "a questão, conforme o amadurecimento do debate sobre o que o tema indica [...], não é se pode ou não haver controle judicial, mas qual seu conteúdo e quais os limites da decisão judicial".

Por fim, o fenômeno da judicialização da saúde pode ter outras noções e percepções associadas, a depender de quem está com a palavra. Se por um lado há questionamentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário, por outro se reconhecem as omissões e as carências enfrentadas pela população no âmbito da saúde pública e a necessidade de aproximação entre todos os agentes envolvidos, para diálogo, proposições de alternativas e entregas de melhorias dentro e fora dos processos judiciais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 133-160, jul./dez. 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 31*, de 30 março de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf>. Acesso em: mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. *Direito a medicamentos*: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do sistema único de saúde entre 2008 e 2015. 1. ed. Brasília: Inesc, 2016.

JUNIOR, Milton. Saúde sob o olhar clínico da justiça. *Medicina CFM. Revista de humanidades médicas.* Brasília-DF, p. 26-31, set./dez. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva: 2013.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento*: pesquisa qualitativa em saúde. 14. ed. São Paulo: HUCITEC, 2014.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada "judicialização da saúde": pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

NUNES, Antonio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

Pilar Bacellar Palhano Neves

Advogada. MBA Executivo em Gestão de Saúde pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Mestra em Gestão de Programas e Serviços de Saúde pela Universidade Ceuma. Mestranda em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa.

pilarbacellar@hotmail.com

Marcos Antônio Barbosa Pacheco

Médico Sanitarista e Bacharel em Direito. Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor vinculado ao Programa de Mestrado em Gestão de Programas e Serviços de Saúde da Universidade Ceuma.

mmmarco@terra.com.br

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 08.03.2016
Aprovado: 05.09.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201731

Dogmática "opinativa": o exemplo da função social da propriedade

"OPINIONATIVE" LEGAL DOGMATIC: THE EXAMPLE OF THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas[1]

Resumo
Trata-se de uma investigação por amostragem não probabilística do tipo intencional pura, abarcando elementos de teoria do direito, direito civil e direito constitucional e os estudos concernentes ao ensino jurídico. O objetivo inicial é desenvolver a conexão entre o "modelo de parecer", tal qual pensado por Marcos Nobre, e a argumentação por autoridade, pensada por José Rodrigo Rodriguez, explicitando a dimensão "opinativa" existente na dinâmica argumentativa utilizada por uma parte não desprezível da dogmática jurídica brasileira. Feito o desenvolvimento, será possível investigar como o viés "opinativo" de parte da produção acadêmica dedicada ao tema da função social da propriedade – aqui tomada como exemplo –, produz uma visão distorcida do princípio constitucional.

Palavras-chave
Pesquisa em direito; formalismo; argumento de autoridade; função social da propriedade; ensino jurídico.

Abstract
This is a non-probabilistic random sample investigation of the pure intentional type, encompassing elements of law theory, civil and constitutional law, and studies concerning legal education. The initial objective is to develop the connection between the "opinion model," as conceived by Marcos Nobre, and the argument for authority thought by José Rodrigo Rodriguez, explaining the "opinionative dimension" in the argumentative dynamics used by a not inconsiderable part of Brazilian legal dogmatics. Once the development is done, it will be possible to investigate how the "opinionated" bias of part of the academic production dedicated to the theme of the social function of property – here taken as an example – produces a distorted view of the constitutional principle.

Keywords
Research in law; formalism; argument of authority; social function of property; legal education.

1 Universidade Federal de Juiz de Fora
Juiz de Fora – MG – Brasil

CC BY-NC

Introdução

Segundo o filósofo Marcos Nobre, o parecer – instrumento por meio do qual um jurista de renome pretende convencer o juiz a decidir de forma alinhada aos interesses do cliente que o contratou – não é reconhecido no Brasil como uma peça de conteúdo estratégico. Por isso, é falsamente interpretado como produto de uma investigação acadêmica, o que gera consequências nefastas para a pesquisa e o ensino do direito. Segundo Nobre (2003, p. 150) "[...] no caso brasileiro, a confusão entre prática jurídica, teoria jurídica e ensino do direito é total". Tal confusão, segundo o autor, decorre do fato de que a lógica que orienta a elaboração do parecer disseminou-se como a forma-padrão de argumentação no âmbito da produção jurídica nacional, prejudicando o aperfeiçoamento da pesquisa em direito no País e justificando o seu atraso, se comparado ao desenvolvimento apresentado por outras áreas das Ciências Humanas.

Tomando como correto o diagnóstico apontado por Nobre, é de se supor que tal confusão seja consequência da adoção de um padrão argumentativo comum às três esferas de atuação listadas – prática, teoria e ensino. Que padrão comum é esse? O que está por trás da "lógica do parecer"?

José Rodrigo Rodriguez traz algumas pistas. Na pesquisa desenvolvida em seu livro *Como decidem as cortes?* (2013), o autor considera que a argumentação por autoridade é um traço marcante do modo como são tomadas as decisões no âmbito dos tribunais brasileiros, mas procura ressaltar que

> [a] crítica do texto de Nobre atinge mais diretamente a doutrina brasileira, ao modo de operar dos professores, que pretendem se diferenciar dos juízes por falarem em nome de supostas "verdades" do direito. Minha preocupação é identificar as operações mentais, os raciocínios que subjazem a lógica do parecer. (RODRIGUEZ, 2013, p. 72).

Trata-se, portanto, de análises complementares, que apontam para aspectos importantes do trabalho de identificação do modo como parte expressiva da comunidade jurídica brasileira argumenta.

A partir dessas colocações, o presente artigo tem o objetivo de promover uma aproximação maior entre a tese de Nobre (2003) e a de Rodriguez (2013), desenvolvendo-as na direção das relações entre o modelo de parecer e a argumentação por autoridade, especificamente no âmbito do modo como o direito é ensinado. Parte-se do princípio de que a lógica que subjaz ao modelo de parecer é a mesma que dá corpo à argumentação por autoridade, eis que a razão de ser do parecer é o reconhecimento da autoridade do seu autor. Como a autoridade também pode ser visualizada na argumentação desenvolvida em certo tipo de produção acadêmica e de ensino do direito, os "modos de falar" do juiz, o do parecerista e o de parte relevante dos professores (especialmente das disciplinas dogmáticas) seriam muito semelhantes entre si.

Segundo a análise de Rodriguez (2013, p. 81-82), a argumentação por autoridade desenvolvida nos tribunais é frequentemente inadequada, pois deixa de levar em conta posicionamentos contrários de autoridades equivalentes à utilizada como base da sentença. Isso confere ao exercício da jurisdição um caráter "opinativo": simplesmente se escolhe uma autoridade entre tantas, sem o compromisso de exprimir as razões da opção, que parece óbvia.

Para o ensino do direito, o uso do argumento de autoridade compromete a racionalidade do que é ensinado, bem como o próprio potencial compreensivo da investigação jurídica, pois permite a tomada de posição não substancialmente justificada na direção do pensamento de um ou outro autor. Como consequência, quando a pesquisa jurídica adquire um caráter "opinativo", ela fica reduzida a um catálogo de "opiniões" que podem ser aleatoriamente utilizadas de acordo com o contexto.

Para embasar essa hipótese, inicialmente será feita uma busca pela identificação dos traços necessários e suficientes para a caracterização da racionalidade que preside o "modelo de parecer", e como esta racionalização se conecta com a argumentação por autoridade.

Em um segundo momento, será realizada uma contraposição entre essas características destacadas e o modo como os autores desenvolvem suas argumentações no âmbito dos manuais jurídicos, principalmente os de Direito Civil, dedicados à apresentação de temas como posse, propriedade e função social da propriedade. A análise da narrativa empregada nos livros de Direito Civil justifica-se porque esta é uma disciplina historicamente marcada pelos princípios da Escola de Exegese e sua relação formalista com o Código Civil. Dentro desse universo, os direitos reais representam um campo promissor para o estudo dos prejuízos decorrentes da adoção da argumentação por autoridade como modelo de apresentação da disciplina, pois a centralidade que o direito de propriedade assume em sociedades marcadas pela economia de mercado confere ao estudo do tema uma inegável vocação interdisciplinar que acaba recalcada, o que é ainda mais visível quando se trata da função social da propriedade.

Segundo a leitura de Rodriguez (2013), a argumentação por autoridade prescinde da contraposição crítica aos argumentos nos quais o raciocínio da autoridade funda-se. Nesses termos, sendo assumido como correto, esse tipo de argumentação, ao ser adotado por professores e autores dos manuais jurídicos, pode ser perigoso, porque não ficam claras as razões da opção por uma ou outra posição pelos autores. Como resultado, o conhecimento gerado nessas bases reflete uma visão parcial e deformada do seu campo de investigação. Tomando como exemplo a função social da propriedade: esse "descolamento" faz com que mesmo uma leitura pretensamente progressista assuma, paradoxalmente, um caráter conservador. Isso ocorre pois a distorção da realidade, operada por esse tipo de argumentação, pode ser um fator complicador da eficácia das lutas sociais pela modificação da estrutura fundiária brasileira que tenham essa leitura como base. Ao pleitearem a efetivação de uma "função social", com base em uma particular interpretação do conceito que não se efetiva, os movimentos sociais se veem diminuídos em sua capacidade de transformação da realidade.

1 Parecer é advocacia

Quando o parecerista faz o seu trabalho, ele está estruturando taticamente um determinado raciocínio com o objetivo definido desde o início: obter um efeito peculiar, que se configura em uma decisão judicial em conformidade com aquilo que deseja o cliente que contratou os seus serviços. O jurista vai arregimentar todo o arsenal dogmático e jurisprudencial disponível para alcançar a decisão almejada, não simplesmente "pesquisar" uma questão problemática. Ele não tem obviamente o compromisso de explicitar o escrutínio de sua tese frente à de outros investigadores e certamente vai procurar esconder os eventuais pontos fracos de sua teoria, tudo com a intenção de produzir uma fórmula aparentemente sólida para a decisão que interessa ao seu cliente. Seu objetivo não é compreender determinado tema, mas convencer o juiz a sentenciar de certo modo. A investigação, portanto, é desde o início dirigida para fazer crer que o ponto de vista ali defendido é a melhor resposta a ser dada no caso concreto, mas de forma que pareça ser a simples descrição da solução desde sempre prevista no ordenamento.

Apesar dessas características, o parecer não é encarado por professores e estudantes como uma peça de advocacia. Tanto é assim que os pareceres dos grandes nomes do direito são frequentemente publicados e estudados como dogmática (DI PIETRO, 2015; BARBOSA, 2017; TEPEDINO, 2011; AZEVEDO, 2009; MELLO, 2011). Se esse tipo de trabalho fosse compreendido apenas como uma estratégia de defesa comprometida e elaborada para um caso específico – e, nesse sentido, não replicável em outras situações –, não faria sentido estudar os pareceres de um autor, porque eles não serviriam para casos futuros, da mesma forma que ninguém tem a ilusão de poder conhecer o que é o direito estudando as petições de um advogado. Mas, como ressalta um dos maiores pareceristas do Brasil, Nelson Nery Jr., "[...] o parecer é o filé mignon da advocacia" (NERY JR., 2013). Ou seja: parecer é advocacia, e é elaborado para a defesa de um interesse específico.

Uma das possíveis razões da confusão é o fato de que o parecerista não é o advogado do caso, de modo que o caráter interessado de sua participação fica esmaecido. Cria-se uma situação na qual a solução defendida no parecer ganha ares de uma consulta sobre um tema problemático, analisado abstratamente, como se não houvesse o compromisso de influenciar a obtenção de um resultado a favor do seu cliente.

Por exemplo: uma coisa é pesquisar a possibilidade de uma posse injusta gerar a aquisição da propriedade pela usucapião ordinária; outra coisa, porém, é ser orientado[1] a defen-

1 Como mostra Douglas Walton, nem sempre a argumentação por autoridade é falaciosa, apesar de tais argumentos serem "intrinsecamente fracos e questionáveis" (WALTON, 2012, p. 249), dado que são sempre subjetivos. De todo modo, "Quando um especialista tem algo a ganhar ao defender um dos lados da argumentação ou quando é pago para argumentar a favor de um dos lados – como frequentemente acontece nos tribunais –, chamar atenção para essa possível parcialidade pode ser uma crítica legítima." (WALTON, 2012, p. 249).

der que a posse injusta não é um óbice à aquisição da propriedade pela usucapião ordinária. No primeiro caso, o pesquisador vai testar hipóteses: ler os autores que defendem e os que criticam essa possibilidade, investigar os argumentos de cada um e contrapor as visões; analisar dados empíricos sobre temas pertinentes, como investimentos em regularização fundiária; os entraves existentes nesse processo; os interesses políticos envolvidos na manutenção de moradias irregulares; os dados sociológicos acerca dos conflitos fundiários; os argumentos jurisprudenciais utilizados para defender e afastar a possibilidade de usucapião ordinária a partir de uma posse injusta. Ao final, escreve-se um artigo ou livro no qual esses elementos tenham sido contrapostos e examinados, gerando uma reflexão cujo produto é decorrente de investigação ampla.

O parecerista não age da mesma maneira: ele vai construir um raciocínio dirigido à obtenção de um resultado. Não é uma investigação sobre um tema, é a defesa de um ponto de vista, construída com base em uma elaboração teórica que visa dar aparência de que aquela leitura é apenas a descrição desinteressada da melhor solução jurídica disponível. Dois elementos destacam-se na formulação de um parecer: o primeiro é o seu caráter estratégico, visível no fato de que a articulação entre os dados e teses utilizados para a confecção do parecer está marcada pelo objetivo de convencimento da pertinência daquele ponto de vista. O parecerista não tem a opção de concluir seu raciocínio de modo contrário aos interesses do cliente que o contratou, ainda que as razões para isso sejam fortes. Obviamente, ele pode desistir do caso, mas o acordo não inclui a possibilidade de produzir uma peça na direção oposta à que foi encomendada.

O segundo elemento é o fato de que o parecer não tem o compromisso de explicitar o diálogo com visões contrárias à que é defendida em seu interior, o que reduz o seu potencial crítico e compreensivo. Não há dúvida de que os posicionamentos opostos à tese que tem de ser construída serão levados em conta pelo parecerista na elaboração de sua estratégia, pois sem isso a sua leitura seria facilmente vencida no tribunal. Porém, o modo pelo qual o parecerista lida com tais concepções é instrumental: elas são obstáculos a serem vencidos, não são hipóteses de trabalho.

Quando essa "lógica do parecer" apresenta-se nas obras por meio das quais se pretende ensinar o direito, os argumentos das diversas autoridades no assunto investigado aparecem frequentemente desarticulados – pois o leitor não tem acesso ao caminho pelo qual o autor da "tese minoritária" chegou àquela conclusão – o que torna todas as "teses" disponíveis sobre uma determinada questão problemática passíveis de serem encaradas como igualmente cabíveis e pertinentes. Essa é a dimensão "opinativa" da dogmática jurídica.

2 O parecer só tem sentido em um ambiente tomado pela argumentação por autoridade

O parecer só pode desempenhar seu papel em função da posição de quem o emite. Isso significa que a estratégia de convencimento só pode ser bem-sucedida se a relevância da pessoa

do parecerista for um fator de peso na decisão do magistrado. Isso remete à argumentação por autoridade, pois trata-se de uma interpretação que, "vindo de quem vem", gera uma pressão no julgador para que prolate determinada decisão. É por esse caminho que será possível desenvolver as conexões entre as teses de Nobre (2003) e de Rodriguez (2013).

Em primeiro lugar, a confusão entre ensino, pesquisa e advocacia só pode ser compreendida como fruto de uma falta de clareza de parte da comunidade jurídica nacional acerca do que seja uma pesquisa jurídica genuína. Não é tarefa fácil visualizar – especialmente nas disciplinas dogmáticas – para que serve uma dogmática jurídica que não tenha a função de dizer como o juiz deve julgar.

Em segundo lugar, o modelo de parecer só é capaz de "intoxicar" parte do pensamento acadêmico no Brasil porque existem professores e/ou autores, sobretudo de obras jurídicas de disciplinas dogmáticas, que compartilham desse mesmo código, permitindo que o parecer tenha operatividade no âmbito do processo judicial. Esse código – é o que aqui se supõe – é a argumentação por autoridade.

Só é possível aplicar o modelo de parecer na pesquisa jurídica porque parte dos que deveriam fazer pesquisa enxergam o fazer acadêmico sob a mesma óptica que o parecerista: assumindo-se como autoridades cujo trabalho deve ser direcionado a fazer valer determinada interpretação perante seus leitores/alunos. É esse compartilhamento do argumento de autoridade como parâmetro da investigação jurídica que "puxa" o modelo de parecer para "dentro" da produção acadêmica. As "supostas verdades" faladas pelos professores, bem como pelos doutrinadores por eles evocados, só são levadas em consideração em virtude da autoridade da qual emanam, do mesmo modo que o conteúdo do parecer só gera pressão sobre o magistrado em função da proeminência da figura do parecerista.

Uma das possíveis razões desse fenômeno é o próprio perfil dos autores: em sua grande maioria, os escritores das obras das disciplinas dogmáticas são operadores do direito. Isso pode explicar o motivo pelo qual estruturam seus trabalhos utilizando a mesma lógica por meio da qual se produz um parecer: aglutinando elementos estrategicamente ordenados, com o intuito de fazer valer uma dada concepção acerca da melhor forma de solucionar uma questão problemática. A eficácia desse projeto é totalmente dependente da autoridade do seu autor, do mesmo modo que a capacidade atrativa do parecer é subordinada à importância do parecerista. E aqui vai um argumento de autoridade: segundo um dos mais bem-sucedidos pareceristas do Brasil, novamente, Nelson Nery Jr., a principal diferença entre o parecer e outros modos de consulta em um processo (como é o caso da opinião legal), é "[...] o peso do nome de quem vai assinar" (NERY JR., 2013). Se o nome do autor precisa ser "de peso" é porque a análise do conteúdo vai ficar na dependência disso, ou seja, como indicado, o parecer só funciona em ambientes dominados pela argumentação por autoridade, pois

> [...] uma argumentação que não se fundamente principalmente em argumentos de autoridade deve apresentar-se com convincente por si só, independentemente da pessoa

> que a proferiu ou de qualquer outra autoridade ou pessoa que, eventualmente, concorde com determinado modo de pensar. (RODRIGUEZ, 2013, p. 77).

É claro que o juiz pode proceder ao enfrentamento crítico do parecer ante os diversos fatores que ele, como julgador, venha a considerar relevantes. Nessa linha, o magistrado faria a sistematização que idealmente caberia a uma pesquisa jurídica não "intoxicada". Mas não é assim que acontece, e Rodriguez mostra bem como a argumentação por autoridade tem uma presença marcante no processo de formação da decisão judicial (2013, p. 84-102) no Brasil. Mas por que razão o modelo de argumentação por autoridade é prejudicial ao ensino e a pesquisa em direito?

3 Modelo de parecer, argumentação por autoridade e o déficit de racionalidade da dogmática jurídica

De forma bastante resumida, argumentar por autoridade significa utilizar a simples referência a determinada pessoa/norma como justificativa suficiente para a defesa do entendimento que se quer ver confirmado. Nos itens anteriores, foi demonstrado que para exercer uma pressão sobre o juiz, a fim de que ele decida do modo desejado pelo cliente que contratou o parecerista, é preciso que o parecer seja emitido por alguém cujo nome tenha relevância. Esse raciocínio foi embasado em declarações de pessoa proeminente da advocacia nacional, ou seja, de uma autoridade no ramo de elaboração de pareceres. Não se discutiu o porquê da escolha de Nery Jr., e não de outros pareceristas igualmente bem-sucedidos, tampouco as razões que estabelecem a relevância de um autor – seria o número de livros vendidos, a quantidade de orientandos em posição de destaque atualmente em suas carreiras, a quantidade de citações nas decisões judiciais? –, ou mesmo contexto no qual o jurista fez a declaração referida. A afirmação inicial tem como sua única base o prestígio da pessoa que emitiu a citação destacada, e o pressuposto é de que o leitor destas linhas compartilhe da visão de que Nery Jr. é um nome de "peso" no direito.

Isso é argumentar por autoridade: não se deixa exposto o raciocínio que levou o emissor do argumento a defender aquela interpretação e não outra qualquer, mas se pressupõe que o receptor da mensagem, compartilhando do entendimento de que o emissor fundou seu raciocínio em uma autoridade que ele também reconhece, admita a pertinência da escolha, concordando com a posição adotada. Quais são as características desse processo que podem ser perniciosas para o estudo do direito?

Especialmente no âmbito nas obras de disciplinas dogmáticas, é comum a conexão entre argumentação por autoridade e uma vertente conservadora do formalismo.[2] Isso ocorre quando

2 O termo "formalista" é amplamente disputado. Aqui ele é utilizado, tal qual a indicação de José Rodrigo Rodriguez, para designar "[...] todos os teóricos ou agentes sociais que naturalizam o direito posto e sua

o recurso à autoridade é empregado como justificativa de recusa à análise das boas razões que dão corpo aos pontos de vista ou soluções de autoridades contrárias ao defendido por aquela que foi utilizada como parâmetro. Por exemplo, não se fez referência ao fato de que existem diversos pareceristas que podem pensar de maneira diferente de Nery Jr. a respeito do mesmo ponto.

Em tais condições, o recurso à autoridade tem o objetivo de "entrincheirar" determinado raciocínio ou solução oferecidos pela autoridade utilizada,[3] seja com fundamento na lei, em um princípio jurídico, em uma prestigiada obra jurídica ou na tese de um parecerista. Aquele que argumenta por autoridade considera desnecessário explicitar as razões que o levaram àquele resultado concreto. Como consequência, esse tipo de argumentação naturaliza uma determinada visão. Qual é o problema em argumentar desse jeito?

É certo que a argumentação por autoridade oferece certa proteção a quem a utiliza, pois a subjetividade da decisão acaba dissolvida no "peso" da autoridade utilizada como fundamento. Mas, ao mesmo tempo, o uso inadequado dessa forma de argumentar, notadamente no âmbito do ensino jurídico, gera um perigoso déficit de racionalidade: se existem duas autoridades que dizem coisas diferentes sobre o mesmo ponto, a escolha de uma, sem a explicitação das razões pelas quais se rechaça a outra, transforma o argumento em uma falácia (ATIENZA, 2013, p. 413).

Nesse sentido, tanto o formalismo de viés conservador como o emprego falacioso da argumentação por autoridade são criticáveis no ensino do direito, não por propriamente negarem a pluralidade de pontos de vista admissíveis no âmbito de uma questão controversa, mas, especialmente, por negarem a explicitação das razões da escolha de um caminho e não de outro. A falta de uma investigação acerca da pertinência da escolha diante das alternativas disponíveis impede a sistematização do pensamento e a articulação do raciocínio, de modo a comprometer a consistência do resultado. Por essa via também surge uma "dogmática opinativa", nos mesmos moldes que Rodriguez (2013, p. 81-82) imputa à dinâmica da decisão judicial.[4]

• • •

racionalidade, ou seja, a forma atual do Estado e da separação de poderes, transformando em dogma estruturas históricas e mutáveis; e emprestando à pesquisa em direito uma postura defensiva e conservadora; incapaz de especular sobre possibilidades diversas de organização institucional" (RODRIGUEZ, 2013, p. 135). Nem sempre, porém, ele é empregado em um sentido negativo. Frederick Schauer, por exemplo, defende as vantagens da adoção daquilo que chama de "formalismo presumido", dentro do qual haveria uma "presunção a favor do resultado gerado pela interpretação literal da regra mais localmente aplicável. No entanto, aquele resultado seria apenas presumido, sujeito à derrota quando normas menos localmente aplicáveis [...] oferecerem razões especialmente exigentes para que se evite o resultado gerado pela norma presumivelmente aplicável" (SCHAUER, 2011, p. 119).

3 Autores como Joseph Raz (2009) e Frederick Schauer (1992) procuram ressaltar o papel positivo que o recurso à autoridade pode desempenhar no âmbito do raciocínio judicial.

4 A expressão "dogmática opinativa" é utilizada em alusão à "justiça opinativa" descrita por José Rodrigo Rodriguez como sendo aquela que "não decide em função de argumentos, não é constrangida por eles,

Na França de 1804, essa falta de explicitação da razão pela qual o juiz colocava-se como "boca da lei" era considerada óbvia, por conta de um motivo real: o racionalismo jurídico do período anterior à codificação havia finalmente conseguido obter forma concreta, e a pretensa clareza das soluções normativas bastava para que se observasse a lei de modo estrito, pois a "letra da lei" ainda não era "fria", eis que havia uma adesão esclarecida ao seu conteúdo (NINO, 2010, p. 379-385).

No âmbito do ensino do direito, essa adesão precisa ser explicada, e a sua recusa confere um caráter arbitrário ao posicionamento doutrinário. Se não é possível conhecer as razões que levaram o juiz/intérprete a "escolher" uma entre várias soluções, o resultado parece mesmo fruto de uma espécie de "loteria forense", na qual o que prevalece parece ser a sorte.

Com o objetivo de fundamentar o "peso" do nome de Nery Jr., os responsáveis pela entrevista anteriormente mencionada ressaltam que o autor já foi citado em mais de 2 mil acórdãos do STJ e mais de cem no STF (NERY JR., 2013). O parecerista chega a falar de maneira detalhada sobre alguns casos nos quais seus pareceres modificaram o entendimento dos tribunais.

Essas informações mostram que os juízes utilizam os pareceres de Nery Jr. como uma justificativa para a sua tomada de posição, ou seja, eles frequentemente o consideram a autoridade capaz de definir os rumos do caso, e a quantidade de vezes nas quais ele é citado indica a eficácia dos seus trabalhos, emitidos justamente com esse objetivo: determinar o conteúdo da decisão. Por aí se vê a relação entre a lógica que preside o parecer e aquela que dá corpo à argumentação por autoridade. O juiz decide "conforme o exposto por Nery Jr. em seu parecer" e considera que a menção a tal nome é suficiente para garantir a racionalidade da sua escolha.

É importante ressaltar que a decisão do juiz, porém, não pode ser vista como criação arbitrária de direito, e justamente por isso a referência à autoridade também é uma via para obtenção de legitimidade. Pela mesma razão, o parecer não pode ser reconhecido em seu caráter estratégico e, ainda que o seja, tem a pretensão de ser identificado como a melhor versão do direito oficial em vigor no momento da decisão. O parecerista, como o doutrinador, cria o direito como se o estivesse descrevendo.[5] Daí se vê que juízes, pareceristas e parte da

• • •

posto que [...] os fundamentos de suas decisões sempre ficam em aberto. A rigor, a argumentação individual dos juízes pode variar e é irrelevante para o funcionamento da jurisdição que decide por mera agregação de opiniões" (RODRIGUEZ, 2013, p. 82). Essa postura é facilmente reconhecida quando os autores discutem a função social da propriedade por meio de uma "listagem" de "concepções" (ou opiniões?) de função social, sem um exame crítico acerca de cada uma delas, ou seja, "sem explicar o porquê de cada autor (ou caso) ser relevante para a solução final" (RODRIGUEZ, 2013, p. 81).

5 Não há dúvida de que parte do trabalho do diferencial da "ciência" do direito frente à que se desenvolve em outros campos é o fato de que o jurista modifica com sua atuação o seu objeto de investigação (GUASTINI, 2006, p. 211). O problema é quando esse trabalho criativo prescinde de sistematização e coerência, e são essas características que comprometem a racionalidade da produção.

comunidade de doutrinadores estão todos decidindo, escolhendo soluções e interpretações – e nesse sentido, criando o direito – como se estivessem apenas apresentando aquilo que sempre esteve pronto e à disposição no material previamente legislado.

Seria interessante refletir sobre os motivos pelos quais um jurista passa a ser um nome de "peso", apto a emitir pareceres eficazes e valiosos. Da mesma forma, parece importante raciocinar sobre por que a maioria esmagadora dos autores dos manuais de Direito Civil é composta de juízes, procuradores, advogados, defensores, etc., ou seja, por que a disciplina é apresentada quase que exclusivamente por "operadores do direito". É possível especular uma resposta histórica, relativa à formação dos cursos jurídicos no Brasil e ao perfil dos professores que, na origem, cuidaram das disciplinas dogmáticas.

Mas, é razoável considerar que dentro de uma dinâmica na qual prevalece o argumento de autoridade, o jurista adquire proeminência não em função da profundidade do seu trabalho acadêmico – muitos sequer são doutores, tampouco lecionam em universidades –, mas por conta do seu sucesso como operador do direito, seja advogado, juiz, promotor etc., conforme o número de casos vencidos, quantidade de teses que conseguiu ver reproduzida nas sentenças, no baixo índice de sentenças revertidas pelos tribunais etc. Nesse sentido, o professor-autor-pesquisador, notadamente das disciplinas dogmáticas, retira sua autoridade do ofício que desempenha fora da academia, e é aí que sua autoridade adquire um caráter falacioso.

O termo "autoridade" é ambíguo. Um juiz é uma "autoridade administrativa" no sentido de que tem "[...] uma espécie de direito a exercer comando sobre os outros ou a estabelecer regras através de uma posição reconhecida ou um cargo de poder" (WALTON, 2012, p. 244). Em uma outra acepção, uma pessoa pode ser reconhecida como "autoridade cognitiva" (ou epistêmica) "[...] no que se refere à especialidade ou perícia num domínio do conhecimento ou da técnica, o que pode ser muito diferente da autoridade administrativa" (WALTON, 2012, p. 244). Quando alguém passa a ter o seu nome apontado como uma autoridade epistêmica em decorrência do seu sucesso como juiz, as duas dimensões acabam embaralhadas e a argumentação passa a ser falaciosa.

Daí juntam-se as peças do quebra-cabeça: a argumentação por autoridade permite ao juiz decidir sem submeter o argumento utilizado como base da decisão ao teste de universalização necessário à garantia de sua consistência. Isso por conta do "peso" da autoridade da qual ele é extraído. No âmbito do fazer judicial, esse tipo de uso da argumentação por autoridade não é necessariamente ruim pois, muitas vezes, é apenas do respeito à autoridade da lei que se necessita (RAZ, 2009; SCHAUER, 1992). Mas, quando se trata do fazer acadêmico, principalmente no âmbito das obras cuja missão é apresentar o direito aos estudantes de graduação, o uso da autoridade representa o oposto do diálogo necessário à devida apreensão da complexidade do fenômeno jurídico.

Tendo em vista seu poder de realizar a escolha que define o que é o direito em cada caso, surge uma competição entre as "autoridades" em torno do convencimento do juiz, para se fazer presente no conteúdo da sentença. Aquele que tem mais sucesso nessa disputa pela persuasão

do magistrado para decidir pelo modo que lhe convém adquire prestígio entre seus pares como a figura que "revela melhor" o direito aplicável a cada caso concreto, como aquele que tem mais conhecimento sobre o direito vigente. Isso só ocorre porque o processo de reconstrução do direito realizado pela doutrina e pelos julgadores se dá de forma velada, sempre como se fosse apenas descrição da solução apresentada desde o início pela lei. Eis o elo que vai gerar a confusão entre a argumentação por autoridade e a pesquisa jurídica.

Exatamente por isso, da mesma forma que o parecer disputa a adesão do juiz para se ver reproduzido na sentença, os trabalhos acadêmicos em grande medida adquirem um tom imperativo, no qual os autores parecem frequentemente "conversar" com um juiz imaginário que, ao lê-los, passaria a decidir de forma correta. Quando esse tom é utilizado nos manuais, tem-se a impressão de que o objetivo não é propriamente apresentar determinada área em sua complexidade real, mas convencer alunos e leitores da pertinência de determinada interpretação, talvez para que, no futuro, nos seus postos de operadores do direito, esses ex-alunos possam concretizar as teses ventiladas pelos autores em seus livros. Volta e meia isso acontece, como quando um juiz decide o caso citando o seu professor na faculdade, e uma tese sai dos bancos da universidade para adentrar o tribunal. Mas, é esse o papel dos professores e autores de direito? Treinar os alunos e leitores para a futura reprodução dos seus pontos de vista?

O que torna a assimilação do modelo de parecer pela pesquisa acadêmica um erro é o fato de que o seu caráter estratégico – por meio do qual se arregimenta uma série de teses, decisões e dados no intuito de convencer o juiz a decidir de um certo modo – interdita a disposição para autocrítica do conteúdo desenvolvido. Com isso, perde-se o traço sistemático e articulado que a pesquisa jurídica necessariamente precisa apresentar para garantir a sua consistência (NINO, 2010, p. 398-408; KELSEN, 1999, p. 251).

Se sob o aspecto interno o parecer não explicita a consideração das razões contrárias, externamente ele compete com outros materiais que o juiz tem à disposição para decidir. Como no âmbito do ensino do direito o caráter falacioso da argumentação por autoridade está na possibilidade de prescindir do embate teórico perante uma pluralidade de soluções abstratamente cabíveis e igualmente autorizadas, o intérprete (seja o juiz ou o aluno leitor de um manual) simplesmente escolhe uma das respostas possíveis, da mesma forma como o parecerista (ou autor de um manual de uma disciplina dogmática) define cirurgicamente os argumentos que formarão o *puzzle* necessário à defesa do interesse que ele quer ver concretizado. Nos dois casos, não há uma sistematização capaz de garantir a consistência da escolha ou decisão, de modo que torne compreensível a racionalidade que sustenta o resultado.

Como indicado, a absorção da lógica da argumentação por autoridade pela academia só é possível em função de um desconhecimento acerca daquilo que seria o trabalho da dogmática jurídica em sua feição ideal. Qual seria o traço distintivo dessa dogmática? Mesmo sem adentrar a profundidade desse debate, cabe aqui a menção ao pensamento de Carlos Santiago Nino, para quem a dogmática jurídica deveria ser capaz de mostrar:

> […] as diversas alternativas que os juízes têm diante de si para resolver as eventuais contradições da ordem jurídica, preencher suas possíveis lacunas. Limitar a textura aberta das normas e decidir entre seus diversos significados, no caso de se apresentarem ambiguidades. Fundamentalmente, os juristas também deveriam encarar a tarefa de mostrar as consequências de natureza social, econômica, etc., que se deduzem de cada uma das possíveis alternativas interpretativas, para o que deveria dispor de recursos teóricos fornecidos por diferentes ciências sociais, como a sociologia, a psicologia, a economia, etc. (NINO, 2010, p. 404).

Trata-se de uma preparação de alto grau de complexidade e bem distante do senso comum sobre a formação jurídica no Brasil. Mas, seus traços distintivos são a sistematização e a amplitude do foco a partir do qual a investigação desenvolve-se.

A argumentação por autoridade não pode ser considerada pesquisa jurídica porque lhe falta a contraposição crítica, a articulação e a contextualização necessárias à produção de conhecimento efetivo sobre o tema investigado. Quando aplicada ao ensino jurídico, o prejuízo materializa-se na naturalização do caráter opinativo existente na argumentação que abre mão de levar em conta as razões pelas quais as autoridades discordam sobre um mesmo tema controverso, o que põe em xeque a racionalidade daquilo que está sendo passado como sendo o direito.

A seguir, serão dados exemplos de como essa forma-padrão de argumentação está presente no ensino dos direitos reais e as consequências disso para a compreensão da função social da propriedade. O objetivo será também demonstrar como o formalismo – tomando como base a definição de Rodriguez (2013, p. 135) – pode servir como uma trava à discussão de questões novas e importantes sobre o tema da função social da posse; como a naturalização de uma visão pretensamente progressista sobre a função social da propriedade produz um conhecimento que, descolado da realidade empírica, adquire uma conotação conservadora na medida em que gera uma falsa pauta sobre o problema.

4 O Código Civil como norte e como limite na discussão sobre a posse

O emprego da argumentação por autoridade no âmbito do ensino do direito pode levar à naturalização de uma interpretação sobre o direito posto e de conceitos historicamente formulados. Desde logo, essa naturalização fica exposta nos manuais de direitos reais, em razão do modo como tais obras estão organizadas. De forma praticamente unânime, os autores seguem fielmente a mesma ordem de apresentação dos temas definida no Código Civil. O fato de os escritores organizarem suas obras replicando a composição da lei poderia a princípio significar que, sim, essa é a melhor ordem de encaminhamento dos assuntos e a estrutura do Código Civil simplesmente se harmoniza com aquilo que a comunidade dos investigadores da disciplina entende que seja o modo mais adequado de lidar com esses temas. Mas não é assim que acontece.

Quando se tem em mente as relações entre posse e propriedade, é preciso reconhecer que, apesar do esforço de parte dos estudiosos em marcar a autonomia da primeira em relação à segunda, é unânime na doutrina nacional – como de resto define explicitamente o artigo 1.196 do Código Civil – que o possuidor é "aquele que tem, de fato, o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade". Ou seja, a posse tem a sua existência aferida com base naquele que seria o comportamento do proprietário. Apesar de autônomos, os institutos estão intimamente relacionados, e a compreensão do que seja a posse é virtualmente dependente daquilo que se entende que seja o comportamento típico do proprietário. Se isso é assim, como pode ser didaticamente justificável estudar o fenômeno possessório *antes* do estudo da propriedade?[6] Como é possível compreender que o possuidor tem de fato os poderes característicos da propriedade, sem estudar a propriedade?

A repetição contínua da ordem definida na lei, em prejuízo do melhor encaminhamento didático dos temas, corresponde à uma postura que torna invisível o fato de que tal reprodução é fruto de uma escolha, ou seja, ela não é "natural". O objetivo da lei não é definir a melhor forma de estudar a disciplina. Isso quem faz, ou deve fazer, é a doutrina. Mas, ao abdicar dessa função, ela está demonstrando sua adesão incondicional ao texto elaborado pelo "legislador racional", mas não em consequência de uma concordância esclarecida quanto ao conteúdo da lei, e sim em razão de um dogma a respeito do seu irrestrito acatamento.

É possível que se considere isso tudo um exagero e que na verdade se esteja enxergando um problema onde não há nada. Mas não é bem assim. A naturalização do arranjo estrutural por meio do qual se estudam os direitos reais pode funcionar, na prática, como um mecanismo de seleção e bloqueio daquilo que pode ou não ser investigado, do que é ou não importante na disciplina, uma vez que esteja ou não previsto no Código Civil.

O exemplo da função social da posse é eloquente. Trata-se de um tema de grande relevância em um país como o Brasil, onde o acesso à titularidade de bens, principalmente imóveis, habita o campo do sonho de grande parte da população. Nesse contexto, alguns estudiosos do Direito Civil têm defendido a tese de que a função social da posse deve ser reconhecida como um caminho por meio do qual seria possível garantir a legitimidade (leia-se: a justiça) do apossamento que, por uma leitura estrita da lei, seria "ilegal", eis que não autorizado. Considerando-se que em diversas ocasiões o apossamento não autorizado é a única via de acesso a direitos fundamentais sociais historicamente negligenciados, como é o caso da moradia e também do trabalho, a posse que materializaria tais direitos deveria ser considerada uma posse justa. Mas não há nenhuma referência explícita à função social da posse no Código Civil, tampouco na Constituição. Qual é a consequência disso?

• • •

6 Entre os autores nacionais com obras atualizadas, somente na obra de Luciano de Camargo Penteado (2012, p. 557-606) o capítulo referente ao estudo da posse é posterior ao da propriedade.

Como a dinâmica do estudo e da transmissão do conhecimento é, em certo sentido, formalista, em um universo de 28 livros[7] atualizados de direitos reais, apenas em cinco manuais[8] (cerca de 17,5%) o tema é objeto de alguma reflexão. Em contrapartida, não há nenhuma obra que deixe de tratar do tema da "anticrese", um tipo de garantia real que tem previsão legal, mas é socialmente irrelevante na atualidade. E, se "o que não está no Código, não está no mundo", é porque a dogmática em sua grande maioria continua a enxergar e restringir o fenômeno jurídico ao material codificado. Com isso, uma sala de aula do Brasil em 2017 aproxima-se estranhamente de uma época na qual Jean-Joseph Bugnet dizia, orgulhoso, que não ensinava o Direito Civil, mas o Código de Napoleão. É da atualidade da Escola de Exegese que se trata, portanto (CHIASSONI, 2005, p. 338-341).

A discussão acerca da função social da posse é apenas um de vários exemplos que poderiam ser dados sobre como a naturalização de certa leitura pode simplesmente interditar a compreensão adequada do direito enquanto fenômeno socialmente vivo e necessariamente dinâmico. Se as obras que se colocam a missão de apresentar o direito aos estudantes não refletem essa complexidade, elas acabam se tornando ferramentas de conservação de uma ordem social em grande medida inexistente, ou cuja existência interessa a uma parcela muito específica da população. Por tal motivo é que, na interpretação de Rodriguez (2013, p. 134), o formalismo "[...] pode resultar na defesa da exclusão de novas demandas dirigidas ao ordenamento jurídico e na defesa do controle tecnocrático sobre o devir do direito".

Outros traços fundamentais para compreensão dos prejuízos da argumentação por autoridade como forma-padrão de argumentação no direito são a falta de uma articulação entre as leituras disponíveis sobre um mesmo tema e a consequente inconsistência decorrente da sua não sistematização. Como esse tipo de argumentação está calcado no prestígio do emissor do argumento, a análise crítica de uma tese pode ser encarada como uma ofensa pessoal, ferindo suscetibilidades acadêmicas. O efeito é conhecido: uma variedade de argumentos desconexos e antitéticos postos lado a lado, mas sem conversar entre si, cabendo ao juiz, ao leitor, ou ao aluno "escolher" o que lhe parece mais correto.

Como essa lógica orienta a produção acadêmica, são frequentes os trabalhos nos quais os autores enfileiram uma série de "posições" sobre o assunto em estudo, sem contrapô-las

7 FARIAS; ROSENVALD, 2015; GAMA, 2011; LISBOA, 2011; TARTUCE; SIMÃO, 2010; FERNANDES, 2011; PINTO, 2011; GONÇALVES, 2012; NADER, 2008; GOMES, 2010; PEREIRA, 2010; VENOSA, 2011; PENTEADO, 2012; AZEVEDO, 2014; COELHO, 2010; DINIZ, 2011; CARNACCHIONI, 2014; STANLEY, 2013; MELO, 2015; MONTEIRO, 2011; ROCHA, 2010; WALD, 2011; ALMEIDA, 2011; MELO, 2014; BARROS, 2007; LOUREIRO, 2004; RODRIGUES, 2009; RIZZARDO, 2007.

8 FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 45-80; GAMA, 2011, p. 97-100; LISBOA, 2011, p. 50-51; TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 47-55; FERNANDES, 2011, p. 44-46.

criticamente. O leitor tem à disposição um "cardápio" de opiniões que podem ser utilizadas estrategicamente em cada auditório específico: a tese seguida pelo professor para passar na prova na faculdade; a posição adotada pela banca do concurso público; a opinião majoritariamente presente na jurisprudência do tribunal no qual advoga. O jurista, autor, não se vê constrangido a submeter sua elaboração à prova, pois em grande medida falta um ambiente que efetivamente a examine de um ponto de vista crítico.

Do mesmo modo, uma tese só se sobrepõe à outra quantitativamente, daí a importância da identificação da interpretação "majoritária" na doutrina e na jurisprudência. O reconhecimento da racionalidade do argumento decorre do número de pessoas que interpretou naquela mesma direção, e não do conteúdo da própria leitura oferecida. A arbitrariedade da escolha fica escamoteada no conforto da "maioria". A pesquisa jurídica acaba em grande medida reduzida a um repositório caótico de opiniões que calculadamente possam ser utilizadas de acordo com cada circunstância.

5 O caráter opinativo da dogmática da função social da propriedade

O caráter opinativo da dogmática intoxicada pela autoridade padroniza um discurso jurídico no qual os autores acostumam-se a simplesmente relatar uma profusão de definições de forma inarticulada, como se a conexão entre elas fosse óbvia e, portanto, não precisasse de esclarecimento. O trecho a seguir pode ilustrar o problema:

> Para José Diniz de Moraes, "função social é a satisfação de uma necessidade [...] por meio de um poder jurídico atribuído a uma pessoa, física ou jurídica, pública ou privada". [...] Para Carlos Ari Sundfeld "função social é conceito que se opõe ao de autonomia da vontade". [...] Além dessas posições, alguns autores, decompõem a expressão função social da propriedade para tentar explicá-la, outros fazem uma relação com a noção de propriedade ou de princípio constitucional. Há, ainda, quem considere impossível fazer uma conceituação definitiva [...]. Oliveira Ascensão observa que os direitos reais – incluindo o de propriedade – são outorgados para a realização da pessoa que os deve exercer em benefício social. Todas essas manifestações, apesar de insuficientes, colaboram para o árduo dever de definir o conteúdo da função social da propriedade. O que não se pode admitir, no entanto, é que a função social da propriedade continue sendo caracterizada como uma limitação do direito de propriedade ou, ainda, que a norma que a reconhece não seja dotada de qualquer efetividade. Carlos Frederico Marés sustenta, inclusive, que no Brasil pós-1988 a propriedade que não cumpre sua função social está desprotegida ou "simplesmente propriedade não é". Marcos Alcino de Azevedo Torres registra que a característica do direito de propriedade que mais foi afetada pelo princípio da função social é tratar-se de direito absoluto, tanto no sentido da oponibilidade

> *erga omnes* quanto na ideia de sua utilização ampla, irrestrita e ilimitada. (GAMA, 2011, p. 232).

A passagem é longa, mas muito significativa. Em primeiro lugar, como indicado, a falta de articulação entre as teses é visível. A indicação de que alguns autores decompõem o conceito para melhor explicá-lo, ao passo que "outros fazem uma relação com a noção de propriedade ou de princípio constitucional" não contribui para a melhor compreensão do problema. O caminho da decomposição do conceito se opõe ao da sua conexão com a noção de propriedade ou de princípio constitucional? Com base no que alguns autores entendem que não é possível fazer uma conceituação definitiva? Eles têm razão no que dizem?

Aqui se vê que os trechos destacados exibem pontos problemáticos que podem comprometer a sua utilização conjunta, ou pelo menos, demandar uma investigação mais detalhada de seus termos. Mas o autor, ao contrário, resume sua proposta considerando que "todas essas manifestações", conjuntamente, "colaboram para o árduo dever de definir o conteúdo da função social da propriedade". Em que medida?

Ao considerar que todas as manifestações podem colaborar da mesma maneira para a compreensão do tema, Gama dá a entender que estão todas no mesmo patamar de importância e consistência teórica, de modo que basta "escolher" uma dessas vias, pois todas igualmente servem para compreender o assunto de forma adequada. É possível "optar" por Carlos Ari Sundfeld, José Diniz de Moraes ou por Oliveira Ascensão. Todos eles tratam de aspectos igualmente corretos e relevantes, de modo que, dependendo do auditório, qualquer uma dessas teses pode ser utilizada como solução de um conflito, a depender da maior ou menor adesão a uma ou outra proposta.[9]

Ressalta-se que o trecho, como um parecer, não faz referência a nenhum posicionamento contrário à leitura que o autor desenvolve sobre a função social. Seu objetivo é demonstrar que o conceito deve ser assimilado do modo como está sendo exposto e não gerar uma reflexão sobre o problema. Ao indicar que o princípio não deve continuar sendo compreendido como "limitação ao direito de propriedade" (pergunta-se: por quê?), ou que a norma que o reconhece não deve continuar sendo carente de efetividade, o autor parece estar emitindo uma ordem. Quem é essa pessoa que "não deve continuar compreendendo o princípio da função social como uma limitação ao direito de propriedade"? A quem se dirige o comando para que o princípio não continue sendo carente de efetividade? Tal qual o parecerista, o autor parece pretender influenciar a decisão judicial.

• • •

9 Outros exemplos desse tipo de argumentação "opinativa", sem nenhuma indicação da conexão entre os diversos autores que formam o "catálogo de opiniões" podem ser encontrados em Melo (2015, p. 103-108); Torres (2008, p. 260-272); Tartuce e Simão (2010, p. 57-62) e Rizzardo (2013, p. 232).

6 A naturalização conceitual do caráter transformador da função social da propriedade

A argumentação por autoridade tem um ângulo de investigação restrito. Ao deixar de lado o enfrentamento crítico das teses opostas, faz-se um cerco em que só entra aquilo que interessa ao resultado final. A observância reiterada da interpretação defendida pela autoridade (seja da lei, da interpretação doutrinária, da jurisprudência dos tribunais superiores etc.) gera uma naturalização do significado no âmbito da discussão acerca da função social da propriedade e, aqui, ela adquire um caráter ainda mais problemático.

Como indicado, parece inegável que essa reiteração tenha um caráter conservador: ao manter aceso no tempo um determinado entendimento sem a devida investigação crítica de sua pertinência, garante-se a permanência histórica de uma visão que, ao fim e ao cabo, seria incompatível com o tempo presente. Isso acontece mesmo quando a tese naturalizada tem, ou deveria ter, um viés progressista. É o caso da função social da propriedade imóvel, especialmente a rural.

Civilistas e constitucionalistas brasileiros parecem ter firmado posição no sentido de considerar que os termos nos quais a função social da propriedade foi positivada na Constituição de 1988 provocou uma grande "transformação" no direito de propriedade.[10] Nessa linha, são frequentes as indicações de que o princípio teria passado a ser parte integrante do próprio direito de propriedade. Como consequência, o direito de propriedade deixaria de existir no caso de desrespeito à função social, pois lhe faltaria uma parte decisiva de sua composição (GRAU, 2003, p. 251-254; TEPEDINO, 2004, p. 310; SILVA, 2012, p. 73; MARÉS, 2003, p. 117; FACHIN, 1998, p. 45; MELO, 2015, p. 106; TORRES, 2008, p. 236; SCHREIBER, 2013, p. 245).

Ainda que a consequência pareça lógica, simplesmente não tem base constitucional. A Constituição de 1988 consagrou o direito à indenização para o caso de desapropriação, cabível na hipótese de descumprimento da função social, o que significa que a Carta considera o direito à propriedade "completo", mesmo sem o cumprimento da função social. Ou seja, ao contrário daquilo que a doutrina mais progressista entende, a Constituição Federal mostra que a função social da propriedade não é parte integrante do direito de propriedade.

O problema não está no fato de a dogmática afirmar algo que não tem respaldo constitucional. A dogmática poderia muito apropriadamente defender uma interpretação que a

• • •

10 De maneira geral, as referências ao princípio da função social da propriedade estão baseadas no modo como ele foi disciplinado em sede constitucional e infraconstitucional. Nesses termos, trata-se de uma argumentação calcada na função social do direito de propriedade. De toda sorte, a disciplina do direito de propriedade, assim como a sua função social, tem como pretensão o estabelecimento de uma ordenação social acerca do modo como a propriedade deverá ser utilizada, no que se abre a conexão entre a função social do direito de propriedade e a função social da propriedade.

Constituição deveria ter positivado, mas não o fez. O problema está no fato de que tal leitura não é, em grande medida, feita como uma crítica à Constituição. Poderiam os autores desenvolver teses sobre como a Carta Constitucional deveria ter transformado o direito de propriedade pela via da função social se a tivesse considerado sua parte integrante, o que demandaria a explicitação de que, apesar da positivação do princípio, a estrutura da propriedade não foi alterada pela Constituição de 1988. Mas, não é isso que acontece.

A tese de que a função social é parte integrante do conceito de propriedade é, de fato, uma defesa de como o tema deveria ser compreendido, mas que é feita como se fosse apenas a descrição daquilo que o texto constitucional objetivamente estabelece. Trata-se de uma prescrição – o que só tem sentido porque aquilo que se prescreve ainda precisa se tornar realidade – desenvolvida como se fosse descrição de uma realidade atual. Esse aspecto, porém, permanece velado, o que dá à narrativa um caráter "tático" que, tal qual um parecer, tem mais o objetivo de convencer o aluno, o juiz e o operador do direito, do que explicar o problema.

7 Em nome de uma função social que não existe

Em um país como o Brasil, é razoável considerar que uma efetiva transformação na composição do direito de propriedade tenha algum reflexo no que tange à estrutura fundiária brasileira, ou seja, que a positivação do princípio da função social da propriedade na Constituição tenha um reflexo na função social concretamente desempenhada pela propriedade. É nesse sentido que se costuma considerar que o cumprimento do princípio da função social da propriedade seria um dos pilares de um rearranjo fundiário no âmbito rural. Nessa linha, são frequentes as relações entre função social e a reforma agrária (GAMA, 2011, p. 229; TORRES, 2008, p. 135; MARQUES, 2011, p. 130); "justiça social" (DINIZ, 2011, p. 120; ROCHA, 2010, p. 77; BULOS, 2011, p. 597); "redução das desigualdades sociais" (FACHIN, 2015, p. 267); e "democracia social" (SCHREIBER, 2013, p. 247). O problema é que, mais uma vez, nem a Constituição, tampouco os dados empíricos existentes sobre o tema respaldam essa conexão. A função social da propriedade não tem servido para nada disso que a doutrina aponta como sendo sua missão. E o problema pode não ser decorrente apenas de falta de efetividade.

O único ponto em que a Constituição deixa explícito o conteúdo do princípio da função social da propriedade é no artigo 186, quando trata de sua versão rural. Ali, o princípio é considerado cumprido quando são obedecidos simultaneamente os requisitos:

> I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988).

A leitura simples do artigo já permite verificar que ele não aparenta ter qualquer pretensão distributiva. Isso significa que o cumprimento do princípio da função social da propriedade não contribui em nada para uma substituição do latifúndio como forma-padrão de estruturação da propriedade no meio rural. Ele não serve para "[...] que um maior número [de pessoas] tenha acesso à propriedade, assegurando-lhe os bens primários mínimos para sobrevivência" (TORRES, 2008, p. 135). Nesse sentido, as possíveis injustiças decorrentes da adoção desse modelo não seriam diminuídas. O objetivo do legislador, ao que parece, foi apenas o de combater o não uso das grandes propriedades. O latifúndio continua protegido, apenas se exige um patamar mínimo de produtividade que deve ser observado.[11] Da mesma forma, permanece inalterada a matriz econômica brasileira que, desde 1500, está em grande medida ligada à exploração e à produção de *commodities* para exportação em larga escala: pau-brasil, ouro, café, açúcar, soja, minério etc. O cumprimento da função social da propriedade, tal qual previsto no artigo 186 da Constituição, não tem, portanto, nenhum efeito sobre a efetivação da reforma agrária, ao contrário: reafirma a estrutura latifundiária que se critica. É o desrespeito ao princípio da função social que gera os elementos necessários para a reforma agrária, e não o contrário.

Ao mesmo tempo, os elementos objetivos existentes acerca do tema dificultam ainda mais a manutenção da tese de que o princípio da função social da propriedade teria provocado uma transformação de conotação distributiva da propriedade no Brasil após 1988, alterando concretamente a função social que a propriedade sempre desempenhou no País. Isso porque os dados empíricos mostram que, até 2010, não houve diminuição do número de latifúndios no País, o que joga por terra a ideia de uma transformação concreta motivada pelo princípio.[12]

Os dados jurisprudenciais também são reveladores. Uma pesquisa realizada no âmbito do TRF1, – o tribunal com o maior número de varas agrárias do País, ou seja, especializadas na resolução de conflitos fundiários rurais – revelou que, em inúmeras ações de reintegração de posse, quando o descumprimento da função social da propriedade é utilizado como argumento de defesa de ocupantes pretensamente "ilegais" ele é veementemente rechaçado pelos magistrados. Mas, quando o princípio é invocado pelo proprietário como justificativa para concessão da reintegração ele é frequentemente utilizado pelos juízes como razão da decisão (DANTAS, 2013, p. 473-477).

Isso seria apenas contraditório se não fosse, na verdade, revelador do desencontro entre o que a doutrina diz e o que a realidade mostra sobre o tema: a função social da propriedade

11 Uma análise empírica da jurisprudência mostra claramente que, apesar de o artigo 186 exigir o cumprimento simultâneo dos requisitos ali previstos, há uma notável prevalência da produtividade como a exigência *sine qua non* para a desapropriação. Nesse sentido, cf. Santos (2006, p. 17-18).

12 Em 2010, os dados do Incra diagnosticaram, em verdade, um cenário de expansão da concentração de terras. Em 2003, 58 mil propriedades concentravam 133 milhões de hectares improdutivos. Em 2010, eram 69,2 mil propriedades improdutivas, controlando 228 milhões de hectares (A CONCENTRAÇÃO..., 2015).

não apenas não transformou o direito de propriedade, como também tem sido utilizada em defesa dos interesses dos proprietários de terras.

Se a dogmática apresenta uma versão do direito que simplesmente não casa com os dados concretos, ela perde o seu caráter heurístico e transforma-se em ideologia, pois gera uma visão distorcida da realidade, que acaba interditando as mudanças reais. Na prática, trata-se de um expediente moralista e conservador, pois impede a crítica do direito positivo, tal como ele se mostra (DIMOULIS, 2006, p. 202), o que tem efeitos deletérios na luta política pela efetivação das transformações sociais almejadas.

Frequentemente o desencontro entre o que a doutrina diz que o direito é e aquilo que a realidade empírica mostra é resumido a um problema de efetividade. O discurso da dogmática, como em um parecer, pretende convencer os seus receptores de que a positivação constitucional do princípio da função social realizou uma transformação profunda no direito de propriedade, que até aqui não se materializou apenas porque os operadores do direito ainda não se convenceram plenamente do que deve ser feito. Para concretizar o "projeto constitucional", basta um ajuste nas táticas de convencimento. Mas, novamente, cabe à dogmática "fazer valer" uma tese frente aos leitores, independentemente de uma investigação sistemática e coerente? Não é isso que faz o parecerista, quando pretende convencer o juiz a decidir da forma que lhe parece a melhor leitura do direito vigente?[13]

A ideia de que a luta deve ser por "fazer valer" a Constituição também está na fala dos movimentos sociais engajados na busca pela modificação da estrutura fundiária brasileira. Entidades como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST),[14] o Conselho Indigenista Missionário (CIMI)[15] e a Comissão Pastoral da Terra (CPT)[16] reproduzem o

• • •

13 Segundo Hans Kelsen (1999, p. 251), "[...] Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, entre as várias interpretações possíveis, como a única 'acertada', não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem".

14 Segundo Jaques Távora Alfonsin (2015), "Os efeitos da função social da propriedade, no gozo e exercício desse direito, sua influência sobre quem é proprietária/o e sobre o próprio Poder Público, sobretudo do Judiciário, são insignificantes. Embora a Constituição Federal faça previsão dessa função, em várias das suas disposições, ela é muito pouco ou quase nada cogitada [...]".

15 O Conselho Indigenista Missionário promoveu em 2010 uma campanha pelo limite da terra. O objetivo era "[...] animar um debate aberto na sociedade brasileira sobre as desigualdades na distribuição da propriedade da terra, e combate o latifúndio" por meio de uma reflexão sobre a existência do princípio da 'função social da propriedade da terra' explicitado pela primeira vez em 1964, na Lei do Estatuto da Terra, e mais tarde assumido na Constituição Federal de 1988", tendo em vista o fato de que "a terra é um meio fundamental para a reprodução da vida e não uma mera mercadoria" (CIMI, 2010).

pensamento hegemônico na doutrina mais progressista e também se empenham em denunciar a ineficácia do projeto constitucional como o grande obstáculo a ser vencido.

Quando se dá ao princípio uma capacidade que ele não tem, nem pretendia ter, o desencontro entre a interpretação naturalizada e a realidade sobre a qual ela pretensamente deveria versar mantém a transformação na promessa. Nesse sentido, o caráter opinativo decorrente da argumentação por autoridade se apresenta contraproducente à causa da democratização do acesso à propriedade, pois adquire um tom moralista que interdita uma pergunta fundamental: e se a Constituição não for suficiente?[17] E se ela tiver de ser modificada para que o projeto de democratização efetivamente seja possível? Mas não se faz esse tipo de questionamento.

É sempre possível considerar, porém, que os movimentos sociais estão na verdade lutando por uma nova leitura do princípio da função social, disputando a afirmação de um novo sentido para o qual a Constituição talvez não seja satisfatória. Mas a consideração dessa hipótese, de todo modo, demandaria uma transformação completa no debate doutrinário atual, com a adoção de contribuições da Sociologia, da Economia, das pesquisas empíricas e até da Antropologia. Demandaria, portanto, uma dogmática não formalista da função social da propriedade.

Conclusão

Mesmo os especialistas, hoje, reconhecem que há um problema na adoção da autoridade como forma-padrão de raciocínio jurídico, porque tal uso é frequentemente inadequado ou falacioso. Isso compromete verdadeiramente a racionalidade do material produzido pelos juristas e dá um caráter tático à utilização dessas narrativas. Para o ensino do direito, o cenário é desolador: o estudo passa a ser "treinamento" para a utilização eficaz de teses que, majoritárias ou minoritárias, podem ser utilizadas livremente a depender da ocasião ou da orientação política prevalecente. Com o foco no "convencimento" do interlocutor, cria-se um ambiente no qual a transformação social almejada só não ocorre por falta de uma estratégia argumentativa adequada para gerar a motivação necessária ao cumprimento da norma garantidora de direitos. Resolve-se a eficácia por um discurso que convença da necessidade de respeito à autoridade. Mas, nesse sentido, "*If on thinks about law this way, one is inescapably dependent on the very techniques*

16 Segundo Guilherme C. Delgado (2010), "A função social da propriedade, prevista no Estatuto da Terra foi solenemente ignorada na época do regime militar. Por sua vez, a função social da propriedade na Constituição de 1988 tem sido ignorada por outros meios – não atualização dos índices de produtividade da terra, grilagem das terras tolerada e legalizada pela política oficial e agora a tentativa de revisão do Código Florestal, cujas regras vinham sendo sistematicamente violadas".

17 A doutrina italiana tem se mostrado aberta a esse problema, reconhecendo que a Carta Constitucional permite leituras nas quais a função social da propriedade pode representar um verdadeiro entrave às mudanças sociais necessárias a garantia de direitos fundamentais. Cf. MARELLA, 2013, p. 551-557.

of legal reasoning that are being marshaled in defense of the status quo" (KENNEDY, 1998, p. 62). Ou seja, sem superar um certo tipo de formalismo, mesmo uma dogmática progressista permanece fundada na autoridade, ainda que "com o sinal trocado".

NOTA DE AGRADECIMENTO

Agradeço aos professores Carlos Konder (UERJ) e Rachel Herdy (UFRJ) pela inestimável colaboração dada no desenvolvimento do presente artigo.

REFERÊNCIAS

A CONCENTRAÇÃO de terras no país. *O Globo*, 9 jan. 2015. Infográficos. Disponível em: <http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/a-concentracao-de-terras-no-pais.html>. Acesso em 31 out. 2017.

ALFONSIN, Jacques Távora. A legitimidade popular para cobrar função social à propriedade. *MST – Movimento dos Sem Terra*. 13 maio 2015. Disponível em: <http://www.mst.org.br/2015/05/13/a-legitimidade-popular-para-cobrar-funcao-social-a-propriedade.html>. Acesso em: 30 maio 2015.

ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. *Direitos reais.* São Paulo: Atlas, 2011.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil* – Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Joaquim. *Pareceres Jurídicos* – Direito Penal – Direito Regulatório – Direito Tributário – Responsabilidade Civil. São Paulo: Almedina, 2017.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil* – Direito das coisas e responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2007. v. 3.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil* – Direitos reais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CHIASSONI, Pierluigi. *L'utopia della ragione analítica* – origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo. Torino: Giappichelli, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil* – Direito das coisas. Direito autoral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. CIMI. *Oficina regional sobre a Campanha do Limite da propriedade da terra*. Brasília, 4 ago. 2010. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=4847>. Acesso em: 10 out. 2014.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Função social na tutela possessória nos conflitos fundiários. *Revista Direito GV* [online], v. 9, n. 2, p. 465-488, 2013. Disponível em: <http://ref.scielo.org/6zsnz3>. Acesso em: 15 dez. 2014.

DELGADO, Guilherme C. *O limite da propriedade e a função social da propriedade*. CPT – Comissão Pastoral da Terra. 7 jun. 2010. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes/noticias/artigos/308-o-limite-de-propriedade-fundiaria-e-a-funcao-social-da-terra>. Acesso em: 10 out. 2017.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico* – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro* – Direito das coisas. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*: uma perspectiva da usucapião imobiliária. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Função social da posse sobre bens imóveis: um contributo à reflexão. In: AZEVEDO, Fábio de O.; MELO, Marco Aurélio B. de (Coords.). *Direito imobiliário* – Escritos em homenagem ao Professor

Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015. p. 257-268.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil* – Reais. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5.

FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito civil*: direitos reais. Rio Grande do Sul: EDUCS, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed., atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro* – Direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica). São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio* – lezioni. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KENNEDY, Duncan. Legal education as training for hierarchy. In: KAIRYS, David (Ed.) *The politics of law*. 3. ed. New York: Pantheon, 1998. p. 54-75.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*– Direitos reais e direitos intelectuais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos reais*. São Paulo: Método, 2004.

MARELLA, Maria Rosaria. La funzione sociale della proprietà: dalla estrategia alla tattica. *Rivista del Diritto Privato*, v. 31, n. 4, p. 551-568, 2013.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil* – Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2015. v. V.

MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de direito civil* – Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil* – Direito das coisas. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil* – Direito das coisas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.

NERY JR., Nelson. Involução do direito – Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram. 4 ago. 2013. Entrevistadores: Alessandro Cristo e Marcos Vasconcellos. *Consultor jurídico*, 4 ago. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nery-junior-professor-advogado-parecerista> Acesso em: 2 mar. 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto; revisão técnica de Denise Matos Marino. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Novos Estudos*. CEBRAP, São Paulo, v. 66, p. 145-154, 2003.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. – Direitos reais. 20. ed., atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. IV.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Direito civil* – Direitos reais. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 3.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil* – Direito das coisas. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. A função social da propriedade rural e a sua prática. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. (Coord.). *Direito & justiça social* – Por uma sociedade mais livre, justa e solidária. São Paulo: Atlas, 2013. p. 213-256.

SANTOS, Margareth Alves. *Aplicação dos requisitos da função social da propriedade no âmbito da reforma*

agrária pelo Supremo Tribunal Federal. Monografia. Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2006, 55 p. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/69_Margareth.pdf>. Acesso em: 23 out. 2014.

SCHAUER, Frederick. The questions of authority. *The Georgetown Law Journal*, v. 81, n. 95, p. 95-115, 1992.

_____. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *A justificação do formalismo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 243-266.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direto constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STANLEY, Adriano. *Direito das coisas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*: direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Soluções práticas de direito* – Pareceres. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A posse e a propriedade*: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* – Direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 5.

WALD, Arnoldo. *Direito civil* – Direito das coisas. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Tradução de Ana Lúcia Franco e Carlos Salum. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas

Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

marcus.dantas@ufjf.edu.br

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 16.05.2016
Aprovado: 05.05.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201732

O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de *common law*

A NEW PERSPECTIVE ON COMPARATIVE CONTRACT LAW: REVISITING THE DIFFERENCES BETWEEN CIVIL AND COMMON LAW SYSTEMS

Mariana Pargendler[1]

Resumo
Este artigo busca oferecer uma nova interpretação de certas distinções clássicas entre o direito dos contratos romano-germânico e anglo-saxônico. Desta análise surge um padrão claro, mas até então negligenciado. O sistema de *civil law* impõe mais limitações ao conteúdo das obrigações contratuais, valorizando o papel da boa-fé como *standard* de conduta obrigatório e impondo um maior número de cláusulas de natureza cogente. O sistema de *common law*, em contrapartida, estabelece limitações mais contundentes aos remédios disponíveis em caso de inadimplemento contratual, invalidando cláusulas penais, qualificando a execução específica como remédio excepcional e concedendo mais generosamente um "novo começo" (*fresh start*) na insolvência. Não obstante, os diferentes papéis do Estado na fiscalização das cláusulas do contrato e na imposição de consequências jurídicas para o inadimplemento são, em larga medida, substitutos funcionais, o que torna os resultados concretamente obtidos em ambos os sistemas mais próximos do que se esperaria ao se examinar os diferentes institutos de forma isolada.

Palavras-chave
Direito contratual; direito comparado; tradição romano-germânica; *common law*; método funcional.

Abstract
This article seeks to offer a novel interpretation of certain classical differences between the civil and the common law of contracts. This analysis reveals a clear, but so far neglected, pattern. The civil law imposes greater limitations on the scope of contractual obligations, by recognizing a stronger duty of good faith and imposing more mandatory terms. The common law system, by contrast, more forcefully constrains the remedies available for breach of contract, by invalidating penalty clauses, qualifying specific performance as an exceptional remedy, and more generously granting a "fresh start" in bankruptcy. Nevertheless, the different roles of the State in policing the terms of the contract and imposing remedies for non-performance are, to some extent, functional substitutes. This means that practical outcomes in both systems are closer than one would anticipate by focusing on individual rules and institutions in isolation.

Keywords
Contract law; comparative law; civil law; common law; functional method.

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil

CC BY-NC

Introdução

Como o direito dos contratos difere de um país para outro? Esta questão tem atraído grande interesse acadêmico e prático ao longo do tempo. Durante a maior parte da história do direito comparado como disciplina, o direito dos contratos foi o seu principal objeto de estudo (FARNSWORTH, 2006, p. 900). No entanto, a vasta maioria das obras existentes sobre o direito contratual comparado apresenta natureza descritiva, concentrando-se no relato de diferenças e semelhanças entre as normas jurídicas de vários países (a título exemplificativo: VON MEHREN, 1976). Mesmo as melhores análises "funcionais", exemplificadas pela obra seminal de Zweigert e Kötz (1998), cuidam precipuamente da dogmática jurídica, destinando relativamente pouca atenção ao ambiente econômico e político correspondente.

O resultado é que, embora se tenham notícias sobre como o direito dos contratos difere de um país para outro, ainda se sabe comparativamente pouco sobre as razões e as implicações dessas divergências. As diferenças observadas nas várias dimensões do direito dos contratos são geralmente tratadas de forma isolada e arbitrária, como se fossem produto de acontecimentos fortuitos na história do direito (FARNSWORTH, 2006, p. 901; MATTEI, 1995, p. 427 e 433). Percebe-se, assim, a falta de narrativas mais amplas sobre o modo como as distinções existentes relacionam-se entre si, bem como com outros aspectos dos sistemas jurídico, econômico e político. Tal lacuna no direito contratual comparado contrasta fortemente com o estado da arte em outras áreas do estudo comparativo – como a governança corporativa e o direito constitucional –, campos nos quais os vários regimes jurídicos vêm sendo examinados de forma conjunta e em termos funcionais, levando em conta as estruturas econômicas e políticas subjacentes (ARMOUR; ENRIQUES et al., 2017; MILHAUPT; PISTOR, 2008; GINSBURG; DIXON, 2013).

Existem, obviamente, exceções a essa tendência. Por exemplo, o trabalho de Katharina Pistor sobre as "normas jurídicas fundamentais" que constituem as diferentes variedades de capitalismo abarca não apenas o direito societário (como é de praxe na literatura), mas também o papel da boa-fé no direito contratual (PISTOR, 2005). Da mesma forma, o estudo de Aditi Bagchi sobre as estratégias regulatórias do direito contratual apresenta foco relativamente estreito: nele se explica a preferência por normas dispositivas nos Estados Unidos e por normas cogentes na Europa em função de certas "características macroeconômicas da economia política" (BAGCHI, 2014, p. 687). A investigação mais abrangente sobre a interação entre o direito contratual e a economia política circundante é de John Reitz (2007), a qual, porém, aborda apenas algumas das diferenças centrais entre o direito contratual das diferentes tradições jurídicas, sem resolver as aparentes contradições entre elas.

Já este artigo adota uma visão mais ampla, examinando de maneira coordenada algumas das distinções doutrinárias centrais – e persistentes – no direito contratual de sistemas

romano-germânico e de *common law*.[1] O foco recairá sobre as distinções que têm atraído maior atenção de acadêmicos e operadores do direito sobre o tema. São elas:[2]

(i) o papel mais forte da boa-fé contratual na tradição romano-germânica;

(ii) o maior número de normas cogentes na tradição romano-germânica;

(iii) a maior exigibilidade das cláusulas penais na tradição romano-germânica;

(iv) a maior disponibilidade da execução específica na tradição romano-germânica; e

(v) a maior disponibilidade da extinção contratual por meio de um "novo começo" (*fresh start*) no direito anglo-saxônico da insolvência.[3]

À primeira vista, é difícil vislumbrar qualquer lógica nessas distinções. A presença (i) de obrigações mais amplas decorrentes da boa-fé contratual e (ii) de mais normas cogentes nos países de *civil law* pode levar a concluir que os sistemas anglo-saxônicos proporcionam um papel na liberdade contratual que os sistemas romano-germânicos – conclusão esta que, aliás, representa um estereótipo corriqueiro na prática jurídica e empresarial (BANCO MUNDIAL, 2015). Tal visão, porém, suscita dificuldades. Se o *common law* é efetivamente comprometido com a santidade do contrato, por que ele (iii) não confere exigibilidade às cláusulas penais de caráter punitivo livremente acordadas pelas partes, (iv) se recusa a reconhecer direito subjetivo à execução específica (mesmo que as partes tenham expressamente pactuado este mecanismo) e (v) extingue mais facilmente as obrigações contratuais em processos de insolvência?

• • •

1 Para uma elaboração mais detalhada e em língua inglesa dos argumentos aqui desenvolvidos, cf. Pargendler (2017a).

2 Os itens (i) a (iv) estão certamente entre os mais correntes entre comparatistas e advogados. Outros tópicos populares na literatura comparatista são: a formação dos contratos (inclusive o papel comparado da contrapartida no *common law* e da causa no *civil law*), a interpretação contratual, o erro, o ajuste de cláusulas contratuais diante de mudanças exógenas, a responsabilidade pré-contratual e o papel da culpa no direito dos contratos. Com exceção da formação dos contratos (e da distinção entre *causa* e *consideration*) e do papel da culpa no direito dos contratos, esses temas são tratados no item 1.1.3 *infra*.

3 No presente artigo, segue-se a tradição do direito comparado ao utilizar o termo insolvência em sentido amplo, de modo a abranger não somente as hipóteses em que "as dívidas excedam a importância dos bens do devedor" (Código Civil, art. 955), mas também as hipóteses de falta de liquidez e impontualidade no cumprimento das obrigações que autorizam os regimes e procedimentos jurídicos próprios para empresas ou indivíduos em crise financeira.

Esta análise sugere que essas diferenças podem ser, em larga medida, reconciliadas mediante a compreensão do diferente papel do Estado em ambas as tradições jurídicas. Nos sistemas de *civil law*, o Estado tende a desempenhar um papel mais robusto em todos os aspectos. Por um lado, o Estado, por meio do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, vai mais longe na provisão e na fiscalização das cláusulas substantivas do contrato para assegurar a sua conformidade com valores e objetivos sociais mais amplos. Por outro lado, depois que o contrato passa neste "teste", o Estado também se dispõe a punir o inadimplemento com consequências mais severas, permitindo a exigibilidade de cláusulas penais de caráter abertamente punitivo, concedendo a execução específica do contrato e dificultando a extinção das obrigações contratuais em processos de insolvência.

Os sistemas de *common law*, em contrapartida, adotam a abordagem oposta: os órgãos legislativos e os tribunais são menos propensos a interferir nas cláusulas do contrato, bem como a amparar a parte lesada pelo inadimplemento. Na conceitualização de Ian Macneil sobre as duas dimensões da liberdade contratual, o *common law* favorece apenas uma versão estreita desta liberdade, no sentido de ausência de restrições (*freedom from restraint*). No entanto, a tradição romano-germânica consagra com maior força a outra faceta da liberdade contratual, o "poder contratual" (*power of contract*), que consiste na capacidade de assegurar sanções jurídicas para o incumprimento (MACNEIL, 1961, p. 495).

Esse padrão, por sua vez, permite duas interpretações distintas, mas complementares. A primeira é que as características do direito contratual nos sistemas anglo-saxônico e romano-germânico espelham o papel mais amplo do Estado nessas diferentes tradições: os arranjos do direito e da execução dos contratos são mais *liberais* nos sistemas de *common law* e mais *intervencionistas* nos sistemas de *civil law*. Essa visão coaduna-se com as conclusões da ampla literatura sobre o papel do Estado nas diversas tradições jurídicas (HAYEK, 1973; DAMAŠKA, 1986; LA PORTA; LOPEZ-DE-SILANES; SHLEIFER, 2008). Ao mesmo tempo, contudo, ela se revela parcialmente conflitante com a noção prevalecente de que o *common law* atribui necessariamente mais valor – e oferece maior proteção – aos arranjos contratuais privados. Com efeito, quando se leva em conta os remédios mais modestos para o inadimplemento do contrato, o apoio do Estado aos contratos privados nos países anglo-saxônicos mostra-se muito mais frágil. Em outras palavras, o *common law* não necessariamente protege melhor os contratos privados, mas sim favorece a ordenação privada, inclusive com respeito aos mecanismos para a exigibilidade de obrigações contratuais.

A segunda interpretação é que os diferentes papéis do Estado (i) no controle das cláusulas do contrato e (ii) na imposição de remédios jurídicos em caso de descumprimento são, em larga medida, substitutos funcionais. Isso significa que os resultados finais em ambos os sistemas são mais próximos do que se esperaria ao se examinar diferentes normas e institutos isoladamente. Em particular, a análise oferecida aqui salienta como o controle substantivo de cláusulas contratuais, de um lado, e a *fresh start* na insolvência, de outro, podem servir como mecanismos alternativos para alocar os riscos contratuais e mitigar os efeitos

de compromissos contratuais excessivamente gravosos – uma relação crucial que foi largamente ignorada pela literatura existente. Na medida em que a substituição funcional ocorre, as diferenças aparentes no papel do Estado não produzirão necessariamente resultados econômicos divergentes, o que serve de advertência com relação a esforços de convergência em facetas distintas do direito contratual sem a devida consideração de dimensões complementares.

A análise será apresentada neste artigo da seguinte forma: o item 1 examina as principais diferenças entre as tradições romano-germânica e anglo-saxônica relativamente ao direito contratual e ao cumprimento forçado (*enforcement*) de contratos, bem como o respectivo grau de envolvimento estatal; o item 2 analisa em que medida as diferenças observadas implicam divergências práticas ou substituição funcional; e a Conclusão traz uma reflexão sobre o futuro do direito contratual comparado.

1 Análise comparativa

Antes de proceder à análise das principais áreas de divergência entre o direito dos contratos romano-germânico e anglo-saxônico, cabem algumas advertências. Em primeiro lugar, é importante reconhecer que os padrões descritos aqui surgiram, em sua maioria, como produto de contingências históricas em um processo não teleológico. Eles não foram imutáveis ao longo da história, nem decorrem de uma engenharia social consciente modulada por distintas concepções sobre a função do Estado. Em segundo lugar, existe um amplo consenso no sentido de que os sistemas romano-germânico e anglo-saxônico vêm convergindo gradualmente com o tempo, reduzindo-se as diferenças que eram indiscutivelmente mais nítidas no passado (SPAMANN, 2009, p. 1813-1815; *contra* LEGRAND, 1996). Essa afirmação é particularmente frequente acerca do direito dos contratos, uma área em que a fertilização cruzada e os empréstimos de institutos romanísticos pelo *common law* foram mais evidentes (NICHOLAS, 1973, p. 946). Em terceiro lugar, verificam-se notáveis complexidades e divergências no interior de cada uma das tradições jurídicas. A descrição que se segue deve ser lida como uma aproximação estilizada, e não como um retrato preciso do regime prevalecente em algum país específico.

Não obstante, é correto dizer que certas diferenças relativas entre as tradições jurídicas persistem (ainda que menos pronunciadas do que no passado) e continuam a merecer a atenção de comparatistas e operadores do direito. As diferenças relativas são, afinal, o objeto por excelência do direito comparado (WHITMAN, 2004, p. 1151). Para fins expositivos, essas diferenças relativas serão provisoriamente agrupadas em duas categorias de institutos jurídicos que (i) ditam as cláusulas substantivas do contrato, isto é, os principais direitos e deveres das partes contratantes; e (ii) especificam remédios contratuais, isto é, as consequências jurídicas disponíveis para a parte lesada em caso de inadimplemento.

1.1 Determinação do conteúdo da obrigação contratual

1.1.1 A boa-fé contratual

De todos os tópicos do direito contratual comparado, talvez nenhum tenha atraído tanto interesse em tempos recentes quanto a boa-fé contratual. Quando Alan Farnsworth descreveu sua experiência como representante dos Estados Unidos nos esforços de harmonização que levaram à Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, sigla em inglês) e aos princípios da Unidroit, a boa-fé encabeçava sua lista de distinções cruciais entre o direito dos contratos anglo-saxônico e romano-germânico (FARNSWORTH, 1996, p. 234). Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker dedicaram um volume inteiro a uma investigação funcional (baseada em padrões factuais hipotéticos) acerca do alcance da boa-fé contratual na Europa – uma questão na qual, pelo menos em princípio, parece haver uma separação bastante clara entre *civil law* e *common law* (ZIMMERMANN; WHITTAKER, 2000).

Dado que a boa-fé sabidamente cumpre múltiplas funções no direito dos contratos (assim como em outras áreas do direito), cuida-se aqui precipuamente de seu papel na formatação do significado e do alcance do adimplemento contratual.[4] Especificamente, a questão central é saber se, e em que medida, a boa-fé atua como fonte de deveres contratuais implícitos de cooperação e colaboração além daqueles expressamente previstos pelas partes. Em termos gerais, o consenso é de que os países da tradição romano-germânica contemplam atualmente uma aplicação mais expansiva da boa-fé contratual (MACKAAY, 2011).

Evidentemente, a distinção quanto ao alcance da boa-fé nas diferentes tradições é somente de grau. Nem todos os sistemas de direito continental adotam-na com o mesmo entusiasmo. A Alemanha – onde a boa-fé atua como "carvalho judicial que sombreia a relação contratual das partes privadas" – foi pioneira na valorização do instituto (EBKE; STEINHAUER, 1995, p. 171). Nesse espectro, alguns países, como o Brasil, acolheram-no com ainda maior fervor (MARTINS-COSTA, 2015), enquanto outros, como a França, seguiram mais relutantes (ZIMMERMANN; WHITTAKER, 2000).

No entanto, a boa-fé contratual não é estranha ao mundo anglo-saxônico. O Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code* – UCC) dos Estados Unidos – que harmonizou a legislação estadual a respeito da compra e venda de mercadorias – prevê especificamente a aplicação do dever de boa-fé no cumprimento e execução de todo contrato (UCC,

4 A boa-fé objetiva no direito romano-germânico é suficientemente ampla para incluir várias outras funções, como impor um dever de cuidado nas tratativas pré-contratuais e desencorajar o comportamento contraditório que viola as expectativas legítimas da outra parte (tal como expressa no brocardo *non venire contra factum proprium*), função esta que no direito anglo-saxônico é geralmente exercida pela doutrina do *estoppel*. Sobre as diferentes funções da boa-fé objetiva no direito brasileiro, cf., por todos, Martins-Costa (2005).

§ 1-304). A adoção da boa-fé pelo UCC não foi acidental, e sim fruto da influência alemã por meio do seu idealizador germanófilo, Karl Llewellyn. Ademais, a boa-fé contratual é relevante também fora do contexto do UCC, pois numerosas decisões judiciais norte-americanas recorrem ao dever de boa-fé do *common law* para preencher lacunas dos contratos e impor deveres de conduta além daqueles expressamente enunciados pelas partes (PARGENDLER, 2007). Não obstante, os tribunais dos Estados Unidos utilizam a boa-fé para impor deveres contratuais com menos frequência e fervor do que seus equivalentes no *civil law*.

O direito inglês foi historicamente ainda mais relutante – verdadeiramente hostil – ao princípio, "[recusando-se] terminantemente a reconhecer qualquer dever de boa-fé" (FARNSWORTH, 1996, p. 235). Por certo, como exemplar raro de país anglo-saxônico na União Europeia antes do "Brexit", foi difícil para a Inglaterra resistir à atração gravitacional da boa-fé nos esforços de harmonização em matéria contratual. Ainda assim, a convergência plena permanecia ilusória, tendo Gunther Teubner observado que a boa-fé na Inglaterra serviria mais como "irritante jurídico" do que como "transplante jurídico" (TEUBNER, 1998). Os esforços para divulgar a Inglaterra como o melhor país para a solução de controvérsias em assuntos comerciais continuam a ressaltar "a ausência de um dever geral de boa-fé" no direito inglês como um de seus principais argumentos de propaganda (LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES, 2007, p. 5).

Até hoje subsiste o debate sobre qual abordagem relativa à boa-fé é preferível sob perspectiva normativa – se aquela mais expansiva, característica do *civil law*, ou mais restritiva, encontrada no *common law*. A teoria econômica postula que os contratos no mundo real são necessariamente incompletos: a combinação de custos de transação com racionalidade limitada impede as partes de especificarem contingências ótimas para cada estado de coisas possível. Nesse contexto, os tribunais poderiam promover a eficiência usando a boa-fé para oferecer às partes as cláusulas que "elas teriam negociado" se não fossem os custos de transação e sua capacidade de previsão limitada (EASTERBROOK; FISCHEL, 1993; PARGENDLER, 2007).

Resta claro, no entanto, que um papel mais atuante da boa-fé – seja preenchendo lacunas no contrato, seja alterando cláusulas contratuais explícitas – implica um papel mais forte do Estado na adjudicação contratual. Sobretudo nesta última função, a boa-fé substitui a tomada de decisão privada por uma tomada de decisão coletiva necessariamente inspirada por valores sociais – quer isso seja desejável da perspectiva das partes, quer não. É essa característica que, para Katharina Pistor, faz da boa-fé contratual um dos fundamentos jurídicos das economias de mercado coordenadas – fundamento este que, a seu ver, ajuda a explicar a correlação observada entre os sistemas de *civil law* e as economias de mercado coordenadas (PISTOR, 2005).

1.1.2 Normas cogentes e normas dispositivas "aderentes"

Além da boa-fé e de outros princípios que permitem aos juízes revisar ou extinguir os

contratos *ex post*, outra característica distintiva do direito dos contratos na tradição romano-germânica é a presença de numerosas normas legais sobre os vários "tipos" de contratos (compra e venda, permuta, comodato, agência, seguro etc.). Na verdade, a classificação em contratos "típicos" (que são disciplinados por lei, geralmente pelo próprio Código Civil) e contratos "atípicos" (que não o são) é basilar no direito contratual romano-germânico (PARGENDLER, 2016). Enquanto no *common law* os contratos são percebidos como fenômeno unitário, o conceito de tipos de contrato é crucial no *civil law* (PARGENDLER, 2016).

Embora a tradição romano-germânica reconheça a existência de contratos atípicos, essa categorização permanece relevante. Isso porque, se um contrato é típico – e, como o nome sugere, a maioria dos contratos correntemente celebrados é típica –, as normas cogentes e dispositivas previstas no Código ou na legislação esparsa a ele se aplicam. A presença de tais normas, por sua vez, é significativa, por diferentes razões. Algumas dessas normas são notoriamente cogentes e, portanto, representam claramente uma limitação imposta pelo Estado à liberdade contratual. Outras vezes (como, por exemplo, no caso do art. 623 do Código Civil brasileiro), a legislação é omissa em relação ao caráter dispositivo ou cogente da norma, suscitando acirrada controvérsia doutrinária.

Tradicionalmente, a maioria das normas legais tem natureza dispositiva (*jus dispositivum*), aplicando-se somente na ausência de acordo das partes, que podem livremente estipular em sentido contrário. Contudo, até as normas dispositivas podem ser "aderentes" (*sticky*) na prática e, nessa condição, restringir a liberdade contratual (BEN-SHAHAR; POTTOW, 2006). Existem pelo menos três conjuntos de razões que explicam a dificuldade de se afastar, na prática, as normas legais dispositivas. Em primeiro lugar, os tribunais em toda parte frequentemente concluem que as normas dispositivas incorporam algum tipo de noção superior de justiça e, por isso, aplicam-nas contrariamente aos termos do acordo, transformando-as efetivamente em normas cogentes (SCHWARTZ, 2003, p. 596). Em segundo lugar, o legislador pode intencionalmente impedir que as partes se furtem às normas dispositivas mediante a imposição de procedimentos custosos para evitá-las (AYRES, 2012, p. 2045). Em terceiro lugar, para além das preferências judiciais e das estratégias regulatórias, as conclusões da economia comportamental mostram que os vieses cognitivos das próprias partes, como os efeitos de "ancoragem" e "dotação", dissuadem o desvio das normas dispositivas quando elas existem (KAHAN; KLAUSNER, 1996; KOROBKIN, 1998a; KOROBKIN, 1998b).

Os méritos e as desvantagens da provisão, pelo Estado, de normas dispositivas e cogentes também permanecem controvertidos, a depender da visão que se tenha da capacidade do Estado de sanar as falhas do mercado e antecipar as necessidades das partes. De um lado, as normas dispositivas podem ser mecanismos poderosos para reduzir custos de transação. A presença de normas legais dispositivas que são tanto abundantes quanto equilibradas pode ajudar a explicar por que as partes contratantes nos países romanistas conseguem redigir contratos mais curtos (PARGENDLER, 2016). De outro lado, quando mal concebidas, as normas dispositivas e, especialmente, as cogentes impedem a adoção de cláusulas contratuais eficientes.

De qualquer modo, é nítida a tendência de maior intervenção (ou, se preferir, assistência) do Estado com respeito às cláusulas contratuais no *civil law* do que no *common law*. Os advogados anglo-saxônicos costumam se sentir desconfortáveis com a abordagem continental, "talvez por causa de sua antipatia para com a ordenação hierárquica de burocracias legiferantes centralizadas" (KÖTZ, 2012, p. 15). No direito anglo-saxônico, as partes habitualmente compensam a falta de cláusulas fornecidas pelo Estado por meio da oferta privada de cláusulas padronizadas (*boilerplate*), o que oferece vantagens comparáveis em termos de externalidades de rede e economia de custos de transação (KAHAN; KLAUSNER, 1997; DAVIS, 2006). Ainda é uma questão aberta saber se as soluções públicas ou privadas são superiores nesse contexto, o que suscita discordância até mesmo entre as mentes mais razoáveis.

1.1.3 Outros institutos

O papel mais intervencionista do Estado no *civil law* também ilumina outras diferenças fundamentais no direito dos contratos. Tomemos, por exemplo, a difícil questão de saber se mudanças exógenas nas circunstâncias após a formação do contrato devem afetar as obrigações nele previstas. Ao passo que os tribunais alemães inicialmente recorreram à cláusula geral de boa-fé do art. 242 do BGB para revisar cláusulas contratuais diante da hiperinflação na década de 1920, outros países da tradição romano-germânica usaram teorias (ou cláusulas gerais) diversas para lidar com problemas semelhantes, como a *imprévision* na França (embora tradicionalmente limitada a contratos com o Estado), a *eccessiva onerosità sopravvenuta* na Itália e a *onerosidade excessiva* no Brasil. Remédios judiciais para alterações imprevistas nas circunstâncias também existem no *common law*, geralmente no âmbito dos conceitos de *frustration of purpose* e *impracticability*.

O sentido geral da divergência entre direito anglo-saxônico e romano-germânico é semelhante ao observado em outras áreas: os juízes romano-germânicos mostram-se mais propensos que os anglo-saxônicos a reescrever ou extinguir os contratos *ex post* quando esse resultado não foi expressamente contemplado pelas partes. Na descrição de Hans Baade, sobre as diferenças na aplicação da *frustration of purpose* e na cláusula *rebus sic stantibus*, "a norma de *common law* é, ou parece ser, estreita demais para acomodar o mundo empresarial na era atual de catástrofe econômica aleatória", ao passo que "a norma de *civil law* do século XX, desenvolvida principalmente na Alemanha, por outro lado, parece perigosamente aberta à manipulação subjetiva" (BAADE, 1983, p. 510).

Nesse sentido, é ilustrativa a decisão judicial em *Aluminum Company of America v. Essex Group* (499 F. Supp. 53 (W. D. Pa. 1980), que fornece exemplo célebre de como um juiz norte-americano pode estar disposto a reescrever cláusulas contratuais diante da alteração de circunstâncias. Ao constatar que o índice de inflação adotado no contrato gerou um ganho inesperado para uma das partes (e ao impor um índice alternativo, o que sequer havia sido pedido), o juiz Teitelbaum citou especificamente o direito de vários países de matriz romanista (como Alemanha, Brasil e Argentina), que aceitam a revisão judicial dos contratos. O

juiz notou que, embora "a época da *lex mercatoria* tenha passado, e nosso sistema jurídico difira do deles", os Estados Unidos "não têm o monopólio da sabedoria e podem muito bem aproveitar a experiência e o aprendizado de outras nações" (p. 78 da decisão). Surpreendente no contexto norte-americano, esse grau de intervenção judicial em cláusulas contratuais atraiu críticas consideráveis (MACAULAY, 1985, p. 475). Embora os comentadores tenham gasto muita tinta no exame dessa decisão, a sentença controversa do caso *Alcoa* nunca foi aplicada, e o caso teve impacto mínimo em outras decisões (MACAULAY, 1985, p. 475; HALPERN, 1987, p. 1127). Na mesma linha, os tribunais norte-americanos também vêm se mostrando relutantes em aplicar os institutos da *impracticability* e da *frustration of purpose* (DAWSON, 1984, p. 2; GOLDBERG, 2012, p. 266).

Além de reescrever ou não as cláusulas do contrato para adequá-las às novas circunstâncias, os tribunais também podem adotar uma abordagem mais ou menos intervencionista na interpretação contratual. Os juízes desempenham um papel mais forte quando estão mais dispostos a (i) considerar provas extrínsecas relativas à fase de tratativas e (ii) depreender obrigações contratuais além daquelas expressas no acordo escrito, a fim de fazer jus à verdadeira intenção das partes. Por outro lado, desempenham um papel mais modesto quando se recusam a olhar para além da moldura do contrato escrito e a reescrever o instrumento para refletir melhor os desejos presumidos das partes. Também nessa área, o *civil law* consagra um maior papel ao Estado, enquanto o *common law* aproxima-se mais de uma abordagem *laissez-faire* da interpretação contratual (VOGENAUER, 2007; LEONHARD, 2009, p. 2; MAGNUS, 2011, p. 181-182). De fato, a maior omissão – que caracteriza os tribunais anglo-saxônicos, especialmente na Inglaterra (ocasionalmente permitindo até mesmo resultados implausíveis) –, gera fortes incentivos para que as partes especifiquem elas mesmas suas obrigações.

A medida pela qual os países estão dispostos a revisar ou anular cláusulas contratuais – especialmente em relações contratuais assimétricas – também varia segundo as mesmas linhas. O direito alemão é famoso por impor um controle rígido às cláusulas contratuais padronizadas, mesmo em contratos empresariais (DANNEMANN, 2011, p. 76). Na França, os juízes possuem amplos poderes para negar validade a cláusulas abusivas em contratos de consumo, abordagem esta que foi recentemente estendida pela reforma do *Code* a todos os contratos de adesão em relações paritárias (SMITS; CALOMME, 2016, p. 7). No Reino Unido, o Unfair Contract Terms Act de 1977 também regula as cláusulas padronizadas, mas se mostra menos rígido do que o seu correspondente alemão (DANNEMANN, 2011, p. 75). Nos Estados Unidos, os juízes podem recorrer ao instituto da *unconscionability* para deixar de aplicar cláusulas contratuais injustas, mas raramente o fazem (DIMATTEO; RICH, 2006, p. 115; FLEMING, 2014, p. 386).

Por fim, vale notar que o direito contratual romano-germânico contempla um papel estatal mais robusto não apenas na provisão e interpretação das cláusulas contratuais, mas também na imposição de obrigações às partes *antes* que elas concluam um contrato. Outra distinção

famosa na literatura comparatista diz respeito ao alcance da responsabilidade pré-contratual (COLOMBO, 1983, p. 341). Embora as diferentes etiquetas doutrinárias ocultem um grau significativo de substituição funcional (KESSLER; FINE, 1964), os países romanistas são mais favoráveis às hipóteses de responsabilidade civil na fase de tratativas (COLOMBO, 1983, p. 369; FARNSWORTH, 1987, p. 239; CARDENAS, 2013, p. 945).

1.2 Consequências jurídicas do inadimplemento

No que tange ao conteúdo da obrigação contratual, a comparação entre o direito romano-germânico e o anglo-saxônico revela um padrão razoavelmente claro, segundo o qual o Estado, no *civil law*, demonstra maior propensão a intervir no conteúdo das cláusulas contratuais, complementando ou mesmo suplantando a escolha das partes. Esta seção mostrará que, curiosamente, o mesmo padrão de maior envolvimento do Estado no *civil law* é visível com respeito aos remédios cabíveis em caso de inadimplemento do contrato. Como discutido mais detalhadamente a seguir, depois que um contrato passa pelo crivo mais rigoroso sobre o conteúdo de suas cláusulas, o Estado também é mais agressivo em sua execução, concedendo, paralelamente, remédios contratuais mais fortes para o caso de inadimplemento e restringindo a disponibilidade de reabilitação na insolvência. Se um controle mais leniente das cláusulas contratuais poderia sugerir que o *common law* respeita mais a liberdade contratual, seu tratamento das consequências do inadimplemento refuta generalizações superficiais.

1.2.1 Execução específica

Outra área central de divergência entre *civil law* e *common law* diz respeito à possibilidade de se recorrer à execução específica das obrigações contratuais. Como regra, os países romanistas consideram a execução específica como o principal remédio em caso de inadimplemento contratual. Em contrapartida, a principal consequência do inadimplemento contratual no *common law* é a obrigação de pagar perdas e danos (SCHLESINGER et al., 1998, p. 740). Nas célebres palavras de Oliver Wendell Holmes, "o dever de cumprir um contrato na *common law* equivale à previsão de que você deve pagar perdas e danos se não o cumprir – e nada mais" (HOLMES, 1897, p. 462). A execução específica, um remédio oriundo da *equity*, permanece excepcional no direito contratual anglo-saxônico, disponível somente quando a indenização por perdas e danos não é "adequada", e mesmo assim sujeita à discricionariedade do juiz (Restatement [Second] of Contracts, §§ 357 e 359, 1981; Uniform Commercial Code § 2-716 [1]).

Tal como em outras áreas, os estudiosos têm questionado o alcance e a relevância dessa divergência. Primeiro, a disponibilidade da execução específica não é uniforme nos sistemas de origem romano-germânica, mas varia de país para país, sujeitando-se a diferentes exceções (TREITEL, 1976; LANDO; ROSE, 2004). Segundo, a execução específica pode não ser usada com frequência significativa na prática romano-germânica, mesmo quando está formalmente disponível "nos livros" (LANDO; ROSE, 2004, p. 486; ZWEIGERT; KÖTZ,

1998, p. 161). Terceiro, os tribunais anglo-saxônicos têm sido cada vez mais liberais ao deferir a execução específica, sugerindo convergência maior entre ambas as tradições (LAYCOCK, 1991). Não obstante, diferenças conceituais e práticas persistem (KLASS, 2010, p. 212).

A hesitação do *common law* em conceder a execução específica dos contratos tem suscitado intensas controvérsias. Por um lado, a primeira geração dos estudos de Direito e Economia formulou a famosa teoria do "inadimplemento eficiente" (*efficient breach*) para justificar a norma anglo-saxônica (POSNER, 1973). Segundo essa teoria, ao permitir o inadimplemento do contrato exigindo o pagamento de perdas e danos à parte lesada, o sistema anglo-saxônico efetivamente possibilita a violação de obrigações contratuais. Tal resultado, porém, pode ser eficiente se, por meio do pagamento de indenização, a parte inocente for colocada na mesma posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Apesar da respeitabilidade alcançada pela teoria do inadimplemento eficiente, uma vasta literatura contestou sua validade, argumentando que a execução específica pode conduzir a resultados mais eficientes e mais compatíveis com as intuições de cunho moral (ULEN, 1984; FRIEDMANN, 1989; BROOKS, 2006; SHIFFRIN, 2009).

Enquanto o debate teórico continua aberto, a prática comercial revela que as partes contratantes frequentemente elegem a execução específica com relação a certos tipos de obrigações contratuais. Um estudo empírico de Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller constatou que mais de 55% dos contratos de fusão ou incorporação e 45% dos contratos de compra e venda de ativos nos Estados Unidos continham disposições que previam a possibilidade de execução específica em caso de inadimplemento (EISENBERG; MILLER, 2015, p. 32). Contudo, em uma clara restrição à liberdade contratual, as partes contratantes nos países anglo-saxônicos não têm garantia de que sua opção pela execução específica prevalecerá em juízo. As cláusulas de cumprimento específico costumam influenciar, mas não determinar, a decisão judicial, que permanece discricionária.

A par da discussão sobre qual seria o remédio jurídico mais eficiente como regra dispositiva, é intrigante a relutância do *common law* em reconhecer direito subjetivo à execução específica quando as partes expressamente optaram por este remédio, sobretudo à luz do alegado prestígio que a autonomia das partes goza nesta tradição. Uma dificuldade adicional é que, ao contrário da pressuposição central na teoria do inadimplemento eficiente, as indenizações por perdas e danos na vida real raramente compensam plenamente o dano sofrido pela parte inocente (EISENBERG, 2005; SHAVELL, 2006, p. 451). Na verdade, quando se leva em conta as regras aplicáveis para a quantificação dos danos, o contraste com o tratamento dos remédios contratuais na tradição romano-germânica torna-se ainda mais marcante. Não apenas a execução específica é a regra, mas as hipóteses de cabimento de perdas e danos e a quantificação da indenização, pelo menos em teoria, parecem ser mais generosas nos países de *civil law* (SCALISE, 2007, p. 743-744 e 763) – embora se alegue que seja mais difícil, na prática, obter indenização por lucros cessantes na tradição romano-germânica em razão de dificuldades probatórias (GOTANDA, 2006).

A compreensão do forte papel do Estado associado à execução específica ajuda a esclarecer a questão. A opção pela execução específica é muito mais coercitiva e opressiva do que a indenização por perdas e danos. Na tradição anglo-saxônica, em particular, o descumprimento de ordens judiciais para o cumprimento específico é punível como desacato ao tribunal, conduzindo a multas, prisão ou ambos (KLASS, 2010, p. 211). Assim concebida, a execução específica é "muito intrusiva e altamente coercitiva" (EISENBERG, 2005, p. 1049). Alan Farnsworth observa que, além de fatores relacionados à dependência da trajetória histórica (*path dependence*), "uma base mais racional [da relutância dos tribunais dos Estados Unidos em conceder execução específica] pode ser encontrada na severidade das sanções disponíveis" para tal fim (FARNSWORTH, 1999, p. 769).

De fato, embora as diferenças entre os mecanismos usados para implementar a execução específica nos sistemas continentais e anglo-saxônicos sejam relevantes, elas têm sido negligenciadas. Os países de *common law* costumam carecer de um mecanismo similar às *astreintes* francesas para incentivar a execução específica (KLASS, 2010, p. 211). A existência desses mecanismos mais brandos para garantir o cumprimento contratual poderia ajudar a explicar a preferência comparativa de que goza a execução específica nos países de direito romano-germânico. Porém, é provável que esse não seja o único fator determinante. Isso porque o *common law* também se opõe a remédios contratuais fortes mesmo quando nenhuma sanção criminal está envolvida, como veremos no seu tratamento das *penalty clauses*, a seguir abordado.

1.2.2 Cláusulas penais

A relutância do *common law* em fornecer remédios robustos para o caso de inadimplemento contratual não se limita à execução específica que, como vimos, implica forte coerção estatal por meio do direito penal. A mesma tendência restritiva existe quando se trata da estipulação, pelas próprias partes, de quantia a ser paga a título de punição pelo inadimplemento. Em um contraste marcante com o *civil law* (HATZIS, 2003, p. 381), o *common law* nega exigibilidade às chamadas *penalty clauses*, que são disposições contratuais que visam punir (e, portanto, dissuadir) o inadimplemento contratual estipulando o pagamento de uma soma que excede a quantia que presumivelmente seria necessária para compensar a parte lesada pelo incumprimento.

O direito dos contratos anglo-saxônico traça uma distinção essencial entre *liquidated damages clauses*, que são válidas, e *penalty clauses*, que não são. Embora haja distinções sutis entre o direito de diferentes jurisdições, a qualificação de uma cláusula como estipulação válida de pré-liquidação da indenização (*liquidated damages*) geralmente depende de saber se a quantia em questão "é razoável à luz da perda prevista ou efetiva provocada pelo inadimplemento e da dificuldade de prova da perda".[5] Em contrapartida, "[uma] cláusula que fixa *liquidated damages*

5 Restatement (Second) of Contracts § 356(1) (1981). *Ver também* UCC § 2-718 (1): "Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light

irrazoavelmente elevados é inexigível, por questões de política pública, porque constitui uma penalidade".[6]

Essa proscrição generalizada às cláusulas punitivas do inadimplemento não encontra paralelo na tradição romanista. Na verdade, os Códigos Civis típicos expressamente reconhecem e regulam as cláusulas penais (Código Civil francês, art. 1.226 *et seq.*; BGB § 339 *et seq.*; Código Civil brasileiro, art. 408 *et seq.*). Isso não significa que a liberdade contratual com respeito às cláusulas penais seja absoluta no *civil law*. A maioria dos países hoje prevê explicitamente (e crescentemente) várias limitações, inclusive o poder do juiz de reduzir cláusulas que são manifestamente excessivas. Não obstante, o simples fato de uma determinada soma exceder uma estimativa razoável dos danos decorrentes do inadimplemento é, por si só, insuficiente para assegurar a revisão judicial da cláusula penal – seu caráter punitivo foi, e continua a ser, parte do conceito. Ao contrário, aponta-se que, mesmo após a eventual redução de uma cláusula exorbitante, a quantia devida há de exceder os danos efetivamente sofridos (SCHLESINGER et al., 1998, p. 746).

Na qualidade de exceção ao princípio da liberdade contratual, a rejeição das *penalty clauses* no *common law* é controversa, para dizer o mínimo. Tal como a ausência de execução específica, a teoria do inadimplemento eficiente também serviu para explicar a hostilidade do direito anglo-saxônico para com as *penalty clauses* (POSNER, 1973). Contudo, são numerosas as críticas a esse regime, possivelmente ainda mais contundentes do que aquelas que concernem à execução específica. Diversos autores têm justificado a eficiência das penalidades contratuais, tendo em vista que elas: oferecem plena compensação aos contratantes com valorações idiossincráticas (GOETZ; SCOTT, 1977); permitem aos novos participantes do mercado assinalar sua capacidade de cumprir com as obrigações contratualmente assumidas (POSNER, 1977, p. 93-94); dissuadem formas de incumprimento que são difíceis de detectar (EDLIN; HERMALIN, 2000); possibilitam às partes negociar opções implícitas que atuam como garantias (SCOTT; TRIANTIS, 2004; TRIANTIS, 2010, p. 657); e induzem níveis eficientes de investimento específico à relação (EDLIN; SCHWARTZ, 2003).

É curioso que os países mais intervencionistas tendam a apoiar remédios mais fortes para o caso de inadimplemento contratual. Os países socialistas – que, de regra, pouco valorizavam a liberdade contratual – não apenas reconheciam um direito inalienável à execução específica como principal remédio para o inadimplemento contratual, como também empregavam e exigiam cláusulas penais com fervor (GROSSFELD, 1963, p. 1331 e 1341; EÖRSI,

• • •

of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty."

6 Restatement (Second) of Contracts § 356(2) (1981).

1987, p. 153-154). De fato, as cláusulas penais eram cogentes no direito socialista, sendo invariavelmente pactuadas nos contratos entre empresas estatais (SCHLESINGER et al., 1998, p. 757).

Finalmente, é também notável que a resistência anglo-saxônica às cláusulas penais não se estenda às disposições que visam limitar a responsabilidade contratual – por exemplo, oferecendo o pagamento de uma soma *inferior* aos prejuízos efetivamente incorridos. Diferentemente das *penalty clauses*, o *common law* não impõe limitações gerais às cláusulas de limitação da responsabilidade (MATTEI, 1995, p. 433; EDLIN; SCHWARTZ, 2003, p. 35). No *civil law*, verifica-se o padrão oposto: a maioria dos países tende a sujeitar as cláusulas de limitação da responsabilidade a um escrutínio considerável, comparável ou maior ao aplicável às cláusulas penais. Nessa área também, o *civil law* parece favorecer remédios contratuais fortes, e o *common law*, fracos.

1.2.3 Novo começo (*fresh start*)

Outra diferença sistemática quanto à execução contratual nas diversas tradições jurídicas concerne à facilidade com que as partes conseguem obter a extinção de dívidas, incluindo-se as decorrentes de obrigações contratuais, em caso de insolvência. Em contraste com a análise feita até aqui, agora mudamos o foco para institutos que formalmente pertencem ao direito da insolvência, e não dos contratos. Não há dúvida, porém, de que a possibilidade de reabilitação do falido afeta a perspectiva de execução contratual de modo fundamental. Embora raramente examinada, a interação entre o direito dos contratos e o direito da insolvência pode ser esclarecedora, como veremos adiante.

A nota central dessa distinção é que o *common law* tem, em geral, leis de insolvência mais clementes que o *civil law* (LOPES, 2003, p. 91). Especificamente, os países anglo-saxônicos são mais liberais ao reconhecer o direito a um "novo começo" (*fresh start*), no qual os indivíduos podem ter suas dívidas extintas após um período especificado (ZIEGEL, 2006, p. 300). Os processos de insolvência também parecem ser mais frequentes no mundo anglo-saxônico. Um estudo empírico de Stijn Claessens e Leora F. Klapper constatou que, após controlar os choques macroeconômicos e o nível de desenvolvimento financeiro, os pedidos de falência ou recuperação judicial são mais numerosos nos países de *common law* (CLAESSENS; KLAPPER, 2002). Embora um estudo mais recente tenha constatado que os pedidos de insolvência de consumidores aumentaram em toda parte entre 2002 e 2008 nos países examinados, com exceção dos Estados Unidos, o número de pedidos nos países de *common law* analisados (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Austrália) ainda era consideravelmente mais alto que em países de matriz romanista, como Alemanha e França (LONDON ECONOMICS, 2012).

No mundo anglo-saxônico, os Estados Unidos destacam-se, de longe, como o país mais favorável aos devedores em várias dimensões (ARMOUR; ENRIQUES et al., 2017). O direito da insolvência norte-americano foi pioneiro em reconhecer o direito dos devedores à *fresh*

start desde o final do século XIX (SKEEL, 2014, p. 1). Tornou-se célebre a formulação da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Local Loan Co. v. Hunt*, segundo a qual uma das principais finalidades da *bankruptcy law* é conceder "ao devedor honesto mas desventurado, que entrega para liquidação a propriedade que lhe pertence no momento da falência (*bankruptcy*), uma nova oportunidade na vida e um espaço livre para o esforço futuro, desimpedido pela pressão e desestímulo da dívida preexistente" (292 U.S. 234, 244 [1934]).

A *bankruptcy* individual continuou, desde então, a desempenhar papel importante na vida econômica norte-americana. O número de processos judiciais cresceu drasticamente durante o século XX, especialmente após a Bankruptcy Law mais liberal de 1978, ultrapassando um milhão de pedidos por ano em meados dos anos 1990 (WHITE, 1998, p. 685). Em 2005, 1,6 milhão de consumidores nos Estados Unidos – o que equivale a um em cada 71 domicílios – estavam insolventes (LAWLESS; WARREN, 2006). Enquanto alguns comentadores criticavam os incentivos aos pedidos oportunistas por parte até mesmo de devedores de alta renda (WHITE, 1998, p. 686), outros louvavam o papel do direito falimentar dos Estados Unidos por propiciar uma rede de segurança diante de um Estado do bem-estar fraco (LAWLESS; WARREN, 2006). É curioso que o direito da insolvência constitui verdadeira plataforma para a doutrina progressista nos Estados Unidos (SKEEL, 2000). Em contrapartida, juristas progressistas nos países de *civil law* tendem a dedicar-se ao exame judicial de cláusulas contratuais e demais esforços legislativos voltados para a proteção do consumidor.

Enquanto as leis estadunidenses são excepcionalmente protetivas dos devedores e liberais na concessão da *fresh start*, o conceito também está presente em outros países anglo-saxônicos (GROSSMAN, 1996, p. 1). Não obstante, a combinação de estigma, obstáculos procedimentais e discricionariedade judicial tornou significativamente mais difícil para os indivíduos obter a reabilitação na Inglaterra, no Canadá e na Austrália do que nos Estados Unidos (ZIEGEL, 2006, p. 300). Mesmo assim, quando considerados em um espectro, os países de *common law* geralmente oferecem um regime de insolvência muito mais liberal e protetivo do devedor que os de *civil law* (ZIEGEL, 2006, p. 300).

É sabido que os países de direito romano-germânico adotaram uma abordagem mais punitiva nos processos de insolvência, cujo principal objetivo é fornecer uma ferramenta de execução para os credores, não um auxílio para os devedores (HULS, 1992, p. 133). Pelo menos historicamente, a maioria dos países de tradição romano-germânica sequer reconhecia o conceito de falência individual, e nenhum deles adotava a ideia de reabilitação (ZIEGEL, 2006, p. 300; NIEMI-KIESILÄINEN, 1999, p. 479). Se a obrigação contratual passasse no teste das diversas formas de controle estatal das cláusulas contratuais, a consequência geral seria a responsabilidade pelas dívidas dela decorrente pela vida toda (HULS, 1992, p. 133). Costumava-se justificar a ausência de *fresh start* no mundo romano-germânico com base justamente no ideal *pacta sunt servanda* (ZIEGEL, 2006, p. 304). Paradoxalmente, o mesmo princípio foi gradualmente enfraquecido para permitir uma intervenção estatal crescente no conteúdo das cláusulas contratuais.

No entanto, reconhecer essas diferenças gerais entre as tradições jurídicas não significa negar que haja uma variação considerável no interior dessas tradições, bem como uma mudança ao longo do tempo. Esse campo passou por uma convergência significativa em anos recentes, de forma talvez ainda mais acentuada do que em outras áreas. Por um lado, uma série de países de *civil law*, abertamente inspirados pelo direito dos Estados Unidos, adotaram a ideia de *fresh start* nas últimas décadas (HULS, 2012, p. 497; RAMSAY, 2007, p. 250). A Europa, em particular, conheceu "uma verdadeira enxurrada de novas leis de insolvência", começando com a Dinamarca (1984), seguida pela Escócia (1985), França (1989) e Alemanha (1999), entre outros países, com vistas a conceder um tratamento mais generoso aos devedores (TABB, 2005, p. 765).

Por outro lado, a promulgação do Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act de 2005 (BAPCA), motivada por intensa pressão das empresas de cartão de crédito, dificultou sobremaneira a obtenção da *fresh start* pelos consumidores norte-americanos. A nova lei, entre outras coisas, impôs numerosos obstáculos procedimentais e condicionou a disponibilidade de reabilitação imediata no âmbito do Capítulo 7 do Bankruptcy Code a um "teste de meios" – uma complicada fórmula concebida para avaliar a capacidade dos consumidores de pagar suas dívidas; aqueles reprovados no teste ficam impedidos de pleitear um novo começo no âmbito do Capítulo 7 e devem ser redirecionados ao plano de pagamento parcial nos termos do Capítulo 13 do Bankruptcy Code.[7] Porém, os pequenos empresários que têm sobretudo dívidas da empresa continuam isentos desse teste (WHITE, 2006). Como planejado, o BAPCA foi eficaz ao desestimular os processos de insolvência, embora não necessariamente eficiente de um ponto de vista social. Um estudo recente constatou que, uma década após a reforma, os pedidos de falência caíram para um milhão por ano, mas a insolvência persistente e as execuções de hipotecas aumentaram na mesma proporção (ALBANESI; NOSAL, 2015).

Contudo, não se verifica plena convergência em torno de uma política de *fresh start*. Conquanto os países europeus continentais tenham progressivamente adotado os conceitos de falência individual e reabilitação, as diferenças com relação ao modelo anglo-saxônico permanecem substanciais. A abordagem europeia costuma condicionar a reabilitação tanto a juízos morais quanto às origens da dívida e a um plano de pagamento compulsório plurianual (NIEMI-KIESILÄINEN, 1999, p. 475). De forma coerente com o foco em remédios contratuais mais fortes em outras áreas, a Europa continental geralmente rejeita a abordagem *get out of jail free* tradicionalmente associada ao direito norte-americano (KILBORN, 2003-2004, p. 281). As distinções são tantas que os estudiosos até criaram diferentes rótulos para descrever os diversos modelos utilizados. Na definição de Niemi-Kiesiläinen, as iniciativas de

7 Para uma descrição e avaliação crítica da reforma, ver Lawless e Warren (2006).

reforma na Europa continental envolvem um "ajuste da dívida do consumidor", contrastando-as ao modelo de "falência do consumidor" prevalecente no mundo anglo-saxônicos (NIEMI-KIESILÄINEN, 1999, p. 476). Outros autores aludiram à existência de um "começo merecido" (*earned start*) na Europa, em contraste ao "novo começo" (*fresh start*) do direito norte-americano (REIFNER et al., 2003).[8]

De um modo geral, continua a ser verdade que os países de *common law* contemplam mais comumente uma abordagem mais liberal da insolvência que os de direito romano-germânico. A questão é, então, o que explica essa divergência? O direito inderrogável à *fresh start* colide com noções básicas de liberdade contratual. Porém, ao afetar a exigibilidade dos contratos – mas não propriamente a validade de suas cláusulas substantivas –, a *fresh start* pode ser concebida como uma limitação do poder do Estado de forçar coativamente o cumprimento das obrigações contratuais. Como observaram juristas norte-americanos, a "falência é a derradeira limitação à disposição do Estado de forçar seus cidadãos a pagar dívidas privadas" (SULLIVAN; WESTBROOK; WARREN, 1989, p. 4).

O surgimento da política de *fresh start* (e suas variantes) soa compatível com um papel menos intervencionista do Estado. Há muito que os autores enfatizam a conexão entre a desregulação dos mercados de crédito na Europa e a introdução da reabilitação do consumidor falido, tipicamente por governos conservadores (NIEMI-KIESILÄINEN, 1999, p. 502). Ao mesmo tempo em que proporciona auxílio aos devedores, o novo começo é, nas palavras de Nick Huls, "uma forma branda de intervenção; sua implementação exige relativamente pouca interferência do Estado" (HULS, 1992, p. 130).

2 Divergência efetiva ou substituição funcional?

Como na maioria das empreitadas comparativas, o enfoque em normas e institutos jurídicos de forma isolada pode levar a que se superestimem as diferenças reais entre os vários sistemas jurídicos. Um dos axiomas centrais do moderno direito comparado é justamente que os países chegam muitas vezes ao mesmo resultado recorrendo a formulações doutrinárias díspares (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 36). Por exemplo, em tese, poder-se-ia esperar um certo grau de substituição funcional entre a disponibilidade da execução específica e a exigibilidade das cláusulas penais. Comparatistas de renome suscitaram justamente esta hipótese ao afirmar que "um sistema jurídico que descarta ou enfraquece excessivamente um dos dois mecanismos [penalidades ou cumprimento específico] tornar-se-á mais dependente do outro" (SCHLESINGER et al., 1998, p. 756-757). Contudo, não é isso que observamos:

8 Esse estudo, contudo, agrupa a Inglaterra e a Irlanda com os outros Estados membros, apesar de reconhecer que, ao admitir a reabilitação, esses regimes são historicamente mais próximos dos Estados Unidos que os da Europa continental.

nas diferentes áreas aqui examinadas, o *civil law* reiteradamente exige um papel mais forte do Estado tanto no controle quanto na exigibilidade das cláusulas contratuais em comparação ao *common law*.

Isso posto, os distintos papéis do Estado no controle das cláusulas contratuais e no *enforcement* das obrigações contratuais podem atuar como substitutos funcionais. Em larga medida, pode-se dizer que o direito romano-germânico e o anglo-saxônico adotam estratégias diferentes para mitigar os efeitos de negócios excessivamente gravosos. Enquanto o *civil law* recorre mais à padronização legal e controle judicial das cláusulas contratuais para assegurar a justiça da troca, o *common law* limita os remédios disponíveis em caso de incumprimento. Ocorre que isso conduz muitas vezes, embora não sempre, aos mesmos resultados práticos por caminhos doutrinários bastante distintos.

Para ilustrar esse ponto, consideremos a célebre decisão de 1993 da Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) no caso *Bürgschaft* – um julgado que se tornou símbolo da disposição dos tribunais alemães de levar em conta os direitos constitucionais fundamentais na interpretação e execução de contratos privados.[9] A decisão da Corte Constitucional cuidou da difícil questão relativa aos "efeitos horizontais dos direitos constitucionais" nas relações privadas (*Drittwirkung der Grundrechte*) – ou o que a doutrina constitucionalista norte-americana chama de problema da "ação de Estado" (*State Action*). Como ensina Mark Tushnet, não é coincidência que o tratamento dessa questão central no direito constitucional esteja ligado a diferentes concepções do papel do Estado, com as sociais-democracias revelando-se mais dispostas a reconhecer tais efeitos horizontais do que os países que adotam formas mais limitadas de governo (TUSHNET, 2003, p. 80).

Os fatos do caso envolviam uma filha de 21 anos que assinou um contrato para ser fiadora do seu pai, um empresário, como condição imposta pelo banco para estender o limite de crédito dele de DM 50.000 para 100.000. Ao solicitar a garantia, o funcionário do banco teria dito a ela: "Você pode só assinar aqui, por favor? Isso não vai criar nenhuma obrigação importante para você; preciso disso para a documentação" (CHEREDNYCHENKO, 2004). Posteriormente o pai deixou de pagar o empréstimo e, alguns anos depois, o banco processou a filha pedindo o restante do valor acrescido de juros, totalizando DM 160.000. Quando assinou o contrato de fiança, a filha não tinha formação profissional nem emprego em período integral e ganhava cerca de DM 1.150 por mês em uma fábrica de peixes. À época do processo, ela era uma mãe solteira que dependia da seguridade social (BVerfGE, §§ 14 e 21).

Antes de o caso chegar à Corte Constitucional alemã, as instâncias inferiores haviam julgado que o contrato de fiança ou era contrário aos bons costumes, ou refletia uma violação da boa-fé por parte do banco quanto ao dever de informar sua contraparte na fase pré-contratual.

9 BVerfGE 19 de outubro de 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

O Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), por sua vez, sustentara que o resultado previsível do endividamento excessivo era razão insuficiente para tornar a fiança nula de pleno direito por contrariedade aos bons costumes. A Corte Constitucional alemã reverteu a decisão. Aduziu que, ao executar um tal contrato marcado por profundo desequilíbrio no poder de negociação e severas consequências para a parte mais fraca, os tribunais inferiores haviam negado a aplicação dos direitos constitucionais à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, combinados com o princípio do Estado social (BVerfGE, § 54). Na visão do tribunal, "há uma violação da garantia constitucional da autonomia privada quando o problema do poder de negociação desigual não é sequer tratado" pelos tribunais (BVerfGE, § 56).

A decisão *Bürgschaft* claramente acarretou interferência estatal – por meio de normas fundamentais do direito constitucional – na *substância* dos arranjos contratuais. À luz da assimetria existente no poder de negociação das partes, o tribunal tratou de adequar o contrato a valores e objetivos sociais mais amplos. Uma inspeção mais detida, contudo, revela que um elemento crítico no raciocínio decisório do tribunal foi o caráter aparentemente perpétuo ou insuperável da obrigação em tela – semelhante a uma "prisão por dívida" moderna – e as limitações que ela imporia às futuras escolhas de vida da devedora (CHEREDNYCHENKO, 2007, p. 226 e 308). A apelante enfatizou expressamente que ela nunca ganhou o suficiente sequer para pagar os juros do empréstimo; por isso, "não se pode considerar que a presente relação possa um dia vir a ser encerrada" (BVerfGE, § 21). Consequentemente, o raciocínio foi que "os tribunais devem negar reconhecimento a contratos que reduzem tão fortemente a liberdade de ação de uma das partes contratantes que a impossibilitem de viver com dignidade" (BVerfGE, § 20).

Essa limitação das escolhas de vida liga-se diretamente à ausência, na época, de mecanismos de exoneração contratual para os indivíduos no direito alemão de insolvência. Se os fatos desse caso tivessem ocorrido nos Estados Unidos, a filha fiadora provavelmente não teria tido dificuldade em obter um novo começo por meio de um pedido de insolvência. Isto é, o mesmo resultado – a reabilitação plena – seria alcançado, mas por um caminho diferente, baseado em normas claras que não exigem ingerência estatal relativamente ao mérito das cláusulas contratuais.

De fato, a intervenção estatal nas cláusulas contratuais e a *fresh start* na insolvência podem atuar como substitutos imperfeitos em uma ampla gama de situações (TRIANTIS, 1992, p. 482). Tomemos, por exemplo, o problema relativo à gestão de riscos exógenos, como doença ou desemprego, nas relações contratuais. Uma justificativa econômica usual, embora contestada, para um novo começo no direito da insolvência é que ele promove uma alocação eficiente desses riscos, transferindo-os à parte (nessa visão, o credor) que tem mais condições de suportá-los (HOWARD, 1987, p. 1047). Porém, mesmo concordando que essa alocação de risco é desejável do ponto de vista da eficiência ou da distribuição, a falência ou insolvência é somente um dos possíveis instrumentos para alcançar esse objetivo. Um sistema de direito romano-germânico pode obter o mesmo resultado por meio da aplicação do

direito contratual – por exemplo, para permitir a revisão de cláusulas contratuais ou a extinção do contrato à luz da alteração superveniente das circunstâncias. A abordagem romano-germânica pode ser mais modulada aos riscos exógenos, mas também abre a porta para significativa discricionariedade judicial.[10] Embora a aplicação da *fresh start* não dependa formalmente da presença de risco exógeno, expressiva parcela dos casos de insolvência reflete exatamente esse padrão (SULLIVAN et al., 2000).

É curioso que juristas progressistas na Europa continental denunciaram o aumento das hipóteses de reabilitação do falido, entre outros motivos, porque ela alija as reações jurídicas mais socialmente arraigadas, incorporadas no direito dos contratos. Em uma dura crítica à disseminação da *fresh start* na Europa, Udo Reifner afirmou que esse mecanismo pode efetivamente excluir o desenvolvimento de um "direito dos contratos mais socialmente adaptativo". Nas suas palavras,

> o modelo de aprendizado reflexivo do direito dos contratos que, usando a boa-fé e os bons costumes, criou as leis de proteção dos trabalhadores, dos inquilinos e dos consumidores, bem como muitas outras medidas corretivas que garantem sua sobrevivência na sociedade industrializada, é gradualmente abandonado em procedimentos legais nos quais os juízes não se importam mais com as cláusulas dos contratos que fracassaram (REIFNER, 2003, p. 143 e 155).

Ao mesmo tempo, um "direito dos contratos socialmente cego leva a abordagens simples de insolvência" (REIFNER, 2003, p. 143 e 155). Portanto, segundo essa visão, a disseminação da reabilitação do falido na Europa pode ser tanto um produto da desregulação estatal quanto uma proteção contra novas intervenções do Estado nas cláusulas contratuais.

De modo geral, os regramentos jurídicos a respeito da substância e da exigibilidade das cláusulas contratuais podem atuar como substitutos em uma ampla gama de circunstâncias – embora os resultados finais não sejam necessariamente idênticos. Com efeito, sabe-se que cláusulas e remédios contratuais podem frequentemente servir como substitutos para se alcançar os mesmos fins (TRIANTIS, 2010, p. 646; TRIANTIS, 2000). Talvez por essa razão não haja um vencedor claro na chamada "concorrência regulatória no direito dos contratos": embora distintos em dimensões importantes, tanto o direito inglês quanto o direito suíço parecem ser as leis escolhidas com maior frequência, por partes empresariais sofisticadas, nos procedimentos de arbitragem internacional (VOIGT, 2008).

• • •

10 Em sentido contrário, Triantis (1992, p. 482) propugna que, ao distribuir os riscos entre todos os credores, uma política de novo começo pode promover objetivos de compartilhamento dos riscos de modo mais efetivo que o direito dos contratos, que apenas distribui o risco entre as partes contratantes.

Conclusão

Este artigo procurou oferecer uma narrativa coerente de diferenças clássicas entre o direito dos contratos nas tradições romano-germânica e anglo-saxônica. Demonstrou-se que várias distinções dogmáticas partilham um padrão semelhante, no qual o Estado desempenha um papel mais forte no *civil law* e mais fraco no *common law*. Destacou-se que o grau de apoio comparativamente forte do Estado aos contratos privados no *civil law* desafia os estereótipos disseminados nesta matéria, mas se coaduna com as distinções mais amplas entre essas tradições jurídicas em outras áreas do direito.

Contudo, este é apenas um primeiro passo no esforço de revitalizar o estudo do direito comparado e da economia do direito dos contratos, uma área que é injustificadamente subdesenvolvida por três conjuntos de razões interrelacionadas. Primeiro, as obras dos comparatistas sobre o direito dos contratos continuam a sofrer do "mal-estar" renitente que assola o direito comparado como disciplina em geral, no qual a maioria das obras descrevem diferenças observadas, mas não as explica (VALCKE, 2009). Segundo, diferentemente de outras áreas de investigação comparativa, ainda há uma escassez de estudos que procuram entender a relação da natureza do direito e *enforcement* contratual, em um dado país, com outras estruturas políticas e econômicas. Finalmente, os economistas continuam a agir de acordo com a pressuposição não testada de que, enquanto as "instituições contratuais" têm importância profunda para o desenvolvimento econômico, o direito dos contratos em si seria irrelevante (PARGENDLER, 2017b). A ênfase em questões procedimentais de execução contratual não se traduziu em um interesse pela substância do que é executado, de modo que o direito dos contratos continua sendo uma "caixa-preta" (GOLDBERG, 2012, p. 270).

Porém, *a priori* não existe razão alguma para aceitar essa presumida irrelevância do direito dos contratos para a economia ou para a sociedade em geral (PARGENDLER, 2017b). Por certo, o direito dos contratos dos países desenvolvidos não é perfeito, como tampouco é ideal o regime de qualquer outra área do direito. Além disso, o fato de a análise econômica do direito dos contratos ser alegadamente indeterminada e infrutífera na previsão do conteúdo das regras jurídicas (POSNER, 2003) também sugere que existam outros fatores a moldar os institutos que conhecemos.

Esta análise vislumbrou além das tradicionais fronteiras disciplinares para alcançar também os institutos de direito da insolvência que têm impacto direto sobre a execução contratual. No entanto, é provável que as interdependências institucionais existentes relacionadas ao direito dos contratos sejam ainda maiores, abrangendo igualmente campos como as garantias reais, os direitos reais e até a extensão do *welfare state* (POSNER, 1995). A interdependência institucional pode levar à substituição funcional e, por isso, a diferenças práticas menores do que pareceriam à primeira vista. No entanto, os apelos para a convergência em uma única dimensão – por exemplo, no sentido de menos interferência do Estado nas cláusulas contratuais na *civil law* – podem levar a divergências ainda maiores na ausência de modificações complementares.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Este artigo enquadra-se em projeto "Direito dos negócios sob perspectiva comparada", agraciado com Bolsa de Produtividade do CNPq no processo 303832/2015-0.

REFERÊNCIAS

ALBANESI, Stefania; NOSAL, Jaromir. Insolvency after the 2005 Bankruptcy Reform. *Staff Report n. 725*, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2594037>. Acesso em: 10 out. 2017.

ARMOUR, John; ENRIQUES, Luca et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. 3. ed. New York: Oxford University, 2017.

AYRES, Ian. Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules. *Yale L. J.*, v. 121, p. 2032-2116, 2012.

BAADE, Hans W. Comparative Law and the Practitioner. *Am. J. Comp. L.*, v. 31, p. 499-510, 1983.

BAGCHI, Aditi. The Political Economy of Regulating Contract. *Am. J. Comp. L.*, v. 62, p. 687-738, 2014.

BANCO MUNDIAL, *Key Features of Common Law or Civil Law Systems* (2015). Disponível em: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-systems/common-vs-civil-law>. Acesso em: 10 out. 2017.

BEN-SHAHAR, Omri; POTTOW, John A. E. On the Stickiness of Default Rules. *Fla. St. U. L. Rev.*, v. 33, p. 651-682, 2006.

BROOKS, Richard R. W. The Efficient Performance Hypothesis. *Yale L. J.*, v. 116, p. 568-596, 2006.

CARDENAS, Jonathan. Deal Jumping in Cross-Border Merger & Acquisition Negotiations: A Comparative Analysis of Pre-Contractual Liability under French, German, United Kingdom and United States Law. *N. Y. U. J. L. & Bus.*, v. 9, p. 941-975, 2013.

CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*. München: Sellier European Law, 2007.

_____. The Constitutionalization of Contract Law: Something New Under the Sun?. *Electronic J. Comp. L.*, v. 8, p. 1-6, 2004.

CLAESSENS, Stijn; KLAPPER, Leora F. *Bankruptcy around the World: Explanations for Its Relative Use*, Working Paper (2002). Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/311061468766468860/Bankruptcy-around-the-world-explanations-of-its-relative-use>. Acesso em: 10 out. 2017.

COLOMBO, Sylviane. The Present Differences between the Civil Law and Common Law Worlds with Regard to Culpa in Contrahendo. *Tilburg For. L. Rev.*, v. 2, p. 341-375, 1983.

DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University, 1986.

DANNEMANN, Gerhard. Common-law Based Contracts under German Law. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (Ed.). *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*. New York: Cambridge University, 2011.

DAVIS, Kevin E. The Role of Nonprofits in the Production of Boilerplate. *Mich. L. Rev.*, v. 104, p. 1075-1103, 2006.

DAWSON, John P. Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States. *B. U. L. Rev.*, v. 64, p. 1-38, 1984.

DIMATTEO, Larry A.; RICH, Bruce Louis. A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action. *Fl. St. U. L. Rev.*, v. 33, p. 1067-1118, 2006.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHEL, Daniel R. Contract and Fiduciary Duty. *J. L. & Econ.*, v. 36, p. 425-446, 1993.

EBKE, Werner F.; STEINHAUER, Bettina M. The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. In: BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel (Ed.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon, 1995.

EDLIN, Aaron S.; HERMALIN, Benjamin E. Contract Renegotiation and Options in Agency Problems. *J. L. Econ. & Org.*, v. 16, p. 395-423, 2000.

EDLIN, Aaron S.; SCHWARTZ, Alan. Optimal Penalties in Contracts. *Chi-Kent L. Rev.*, v. 78, p. 33-54, 2003.

EISENBERG, Melvin A. Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. *Cal. L. Rev.*, v. 93, n. 4, p. 975-1050, 2005.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts. *J. Emp. L. Stud.*, v. 12, p. 29-69, 2015.

EÖRSI, Gyula. Contractual Remedies in Socialist Legal Systems. *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 16, 1987.

FARNSWORTH, Allan Edward. A Common Lawyer's View of His Civilian Colleagues. *La. L. Rev.*, v. 57, p. 227-238, 1996.

_____. Comparative Contract Law. In: REIMANN, Mathias; FARNSWORTH, Allan Edward (Ed.). *Contracts*. 3. ed. Boston: Kluwer, 1999.

_____. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. *Colum. L. Rev.*, v. 87, t. 2, p. 217-294, 1987.

FLEMING. The Rise and Fall of Unconscionability as the 'Law of the Poor'. *Geo. L. J.*, v. 102, p. 1383-1441, 2014.

FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. *J. Legal Stud.*, v. 18, n. 1, p. 1-24, 1989.

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. *Colum. L. Rev.*, v. 77, p. 554-594, 1977.

GOLDBERG, Victor. Contracts. In: MUELLER, Dennis C. (Ed.). *The Oxford handbook of capitalism*. New York: Oxford University, 2012.

GOTANDA, John Y. Damages in Lieu of Performance because of Breach of Contract. *Villanova Law/Public Policy Research Paper n. 2006-8*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917424>. Acesso em: 10 out. 2017.

GROSSFELD, Bernhard. Money Sanctions for Breach of Contract in a Communist Economy. *Yale L. J.*, v. 72, p. 1326-1346, 1963.

GROSSMAN, Andrew. Conflict of Laws in the Discharge of Debts in Bankruptcy. *Int'l Insolvency Rev.* v. 5, n. 1, p. 1-35, 1996.

HALPERN, Sheldon W. Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for the "Wisdom of Solomon". *U. Pa. L. Rev.*, v. 135, n. 5, p. 1123-1178, 1987.

HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, *Int. Rev. L. & Econ.*, v. 22, p. 381-406, 2003.

HAYEK, Friedrich August. *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Chicago: University of Chicago, 1973.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harv. L. Rev.*, v. 10, p. 457-478, 1897.

HOWARD, Margaret. A Theory of Discharge in Consumer Bankruptcy. *Ohio St. L. J.*, v. 48, p. 1047-1088, 1987.

HULS, Nick. American Influences on European Consumer Bankruptcy Law. *J. Consum. Pol'y*, v. 15, n. 2, p. 125-142, 1992.

_____. A Next Step in Debt Enforcement: The Merger of Debt Help and Debt Collection. *J. Consum. Policy*, v. 35, p. 497-508, 2012.

KAHAN, Marcel; KLAUSNER, Michael. Path Dependence in Corporate Contracting: Increasing Returns, Herd Behavior and Cognitive Biases. *Wash. U. L. Q.*, v. 74, p. 347-366, 1996.

_____. Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or the 'Economics of Boilerplate'). *Va. L. Rev.*, v. 83, p. 713-770, 1997.

KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. *Harv. L. Rev.*, v. 77, p. 401-449, 1964.

KILBORN, Jason J. The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law, and Surprising Lessons for the United States. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, v. 24, p. 257-297, 2003-2004.

KLASS, Gregory. *Contract Law in USA*. Boston: Kluwer, 2010.

KOROBKIN, Russell. Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms. *Vand. L. Rev.*, v. 51, p. 1583-1651, 1998a.

_____. The Status Quo Bias and Contract Default Rules. *Cornell L. Rev.*, v. 83, p. 608-687, 1998b.

KÖTZ, Hein. Contract Law in Europe and the United States: Legal Unification in the Civil Law and Common Law. *Tul. Eur. & Civ. L. F.*, v. 27, p. 1-16, 2012.

_____. The Jurisdiction of Choice: England and Wales or Germany?. *Eur. Rev. Priv. L.*, v. 18, t. 6, p. 1243-1257, 2010.

LANDO, Henrik; ROSE, Caspar. On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries. *Int'l Rev. L. & Econ.*, v. 24, t. 4, p. 473-487, 2004.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. The Economic Consequences of Legal Origins. *J. Econ. Lit.*, v. 46, p. 285-332, 2008.

LAWLESS, Robert M.; WARREN, Elizabeth. Shrinking the Safety Net: The 2005 Changes in U.S. Bankruptcy Law. *Illinois Law and Economics Working Papers Series, Research Paper n. LE06-031* (2006). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=949629>. Acesso em: 10 out. 2017.

LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES. *England and Wales: The Jurisdiction of Choice*. London: The Law Society of England and Wales, 2007. Disponível em: <http://www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

LAYCOCK, Douglas. *The Death of the Irreparable Injury Rule*. New York: Oxford University, 1991.

LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are not Converging. *Int'l & Comp. L. Q*, v. 45, p. 52-81, 1996.

LEONHARD, Chunlin. Beyond the Four Corners of a Written Contract: A Global Challenge to U.S. Contract Law. *Pace Int'l L. Rev.*, v. 21, p. 1-36, 2009.

LONDON ECONOMICS. *Study on Means to Protect Consumers in Financial Difficulty: Personal Bankruptcy, Datio in Solutum of Mortgages, and Restrictions on Debt Collection Abusive Practices* (Contract No. MARKT/2011/023/B2/ST/FC 2012). Disponível em: <https://londoneconomics.co.uk/blog/publication/ study-on-means-to-protect-consumers-in-financial-difficulty-personal-bankruptcy-datio-in-solutum-of-mortgages-and-restrictions-on-debt-collection-abusive-practices/>. Acesso em: 10 out. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumer Bankruptcy and Over-indebtedness in Brazil. In: NIMEI--KIESILÄINEN, Johanna; RAMSAY, Iain; WHITFORD, William C. (Org.). *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*. Oxford, Portland (Oregon): Hart, 2003, v. 1.

MACAULAY, Stewart. An Empirical View of Contract. *Wis. L. Rev.*, p. 465-483, 1985.

MACKAAY, Ejan. Good Faith in Civil Law Systems. Cirano Scientific Series 2011s-74 (2011). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1998924>. Acesso em: 10 out. 2017.

MACNEIL, Ian R. Power of Contract and Agreed Remedies. *Cornell L. Q.*, v. 47, p. 495-521, 1961.

MAGNUS, Ulrich. The Germanic Tradition: Application of Boilerplate Clauses under German Law. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (Ed.). *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*. New York: Cambridge University, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MATTEI, Ugo. The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts. *Am. J. Comp. L*, v. 43, n. 3, p. 427-444, 1995.

MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism*. Chicago: University of Chicago, 2008.

NICHOLAS, Barry. Rules and Terms: Civil Law and Common Law. *Tul. L. Rev.*, v. 48, p. 946-972, 1973.

NIEMI-KIESILAINEN, Johanna. Consumer Bankruptcy Comparison: Do We Cure a Market Failure or a Social Problem?. *Osgoode Hall L. J.*, v. 37, p. 473-503, 1999.

PARGENDLER, Mariana. Modes of Gap Filing: Good Faith and Fiduciary Duties Reconsidered. *Tul. L. Rev.*, v. 82, p. 1315-1354, 2007.

_____. Desenho Contratual em Perspectiva Comparada: Reflexões sobre a Relação entre Tipificação Legal e Inovação Contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 61, p. 219-245, 2016.

_____. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. *Yale J. Int'l. L.*, v. 43, 2017a (no prelo).

_____. Comparative Contract Law and Development: The Missing Link? *Geo.Wash. L. Rev.*, v. 85, 2017b (no prelo).

PISTOR, Katharina. Legal Ground Rules in Coordinated and Liberal Market Economies. In: HOPT, Klaus J. et al. (Ed.). *Corporate Governance in Context: Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the U.S.* New York: Oxford University, 2005.

POSNER, Eric A. Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine,

Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract. *J. Legal Stud.*, v. 24, p. 283-319, 1995.

_____. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? *Yale L. J.*, v. 112, p. 829-880, 2003.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.

_____. *Economic Analysis of Law*. 2. ed. Boston: Little Brown, 1977.

RAMSAY, Iain. Comparative Consumer Bankruptcy. *U. Ill. L. Rev.*, p. 241-273, 2007.

REIFNER, Udo et al. *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*. Contract Reference n. B5-1000/02/000353. Final Report presented by the: Institute For Financial Services e.V., Erasmus University Rotterdam/School of Law, University of Helsinki/Helsinki Collegium for Advanced Studies to the: Commission of the European Communities, Health and Consumer Protection Directorate-General. 2003. Disponível em: <http://www.knl.lv/raksti_data/1147/parskats_ES_2003.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

REIFNER, Udo. "Thou Shalt Pay Thy Debts": Personal Bankruptcy Law and Inclusive Contract Law. In: NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna; RAMSAY, Iain (Ed.). *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*. Portland: Hart, 2003.

REITZ, John C. Political Economy and Contract Law. In: SCHULZE, Reiner (Ed.). *New Features in Contract Law*. München: Sellier European Law, 2007.

SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. *Am. J. Comp. L.*, v. 55, p. 721-766, 2007.

SCHLESINGER, Rudolf B. et al. *Comparative Law: Cases, Text, Materials*. 6. ed. New York: Foundation, 1988.

SCHWARTZ, Alan. Optimal Penalties in Contracts. *Chi-Kent L. Rev.*, v. 78, p. 33-54, 2003.

SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral?. *Emory L. J.*, v. 56, p. 439-460, 2006.

SHIFFRIN, Seana. Could Breach of Contract Be Immoral?. *Mich. L. Rev.*, v. 107, p. 1551-1566, 2009.

SKEEL, David. *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*. Princeton: Princeton University, 2014.

_____. Vern Countryman and the Path of Progressive (and Populist) Bankruptcy Scholarship. *Harv. L. Rev.*, v. 113, p. 1075-1129, 2000.

SMITS, Jan M.; CALOMME, Caroline. The Reform of the French Law of Obligations: Les Jeux Sont Faits, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2016/05* (2016). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2845796>. Acesso em: 10 out. 2017.

SPAMANN, Holger. Contemporary Legal Transplants: Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law. *B.Y.U.L. Rev.*, p. 1813- 1878, 2009.

SULLIVAN, Teresa A.; WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. *As We Forgive Our Debtors: Bankruptcy and Consumer Credit in America*. NewYork: Oxford University, 1989.

_____. *The Fragile Middle Class: Americans in Debt*. New Haven: Yale University, 2000.

TABB, Charles J. Lessons from the Globalization of Consumer Bankruptcy. *L. & Soc. Inq.*, p. 763-782, 2005.

TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *Modern L. Rev*, v. 61, p. 11-32, 1998.

TREITEL, Guenter H. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved). In: VON MEHREN, Arthur (Ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 7, 1976.

TRIANTIS, George G. Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability. *U. Toronto L. J.*, v. 42, n. 4, p. 450-483, 1992.

_____. The Evolution of Contract Remedies (And Why Do Contracts Professors Teach Remedies First?). *U. Toronto L. J.*, v. 60, p. 643-662, 2010.

_____. Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*, v. 3, 2000.

TUSHNET, Mark. The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law. *Int. J. Const. L.*, v. 1, n. 1, p. 79-98, 2003.

ULEN, Thomas S. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies. *Mich. L. Rev.*, v. 83, p. 341-403, 1984.

VALCKE, Chatherine. On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory. *Am. J. Comp. L.*, v. 4, p. 69-95, 2009.

VOGENAUER, Stefan. Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations. In: BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin (Ed.). *Contract Terms*. New York: Oxford University, 2007.

VOIGT, Stefan. Are International Merchants Stupid? Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory. *J. Emp. L. Stud.*, p. 1-20, 2008.

VON MEHREN, Arthur (Ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 7, 1976.

WHITE, Michelle J. Bankruptcy Law. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Ed.). *Handbook of Law and Economics*. London: Elsevier, 2006.

_____. Why It Pays to File for Bankruptcy: A Critical Look at the Incentives under U.S. Personal Bankruptcy Law and a Proposal for Change. *U. Chi. L. Rev.*, v. 65, n. 3, p. 685-732, 1998.

WHITMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. *Yale L. J.*, v. 113, p. 1151-1221, 2004.

ZIEGEL, Jacob. Facts on the Ground and Reconciliation of Divergent Consumer Insolvency Philosophies. *Theoretical Inq. L.*, v. 7, p. 299-321, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Ed.). *Good faith in European Contract Law*. New York: Cambridge University, 2000.

ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *Oxford Handbook of Comparative Law.* New York: Oxford University, 2006.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, 3. ed. Oxford: Clarendon, 1998.

Mariana Pargendler

Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) e Global Professor of Law da New York University School of Law.

mariana.pargendler@fgv.br

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 01.06.2016
Aprovado: 01.09.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201733

Questões teóricas e metodológicas do direito *na* literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis

THEORY AND METHODOLOGY OF LAW IN *LITERATURE: AN ANALYTICAL JOURNEY BASED ON* SUJE-SE GORDO!*, A SHORT STORY BY BRAZILIAN WRITER MACHADO DE ASSIS*

Henriete Karam[1]

Resumo
O significativo avanço dos estudos de Direito e Literatura no Brasil tem despertado o interesse dos juristas e incentivado os estudantes a desenvolverem pesquisas, sobretudo no campo do direito *na* literatura, sem, contudo, que lhes sejam oferecidos o aparato conceitual, os pressupostos e os instrumentos a serem empregados na análise de textos literários. Considerando tal contexto, este artigo, além de apresentar alguns dados históricos e as diferentes correntes do Direito e Literatura, busca destacar a necessidade de que se enfrentem as questões teóricas e metodológicas implicadas em investigações de cunho interdisciplinar e utiliza o conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis, no qual é problematizada a eficácia do tribunal do júri na concretização da justiça, para oferecer um modelo de percurso analítico-interpretativo que pode ser aplicado aos estudos dedicados ao direito *na* literatura.

Palavras-chave
Direito *na* literatura; questões teóricas e metodológicas; tribunal do júri; realização da justiça; Machado de Assis.

Abstract
The significant advance of Law and Literature studies in Brazil has attracted the interest of lawyers and encouraged students to develop research, especially in the field of law in *literature. Many of these papers seem to lack, however, the conceptual apparatus, assumptions, and instruments necessary for the analysis of literary texts. Considering this context, this article, in addition to presenting some historical data and defining different currents of Law and Literature, emphasizes the need for specialized theoretical and methodological issues involved in such interdisciplinary investigations, and uses the short story* Suje-se gordo!*, by Brazilian writer Machado de Assis, which brings to question the effectiveness of the court regarding justice. The intention is to provide an analytical model that could be applied in different studies of law* in *literature.*

Keywords
Law in *literature; theoretical and methodological issues; law court; justice; Machado de Assis.*

1 Faculdade Guanambi
Guanambi – BA – Brasil

CC BY-NC

Introdução

Ao longo da última década, a comunidade acadêmica jurídica do Brasil tem acompanhado o progressivo desenvolvimento do campo de estudos denominado Direito e Literatura, fenômeno análogo aos que ocorreram nos Estados Unidos e na Europa, sobretudo a partir da segunda metade do século XX.

No entanto, em que pese a quantidade de livros e de artigos publicados, o crescente número de dissertações e de teses, bem como a existência de periódico científico interdisciplinar dedicado exclusivamente à interlocução entre o direito e a literatura,[1] a produção e a divulgação de tais estudos ainda se encontram circunscritas ao âmbito jurídico, pois são raros os especialistas da área de Letras que se aventuram nesse campo de estudo.

Em geral, limitada a pesquisadores da área do direito, não é de estranhar que parte da produção bibliográfica brasileira – especialmente quando a autoria é de estudantes de graduação e de pós-graduação – prescinda da fundamentação teórica e metodológica exigida na análise de textos literários, muito embora se concentre na corrente do direito *na* literatura. Disso resultam o enfraquecimento da natureza interdisciplinar dos estudos em Direito e Literatura e o risco de a literatura assumir papel meramente instrumental ou, até mesmo, ornamental.

Considerando tal contexto, este artigo é particularmente destinado aos pesquisadores iniciantes e, além de fornecer alguns dados históricos e breves informações sobre as principais correntes de investigação dos estudos em Direito e Literatura, tem como objetivo principal oferecer um modelo de percurso analítico-interpretativo que pode ser aplicado em estudos dedicados ao direito *na* literatura, sendo, para isso, explicitados os procedimentos adotados para o exame de questões jurídicas no conto *Suje-se gordo!,* de Machado de Assis.

1 Os estudos sobre *direito e literatura*

Com o declínio do positivismo jurídico e os desafios impostos pela instituição do Estado democrático de direito, em especial no que se refere à defesa dos direitos fundamentais, o movimento Direito e Literatura inaugura um peculiar e promissor campo interdisciplinar que oferece novas possibilidades de compreensão tanto da natureza humana e dos conflitos sociais quanto dos impasses e desafios que o direito enfrenta na contemporaneidade.

Contrapondo-se ao tradicional viés dogmático, cientificista e convencionalista do Direito, bem como ao seu caráter normativo e repressor,[2] a literatura – que se caracteriza pela

• • •

1 Trata-se da *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, publicação da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps>.

2 Cabe referir, aqui, o postulado de Robert Cover (1983) de que qualquer ordem normativa não só não pode prescindir de força coercitiva como se funda em práticas organizadas de violência, legitimadas pelo sistema social, político e jurídico.

dimensão criadora e lúdica, pela flexibilidade e constante renovação da linguagem,[3] pelos efeitos de humanização e empatia que se mostra capaz de produzir,[4] por sua natureza polifônica,[5] sua abertura para a plurissignificação[6] e para múltiplas possibilidades de interpretação[7] – constitui importante recurso tanto para apurar a habilidade de leitura e desenvolver as competências de compreensão e interpretação de textos, essenciais à *práxis* jurídica, quanto para promover a ampliação do próprio horizonte de compreensão[8] dos juristas e, portanto, a reflexão destes acerca dos fenômenos jurídicos e sociais.

Em vista disso, teóricos do Direito e Literatura têm defendido a ideia de que a aproximação entre as duas áreas possibilitaria o aprimoramento da formação jurídica e cívica – no qual reside o principal ponto de partida do movimento *Law and Literature* – ao favorecer, por intermédio de obras literárias, visão mais profunda, complexa e esclarecedora da realidade humana, do mundo e das relações sociais.

• • •

3 O modo como a linguagem é trabalhada nos textos literários e o efeito de estranhamento decorrente foram destacados, já no início do século XX, pelos formalistas russos, sobretudo nos estudos de Viktor Chklovski (1971) e Iuri Tynianov (1971), que empregaram o termo *ostranenie* para designar o processo de *estranhamento* ou *desautomatização* da linguagem e das formas literárias.

4 Não há como deixar de evocar aqui as palavras de Antonio Candido, quando afirma que a literatura constitui fator indispensável de humanização e define humanização como "o processo que confirma no homem aqueles traços que reputamos essenciais, como o exercício da reflexão, a aquisição do saber, a boa disposição para com o próximo, o afinamento das emoções, a capacidade de penetrar nos problemas da vida, o sentido da beleza, a percepção da complexidade do mundo e dos seres, o cultivo do humor. A literatura desenvolve em nós a quota de humanidade na medida em que nos torna mais compreensivos e abertos para a natureza, a sociedade, o semelhante" (CANDIDO, 2011, p. 182).

5 Aludimos, aqui, ao conceito que Mikhail Bakhtin (1988) formula ao definir *romance polifônico* como aquele em que se verifica a presença de múltiplas vozes, ideologicamente distintas, que propicia a expressão da diversidade social.

6 Em contraste com a univalência dos signos apresentada pela linguagem científica, os textos literários se caracterizam pela plurissignificação dos signos verbais, ou seja, por seu emprego ambíguo e metafórico, que resulta na abertura para mais de uma direção da carga semântica. O conceito de plurissignificação pode ser encontrado em Philip Wheelwright (1968).

7 Preferindo correr os riscos do excesso aos da omissão, cabe frisar que *múltiplas possibilidades de interpretação* não significam, como bem esclarece Umberto Eco (1962; 1990), a *admissibilidade de qualquer interpretação*.

8 O conceito de horizonte, relativo ao papel da cultura na construção de sentido, após ter sido utilizado por Edmund Husserl (s. d.), encontra-se em Hans-Georg Gadamer (2003), conjugado à ideia de consciência histórica, e em Wolfgang Iser (1989; 1999), relacionado à implicação das disposições individuais do leitor – os conteúdos da consciência, as intuições temporalmente condicionadas e a história de suas experiências – na estruturação e significação que emergem no processo de leitura.

1.1 Origem e desenvolvimento

De fato, os estudos em Direito e Literatura remontam ao início do século XX, e sua origem vincula-se ao contexto acadêmico estadunidense – no qual os textos literários são colocados a serviço da formação dos estudantes de direito e da sensibilização dos juristas – e ao nome de John Henry Wigmore, o qual, no artigo intitulado "A List of Legal Novels" (1908), oferece uma seleção de obras clássicas da literatura, sobretudo anglo-saxã, que abordam a temática jurídica.[9]

Entretanto, é somente a partir dos anos 1970 que *Law and Literature* começa a adquirir relevância como um dos movimentos de oposição ao formalismo jurídico – aos moldes do *Critical Legal Studies* (CLS)[10] – e se institui, teoricamente, com a publicação da obra *The legal imagination*, de James Boyd White (1973).

Em poucos anos, as pesquisas norte-americanas em Direito e Literatura ampliaram-se, do ponto de vista teórico, ao incorporarem o campo das ciências do texto,[11] e propiciaram a abertura do direito para a interlocução com outras formas artísticas, dando origem ao movimento denominado *Law and Humanities*, que compreende estudos sobre Direito e Cinema, Direito e Música, Direito e Artes Plásticas…

Paralelamente, mas adquirindo características próprias, em diferentes países europeus, também despontam, a partir dos anos 1920-1930,[12] e disseminaram-se, ao longo da segunda

9 Embora seja esse artigo a referência mais usual, no total, foram três as *Listas* publicadas por J. Wigmore. A primeira é de 1900 e contém 100 títulos; na segunda, de 1908, são explicitados os critérios de classificação das obras em quatro categorias e são oferecidos 377 títulos; e a terceira, de 1922, traz 121 títulos. Na década de 1970, Richard H. Weisberg (1976; 1977) assumiu a tarefa de revisar as listas elaboradas por J. Wigmore e, apesar de não promover alterações substanciais quanto à definição das categorias, realoca algumas obras, acrescenta títulos do gênero dramático – como é o caso de *Hamlet, Rei Lear* e *Otelo,* de Shakespeare, bem como da peça teatral *Entre quatro paredes,* de Sartre – e, sobretudo, incorpora obras de escritores não contemplados nas listas de J. Wigmore, entre elas: *O homem revoltado* e *A queda*, de Camus; *Crime e castigo* e *Os irmãos Karamazov*, de Dostoiévski; *O processo*, de Kafka; *Billy Budd,* de Melville; e *O céu é para todos,* de Harper Lee. Para maiores informações sobre as alterações promovidas nas listagens publicadas ao longo de quase um século, remetemos ao artigo de Anne Simonin (2007), que oferece um estudo comparativo detalhado das quatro listas referidas aqui.

10 A expressão (em português, Estudos Críticos do Direito) é empregada para designar a escola teórica estadunidense pós-realista que, herdeira dos movimentos pelos direitos civis da década de 1960, surge oficialmente com a *Conference on Critical Legal Studies*, realizada em 1977, na University of Wisconsin-Madison, e, privilegiando o contexto social, tem como objetivo problematizar os mecanismos jurídicos que perpetuam a reprodução do poder e da dominação social.

11 Registre-se, aqui, que o papel desempenhado pela linguagem na representação, na expressão e na compreensão tanto de si quanto do mundo e das relações sociais é o elo que possibilita reunir diferentes formas comunicativas, gêneros textuais e modalidades discursivas – textuais ou não –, e abarcar os aparatos conceituais das ciências sociais, dos estudos literários, da análise do discurso, da semiótica e da comunicação.

12 Na Itália, destacam-se os trabalhos inaugurais de Ferrucio Pergolesi (1927) e de Antonio D'Amato (1936); na Suíça, Hans Fehr (1923, 1931, 1936) amplia o campo de estudo para as relações entre direito

metade do século XX[13] e início do século XXI,[14] estudos dedicados às relações entre Direito e Literatura.

No Brasil, embora o estabelecimento de uma produção contínua e sistemática seja bastante tardio,[15] o estudo do Direito e Literatura vem ganhado espaço e visibilidade,[16] ao

• • •

e arte; na Alemanha, Gustav Radbruch (1938), impulsionado pela relevância acadêmica que os estudos comparatistas adquirem nas primeiras décadas do século XX, analisa as concepções de direito nas diferentes culturas europeias, a partir de obras representativas de suas respectivas literaturas.

13 Na França e na Espanha, embora as primeiras publicações sejam da década de 1950 (SANSONE, 2001; MITTICA, 2015) e o tema passe a merecer maior atenção a partir dos anos 1980, é somente na virada do século XX para o século XXI que começam a surgir os trabalhos mais significativos, de José Calvo González (1996), de Philippe Malaurie (1997), de François Ost (2004) e de Pedro Talavera (2006).

14 Entre 2005 e 2009, consolida-se, na Universidade de Bergen (Noruega), a *Nordic Network for Law and Literature*, que reúne estudiosos das áreas do direito e da literatura ligados a instituições da Finlândia, Noruega, Suíça e Dinamarca (<http://littrett.uib.no/index.php?ID=Nettverk&lang=Eng>); em 2008, é criada, na Itália, a *Italian Society for Law and Literature* (<http://www.lawandliterature.org/>), da qual participam pesquisadores de diferentes países europeus; e, mais recentemente, foi fundada, por inciativa de Jeanne Gaakeer (Erasmus University Rotterdam) e de Greta Olson (Justus-Liebig Universität Giessen), a *European Network for Law and Literature* (<https://www.uni-giessen.de/faculties/f05/engl/lit/research/eurnll>), junto à Law School de Rotterdam (Holanda), com o objetivo de promover e incrementar as investigações sobre Direito e Literatura no contexto europeu.

15 A primeira publicação brasileira em que começa a se delinear a relação entre o direito e a literatura é *Machado de Assis e o problema penal*, de Aloisio de Carvalho Filho (1959), seguida da obra *A ciência jurídica e seus dois maridos*, de Luis Alberto Warat (1985), que, preocupado com o ensino e a formação jurídica, sempre destacou a importância do papel criativo e crítico da literatura dentro de seus projetos pedagógicos. Entretanto, o marco inaugural de estudos sistemáticos é a obra *Literatura e direito:* uma outra leitura do mundo das leis, de Eliane Botelho Junqueira (1998), seguida da publicação de *Direito e literatura:* anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato, de Arnaldo Sampaio de Morais Godoy (2002).

16 Mesmo que a título meramente ilustrativo, cabe listar algumas das obras publicadas nos últimos anos: *Direito & Literatura:* discurso, imaginário e normatividade, organizada por André Karam Trindade, Roberta M. Gubert e Alfredo Copetti Neto (2010); *Encontros entre direito e literatura:* ética, estética e política, organizada por Clarice B. da Costa Schöngen e Alexandre C. Pandolfo (2010); *O mundo fora de prumo:* transformação social e teoria política em Shakespeare, de José Garcez Ghirardi (2011); *Direito, literatura e cinema:* inventário de possibilidades, de Arnaldo Sampaio de Morais Godoy (2011); *Direito penal na literatura:* Shakespeare, Machado e outros virtuoses, de José O. Campos de Araújo (2012); *Narração e normatividade:* ensaios de direito e literatura, organizada por Judith Martins Costa (2012); *Direito e literatura:* da realidade da ficção à ficção da realidade, organizada por Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade (2013); *Direito e literatura:* estudos jurídicos baseados em obras literárias da segunda metade do século XIX, organizada por Andres Botero e Líza Medina (2013); *Direito, arte e literatura,* organizada por Marcelo Galuppo, André Karam Trindade e Luiz C. Cancellier de Olivo (2014); *Direito e literatura na virada do milênio*, organizada por Sonja Arnold e Michael Korfmann (2014); *Direito e literatura:* por que devemos escrever narrativas?, organizada por Bernardo Nogueira e Ramon Mapa da Silva (2014); *Os modelos de juiz:* ensaios de direito e literatura, organizada por André Karam Trindade e Lenio Luiz Streck (2015).

menos no circuito acadêmico do direito[17] – como já assinalado –, e se caracteriza, especialmente, pelo

> [...] destaque que confere à interdisciplinaridade, na medida em que se baseia no cruzamento dos caminhos do direito com as demais áreas do conhecimento – fundando um espaço crítico por excelência, através do qual seja possível questionar seus pressupostos, seus fundamentos, sua legitimidade, seu funcionamento, sua efetividade, etc. –, a possibilidade da aproximação dos campos jurídico e literário favorece ao direito assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da literatura e, assim, superar as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico, bem como reconhecer a importância do caráter constitutivo da linguagem. (TRINDADE; GUBERT, 2008).

1.2 Principais correntes de investigação

A instauração do paradigma da linguagem, que acarretou novas compreensões de representação, narrativa e discurso, foi essencial para que – paralelamente ao emprego dos textos literários, seja em prol da sensibilização, humanização e desenvolvimento do pensamento crítico dos atores jurídicos, seja para a contextualização ou problematização de temáticas relevantes para o direito – os conceitos literários e linguísticos ganhassem espaço no âmbito dos estudos jurídicos, dando origem a diferentes correntes de investigação no campo do Direito e Literatura, as quais se caracterizam por diferentes tipos de articulação entre as duas áreas e, sobretudo, por distintas ênfases e finalidades.

Inúmeras são as tipologias e classificações que têm sido propostas para abarcar tais articulações. Restringimo-nos, aqui, a apresentar as três correntes destacadas por François Ost (2004): direito *da* literatura, direito *como* literatura e direito *na* literatura.

A corrente do direito *da* literatura apresenta matiz essencialmente jurídico, pois se atém à legislação aplicável a obras literárias enquanto produto intelectual, e restringe-se às discussões jurídicas que, relativas a diferentes esferas do direito, incidem sobre as liberdades e garantias individuais – os limites e a liberdade de expressão face à censura e ao direito à intimidade –, os direitos autorais e a propriedade intelectual, os crimes de imprensa, as

17 Cabe registrar a existência de Grupos de Pesquisa em Direito e Literatura na UFPR, UFMG, PUCRS, UFSC, UniCEUB e IMED/RS; a realização de diferentes eventos sobre o tema, com destaque para o Colóquio Internacional de Direito e Literatura – CIDIL, que já teve quatro edições; a criação, em 2007, do GT "Direito, Arte e Literatura" no Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi); a inclusão da disciplina Direito e Literatura na grade curricular de diversos cursos de Direito, seja na modalidade obrigatória, seja na optativa; o programa de TV *Direito & Literatura*, já em seu nono ano de veiculação e que vai semanalmente ao ar, em rede nacional, pela TV Justiça; e a criação, em 2014, da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL).

normas sobre o exercício profissional de escritor e políticas públicas voltadas para a leitura, entre outras.[18] Assim, nessa corrente, estamos diante do *texto literário como objeto da ciência jurídica*.

Já o direito *como* literatura concentra-se em abordar as *qualidades literárias dos textos jurídicos*. Observa-se, aqui, uma inversão: os textos jurídicos tornam-se objeto da ciência literária, visto que conceitos oriundos deste campo – assim como dos campos da linguística, sobretudo da análise do discurso, e das ciências da comunicação – são adotados como instrumentos para a leitura e intepretação dos textos legais, em especial no que se refere às decisões judiciais.

Pertencem a essa corrente, as produções de dois dos fundadores do *Law and Literature*: James B. White, que aborda tanto a atividade criativa e interativa implicada na leitura e na interpretação dos textos jurídicos (1982) quanto o caráter retórico-argumentativo do direito, defendendo a inserção do direito no rol dos textos culturais que desempenham a função de fixar significados e de integrar os membros de uma comunidade por meio da linguagem e, consequentemente, dos ideais e dos valores por ela compartilhados (1985); e Benjamin Cardozo (1925), ao examinar as qualidades literárias dos textos jurídicos, com base no pressuposto de que o direito é literatura, e propor que sejam lidos e interpretados recorrendo-se ao aparato conceitual da teoria literária.

Igualmente representativos, apesar das particularidades de suas posturas teóricas, e inseridos no contexto da *common law*, são Robert Cover (1983), que apresenta a concepção do direito como conjunto de práticas narrativas e, partindo da noção de narratividade, propõe a sua interpretação do papel da jurisprudência constitucional estadunidense; e Ronald Dworkin (2001), tendo em vista a analogia que estabelece entre as atividades hermenêuticas exigidas na leitura dos textos jurídicos e literários, bem como a criação da metáfora do *romance em cadeia* para ressaltar a coerência e a integridade implicadas na atividade jurisdicional.

Os estudos mais recentes do direito *como* literatura, todavia, promovem uma aproximação do direito com o campo literário que ultrapassa a esfera analógica, guiada pela correspondência de aspectos linguísticos, estéticos e semióticos – relativos à compreensão dos textos jurídicos como produção literária ou produto cultural –, na medida em que as formulações investem de forma mais incisiva no caráter narrativo e, até, ficcional do direito (MARÍ, 2002; CALVO

18 Ilustram bem tal viés as questões que entraram em pauta no debate público e jurídico sobre a publicação de biografias não autorizadas. A Associação Nacional de Editores de Livros propôs ao Supremo Tribunal Federal a adoção da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), para permitir a publicação de biografias sem autorização do biografado. Em junho de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a ADI 4815 e declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 7 mar. 2016).

GONZÁLEZ, 1996, 2008, 2013), formulações que – a nosso ver – ainda estão por merecer a devida atenção por parte dos especialistas em Semiótica e Narratologia.[19]

Por fim, temos a corrente do direito *na* literatura – a mais significativa no contexto acadêmico brasileiro –, que reúne os estudos dedicados à investigação das *representações literárias da justiça e do direito*, abarcando suas instituições, procedimentos e atores, bem como a temática concernente ao universo jurídico que se faz presente em textos literários, e no qual se verifica a ênfase em funções tradicionalmente atribuídas à literatura.[20]

Os fundadores são John Wigmore (1900, 1908, 1922), que formula quatro critérios para identificar narrativas literárias que despertem o interesse e possam colaborar na formação dos juristas, instituindo um novo gênero literário – o *romance jurídico* –, e atribui a tais obras o estatuto de fonte de conhecimento do direito, tendo em vista a singular compreensão do fenômeno jurídico que elas podem oferecer; e, Frank Loesch (1926), que também aborda o conhecimento adquirido com textos literários e sua importância para a formação ética dos juristas.

Nessa corrente, merecem destaque, ainda, os trabalhos de Richard Weisberg (1984), para quem a literatura é uma via privilegiada de acesso à compreensão da natureza humana e das noções de direito e de justiça, ao dedicar-se à análise de obras literárias, concentrando-se no poder da linguagem e no exercício, ou não, da força argumentativa do discurso; e Richard Posner que, embora valorize os estudos interdisciplinares e a eles dedique parte de sua produção, não deixa de formular críticas à aplicação tanto de métodos da teoria literária a textos legais quanto de métodos de análise legal a narrativas literárias ao considerar que a relevância da literatura para o direito radica na representação da condição humana, dando especial

• • •

19 Cabe referir que, no contexto europeu, o primeiro passo nesse sentido foi dado pelas Faculdades Universitárias de Saint-Louis (Bruxelas), em outubro de 2000, com a criação de uma rede interdisciplinar que congrega diversos Centros de Pesquisa – o *Centre de Recherche en Science Politique* (CReSPo), o *Centre de Recherches en Histoire du Droit et des Institutions* (CRHIDI), o *Centre de Recherche en Economie* (CEREC), o *Centre d'Étude du Droit de l'Environnement* (CEDRE), o *Centre d'Études Sociologiques* (CES), o *Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et administratif* (CIRC), o *Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques* (SIEJ) e o *Séminaire interdisciplinaire de recherches littéraires* (SIRL) –, dando origem ao espaço de interlocução entre estudiosos do direito e da literatura que propiciou, já no ano seguinte, a publicação de uma série de obras coletivas, sendo a primeira delas *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature* (OST et al., 2001).

20 Utilizando a taxonomia que Dino del Pino (1972) propõe ao abordar as funções da literatura, podemos estabelecer a distinção entre as correntes teóricas que acentuam a finalidade psicológica e individual da literatura, que congrega as funções catártica, de evasão da realidade, de fruição estética, de agente do conhecimento; e aquelas que realçam sua finalidade social, das quais merecem destaque, de um lado, as funções de caráter moral e pedagógico, em que a literatura se colocaria a serviço dos valores sociais compartilhados, e, de outro, a função de denúncia das mazelas e injustiças sociais e de problematização das questões humanas, que servem de diretriz para a denominada literatura *engagée*.

atenção à temática da vingança, em *Hamlet*, *Ilíada* e *Michael Kohlhaas*; aos procedimentos judiciais, a partir das obras *O processo*, *A colônia penal, O estrangeiro, O mercador de Veneza* e *Medida por medida*; e à problematização da aplicação da justiça, em *Billy Budd* e *Irmãos Karamazov* (POSNER, 1998).

E, para completar a lista de autores mais representativos do direito *na* literatura, deve-se referir Martha Nussbaum (2005; 2015), cujo interesse recai no papel da literatura para a compreensão da realidade – tendo em vista o fato de os textos literários representarem distintas dimensões da natureza humana, abordarem questões universais e favorecerem a imaginação e a empatia. Privilegiando a formação dos juristas, defende a ideia de que a racionalidade implicada no julgamento e na ponderação, além de habilidades argumentativas e lógicas, abarca, também, as capacidades imaginativa e empática, o que possibilita a apreciação sensível de situações humanas particulares e a contemplação da diversidade e da complexidade a elas inerentes.

Se as três correntes apresentadas permitem, de um lado, entrever a riqueza de que se revestem os estudos sobre Direito e Literatura, de outro, suscitam questões relativas aos distintos modos de como se dá a articulação entre os dois campos em cada uma delas e, consequentemente, aos graus de confluência de suas bases epistemológicas, aparatos conceituais e teóricos e pressupostos metodológicos.

O enfrentamento de tais questões é algo que se impõe, tendo em vista a necessidade tanto de que se estabeleçam – de forma explícita – os princípios, critérios e parâmetros que possibilitariam imprimir caráter efetivamente interdisciplinar aos estudos em Direito e Literatura quanto de que se promova o avanço rumo à produção de novos conceitos, métodos e procedimentos de investigação a serem operacionalizados nos estudos em Direito e Literatura, o que exigirá abordar o tema a partir das atuais concepções de *inter-*, *multi-* e *trans*disciplinaridade, cuja síntese pode ser encontrada nos trabalhos de Julie Thompson Klein (2005; 2011).

2 Modelo metodológico

Diante da concepção de que a narrativa literária constitui uma representação do homem e do mundo, fica evidente a importância, específica, que ela adquire como objeto capaz de suscitar temas de reflexão para o campo jurídico.

Entretanto, a apropriação e a aplicação do texto literário em outras áreas do conhecimento – seja com objetivo investigativo, seja com finalidade didática – requerem o domínio teórico-conceitual e metodológico adequado.

Nesse sentido, cabe evocar as condições – apontadas por Mohammed Allal Sinaceur – que imprimem caráter interdisciplinar a investigações e pesquisas:

> [...] a interdisciplinaridade, no sentido estrito do termo, se sempre existiu não leva a uma forma de conhecimento, portanto a uma prática científica, a não ser que a disciplina

> utilizadora (por consequência, o sujeito que a pratica) se aproprie do que ela precisa ao pensar seus problemas nos termos rigorosos da disciplina utilizada. Isso implica que a colaboração entre duas disciplinas exige dupla competência e a interdisciplinaridade, tantas competências quanto são as disciplinas que ela coloca em cooperação. (SINACEUR, 1977, p. 621).

Agregue-se ainda à reflexão, o alerta formulado por M. Paola Mittica – apesar da assimetria que se pode observar entre os dois campos –, ao considerar que:

> Evidentemente, assim como é difícil para os juristas dominar, cientificamente, a interpretação de um texto literário – *sem possuir os instrumentos* próprios da análise literária –, pela mesma razão é aconselhável aos literatos recorrer aos estudiosos do direito para se orientarem acerca da compreensão dos fenômenos jurídicos, *que exigem competências bastante sofisticadas*. (MITTICA, 2015, p. 28, grifos nossos).

Não há dúvida de que o emprego dos instrumentos oferecidos pela teoria da literatura na análise e interpretação de textos literários pode favorecer uma leitura mais sofisticada, que ultrapassa a do leitor comum, e mais profícua, tendo em vista o fato de que o engessamento do senso comum é tão prejudicial no âmbito literário quanto o é no âmbito jurídico.

Entretanto, isso necessita ser ressaltado na medida em que, sendo a literatura um produto cultural, fica fácil ser induzido a simplificar sua decodificação, quando, pelo contrário, explorar a riqueza que um texto literário oferece exige a formação e a qualificação do leitor.

Assim, é no campo da teoria da literatura, mais especificamente da narratologia, que encontramos os subsídios necessários para a análise de obras literárias, e é aos seus pressupostos e conceitos[21] que devemos recorrer, preliminarmente, sempre que tivermos a intenção de desenvolver um trabalho ou uma pesquisa que envolvam textos literários.

Quanto aos principais pressupostos, há de se ter em conta que, desde os formalistas russos, não faz mais sentido estudar a obra a partir de informações relativas à vida de seu autor, pois se entende que o texto literário carrega sentidos que escapam às intenções de seu criador, embora atrelado à intencionalidade – no sentido husserliano[22] – e vinculado à visão de mundo da época e da cultura em que foi produzido, seja para confirmá-la, seja para problematizá-la.

• • •

21 Como não é possível abarcar aqui, em profundidade ou em extensão, tais pressupostos e conceitos, serão evocados apenas aqueles entendidos como basilares para a compreensão da análise oferecida na sequência do texto.

22 A fenomenologia é introduzida, no campo da literatura, por Roman Ingarden (1965), que aplica as teses de E. Husserl (s. d.) na análise da obra literária, buscando demonstrar de que modo se dá a apreensão do fenômeno literário.

O segundo pressuposto envolve as peculiaridades do uso da linguagem:[23] se, nos demais tipos de discurso – e mesmo na fala cotidiana –, a linguagem busca expressar a objetividade dos seres e dos conceitos, do que decorre, de um lado, seu caráter de referência ao mundo exterior e, de outro, a prevalência da precisão e da exatidão linguísticas, o texto literário se caracteriza por expressar a subjetividade do enunciador e por explorar imagens, do que resulta o emprego da ambiguidade e da plurissignificação dos símbolos verbais, bem como a recorrência ao sentido metafórico, de tal modo que ela se destaca pela pluralidade de sentidos e de interpretações.

O terceiro pressuposto diz respeito ao fato de que a narrativa literária é uma criação imaginária e, portanto, o mundo que ela comporta corresponde a uma suprarrealidade, composta por elementos figurativos que estão a serviço de conteúdos temáticos.

Sinteticamente, a narrativa literária pode ser definida como relato *ficcional,* produzido por, no mínimo, um *narrador* que, assumindo determinada forma ou pessoa gramatical, institui *lugares, personagens, objetos* e *ações*, entidades engendradas no *discurso*, que passam a existir no *universo diegético*, embora possam ou não ter correspondência no *mundo empírico* (KARAM, 2008).

Em tal definição encontram-se elencados conceitos basilares da narratologia. O primeiro deles é o de *narrador*, aquele que relata os acontecimentos e que, sendo o enunciador do discurso, tem o poder de adotar diferentes pontos de vista ou *focalizações* ao narrar a história, pode fornecer ou omitir informações, ser imparcial ou intrusivo, ter ou não participado dos eventos por ele narrados.

De qualquer forma, é mediante o *discurso* enunciado pelo narrador – ou narradores – que tomamos conhecimento do *universo diegético*,[24] esse mundo ficcional que, tal qual o mundo empírico, compreende lugares, seres e objetos. Mas são as ações, ou seja, os eventos, que imprimem caráter dinâmico à narrativa literária, pois há nela um fluxo temporal que poderá ou não ser respeitado pelo narrador em seu relato: quando não o é, ocorrem as chamadas anacronias. Essa é uma das tantas *estratégias narrativas* empregadas em textos literários. O leitor comum, embora suscetível aos efeitos de tais estratégias, as desconhece e, por isso, muitas vezes, não sabe dizer ao certo por que a leitura de determinada obra lhe causou tanto impacto.

2.1 O CONTO *SUJE-SE GORDO!*

A fim de demonstrar como se dá a instrumentalização de alguns conceitos narratológicos, bem como a sua utilidade para extrairmos do texto literário uma gama mais rica de elementos que

23 Tais peculiaridades são destacadas por Dino del Pino (1972) e por René Wellek e Austin Warren (1976).

24 O termo *diegese* e seus derivados são empregados por Gérard Genette (1983) para se referir ao universo espaço-temporal em que se desenvolve a história e os elementos que a compõem.

podem ser objeto de reflexão e de discussão no campo do direito, foi escolhido o conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis (1997),[25] considerando três aspectos: seu valor estético; os objetos do mundo representado; e, como consequência, a temática nele implicada.

A primeira tarefa que se impõe é fornecer os dados relativos à produção e à publicação do texto e oferecer o resumo da história: *Suje-se gordo!* foi publicado pela primeira vez em 1906, na coletânea intitulada *Relíquias de casa velha*,[26] e a narrativa inicia com o relato do diálogo que o narrador teve com um amigo, durante o intervalo de uma peça teatral.

No primeiro parágrafo do texto, o narrador afirma que da peça mal guardou o título – que seria *A sentença* ou *O tribunal do júri* –, mas que jamais esqueceu aquilo que, nessa oportunidade, o Amigo lhe contou.

No segundo parágrafo, o Amigo declara que sempre fora contrário ao júri, embora reconheça tratar-se de uma *instituição liberal*. Ele explica que a razão de sua repulsa era por, ao ser convocado como jurado, ter de condenar alguém e se justifica aludindo ao *preceito bíblico*: "não queiras julgar para não seres julgado" (p. 694-695).

Já a partir do terceiro parágrafo temos a reprodução do relato das experiências vividas pelo Amigo nas duas ocasiões em que votou pela condenação dos réus.

Em seu relato, o Amigo declara que, apesar de seus escrúpulos, participou de alguns julgamentos. Para sua sorte, muitas vezes, graças a *falhas processuais*, ele pôde votar pela absolvição: "Com efeito, os crimes não me pareceram provados; um ou dois processos eram mal feitos" (p. 695). Mas houve dois casos em que – apesar de sua inquietação – votou pela condenação dos réus.

O primeiro caso foi de um rapaz simples, de aparência humilde, que havia falsificado papéis que lhe renderam pouca quantia de dinheiro, duzentos mil-réis.

Ao contar esse julgamento, ele declara que o réu não negou a autoria do crime e descreve a atitude constrita do rapaz: "triste, a palavra surda, os olhos mortos, com tal palidez que metia pena" (p. 695).

A seguir, menciona as interpretações díspares que defesa e acusação ofereceram para tal atitude: "o promotor público achou nessa mesma cor do gesto a confissão do crime. Ao contrário, o defensor mostrou que o abatimento e a palidez significavam a lástima da inocência caluniada" (p. 695).

E, na sequência, comenta sobre o poder da linguagem no tribunal do júri:

• • •

25 Todas as citações do conto foram extraídas da edição que consta nas Referências. Limitamo-nos, portanto, a indicar a numeração da(s) página(s).

26 Cabe ressaltar que José Galante de Sousa (1955), na sua *Bibliografia de Machado de Assis* – considerada, ainda hoje, a mais autorizada fonte no que diz respeito a datas e locais de publicação dos textos de Machado de Assis –, traz a informação de que o conto *Suje-se gordo!* não havia sido publicado anteriormente.

> Poucas vezes terei assistido a debate tão brilhante. O discurso do promotor foi curto, mas forte, indignado, com um tom que parecia ódio, e não era. A defesa, além do talento do advogado, tinha a circunstância de ser a estreia dele na tribuna. [...] O discurso foi admirável, e teria salvo o réu, se ele pudesse ser salvo, mas o crime metia-se pelos olhos dentro. (p. 695).

Quanto aos eventos que ocorreram na sala secreta, ele narra que, mesmo tendo sido assegurados os votos necessários para a condenação do rapaz, um dos jurados, que era "cheio de corpo e ruivo, parecia mais que ninguém convencido do delito e do delinquente" (p. 695) e se chamava Lopes, insistira enfaticamente em defender seu voto:

> O crime está mais que provado. O sujeito nega, porque todo o réu nega, mas o certo é que ele cometeu a falsidade, e que falsidade! Tudo por uma miséria, duzentos mil-réis! Suje-se gordo! Quer sujar-se? Suje-se gordo! (p. 695).

As palavras proferidas – *Quer sujar-se? Suje-se gordo!* – não são compreendidas imediatamente. Seu significado demora a ser apreendido:

> Quando saí do tribunal, vim pensando na frase do Lopes, e pareceu-me entendê-la. "Suje-se gordo!" era como se dissesse que o condenado era mais que ladrão, era um ladrão reles, um ladrão de nada. (p. 696).

Muitos anos depois ocorre o segundo julgamento em que ele votou pela condenação. Nesse caso, o réu era um caixa do Banco do Trabalho Honrado que respondia pelo desvio de cento e dez contos de réis, uma grande quantia de dinheiro, equivalente a cento e dez milhões de réis. Para seu espanto, no tribunal, ele reconhece o acusado:

> Era um homem magro e ruivo. Fitei-o bem, e estremeci; pareceu-me ver o meu colega daquele julgamento de anos antes. Não poderia reconhecê-lo logo por estar agora magro, mas era a mesma cor dos cabelos e das barbas, o mesmo ar, e por fim a mesma voz e o mesmo nome: Lopes. (p. 696).

Ele confessa que, buscando encontrar os traços registrados na memória e invadido por suas reminiscências, teve dificuldades em acompanhar o interrogatório, mas relata o comportamento do réu:

> Lopes negava com firmeza tudo o que lhe era perguntado, ou respondia de maneira que trazia uma complicação ao processo. Circulava os olhos sem medo nem ansiedade; não sei até se com uma pontinha de riso nos cantos da boca. (p. 696).

Segundo ele, durante todo o julgamento, o réu manteve-se "com o rosto alto, mirando o escrivão, o presidente, o teto e as pessoas que o iam julgar" (p. 697), e tal comportamento é novamente objeto de interpretações divergentes:

> Todos esses gestos do homem serviram à acusação e à defesa, tal como serviram, tempos antes, os gestos contrários do outro acusado. O promotor achou neles a revelação clara do cinismo, o advogado mostrou que só a inocência e a certeza da absolvição podiam trazer aquela paz de espírito. (p. 697).

Durante os debates, ele reflete sobre a "fatalidade de estar ali, no mesmo banco do outro, este homem que votara a condenação dele [...] Aquele que julgava outrora, era agora julgado também" (p. 697-698), e isso o leva a lembrar-se tanto do preceito bíblico – *Não queirais julgar, para que não sejais julgados* – quanto da máxima do próprio Lopes: *Suje-se gordo!*

Tais lembranças vêm consolidar sua percepção:

> Vi que não era um ladrão reles, um ladrão de nada, sim de grande valor. O verbo é que definia duramente a ação. "Suje-se gordo!" Queria dizer que o homem não se devia levar a um ato daquela espécie sem a grossura da soma. A ninguém cabia sujar-se por quatro patacas. Quer sujar-se? Suje-se gordo! (p. 698)

Quanto à decisão dos jurados, ele reafirma ter votado pela condenação e, sugerindo que alguns jurados teriam desconsiderado as provas que constavam nos autos, informa o veredito:

> Posso dizer-lhe aqui em particular que votei afirmativamente, tão certo me pareceu o desvio dos cento e dez contos. *Havia, entre outros documentos, uma carta de Lopes que fazia evidente o crime. Mas parece que nem todos leram com os mesmos olhos que eu.* Votaram comigo dois jurados. Nove negaram a criminalidade do Lopes, a sentença de absolvição foi lavrada e lida, e o acusado saiu para a rua. (p. 698, grifo nosso).

No fim do relato, confessa que o resultado da votação o fez duvidar de seu discernimento e que ainda sente *uns repelões de consciência* diante da possibilidade de haver cometido um erro de julgamento, mas o consola saber que, se Lopes era inocente, seu voto não foi suficiente para condená-lo. E conclui a narrativa aludindo novamente à máxima que dá origem ao título do conto:

> O melhor de tudo é não julgar ninguém para não vir a ser julgado. Suje-se gordo! suje-se magro! suje-se como lhe parecer! o mais seguro é não julgar ninguém... (p. 698).

2.2 O percurso analítico-interpretativo

Tendo em vista o objetivo de fornecer um modelo de percurso analítico-interpretativo, serão demarcadas e descritas suas diferentes etapas – bem como explicitados seus respectivos procedimentos –, embora reconhecendo a interpenetração existente entre elas.

Do ponto de vista metodológico, tal percurso irá privilegiar o fato de que a obra literária, por ser uma *representação*, comporta tanto o mundo *representado* quanto a sua função de *representar* (PINO, 1998). O mundo representado compreende os eventos narrados e o contexto em que eles se inserem; já a função de representar apresenta duplo vetor, pois, de um lado, tem pontos de ancoragem no contexto histórico de sua produção, ao qual se vincula, e, de outro, é suscetível à atualização, tanto do ponto de vista da produção quanto da recepção.

O resumo oferecido, naturalmente, já realiza e antecipa – do ponto de vista analítico – a seleção dos elementos que, extraídos no processo de leitura, se pretende examinar. A análise de tais elementos, que compõem o mundo representado, é o primeiro procedimento a ser realizado e propicia identificar o tema ou temas que neles possam estar implicados.

O contexto dos eventos apresentados no conto de Machado pode ser definido a partir de referências espaciais explícitas, que permitem situá-los na cidade do Rio de Janeiro – o Teatro de São Pedro de Alcântara, o antigo Aljube, localizado na Rua dos Ourives, princípio da Ladeira da Conceição, a Rua de São Pedro –, bem como de alguns índices temporais que possibilitam inferir a cronologia dos eventos: o advogado de defesa do primeiro júri faleceu em 1865, dois anos após o julgamento, que ocorrera, portanto, em 1863; o segundo júri aconteceu *muito tempo depois*; a conversa entre os dois amigos, obviamente posterior aos dois julgamentos, não é possível determinar, mas sabe-se que persistem, naquele que serviu como jurado, os *repelões de consciência* por ter votado pela condenação; e, por fim, o relato do diálogo entre os dois amigos – que diz respeito, temporalmente, ao momento da enunciação e cujo conteúdo constitui o conto em si – inicia com a indicação de que o encontro foi *uma noite, há muitos anos*.

Pode-se observar, portanto, que o conto *Suje-se gordo!* se estrutura a partir de duas situações narrativas: o relato da conversa entre os dois amigos, que adquire, a princípio, caráter meramente introdutório; e o relato dos dois julgamentos e das impressões deles decorrentes.

O segundo relato constitui o cerne da narrativa e se concentra na representação do tribunal do júri, na qual são evidenciados, de um lado, os procedimentos adotados durante as sessões de julgamento e, de outro, as convicções, as percepções e a atuação do jurado. Em relação aos procedimentos, tem-se a descrição do rito empregado no tribunal do júri,[27] a menção

• • •

27 Os elementos que o conto oferece do rito processual empregado no tribunal do júri podem ser matéria de interesse para o estudo histórico e compreendem: o interrogatório do acusado, a leitura das peças comprobatórias, o depoimento das testemunhas, o debate (acusação, defesa, réplica e tréplica), o resumo dos debates, a leitura e entrega dos quesitos, a votação dos doze jurados na sala secreta (decisão por maioria), a entrega da decisão, a sentença e a possibilidade de apelação. Os aspectos que diferem do rito atual são

a falhas processuais, a caracterização dos crimes sob julgamento.[28] No que se refere ao jurado, duas são as convicções que ele explicita: o tribunal do júri é uma instituição liberal; o melhor é não ter de julgar. Quanto às suas percepções – favorecidas pelo relato autodiegético –, elas incidem sobre o desempenho do promotor e do advogado de defesa, sobre os efeitos provocados pelos comportamentos e posturas dos dois réus e sobre a conduta dos demais jurados. Já a sua atuação como jurado, que transparece no relato, exige que se relacionem suas atitudes com os sentimentos que ele expressa, do que resultam: os escrúpulos em condenar alguém e o peso da subjetividade implicada no ato de julgar.

Os aspectos destacados propiciam identificar as questões jurídicas que o texto suscitou na leitura aqui proposta e possibilitam afirmar que, por meio dos elementos figurativizados no conto, Machado de Assis – e só nessa esfera cabe aludir ao autor, pois as ideias dentro do texto são de responsabilidade estrita do narrador ou narradores – problematiza o tribunal do júri e a crença de que o instituto assegura a realização da justiça.

Cabe, agora, realizar o segundo procedimento – mediante o qual se ingressa na esfera interpretativa –, que consiste em investigar o sentido intrínseco ao texto, sob a perspectiva do contexto histórico de sua produção, de modo a avaliar em que medida a crítica que Machado de Assis estaria dirigindo ao tribunal do júri se vincula e reflete tal contexto.

Em outras palavras, trata-se de abordar o surgimento e a evolução do tribunal do júri e verificar, privilegiando o exame dos dispositivos legais em vigor tanto no Segundo Império –

• • •

a alteração da ordem em que se realizam alguns dos procedimentos – o interrogatório do réu precedia a leitura das peças e a oitiva das testemunhas ocorria após a leitura –; o *resumo dos debates* que o juiz deve oferecer aos jurados e o número de *doze jurados*. Tais discrepâncias não resultam da criação artística; correspondem ao que previa a legislação da época em que, no conto, se situam os julgamentos. A inclusão do *resumo dos debates* nos procedimentos do tribunal do júri remonta ao disposto no art. 32, da Lei de 20 de setembro de 1830 (BRASIL, 1830a) – o qual determinava que o juiz de direito, "achando a causa em estado de ser decidida", deveria resumir "com a maior clareza possível toda a matéria da acusação, e da defesa, e as razões expedidas pró, e contra" – e foi mantido tanto pelo Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832 (BRASIL, 1832), quanto pela Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 (BRASIL, 1841), que reformou o Código do Processo Criminal, só sendo eliminado a partir da entrada em vigor do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890 (BRASIL, 1890b), que fixa a organização da Justiça Federal e faculta às legislações locais definirem as prescrições e os regulamentos a serem adotados para o tribunal do júri. Já o número de doze jurados era estipulado pelo art. 259 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832 (BRASIL, 1832) e só sofreu alterações com a promulgação da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), que estabeleceu a obrigatoriedade de que o número de membros do corpo de jurados seja ímpar. Atualmente, o art. 447, da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008 (BRASIL, 2008), regulamenta que o Conselho de Sentença seja composto por 7 jurados.

28 O crime do primeiro julgamento é o de falsificação; o do segundo, de falsidade e desvio de dinheiro. Ambos não são, hoje, da competência do júri, cuja atuação se limita – de acordo com o disposto no art. 5º, inc. XXXVIII, alínea *d*, da Constituição de 1988 – aos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988).

momento em que se situam os eventos narrados[29] – quanto no início do período republicano, se a legislação brasileira, em confronto com a realidade social do Brasil, favorece que o tribunal do júri adquira, de fato, o estatuto de instituição liberal e, por consequência, enquanto tal assegure a realização da justiça.

A adoção do tribunal do júri no Brasil se vincula ao prestígio que o instituto alcançou no pensamento liberal em voga na Europa e nos Estados Unidos, desde as últimas décadas do século XVIII, e que pode ser comprovado pela sua inclusão na Constituição dos Estados Unidos[30] e na legislação francesa.[31]

De fato, como ressalta o historiador do direito John Gilissen (2003, p. 501), nos países europeus, a partir do século XIX, "O estabelecimento do júri era reclamado pela opinião liberal como garantia da liberdade e do progresso e como elemento fundamental do liberalismo burguês".

No Brasil, é sob a influência do pensamento liberal de José Bonifácio que o príncipe regente, D. Pedro de Alcântara, institui o tribunal do júri ainda no período colonial. Por meio do Decreto de 18 de julho de 1822 (BRASIL, 1822), foi criada a figura dos juízes de fato, para o julgamento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa, e estipulado que o tribunal do júri seria composto por oito de "24 cidadãos escolhidos de entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas", cabendo ao juiz de direito aplicar a pena.

Para a compreensão da exigência definida no dispositivo, convém recorrer ao sentido que a expressão *homem bom* adquire no contexto colonial. Segundo Raymundo Faoro:

• • •

29 Há, no texto, a referência explícita ao local em que teria ocorrido os dois julgamentos: ambos no prédio do antigo Aljube. Existem, também, indicações temporais que permitem situar o primeiro julgamento no ano de 1863, como já destacado. Quanto ao segundo julgamento, embora o conto não forneça informações precisas sobre quando ele teria se realizado, é possível inferir – recorrendo a dados históricos – que não fosse após 11 de janeiro de 1884, visto que a partir dessa data o tribunal do júri da cidade do Rio de Janeiro passou a funcionar em uma das salas da Câmara Municipal, conforme noticiado no jornal *Gazeta de Notícias,* edição n. 11, 11 de janeiro de 1884. Apesar dos riscos que se correm ao forjar paralelos entre o universo ficcional e o mundo empírico, tal inferência é plausível se considerarmos que, ao introduzir no conto índices espaciais oriundos da realidade exterior, os quais contribuem para o efeito de real (BARTHES, 1984), Machado de Assis delimita – ao menos para o leitor que lhe é contemporâneo – as coordenadas espaço-temporais dos eventos narrados.

30 A inclusão deu-se por meio das Emendas V, VI e VII, que fazem parte da *United States Bill of Rights* e entraram em vigor em 15 de dezembro de 1791 (UNITED STATES OF AMERICA, 2017).

31 Na França, o tribunal do júri é uma das conquistas promovidas pela Assembleia Constituinte de 1789-1791, tendo sido instituído pela Lei de 16-29 setembro de 1791 e pela Lei de 29 de setembro-21 de outubro de 1791, que organizam o procedimento criminal e atribuem papel de destaque ao júri popular (FRANCE, 1835).

> Na verdade, o escopo íntimo da superioridade institucional do homem bom será o mesmo que inspira os conselhos portugueses: inscrever os proprietários e burocratas em domicílio na terra, bem como seus descendentes, nos Livros da Nobreza, articulando-os, desta sorte, na máquina pública e administrativa do império. (FAORO, 2001, p. 214).

Com a Proclamação da Independência, é outorgada a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824 (BRASIL, 1824), e o tribunal do júri adquire o estatuto de previsão constitucional, sendo-lhe atribuída competência para atuar nas esferas criminal e cível (art. 151).[32] Qualificada como liberal, a Constituição de 1824, além de conceder aos cidadãos analfabetos o direito de voto – o que, em si, não significava o exercício da cidadania –, assegurava o direito à educação primária e gratuita a todos os cidadãos (art. 179, item 32) e determinava: "a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um" (art. 179, item 13), princípio de isonomia que, no entanto, coexistia com a legitimação da escravatura.

Por meio da Lei de 20 de setembro de 1830 (BRASIL, 1830a), sobre o abuso de liberdade de imprensa, foram criados o *jury de accusação* e o *jury de julgação*,[33] fixada a condição de *eleitor* para atuar como jurado (art. 16) e definida a Fórmula do Juramento: "Juro pronunciar bem, e sinceramente nesta causa; haver-me com franqueza, e verdade, só tendo diante de meus olhos Deus, e a Lei, e proferir o meu voto *segundo a minha consciência*" (art. 21, grifo nosso).

Cabe esclarecer que a exigência de ser *eleitor* não implica modificações, uma vez que tal condição estava vinculada aos procedimentos adotados na eleição dos Deputados, de modo que só poderia ser jurado quem tivesse *renda líquida anual de duzentos mil réis*.

Observa-se, assim, que a passagem de Colônia portuguesa a Império não trouxe alteração significativa na composição do corpo de jurados, visto que o critério de *homens bons*, considerando o que o termo significava, foi substituído pelo valor estipulado de renda anual líquida.

Constata-se, também, na fórmula do juramento, que Deus figura antes da Lei e que os preceitos religiosos, portanto, não só encontram amparo como antecederiam os princípios legais, na deliberação segundo a própria consciência.

Após a elaboração do Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830 (BRASIL, 1830b) – que, curiosamente, contrasta com a previsão constitucional de isonomia, pois considerava crime justificável e não punível o mal decorrente de "castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discípulos" (art. 14, § 6º) –, surge o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832

32 A atuação do Tribunal do Júri na esfera civil, que dependia de lei especial, nunca se concretizou.

33 O júri de acusação tinha a função de examinar a admissibilidade acusatória; o júri de julgamento, a de analisar o mérito da causa, deliberando sobre a condenação ou a absolvição do réu.

(BRASIL, 1832), que definia a organização judiciária, mantendo o júri de acusação e o júri de julgamento, bem como a fórmula do juramento, prescrevendo a qualificação para ser jurado – "São aptos para serem Jurados *todos os cidadãos, que podem ser Eleitores*, sendo de reconhecido bom senso e probidade" (art. 23, grifo nosso) – e fixando os requisitos para a condição de eleitor, todos em sintonia com a previsão constitucional: (a) ser homem; (b) ter mais de 25 anos, podendo ser 21 anos, no caso de chefes de família, oficiais militares, bacharéis formados, empregados públicos, clérigos e daqueles com independência financeira; (c) ter *renda anual líquida de 200 mil réis*, por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego (art. 94).

Por sua vez, a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 (BRASIL, 1841), que reformou o Código do Processo Criminal, introduziu modificações substanciais na organização judiciária e, também, no tribunal júri, sendo extinto o júri de acusação. Quanto às condições para ser jurado, além de ser eleitor, é incluída a exigência de *saber ler e escrever* e estipulada a *renda anual líquida de 400 mil réis* para os cidadãos dos Termos das cidades do Rio de Janeiro, Bahia, Recife e São Luiz do Maranhão; *300 mil réis*, dos Termos das outras cidades do Império; e *200 mil réis* em todos os demais Termos, *devendo ser dobrados os valores se o rendimento provier do comércio ou da indústria* (art. 27, grifo nosso).

Note-se que não só se eleva o valor da renda líquida anual dos possíveis jurados das principais capitais do Império, como ele é vinculado à fonte da renda. Ou seja, aqueles que Machado de Assis, tantas vezes em seus textos, costuma denominar "capitalistas", pois possuem capital e vivem de suas rendas – e que, naturalmente, corresponderiam aos herdeiros das famílias abastadas da Corte portuguesa –, são beneficiados. Já dos "novos ricos", cujos proventos eram procedentes do comércio e da indústria, era exigido o dobro do valor.

É nesse contexto histórico que Machado situa os dois julgamentos do conto, considerando que o primeiro deles teria ocorrido em 1863 e o segundo, antes de 11 de janeiro de 1884.[34] Em suma, *a lei será igual para todos;* o jurado deliberará segundo sua *consciência*, só tendo diante de si *Deus e a Lei;* e a condição para fazer parte do corpo de jurados, na cidade do Rio de Janeiro, era: (a) ser homem; (b) ter mais de 25 anos, podendo ser 21 anos, obedecidas certas circunstâncias; (c) saber ler e escrever; e (d) ter *renda anual líquida de 400 mil réis*, por bens de raiz ou proveniente de emprego, ou *renda anual líquida de 800 mil réis*, se oriunda da indústria ou do comércio.

Além da explicitação dos dispositivos legais, para complementar o panorama social, é possível recorrer a registros históricos documentais que comprovam o descrédito em relação ao funcionamento do tribunal do júri.

Encontramos na *Gazeta de Notícias* – um dos principais jornais do Rio de Janeiro e que circulou de 1875 a 1942 –, na edição do dia 12 de setembro de 1884, um texto não assinado que tece duras críticas:

• • •

34 Ver nota 29, supra.

> Quem acompanha de perto e vê com espírito desprevenido as decisões do tribunal do júri, com dolorosa surpresa observa nelas uma tal falta de harmonia que, por muito respeito que lhe mereça a liberal instituição, não se pode furtar a sérios reparos que provocam os seus julgamentos.
> Ninguém ignora a amplitude deixada pelo código à consciência dos Srs. juízes de fato; os jurados podem afirmar ou negar a existência de qualquer delito, por mais ou menos provado que esteja ele.
> Entretanto, no exercício das suas melindrosas atribuições, tão graves e tão sérias, o júri, se pode usar, não deve abusar daquela faculdade que a lei lhe confere, porquanto esse abuso determina necessariamente no espírito público, senão a certeza da injustiça, pelo menos a dúvida quanto ao critério dos julgamentos.

A seguir, a mesma matéria faz alusão a dois casos julgados naquele mês. O primeiro réu – que já havia sido absolvido e, após apelação acatada, estava sendo julgado novamente – era acusado de ofensas físicas graves e foi novamente absolvido, por sete votos; o segundo réu, acusado de pequeno furto, foi condenado por unanimidade, sendo sentenciado a oito anos de prisão com trabalhos forçados.

Ao expressar a sua indignação com a disparidade dos vereditos, o autor do texto reflete, também, sobre o valor do bem que estaria ou não sendo tutelado nas decisões – "Aqui, nem o júri tem desculpa do que fez na natureza dos delitos: se é verdade que o ataque à propriedade é daqueles crimes que maior alarme produzem na sociedade, ainda maior é o alarme produzido pelo ataque à pessoa do cidadão", e, na sequência, evoca o caso que havia sido julgado no dia anterior:

> O réu foi preso em flagrante: muitas pessoas viram e atestaram o fato; as testemunhas são absolutamente concordes nos depoimentos que fizeram; o Sr. advogado não contrariou a existência de delito, e o Sr. promotor provou-o exuberantemente.
> E depois disso o que fez o júri? negou unanimemente o delito, afirmando com todas as formalidades da lei que o réu não cometeu tal crime! [...]
> Negar no plenário o que ninguém contestou ou que é afirmado por testemunhas arroladas, o que foi praticado em lugar público e visto por muita gente, isto pode ser benevolência, pode ser coisas de bom coração e sentimentalismo, mas não é com certeza compatível com a seriedade do tribunal.

A proximidade entre as situações reais descritas no texto jornalístico e as situações fictícias oferecidas no conto de Machado de Assis é mais do que evidente, especialmente no que diz respeito à possibilidade de os jurados, ao votarem segundo as suas consciências e movidos pelo *bom coração* e *sentimentalismo*, negarem o delito, apesar das provas produzidas.

Tal proximidade condiz com a estética realista que Machado imprime, especialmente, nas

narrativas que se incluem na segunda fase de sua produção e resulta da sua preocupação em representar a realidade social brasileira. Acrescente-se, ainda, que, embora os eventos do conto se situem no período do Império, sua publicação ocorre em 1906, de tal modo que a representação oferecida do tribunal do júri encontraria correspondência também no contexto republicano e evidenciaria, portanto, que a troca de regime político não teria promovido grandes alterações. Aliás, como destaca Moraes (2010), quando consideramos o título da coletânea em que o conto vem publicado, é possível supor que o funcionamento do tribunal do júri se inscreveria, na óptica de Machado de Assis, entre as relíquias que o Império havia deixado de herança para a República.

Essa hipótese impõe retomar a descrição histórica dos dispositivos legais que tratam do tribunal do júri. Antecipando a primeira Carta republicana, o Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 (BRASIL, 1890a), que institui o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, menciona o tribunal do júri (art. 405, § 2º); o Decreto n. 848, também de 11 de outubro de 1890 (BRASIL, 1890b), que tratava da organização da Justiça Federal, cria o júri federal e dispõe que deverá ser composto por "doze juízes, sorteados dentre trinta e seis *cidadãos*" (art. 41, grifo nosso); e o Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890 (BRASIL, 1890c), que organiza a justiça do Distrito Federal – no caso, a cidade do Rio de Janeiro –, define a qualificação exigida para os juízes de fato: "*cidadãos* de 21 a 65 anos de idade, que souberem *ler e escrever*, e tiverem as *qualidades de eleitor*" (art. 40).

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891 (BRASIL, 1891), que pode ser considerada inovadora para os padrões da época, não só preserva a instituição do júri como lhe outorga o estatuto de garantia individual[35] e prescreve que "Todos são iguais perante a lei" (Seção II, art. 72, § 2º). Quanto às condições para ser *eleitor*, que nos interessam particularmente pela sua vinculação com as exigências para ser *jurado*, elas vêm definidas no art. 70: ser cidadão maior de 21 anos, excluídos os mendigos, os analfabetos, os soldados que não sejam alunos de escolas militares de ensino superior, os religiosos que tenham renunciado à liberdade individual.

O Decreto Federal n. 3.084, de 5 de novembro de 1898 (BRASIL, 1898a) – que vem consolidar as alterações promovidas pela Lei Federal n. 221, de 20 de novembro de 1894 (BRASIL, 1894) e pela Lei Federal n. 515, de 3 de novembro de 1898 (BRASIL, 1898b) –, constituirá, durante décadas, o Código de Processo Civil e Criminal da Justiça Federal, que reconhece o tribunal do júri como órgão do Poder Judiciário (art. 1º) e determina que o júri federal seja composto por "12 juízes sorteados dentre 48 cidadãos qualificados jurados na capital do Estado onde houver de funcionar o tribunal e segundo as prescrições e regulamentos estabelecidos pela legislação local" (art. 80).

35 Destaque-se que o dispositivo que institui o tribunal do júri foi inserido no Título IV "Dos cidadãos brasileiros", Seção II "Declaração de Direitos".

A sintética fórmula adotada na Constituição de 1891 – "É mantida a instituição do júri" (art. 72, § 31) – aliada ao fato de atribuir aos estados da Federação a competência para, observados os princípios nela instituídos, legislar sobre a sua própria divisão e organização judiciárias deu origem a díspares interpretações.

Segundo Athos Vellozo (1952), as discussões só cessaram quando, em Acórdão de 7 de outubro de 1899, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o tema e fixou as características do tribunal do júri. Quanto à composição, definiu que os jurados seriam cidadãos qualificados, periodicamente, pelas autoridades designadas pela lei, e que o conselho de julgamento seria composto pelo número fixado de jurados, escolhidos à sorte e sujeitos à recusa, desde que esta não inviabilizasse a sessão. Quanto ao funcionamento, foram estipuladas: a incomunicabilidade dos jurados com pessoas estranhas ao conselho, para preservá-los de sugestões alheias; a produção pública e perante o conselho das alegações e das provas da acusação e da defesa; a atribuição de cada jurado *julgar segundo a sua consciência*; e a *isenção de responsabilidade pelo voto emitido*, fosse ele a favor ou contra o réu.

A essa altura, já temos dados suficientes para avaliar a legislação sobre o tribunal do júri na época da produção do conto, bem com a realidade social que a narrativa possibilita entrever. O princípio da *igualdade de todos perante a lei* é direito garantido pela Constituição de 1891 – o que não significa que os privilégios das classes superiores não se mantivessem, como o comprovam as exigências para ser jurado.

É bem verdade que a qualificação dos jurados já não é definida pela renda. Na cidade do Rio de Janeiro, à época Distrito Federal do Brasil, a condição – como já indicado anteriormente – era ser cidadão maior de 21 anos, excluídos os mendigos, os analfabetos, os soldados que não fossem alunos de escolas militares de ensino superior e os religiosos que tivessem renunciado à liberdade individual. Aparentemente, um sensível progresso, não fosse o fato de que, segundo o Censo de 1890,[36] a taxa de analfabetismo no Brasil atingia, na época, a cifra de 85,2%.

Sendo assim, por óbvio, os jurados pertenciam à elite econômica – seja no período do Império seja no da Primeira República – que, quando eram convocados, muitas vezes, preferiam forjar justificativas ou pagar a multa por não comparecimento do que abdicar de seus afazeres. Aliás, essa seria a razão pela qual o júri de acusação havia sido extinto, ainda em 1841.

A esse respeito, em sua *Conferencia sobre o jury*,[37] proferida em setembro de 1905, Raphael Corrêa da Silva, advogado e professor catedrático "lente" da Faculdade de Direito de São Paulo, destaca que

• • •

36 Utilizamos aqui os dados do Censo de 1890, porque o Censo de 1900 não foi concluído (OLIVEIRA, 2012).

37 O fato de a conferência ter sido integralmente transcrita no jornal *O Commercio de São Paulo*, nas edições de 27, 28 e 29 de setembro de 1905, antes de ser publicada na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, demonstra o interesse da opinião pública pelo tribunal do júri.

> O júri de acusação era um peso insuportável à nova sociedade. País de terras vastas, com escassa população, a reunião de jurados para dois atos distintos não se podia realizar senão com grande sacrifício dos cidadãos qualificados para isso. As distâncias, a dificuldade de transporte, a inclemência das estações, faziam com que os cidadãos de vida rural preferissem pagar as multas impostas às suas faltas a abandonar seus interesses e famílias por muitos dias. (SILVA, 1905, p. 25).

Além disso, embora conceba o tribunal do júri como um "baluarte da liberdade", o eminente professor refere que o instituto é alvo de ácidas críticas – "O júri decaído, o júri relaxado, o júri corrompido, o júri mal escolhido, são chascos que ouvimos todos os dias" (SILVA, 1905, p. 27) – e defende que os crimes menores sejam excluídos da alçada do tribunal do júri, de modo a "realçar a nobreza do julgamento popular, aliviando os cidadãos qualificados de grande soma de trabalhos" (SILVA, 1905, p. 32).

De fato, a formação do corpo de jurados e, por consequência, do conselho de sentença, era problemática, uma vez que o não comparecimento dos cidadãos qualificados e convocados poderia ser considerado prática constante. Uma breve pesquisa na *Gazeta de Notícias* é suficiente para comprovar tal afirmação; para ilustrá-la, basta citar o pregão publicado na edição do dia 28 de maio de 1898, no referido jornal:

> JURY
> 5ª SESSÃO ORDINÁRIA
> *Não funcionou ontem o tribunal por falta de número legal de jurados*.
> Foram designados para hoje os réus João Antônio Esteves, por tentativa de roubo, e Antônio Martins da Silva Passos, por crime de roubo.
> Ontem *foi a quarta vez que compareceu para ser julgado o réu* João Antônio Esteves, *sem que o Tribunal do Júri reunisse número legal*, o que torna em prejuízo aos demais processos sujeitos àquele julgamento. (grifos nossos).

Por outro lado, como destaca Thomas Flory (1986), já no império, a participação no júri era alvo de contrariedade e de resistência por parte da elite cultural, que buscava, de todas as formas evadir-se, deixando a tarefa a cargo dos mais incultos e com menos discernimento.

Tal quadro não teria se alterado com o advento da República, como evidencia o texto publicado também na *Gazeta de Notícias*, edição n. 125, de 5 de maio de 1900, de autoria do Dr. Souza Lima:

> Muito sedutora é em princípio a teoria do julgamento do povo pelo povo; na prática, porém, os resultados são os mais disparatados e comprometedores, porque nem toda gente que pela lei tem assento no tribunal do júri possui as condições morais e intelectuais necessárias para julgar a criminalidade de seus pares, através das discussões jurídicas em

> que se empenham o ministério público e os advogados de defesa. Aqueles que pela sua instrução e probidade mais poderiam auxiliar à justiça, esses se eximem de comparecer ao trabalho penoso do júri, o que facilmente alcançam por meios conhecidos.

Do ponto de vista jurídico, o mais questionável parece ser a eficácia do tribunal do júri na realização da justiça, tendo em vista os efeitos das prerrogativas outorgadas ao corpo de jurados de *julgar segundo a consciência* e de *isenção de responsabilidade pelo voto emitido*, como ressalta Athos Vellozo, ao examinar o tratamento legal dado ao tribunal do júri nos anos que se seguiram à Proclamação da República:

> Por que razão admitir, contrariamente a toda norma jurídica que rege os vários setores do aparelho repressivo penal, um corpo de julgadores leigos, intangíveis em seus desmandos? [...]
> Mesmo os juízes togados, quando se lhes confere o poder de livre apreciação das provas, para formarem a sua íntima convicção, é exigido que fundamentem suas decisões – além de se lhes exigir determinadas qualidades e requisitos para o exercício das respectivas funções – assegurando maior garantia à justiça penal, na necessária repressão aos que delinquirem, a fim de não serem meros instrumentos ao sabor das paixões, ódios ou simpatias
> E, não obstante essas exigências, a despeito das normas impostas à *responsabilidade* dos que funcionam no processo criminal, entrega-se o seu julgamento – precisamente nos crimes mais graves – a um tribunal composto de leigos, de irresponsáveis, de incapazes para a função, que irá julgar de consciência, libertos a quaisquer regras, e cujos juízes, dando à *consciência* a elasticidade que mais lhes convém, proferem decisões as mais disparatadas, as mais injustas e absurdas, contrariando toda a lógica e, até, ao bom senso, sem apoio nos autos, nos debates orais ou em alguma coisa, a não ser, dirão eles, na *consciência*! (VELLOZO, 1952, p. 34).

De fato, o tribunal do júri era tema de intensos debates tanto na esfera jurídica quanto na esfera pública. Não é de estranhar, portanto, que tenha sido alvo do interesse de Machado de Assis e que, além de ser o objeto central do conto *Suje-se gordo!,* o tema esteja presente também na série de crônicas por ele publicadas na *Gazeta de Notícias,* entre 1892 e 1897, sob o título *A Semana*,[38] em que encontramos irônicas considerações sobre o júri.

• • •

38 A série é composta por 246 crônicas, e em 18 delas o tema do tribunal do júri se faz presente. Particularmente interessante, em sua totalidade, são as que datam de 5 de abril de 1896, de 12 de abril de 1896 e de 9 de agosto de 1896. Para facilitar sua localização, ao citar as crônicas, optamos por indicar a data de sua publicação na *Gazeta de Notícias,* e não a paginação.

Em uma das crônicas, Machado discorre sarcasticamente sobre o não comparecimento dos jurados às sessões e sugere que tal prática se deve à falta de apreço pela *nobre* e *liberal* instituição do júri:

> Esta semana devia ser escrita com letras de ouro. Após três meses de espera, de sorteio, de convites, de multas, de paciência e de citações, constituiu-se o júri! É a segunda vez este ano. Talvez seja a penúltima vez deste século. [...] a nobre instituição do júri, instituição liberal, o julgamento dos pares, etc., não parecia estar no gosto do nosso povo carioca. Este povo era intimado e multado, e nem por isso deixava os seus negócios para ir ser juiz. (ASSIS, 1944, 7 de outubro de 1894).

Há uma outra crônica, em que ele aborda o desinteresse dos jurados pelo exame das provas. Nela, Machado alude ao comentário que ouvira, de que muito frequentemente, ao serem perguntados pelo juiz se precisavam ouvir as testemunhas, os jurados as dispensavam e sugere que outros dos procedimentos também possam ser eliminados:

> Também eu ouvi igual dispensa, mas relativamente ao interrogatório do próprio réu. Foi há muitos anos. Interrogado sobre o delito, pediu ele para não falar de assuntos que lhe eram penosos, e os jurados concordaram em não ouvi-lo. Realmente, o acusado merecia piedade, era um caso de honra; mas dispensada a audiência do réu e das testemunhas, não tarda que se faça o mesmo ao promotor e ao defensor, e finalmente à leitura do processo, aliás penosíssima de ouvir, mormente se o escrivão apenas sabe escrever. (ASSIS, 1944, 5 de abril de 1896).

Em outra crônica, o autor reflete especificamente sobre o excesso de escrúpulos dos jurados e sobre seus efeitos no julgamento pautado pela própria consciência:

> Demais, os processos são longos, não contando que a admirável instituição do júri – é a melhor escola evangélica destes arredores: "Quem estiver inocente, que lhe atire a primeira pedra!" [...] E o réu, seja de ferimento ou simples estelionato, é restituído ao ofício de roda da criação. O melhor é não punir nada. A consciência é o mais cru dos chicotes. (ASSIS, 1944, 2 de dezembro de 1894).

Nota-se que, nos trechos citados das crônicas – até mesmo pelas características próprias desse gênero –, as críticas ao tribunal do júri são formuladas de modo mais direto e que a ironia é mais explícita; já no conto *Suje-se gordo!*, temos uma série de elementos figurativos que, remetendo a conteúdos temáticos, são colocados à disposição do leitor e o induzem a questionar a eficácia de tal instituto na concretização da justiça, e a ironia resulta de sofisticada composição que, todavia, ainda está por merecer nossa atenção, a fim de que se alcance

o sentido intrínseco ao texto.

Para isso, deve-se ter presente o fato de que, no conto, há uma história dentro da história, mediante o emprego da técnica narrativa denominada *moldura* ou *enquadramento*[39] e do qual resultam, do ponto de vista estrutural, dois níveis narrativos.[40]

Considerando que a capacidade do leitor de perceber a existência desses dois níveis mostra-se essencial para uma melhor compreensão do sentido do texto, cabe explicitar o funcionamento de tal técnica, enquanto estratégia narrativa.

No nível extradiegético, no caso, nível primário que adquire o estatuto de moldura, a situação narrativa se estabelece pelo relato da conversa que ocorrera no intervalo da peça teatral. Já o segundo nível, intradiegético, começa quando o Amigo assume a posição de narrador e passa a relatar duas de suas experiências como jurado. Tal deslocamento da instância narrativa ocorre no terceiro parágrafo e é marcado: do ponto de vista formal e discursivo, pela supressão do travessão – exclusão que define o início do relato confessional do Amigo –; e, do ponto de vista diegético, pela alusão a eventos que aconteceram em espaço diverso, em

39 A denominação é de Wolfgang Kayser (1967), e o emprego de tal técnica pode ser ilustrado recorrendo, no drama, à *peça dentro da peça* em *Hamlet* e, na épica, à articulação dos relatos em *Decameron* e *As mil e uma noites*. Já Claude Bremond (1973; 1981) identifica as configurações que são empregadas em sequências complexas – encadeamento, encaixe e alternância – e caracteriza *encaixe* como o engaste de uma ou mais sequências dentro de outra que a engloba. Independentemente da nomenclatura que se adote, o que importa é considerar três aspectos: (1) a subordinação que se estabelece entre os níveis narrativos, no caso do enquadramento; (2) as diferentes funções que as articulações entre os níveis podem desempenhar – explicativa, predicativa, temática, persuasiva, distrativa e de obstrução –; e, principalmente, (3) que a tarefa analítica não se restringe à descrição dos níveis narrativos, devendo ser identificada à articulação funcional existente entre eles, de modo a reconhecer suas relações temáticas.

40 Ao examinar o processo de enunciação narrativa, suas circunstâncias e as entidades que dele participam, Gérard Genette (2007) cria uma tipologia dos *níveis de narração*: o *nível extradiegético*, que servirá de base para os eventuais desdobramentos de instâncias narrativas no texto, é o nível da narração primeira e se caracteriza pela presença de um narrador que se dirige a um narratário – ambos entidades fictícias e com existência puramente textual; o *nível intradiegético* (ou *diegético*) se constitui pela situação em que uma personagem da narrativa primeira assume a função de narrador dentro da história e produz um relato que tem como receptor outra ou outras personagens; e o *nível metadiegético* – ou *hipodiegético*, de acordo com Mieke Bal (1990) –, em que uma personagem do universo instituído pelo narrador intradiegético ocupa, por sua vez, a posição de narrador e funda o quarto nível narrativo.
Em relação ao narrador, Genette (2007; 1983) oferece duas tipologias: na primeira delas, o narrador é classificado pelo nível de narração em que se encontra, de tal modo que se tem o *narrador extradiegético, intradiegético e meta ou hipodiegético*; na segunda tipologia, o narrador se distingue pela relação que mantém com a história narrada: o *narrador autodiegético* é aquele que ocupa também a posição de protagonista; o *homodiegético* é, além de narrador, personagem secundária da história; e o *heterodiegético* é exclusivamente narrador, não participando da história como personagem.

tempo anterior e envolvendo personagens que não figuram na narrativa apresentada no nível extradiegético.[41]

A existência dos dois níveis narrativos e, consequentemente, dos dois espaços físicos referidos no conto, é a base para a construção da analogia entre o teatro e o tribunal do júri: o júri equivale à encenação teatral; acusação, defesa e jurados são apenas atores que desempenham seus papéis; a sentença – tal qual o desfecho da peça de teatro – já foi escrita; e o destino de cada réu está previamente determinado pela sua condição social.

Em outras palavras, se o tribunal do júri se sustenta na ideia de igualdade de todos perante a lei, o que implica a possibilidade de todos virem ocupar a posição de réu ou de jurados, isso não significa a isonomia de julgamento, pois tal igualdade sucumbe em um sistema político em que prevalece a diferença social e no qual o *status* social interfere nas decisões judiciais.

Aliás, o jogo entre igualdade-desigualdade se faz presente no conto em diversos elementos que, disseminados ao longo do texto, envolvem a duplicidade: os dois réus; acusação e defesa; condenação e absolvição; o Lopes gordo, jurado, e o Lopes magro, réu; e, sobretudo, o preceito bíblico e a máxima do Lopes, que, ao figurar como título, parece sarcasticamente sugerir qual seria a fórmula do sucesso.

Em suma, o conto denunciaria que o fato de o tribunal do júri ser uma instituição liberal, por si só, não viabiliza que seja assegurada a igualdade de todos perante todos. Ademais, ao ressaltar aspectos que, relativos à dinâmica do tribunal do júri, vinculam-se à suscetibilidade do jurado, ao poder de persuasão da linguagem e ao modo como defesa e acusação exploram a atitude de cada um dos réus durante os julgamentos, delas inferindo – e conforme lhes convêm – as manifestações de inocência ou de culpa, o conto também aponta que os jurados estão expostos às manobras retóricas da acusação e da defesa e que, além disso, por poderem desprezar a natureza e o valor das provas que constam nos autos, na melhor das hipóteses, ao julgarem de acordo com as suas consciências, são constrangidos por escrúpulos de natureza moral e religiosa, o que sem dúvida tende a comprometer a realização da justiça.

O valor de um texto literário reside tanto na multiplicidade de leituras que ele oferece – e a apresentada aqui é apenas mais uma das inúmeras leituras possíveis – quanto na realidade humana e social que ele evoca e, consequentemente, no seu potencial de atualização.

É por isso que, embora atrelado, pela época de sua produção, ao contexto brasileiro da passagem do século XIX ao século XX – tão distante temporalmente –, o sentido do conto

• • •

41 A narrativa primária não será propriamente retomada, já que o narrador inicial não mais se manifesta. Entretanto, o contexto que lhe corresponde – os dois amigos conversando no intervalo da peça teatral – é mencionado três vezes. As duas primeiras ocorrem quando o Amigo, interrompendo seu relato, declara: "Contarei depressa; o terceiro ato não tarda" (p. 695); "Não lhe digo [...] por já ser tarde; a orquestra está afinando os instrumentos" (p. 696). Já a terceira menção se localiza na última frase do conto, com a alusão que ele mesmo faz ao término do intervalo: "Acabou a música, vamos para as nossas cadeiras" (p. 698).

Suje-se gordo! e as questões que ele nos coloca podem ser objeto de reflexão também no que se refere ao tribunal do júri e à realização da justiça no contexto atual.

Assim, o terceiro e último procedimento do modelo de percurso analítico-interpretativo consiste em, transcendendo o contexto histórico da produção do texto – sempre que for o caso de obras cuja produção se inscreva em outro momento histórico e cultural –, relacionar os eventos narrados no conto com a situação atual, a qual adquire relevância no sistema de referência de que o leitor contemporâneo dispõe para a construção do sentido a ser atribuído ao conto, na medida em que esse sistema de referência abarca a experiência de sua própria vida e a sua compreensão de mundo.[42]

Com a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) – em que as garantias e direitos fundamentais adquirem o estatuto de princípios –, o tribunal do júri é alçado à condição de *instituição democrática*, sendo-lhe assegurados, no art. 5º, inciso XXXVIII: "a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

A questão central que se coloca – mesmo com a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008 (BRASIL, 2008), que fixa os novos procedimentos a serem adotados no tribunal do júri – é em que medida há, no julgamento por íntima convicção, a violação aos preceitos constitucionais e ao processo penal que garantem a liberdade, a ampla defesa e a fundamentação da decisão.

De fato, no tribunal do júri, a liberdade do réu se subordina ao convencimento dos jurados, que – desatrelados de parâmetros técnico-jurídicos e completamente livres para a valoração ou não das provas[43] – são mais suscetíveis a toda sorte de manipulação e aos efeitos de artifícios argumentativos, nos quais costumam abundar apelos de cunho social, moral, religioso e emocional.[44] É favorecida, assim, a arbitrariedade, e sucumbe a garantia

• • •

42 Adotamos, aqui, o constructo teórico elaborado por D. del Pino (1998), que ao postular a correspondência, no campo dos estudos semióticos, entre a concepção de *sistema de referência* e a noção de *horizonte*, ressalta que o *horizonte* compreende o conhecimento ativo do leitor – integrado ao contexto histórico-cultural em que ele está inscrito e às suas experiências pessoais – e, por ser o pano de fundo sobre o qual ele projeta os elementos presentes no texto literário a fim de confrontá-los com o que conhece, constitui o *sistema de referência* de que o leitor se utiliza na construção de sentido.

43 Como destaca Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 305), "os jurados têm inteira liberdade de julgar, e o fazem de acordo com a sua consciência, sem ficar adstritos à lei e à prova".

44 Recorrendo a mesma analogia do tribunal do júri com o teatro – oferecida na complexa estrutura do conto de Machado de Assis –, Aramis Nassif (2008, p. 97) afirma que "a interpretação no palco ou no plenário serve para informar, sensibilizar, emocionar e envolver tanto o espectador no teatro como o jurado no tribunal do júri". No mesmo sentido, Lenio Streck (2001, p. 114), ao refletir sobre o fato de que a "sorte do acusado" é decidida pelo embate travado entre a acusação e a defesa, ressalta que "Os mais diferentes

de um julgamento baseado no contraditório, na apreciação dos elementos probatórios e na ponderação.

Ademais, tal contexto é favorecido pela dispensa de fundamentação das decisões dos jurados, o que se mostra incompatível com o preceito constitucional estabelecido no art. 93, inc. IX: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".[45]

Ao lado do julgamento por íntima convicção – na qual concorrem os eventuais escrúpulos dos jurados e, nos tempos atuais, sobretudo os apelos midiáticos[46] –, da não fundamentação da decisão e da evidente teatralidade que se instaura no tribunal do júri, temos, ainda, a falácia da igualdade social, diante de uma realidade em que os jurados pertencem, majoritariamente, à classe média e a maioria dos réus a classes menos privilegiadas,[47] havendo um longo caminho a ser trilhado até que a Defensoria Pública esteja devidamente aparelhada para exercer sua democrática função.

O fato é que, como defende Lenio Streck (2001, p. 173-174),

> O modelo de Estado Democrático de Direito, garantista e secularizado, dificilmente poderá continuar a conviver com julgamentos nos quais não haja a devida justificação/fundamentação. O júri, bem como as demais instituições jurídicas, deve ser examinado no contexto de uma sociedade em crise.
>
> • • •
>
> tipos de discursos e recursos retóricos são utilizados no plenário. Estilos gongóricos, teatrais, técnicos... Alguns julgamentos tornam-se burlescos".

45 Nesse sentido, não se pode perder de vista que "só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, e, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitima o poder contido no ato decisório" (LOPES JUNIOR, 2009, p. 195).

46 O alerta é de Aury Lopes Junior (2009, p. 309) que, ao analisar a propensão dos jurados à condenação, menciona o fato de que "os leigos estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e, principalmente, midiática, na medida em que carecem das garantias orgânicas da magistratura".

47 A esse respeito, ver Paulo Rangel (2007, p. 480), para quem, "no Júri, os iguais não julgam os iguais, basta verificar a formação do Conselho de Sentença: em regra, funcionários públicos e profissionais liberais. E os réus? Pobres"; e Lenio Streck (2001, p. 118-119), quando alude à composição do corpo de jurados, "que, historicamente, é constituído pelas camadas médio-superiores (portanto, dominantes) da sociedade. Assim, levando-se em conta a circunstância de os acusados, em sua ampla maioria, serem provenientes das camadas pobres da sociedade, pode-se concluir que, quando levados a julgamento frente a um corpo de jurados formado basicamente pelas camadas médio-superiores da sociedade, estarão (os acusados) em face de uma verdadeira luta de classes, que, porém, não será explicitada no plenário do julgamento, eis que, simbólica e ritualisticamente, *será amalgamada pelos discursos dos atores jurídicos, que tratarão de esconder a inexorável relação conflituosa existente entre réus e julgadores!*"

Evidencia-se, assim, a atualidade do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis, que conduz o leitor de hoje a questionar-se se os atuais dispositivos legais garantem que o tribunal do júri – agora concebido como instituição democrática – promove a efetiva realização da justiça.

Com isso, concretiza-se a função social da literatura que, segundo Hans Robert Jauss (1993, p. 105), "só manifesta genuinamente as suas possibilidades quando a experiência literária do leitor intervém no horizonte de expectativa da sua vida quotidiana, orienta ou modifica a sua visão do mundo".

Considerações finais

Sempre que se descortina um novo campo de estudo, muitas são as questões epistemológicas e teóricas a serem enfrentadas, questões que se potencializam quando se trata de campo interdisciplinar, para o qual concorrem aparatos conceituais, pressupostos, metodologias e instrumentos oriundos de áreas que são distintas.

Nossa intenção aqui foi privilegiar os estudos dedicados ao direito *na* literatura, tendo em vista ser essa a abordagem por meio da qual, normalmente, os pesquisadores – não só do Brasil – iniciam suas incursões no campo do Direito e Literatura. Algumas obras literárias favorecem a aproximação, pois se concentram na representação do mundo jurídico e de seus atores, mas isso não significa que não exijam certo grau de perícia no tratamento com o texto e de sofisticação nas construções de sentido que a partir dele são formuladas, sob pena de a obra perder seu estatuto de objeto estético e ser reduzida a mero instrumento a serviço das ideias que o pesquisador busca defender ou, por meio dela, comprovar.

Assim, foram destacados alguns pressupostos da teoria literária e oferecido um modelo de percurso analítico-interpretativo que pode ser adotado nos estudos sobre direito *na* literatura, procurando evidenciar que o domínio de subsídios teóricos e metodológicos não só favorece a tarefa do pesquisador como enriquece os resultados da pesquisa.

Por fim, cabe ressaltar que, se a literatura pode promover a ampliação do horizonte de compreensão dos estudantes e profissionais da área jurídica, instigando a reflexão acerca dos fenômenos jurídicos e sociais e colaborando para uma formação mais crítica e humana, o direito também pode fornecer aos estudantes e profissionais da área de literatura subsídios oriundos da esfera jurídica a serem considerados na interpretação do texto literário e integrados na construção do sentido a ele atribuído – aliás, como o demonstra o presente artigo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Direito penal na literatura:* Shakespeare, Machado e outros virtuoses. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

ARNOLD, Sonja; KORFMANN, Michael (Org.). *Direito e literatura na virada do milênio / Law and literature at the turn of the millennium.* Porto Alegre: Dublinense, 2014.

ASSIS, Machado de. Suje-se gordo! In: ASSIS, Machado de. *Obras completas.* Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. p. 694-698.

_____. *A semana*. Rio de Janeiro: Jackson, 1944.

BAKHTIN, Mikhail. *Questões de literatura e de estética*: a teoria do romance. Trad. de Aurora Fornoni Bernardini et al. São Paulo: Editora Unesp; Hucitec, 1988.

BAL, Mieke. *Teoría de la narrativa:* una introducción a la narratología. Trad. de Javier Franco. Madrid: Cátedra, 1990.

BARTHES, Roland. O efeito de real. In: _____. *O rumor da língua*. Trad. de Mário Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 1984.

BOTERO, Andres; MEDINA, Lízia (Org.). *Direito e Literatura:* estudos jurídicos baseados em obras literárias da segunda metade do século XIX. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Decreto de 18 de julho de 1822. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-18-7-1822.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Lei de 20 de setembro de 1830a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm#art14>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM261.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Decreto n. 1030, de 14 de novembro de 1890c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1030.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Constituição (1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Lei Federal n. 221, de 20 de novembro de 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Decreto Federal n. 3.084, de 5 de novembro de 1898a. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=399352>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Lei Federal n. 515, de 3 de novembro de 1898b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-515-3-novembro-1898-540059-publicacaooriginal-39841-pl.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Constituição (1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BREMOND, Claude. *La logique des possibles narratifs*. L'analyse structurale des récits. Paris: Seuil, avril 1981. (Communications, 8, p. 60-76).

BREMOND, Claude. *Logique du récit*. Paris: Seuil, 1973.

CALVO GONZÁLEZ, José. *Derecho y narración*: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. *Direito curvo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Octroi de sens*: exercises d'intreprétation juridique-narratif. Quebéc: Les Presses de l'Université Laval, 2008.

CANDIDO, Antonio. O direito à literatura. In: _____. *Vários escritos*. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2011. p. 171-193.

CARDOZO, Benjamin N. Law and Literature. *Yale Review*, v. 14, p. 699-718, 1925.

CARVALHO FILHO, Aloisio de. *Machado de Assis e o problema penal*. Salvador: Livraria Progresso, 1959.

CHKLOVSKI, Viktor. A arte como procedimento. In: EIKHENBAUM, B. et al. *Teoria da literatura*: formalistas russos. Porto Alegre: Globo, 1971. p. 105-118.

COSTA, Judith Martins (Org.). *Narração e normatividade:* ensaios de direito e literatura. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 term. foreword: "Nomos and narrative". *Harvard Law Review*, v. 97, n. 1, p. 4-68, nov. 1983.

D'AMATO, A. *La letteratura e la vita del diritto*. Milano: Ubezzi & Dones, 1936.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* (1985). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Umberto. *I limiti dell'interpretazione*. Milano: Bompiani, 1990.

_____. *Opera aperta*: forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee. Milano: Bompiani, 1962.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FEHR, Hans. *Das Recht im Bilde*. Bern: A. Francke, 1923. v. 1.

FEHR, Hans. *Das Recht in der Dichtung*. Bern: A. Francke, 1931. v. 2.

_____. *Die Dichtung im Recht*. Bern: A. Francke, 1936. v. 3.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial* (1808-1871): control social y estabilidad política del Nuevo Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FRANCE. Recueil général annoté des lois, décrets, ordonnances, etc. etc. depuis le mois de juin 1789 jusqu'au mois d'août 1830. Paris: Journal des notaires et des avocats, 1835. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426353q/f16.image.r=Recueil%20g%C3%A9n%C3%A9ral%20annot%C3%A9%20des%20lois%20,%20d%C3%A9crets,%20ordonnances>. Acesso em: 20 abr. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método* I. 10. ed. Salamanca: Sígueme, 2003.

GALUPPO, Marcelo C.; TRINDADE, André Karam; OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de (Org.). *Direito, arte e literatura*. Florianópolis: FUNJAB, 2014.

GAZETA DE NOTÍCIAS. Rio de Janeiro: [s.n.]. 1875-1942. Disponível em: <http://bndigital.bn.br/hemeroteca-digital/>. Acesso em: 20 abr. 2016.

GENETTE, Gérard. *Discours du récit*. Paris: Seuil, 2007.

_____. *Nouveau discours du récit*. Paris: Seuil, 1983.

GHIRARDI, José Garcez. *O mundo fora de prumo:* transformação social e teoria política em Shakespeare. São Paulo: Almedina, 2011.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Morais. *Direito e literatura:* anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Direito, literatura e cinema:* inventário de possibilidades. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas*: introdução à fenomenologia. Trad. de Maria Gorete Lopes e Sousa. Porto: Rés, [s. d.].

INGARDEN, Roman. *A obra de arte literária*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1965.

ISER, Wolfgang. El proceso de lectura. Una perspectiva fenomenológica. In: WARNING, Rainer (Coord.). *Estética de la recepción*. Trad. de Ricardo Sánchez Ortiz de Urbina. Madri: Visor, 1989. p. 149-164.

_____. O que é antropologia literária? In: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). *Teoria da ficção*: indagações à obra de Wolfgang Iser. Rio de Janeiro: UERJ, 1999.

JAUSS, Hans Robert. *A literatura como provocação*: história da literatura como provocação literária. Trad. de Teresa Cruz. Lisboa: Veja, 1993.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Literatura e direito:* uma outra leitura do mundo das leis. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998.

KARAM, Henriete. *Espaço-tempo e memória*: a subjetividade em "Le temps retrouvé", de M. Proust. 2008. 607 f. Tese (Doutorado em Letras) – Instituto de Letras, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

KAYSER, Wolfgang. *Análise e interpretação da obra literária*: introdução à ciência da literatura. Coimbra: Arménio Amado, 1967. 2v.

KLEIN, Julie Thompson. *Humanities, culture, and interdisciplinarity*: The changing American Academy. Albany: State University of New York Press, 2005.

_____. Une taxinomie de l'interdisciplinarité. *Nouvelles perspectives en sciences sociales,* v. 7, n. 1, p. 15-48, 2011. Disponível em: <https://www.erudit.org/fr/revues/npss/2011-v7-n1-npss1827471/1007080ar.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2016.

LOESCH, Frank. Is acquaintance with legal novels essential to a lawyer? *Illinois Law Review, Champaign,* n. 21, p. 109-146, abr. 1926.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2 v.

MALAURIE, Philippe. *Droit et littérature*: une anthologie, Paris: Cujas, 1997.

MARÍ, Enríque. *Teoría de las ficciones*. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

MITTICA, M. Paola. O que acontece além do oceano? Direito e literatura na Europa. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, n. 1, v. 1, p. 3-36, jan.-jul. 2015.

MORAES, Renata Figueiredo. As relíquias literárias de Machado de Assis. *Tempo e argumento*, v. 2, n. 2, p. 182-199, jul./dez. 2010.

NASSIF, Aramis. *Júri*: instrumento da soberania popular. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; SILVA, Ramon Mapa da (Org.). *Direito e literatura*: por que devemos escrever narrativas? Belo Horizonte: Arraes, 2013.

NUSSBAUM, Martha C. *El conocimiento del amor*: ensayos sobre filosofía y literatura. Madrid: A. Machado Libros, 2005.

_____. *L'art d'être juste:* l'imagination littéraire et la vie publique. Paris: Flammarion Climats, 2015.

OLIVEIRA, Jane Souto de. *"Brasil mostra a tua cara"*: imagens da população brasileira nos censos demográficos de 1872 a 2000. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2012.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *O estudo do direito através da literatura*. Tubarão: Editorial Studium, 2005.

OST, François. *Raconter la loi:* aux sources de l'imaginaire juridique. Paris: Odile Jacob, 2004.

OST, François et al. (Ed.). *Lettres et lois*: le droit au miroir de la littérature. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001.

PERGOLESI, F. Il diritto nella letteratura. *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, v. XCVII, fasc. 1, p. 61-104, 1927.

PINO, Dino del. *Espaço e textualidade*: quatro estudos quase-semióticos. Porto Alegre; São Leopoldo: Mercado Aberto; Unisinos, 1998.

_____. *Introdução ao estudo da literatura. Porto Alegre: Movimento, 1972.*

POSNER, Richard. *Law and literature*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

RADBRUCH, Gustav. Psicologia del sentimento giuridico del popolo. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, ano XVIII, n. 3, p. 241-251, maio-jun. 1938.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANSONE, Arianna. *Diritto e letteratura*. Milano: Giuffrè, 2001.

SCHÖNGEN, Clarice Beatriz da Costa; PANDOLFO, Alexandre Costi (Org.). *Encontros entre direito e literatura*: ética, estética e política. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

SILVA, Raphael Correia da. Conferência sobre o jury. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 13, 1905, p. 7-32. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/viewFile/65045/67656>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SIMONIN, Anne. Éloge de l'éclectisme. Penser le champ «Droit et Littérature» à partir des listes de «Legal Novels» (1900-1987). *Textyles – Revue des Lettres Belges de Langue Française*, n. 31, p. 12-27, 2007.

SINACEUR, M. A. Qu'est ce que l'interdisciplinarité? *Revue Internationale des Sciences Sociales*, v. 29, n. 4, p. 617-626, 1977. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001368/136863fo.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2016.

SOUSA, José Galante de. *Bibliografia de Machado de Assis*. Rio de Janeiro: MEC; INL, 1955.

STRECK, Lenio. *Tribunal do júri*: símbolos & rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Direito e literatura:* da realidade da ficção à ficção da realidade. São Paulo: Atlas, 2013.

TALAVERA, Pedro. *Derecho y literatura*. Granada: Comares, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). *Direito & literatura:* reflexões teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-66.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). *Direito & literatura:* discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio (Orgs.). *Os modelos de juiz:* ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015.

TYNIANOV, Iuri. Da evolução literária. In: EIKHENBAUM, B. et al. *Teoria da literatura*: formalistas russos. Porto Alegre: Globo, 1971. p. 105-118.

UNITED STATES OF AMERICA. *Constitution of the United States of America*: analysis, and interpretation. Washington: U.S. Government Printing Office, 2017. Disponível em: <https://www.congress.gov/constitution-annotated/>. Acesso em: 10 out. 2017.

VELLOZO, Athos Moraes de Castro. *Limitações à soberania do júri*. Curitiba: Requião, 1952.

WARAT, Luiz Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos.* Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WEISBERG, Richard H. *The failure of the word:* the protagonist as lawyer in modern fiction. New Haven: Yale University Press, 1984.

_____. Wigmore's legal novels revisited: new resources for the expansive lawyer. *Northwestern Law Review*, v. 71, n. 1, p. 17-28, 1976.

WEISBERG, Richard H.; KRETSCHMAN, Karen L. Wigmore's legal novels expanded: a collaborative effort. *Maryland Legal Forum*, v. 7, n. 2, p. 94-103, 1977.

WELLEK, René; WARREN, Austin Warren. *Teoria da literatura*. Lisboa: Europa-América, 1976.

WHEELWRIGHT, Philip. *The burning fountain*. Bloomington: University Indiana Press, 1968.

WHITE, James B. *Law as Language:* reading law and reading literature. Texas Law Review, v. 60, p. 415-445, 1982.

_____. *Law as rhetoric, rhetoric as law*: the arts of cultural and communal life. *University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 3, p. 684-702, verão 1985.

_____. *The legal imagination*: studies in the nature of legal thought and expression. Boston; Toronto: Little; Brown, 1973.

WIGMORE, John H. A list of legal novels. Illinois Law Review. *The Brief*, v. 2, p. 124-127, jan. 1900.

_____. A list of legal novels. *Illinois Law Review*, v. 2, n. 9, p. 574-593, abr. 1908.

_____. A list of one hundred legal novels. *Illinois Law Review*, v. 17, n. 1, p. 26-41, maio 1922.

Henriete Karam

Doutora em Estudos Literários pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Teoria Literária pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Guanambi (FG). Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Letras da UFRGS. Professora Convidada da Especialização em Psicanálise da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisadora do SerTão – Núcleo Baiano de Direito e Literatura (CESG/CNPq). Membro-Fundadora da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Editora na Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura.

henriete@rdl.org.br

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 12.07.2016
Aprovado: 28.08.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201734

O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos

THE VALUE OF FEDERAL AUDIT COURT´S DECISIONS ON CONTRACT´S IRREGULARITIES

Carlos Ari Sundfeld[1], *Jacintho Arruda Câmara*[2], *Vera Monteiro*[3] e *André Rosilho*[4]

Resumo

O artigo se baseia em pesquisa normativa e jurisprudencial sobre o exercício, pelo Tribunal de Contas da União, de suas competências constitucionais e legais para a análise da regularidade de contratações estatais. Ele identifica qual é o *valor interno* das decisões do TCU, apontando o critério que distingue análises provisórias, modificáveis pelo próprio tribunal (em decisões preliminares), de análises definitivas de mérito, que fazem coisa julgada administrativa (as das decisões condenatórias). Identifica também o *valor externo* dessas decisões, mostrando que o Judiciário pode julgar autonomamente a regularidade de contratações estatais e também invalidar, por ilegalidade, as decisões condenatórias do TCU.

Palavras-chave

Tribunal de Contas da União; coisa julgada administrativa; controle judicial; Constituição Federal; Lei Orgânica do TCU.

Abstract

This article is based on vast research (jurisprudence and legislation) on the power conferred to the Federal Audit Court – TCU (by the Constitution and by general legislation) to analyze the regularity of public contracts. It identifies the internal value of TCU's decisions, pointing the criterion that distinguishes provisional analysis, modifiable by the court itself (in preliminary decisions) from the definitive analysis of merit, which make administrative res judicata *(as of convictions). It also identifies the external value of these decisions, showing that the Judiciary can independently judge the regularity of public contracts and render TCU´s final decisions void due to illegalities.*

Keywords

Federal Audit Court; administrative res judicata*; judicial control; Federal Constitution; Federal Audit Court Law.*

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas São Paulo – SP – Brasil

2 Pontifícia Universidade Católica de São Paulo São Paulo – SP – Brasil

3 Sociedade Brasileira de Direito Público São Paulo – SP – Brasil

4 Sociedade Brasileira de Direito Público São Paulo – SP – Brasil

CC BY-NC

Introdução

Iniciativas de mudança jurídica das contratações estatais têm se mantido no centro da agenda de reformas brasileiras desde a promulgação do Decreto-lei n. 200, de 1967, um texto normativo ambicioso que tentou criar uma disciplina geral para as licitações e contratos, para o controle da ação administrativa e também para a organização da administração. Desde então, o movimento legislativo foi sempre intenso, inclusive como reflexo da forte presença direta do Estado na economia. Era natural também que, aos poucos, diversas instituições estatais de controle fossem criadas ou fortalecessem sua atuação no campo contratual. Os tribunais de contas, o Judiciário, os ministérios públicos, as polícias, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, as controladorias internas, todos eles são chamados a analisar a regularidade de licitações e contratos, como parte da luta contra a corrupção e os cartéis, ou dos esforços de melhoria da gestão pública ou de implantação de políticas públicas específicas. A adequada convivência desse complexo de órgãos de controle exige clareza quanto ao âmbito de competência de cada um e quanto aos modos como essas competências devem se relacionar. Uma vez que um mesmo contrato pode ser analisado e questionado em todos esses âmbitos, o desafio é saber qual é o valor jurídico dos processos e das decisões de cada um.

Na condição de instituição independente do Estado, com função de auditoria externa da administração pública brasileira, o Tribunal de Contas da União (TCU) fiscaliza, por meio de processos de natureza não judicial, a regularidade jurídica dos contratos da administração pública.

Na instrução dos processos, os órgãos técnicos do TCU manifestam opiniões sobre a regularidade dos contratos, que servem como elementos de informação para a deliberação.[1] Esta, quando tomada em colegiado pelos ministros[2] (nas câmaras ou no plenário), adota a forma de

• • •

1 Por força da Constituição (CF, art. 37, II) e da lei orgânica do TCU (art. 77), o corpo técnico do TCU é selecionado por concurso público, nomeado pelo presidente da República e adquire estabilidade (art. 79). Normalmente, ele é bastante plural, refletindo a amplitude do escopo de atuação do TCU e a multiplicidade de temas com os quais ele tem de lidar. Engenheiros, bacharéis em Direito, economistas, contadores etc. confluem para o desempenho das mais variadas tarefas de auditoria externa e para a instrução de processos de fiscalização. Compete aos auditores dirigir a instrução dos processos que lhes forem designados, tendo de relatá-los com proposta de decisão a ser votada pelos integrantes do plenário ou de uma das câmaras do TCU (ministros). Os auditores do TCU são distribuídos por sua Secretaria, à qual incumbe a prestação de apoio técnico e a execução dos serviços administrativos em geral (art. 85 da Lei Orgânica do TCU). De acordo com a Resolução TCU 253, de 2012, a Secretaria do Tribunal de Contas atualmente possui a seguinte estrutura: unidades básicas (Secretaria Geral da Presidência, Secretaria Geral do Controle Externo e Secretaria Geral de Administração); Secretaria de Controle Interno; Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão; unidades de assessoramento (Gabinete do Presidente; Gabinete do Corregedor; Gabinetes de ministro, de ministro-substituto e de membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas); e órgãos colegiados da Secretaria do TCU (art. 3º).

2 O corpo decisório do TCU é composto por nove ministros (CF, art. 73). Eles devem ser nomeados dentre os brasileiros que tenham "mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade" (art. 73, § 1º, I);

acórdão, o qual transcreve as opiniões dos órgãos técnicos, sem que isso signifique que tenham sido acolhidas, total ou parcialmente. Assim, as opiniões dos órgãos técnicos não têm efeito jurídico direto próprio, isto é, não são vinculantes, nem interna nem externamente.

Mas qual é o valor jurídico dos acórdãos dos ministros do TCU? Como diversos deles podem ser editados no curso da fiscalização de um contrato, é comum que, em acórdão preliminar, os ministros deliberem entendendo um contrato como irregular e, depois de esclarecimentos e nova instrução, em novo acórdão considerem o mesmo contrato regular. Assim, até que seja editado o acórdão com a deliberação dos ministros no último dos recursos cabíveis, nenhuma declaração de irregularidade, contida em acórdão editado nas fases preliminares, será vinculante e final para o próprio TCU.

Daí uma primeira dificuldade, a ser explorada no presente artigo, que é a de identificar quando um acórdão do TCU em processo de fiscalização é ou não um acórdão final. A segunda dificuldade é determinar qual é o valor, para o Judiciário, dessas decisões finais do TCU. Os juízes dependem delas para julgar conflitos que envolvam a questão da regularidade de contratos estatais? De outro lado, decisões finais do TCU podem ser revistas pelo Judiciário, por provocação de pessoa legitimada?

São essas as questões que norteiam este artigo. Além desta introdução, o texto está dividido em mais três itens e uma conclusão. No item inicial (1), apresenta-se o TCU e procura-se entender, em linhas gerais, o regime jurídico em que exerce suas competências. Em seguida (item 2), aborda-se o *valor interno* das decisões do TCU que venham a considerar irregular uma contratação estatal. Procura-se identificar o critério para distinguir as decisões provisórias, modificáveis posteriormente pelo próprio tribunal, das decisões definitivas, que fazem coisa julgada administrativa no âmbito interno do TCU. O último item (3) refere-se ao *valor externo* das decisões definitivas do TCU, tema que propõe a consideração de dois problemas: de um lado, o da possibilidade de o Judiciário julgar autonomamente a regularidade de contratações analisadas pelo TCU; de outro, a existência de limites à possibilidade de o Judiciário anular decisões condenatórias do TCU em matéria de contratações estatais.

• • •

"idoneidade moral e reputação ilibada" (art. 73, § 1º, II); "notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública" (art. 73, § 1º, III); "mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior" (art. 73, § 1º, IV). A escolha dos ministros deve se dar "um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal [...]" (art. 73, § 2º, I) e "dois terços pelo Congresso Nacional" (art. 73, § 2º, II). Uma vez no cargo, os ministros gozam de garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens idênticas à dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, podendo se aposentar com as vantagens do cargo depois de ocupá-lo por ao menos cinco anos (CF, art. 74, § 3º; e art. 73, *caput*, da Lei Orgânica do TCU).

1 O Tribunal de Contas da União e suas competências

O Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão de auditoria externa ao qual se atribuiu a tarefa de auxiliar o Congresso Nacional a fiscalizar a utilização, a arrecadação, a guarda, o gerenciamento e a administração de recursos públicos federais (CF, art. 70, parágrafo único, c/c art. 71, *caput*).[3] Insere-se, assim, no conjunto das chamadas instituições superiores de auditoria externa (*Supreme Audit Institutions*).[4]

A Constituição Federal, em seu art. 70, parágrafo único, fixa a abrangência do controle externo. Devem prestar contas: (a) todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada, integrante ou não do aparelho estatal) que de alguma maneira gerencie (em sentido amplo) dinheiros, bens ou valores pertencentes à União; (b) todo aquele que gerencie (novamente em sentido amplo) recursos, mesmo que privados, pelos quais a União responda; e (c) todos aqueles que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome da União. O Congresso Nacional e seu auxiliar, o TCU, podem aferir a lisura das receitas e despesas desses sujeitos.

É amplo o grau de abrangência do controle sob a responsabilidade do TCU. Ele basicamente poderá fiscalizar e auditar: (a) todos os órgãos e entes da administração pública federal (direta e indireta, incluindo fundações e empresas estatais); (b) órgãos e entes das administrações públicas estaduais e municipais (caso recebam transferências de recursos públicos federais); e (c) pessoas físicas e jurídicas privadas, em geral, que de algum modo recebam, administrem ou gerenciem recursos públicos federais. A regra, portanto, é que o TCU em tese estará legitimado a atuar sempre que o caso envolver utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de bens e valores públicos da União.

A afirmação de que o TCU é essencialmente um órgão de auditoria externa advém da observação do conjunto de competências que lhe foram previstas pela Constituição Federal (art. 71) e pela Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU). A legislação lhe deu uma série de atribuições distintas, mas cuja maioria tem um denominador comum: de um lado, autorizam o TCU a fiscalizar, isto é, a desenvolver pesquisas e investigações com a finalidade de reunir dados sobre temas afetos ao seu campo de atuação; de outro lado, permitem ao TCU sistematizar, dar organicidade e imprimir um sentido técnico aos dados que

3 Recursos públicos de estados e municípios são auditados por tribunais de contas estaduais, que são independentes (entre si e em relação ao TCU).

4 O TCU, na condição de uma Supreme Audit Institution, integra a International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI). Trata-se de organização internacional com *status* consultivo no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, responsável por reunir instituições superiores de auditoria externa de todo o mundo. No total, a INTOSAI tem 192 membros, dentre os quais destaco, para fins ilustrativos, o Government Accountability Office (Estados Unidos da América); o National Audit Office (Reino Unido); a Cour de Comptes (França); e o Tribunal de Contas (Portugal).

tiver coletado ou que lhe tiverem sido encaminhados por órgãos, entes ou pessoas (físicas ou jurídicas).[5]

Enquadram-se nas atividades de auditoria externa do TCU, definidas na Constituição, por exemplo, a competência para realizar, por iniciativa própria ou de terceiros,[6] inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em todas as unidades de quaisquer dos três Poderes e nos mais variados entes que receberem ou gerirem recursos públicos federais (CF, art. 71, IV); a incumbência de fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais de cujo capital social a União participe (CF, art. 71, V) e de vigiar a aplicação de recursos repassados pela União a outras esferas federativas (CF, art. 71, VI); e, ainda, a atribuição para analisar e emitir parecer sobre as contas gerais da presidência da República (CF, art. 71, I), documento este que é útil à instrução do julgamento a ser realizado diretamente pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, IX).

São três as formas pelas quais a Constituição determina que o TCU auxilie o Poder Legislativo. A primeira, por meio da análise das contas anuais da presidência da República e da emissão de simples parecer opinativo prévio sobre sua regularidade (CF, art. 71, I). O parecer deve ser encaminhado pelo TCU ao Congresso Nacional, a quem efetivamente compete julgar "as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo" (CF, art. 49, IX). O parecer prévio não aprova ou rejeita, ele próprio, as contas do chefe do Poder Executivo,[7] tampouco vincula o Congresso Nacional ao seu teor. Sua função é fornecer subsídios técnicos para que o Poder Legislativo tome decisão definitiva acerca das contas da presidência da República.

O TCU também auxilia o Legislativo com "inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário [...]", sempre que a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, ou comissões técnica ou de inquérito o solicitarem (CF, art. 71, IV). Nessa hipótese, o TCU serve como "braço" de fiscalização do Legislativo, possuindo o dever de enviar relatórios ao Congresso em periodicidade específica (CF, art. 71, § 4º).

Por fim, o TCU opina na decisão do Congresso Nacional acerca da sustação de contratos administrativos (CF, art. 71, IX, XI e § 1º). De acordo com a sistemática constitucional e legal, o TCU decide, por meio de acórdão opinativo provisório, sobre "indícios de irregularidade".

• • •

5 Sobre o tema, ver Rosilho (2016, p. 275 ss.).

6 Pesquisas e investigações podem ter início por iniciativa do próprio TCU, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou de comissão técnica ou de inquérito (CF, art. 71, IV), ou, ainda, por conta de denúncias de irregularidades encaminhadas ao órgão de controle por "Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato" (CF, art. 74, § 2º).

7 Apenas administradores públicos comuns (rol no qual não se inclui o presidente da República) podem ter suas contas julgadas diretamente pelo TCU (CF, art. 71, II).

Esses acórdãos não produzem coisa julgada administrativa sobre a regularidade da contratação (pois seu tema é só a existência de "indícios", isto é, de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*). O TCU apoia o exercício da competência cautelar de sustar contratos, que é exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 71, § 1º),[8] para evitar que a continuidade de sua execução possa causar prejuízos.[9]

O apoio consiste em fiscalizar e opinar quanto à existência de "contratos com *indícios* de irregularidades graves" (art. 112, § 1º, IV, V e VI da Lei n. 13.080, de 2015 – Lei de Diretrizes Orçamentárias). O TCU diz se, na sua avaliação, há tais indícios. E o Congresso soberanamente decide se acolhe ou não essa opinião para fins de sustação dos contratos fiscalizados. Nada disso vincula o TCU para fins de eventual condenação administrativa futura. Nesses acórdãos opinativos para o Congresso Nacional, o TCU não emite condenação, não susta por força própria contratos ou pagamentos, nem decide em definitivo sobre irregularidades; o juízo de mérito definitivo sobre irregularidades é só aquele que vier a constar de acórdão posterior condenatório.[10]

Em todos os casos, o TCU é levado a *produzir informações técnicas* sobre a gestão de recursos públicos, contribuindo, no limite, para a construção de diagnósticos mais precisos sobre a dinâmica e sobre o funcionamento da máquina pública em geral. Essas informações, uma vez consolidadas, poderão ser utilizadas pelo próprio TCU ou por outras instituições para múltiplas finalidades. Por exemplo, nas hipóteses de constatação de omissão no dever de prestar contas, de não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União a outros entes federativos, da ocorrência de desfalque ou de desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de outras irregularidades, poderá o TCU, esgotadas todas as medidas ao alcance da autoridade administrativa e dos órgãos de controle interno, instaurar Tomada de Conta Especial (art. 47 da Lei Orgânica do TCU c/c art. 197, *caput* e art. 2º, da Resolução TCU n. 246, de 30 de novembro de 2011, que é a norma que aprovou o regimento interno do TCU).

• • •

8 Mas o TCU tem outras competências cautelares próprias: para afastar temporariamente o responsável por supostas irregularidades e para decretar a indisponibilidade de seus bens (art. 44, §§ 1º e 2º de sua Lei Orgânica).

9 O STF tem reconhecido, por meio de sua jurisprudência, que compete ao Congresso, e não ao TCU, sustar contratos na hipótese de ilegalidades. Ex.: Mandado de Segurança n. 23.550, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, plenário, julgado em 31.10.01; Mandado de Segurança n. 26.000, Primeira Turma, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 04.12.2012. No mesmo sentido, a doutrina: Di Pietro (2013, p. 22); Sundfeld e Câmara (2013, p. 204); Barroso (2006, p. 238); Grau (1997, p. 354-355); Jurksaitis (2011, p. 1294-1295).

10 A própria Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2015 reconhece que esses acórdãos opinativos são apenas provisórios (ver art. 115, §§ 4º e 5º, que tratam da reforma de acórdão opinativo, bem como de acórdão que, depois, reconhece não haver a irregularidade).

Nota-se que apesar de as informações fruto de auditorias externas poderem servir de base para que órgãos de controle em geral tomem medidas concretas, elas, em si consideradas, em regra não têm efeitos constitutivos ou desconstitutivos de direitos ou de deveres.

O TCU tem peculiaridades que o distinguem de boa parte das instituições superiores de auditoria externa dos demais países. Além de investigar e coletar dados e, com base neles, produzir informações ligadas à gestão de recursos públicos federais (chegando a conclusões sobre sua legalidade, economicidade, eficácia e eficiência), tem também (em menor medida) competência para tomar decisões específicas que produzem efeitos concretos, independentemente de deliberação ou de aprovação do Congresso Nacional ou de outro órgão. Institucionalmente, portanto, "para determinadas situações, o Tribunal de Contas exerce de modo autônomo o papel de controlador externo do Executivo e das entidades que compõem a administração indireta" (SUNDFELD; CÂMARA, 2013, p. 179). Portanto, o TCU também desempenha, de modo autônomo, competências próprias. Ao papel de auxílio ao Legislativo, somam-se funções pelas quais ele intervém por força própria na atuação das entidades administrativas e de particulares. A despeito de ser próximo ao Congresso Nacional, o TCU a ele não está subordinado, pois tem alto grau de independência e é dotado de autonomia administrativa, possui corpo de funcionários próprio e tem estrutura decisória específica e independente.

E quais são as medidas que o ordenamento jurídico autoriza o TCU a tomar e que produzem consequências jurídicas concretas em relação a sujeitos determinados (constituição ou desconstituição de direitos e deveres)?

Basicamente, cabe ao Tribunal de Contas: (a) aprovar ou rejeitar contas de responsáveis pela gestão (em sentido amplo) de recursos públicos (CF, art. 71, II); (b) aplicar multas a agentes públicos em caso de ilegalidade de despesas (CF, art. 71, VIII); (c) em sendo identificado algum débito, imputá-lo a quem o tiver causado, constituindo, de imediato, título executivo (CF, art. 71, § 3º); (d) determinar que sujeitos que tiverem fraudado licitações fiquem impossibilitados de contratar com o poder público por tempo determinado (art. 46 da Lei Orgânica do TCU); (e) determinar mudanças em editais de licitação já publicados, caso se constate alguma ilegalidade (art. 113, § 2º, da Lei n. 8.666, de 1993); e (f) suspender o curso de procedimentos licitatórios caso ilegalidades previamente apontadas pelo TCU não sejam sanadas pela administração pública (CF, art. 71, X, c/c art. 113, § 2º, da Lei n. 8.666, de 1993).

A legislação não admite que o TCU emita todo e qualquer tipo de ordem, constituindo ou desconstituindo deveres em geral, mas apenas as expressamente previstas por normas constitucionais e legais (aplicar multas, imputar débito, suspender licitações etc.). Além do mais, esses comandos só podem ser emitidos caso se constate alguma ilegalidade em matéria financeira (outros motivos não podem licitamente ensejá-los) (SUNDFELD; CÂMARA, 2013, p. 182).

O TCU não é órgão de controle similar aos tribunais do Poder Judiciário. Suas decisões não têm as mesmas características e o mesmo peso e força jurídica de decisões judiciais. É órgão de

auditoria externa peculiar, não é órgão judicial, tampouco produz decisões judiciais. Entre TCU e tribunais judiciários também há diferenças fundamentais relacionadas aos membros que os integram, ao modo como produzem decisões e à forma como são internamente organizados.

As manifestações do plenário e das câmaras do TCU assumem formas específicas. De acordo com o art. 67 de seu Regimento Interno, elas podem ser *instruções normativas* (quando se tratar de disciplinamento normativo de matéria que envolva o público externo em geral – pessoas físicas, órgãos ou entidades sujeitos à jurisdição do TCU); *resoluções* (quando se tratar do disciplinamento normativo de temas internos ao TCU, tais como a aprovação do Regimento Interno); *decisões normativas* (quando se tratar de fixação de critério ou orientação, e não se justificar a expedição de instrução normativa ou resolução); *pareceres* (quando se tratar de manifestação do TCU envolvendo a apreciação de contas do presidente da República); ou *acórdãos* (quando se tratar de deliberação em matéria de competência do TCU não enquadrada nos demais instrumentos decisórios).

As três primeiras formas de manifestação do TCU (instrução normativa, resolução e decisão normativa) têm viés normativo, regulamentador. Na prática, essas manifestações assumem o formato de verdadeiros diplomas normativos, possuindo caráter geral e abstrato e organizando-se em artigos, incisos e alíneas. A despeito de normalmente terem raiz em casos concretos, visam resolver casos, problemas e desafios futuros.

Os pareceres, por sua vez, têm hipótese de cabimento bastante restrita, sendo veículos de manifestação menos utilizados pelo TCU. Já os acórdãos, por serem genéricos e abrangentes, constituem a principal forma de manifestação do Tribunal de Contas e a mais recorrente na prática. Temas, problemas e desafios concretos normalmente são tratados pelo TCU por meio dos acórdãos.

A palavra "acórdão", na tradição jurídica brasileira, remete a decisões judiciais proferidas por tribunais do Judiciário (órgãos judicantes que normalmente tomam decisões por meio de colegiados, isto é, por um conjunto de juízes). Os acórdãos produzidos no âmbito do Judiciário, no entanto, têm funções radicalmente distintas das exercidas pelos acórdãos do TCU (a despeito de ambos terem em comum o fato de serem fruto de decisões colegiadas).

Os acórdãos produzidos por tribunais judiciais *dizem o Direito*. São, assim, veículos processuais em que juízes de direito afirmam as condutas e os comportamentos que são obrigatórios, proibidos ou autorizados pelo ordenamento jurídico. Além de serem vinculantes, acórdãos no âmbito do Judiciário normalmente exprimem a decisão final do colegiado.

Acórdãos no âmbito do TCU não necessariamente envolvem decisões vinculantes (ordens, comandos) ou colocam ponto final a processos (de auditoria, punitivos ou de outra natureza qualquer) que estiverem em trâmite perante o TCU. Acórdãos do TCU nada mais são que *manifestações* do próprio Tribunal, as quais poderão ter conteúdo vinculante (contendo determinações), ou não (contendo apenas recomendações), podendo, ainda, envolver decisões finais (por exemplo, imputação de débito e aplicação de multas), ou parciais (como, solicitação de envio de documentos para aprofundamento de investigações; conversão de processo de

Tomada de Contas para Tomada de Contas Especial em caso de constatação de desvios de recursos públicos).

O único elemento que une todos os acórdãos do TCU é que neles ministros votantes concordam com algo, ao menos por maioria. Esse algo pode variar substancialmente (e não necessariamente envolverá decisão final e vinculante). Acórdãos podem ser partes de um processo mais amplo e longo e veicular meras recomendações (que não precisam ser obrigatoriamente seguidas por sujeitos alvo de fiscalizações). É comum que sejam elaborados vários acórdãos parciais em um mesmo processo de auditoria.[11]

As diferenças entre corpo técnico e corpo decisório do TCU têm reflexos na estrutura das deliberações em geral do Tribunal de Contas (acórdãos inclusos). Segundo o art. 69 do Regimento Interno do órgão, todas as suas deliberações (materializadas em qualquer uma das formas há pouco descritas) devem conter: (a) relatório do relator (no qual constarão, entre outras coisas, as conclusões da equipe de fiscalização, ou do servidor responsável pela análise do processo, bem como as conclusões dos pareceres das chefias da unidade técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal); (b) a fundamentação utilizada pelo relator para analisar as questões de fato e de direito; (c) o dispositivo com que o relator decidir sobre o mérito do processo; e (d) as ressalvas, quando feitas pelos votantes.

Quando se lê as manifestações do TCU em geral (dentre elas, os acórdãos), nota-se que os relatórios que as compõem costumam ser substancialmente mais extensos do que os votos elaborados pelos ministros relatores e do que o próprio conteúdo da decisão do colegiado. A razão é que os relatórios podem reunir todo o material elaborado pelo corpo técnico para a instrução processual, devendo necessariamente conter as conclusões da equipe de fiscalização, as conclusões dos pareceres das chefias da unidade técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal. Além disso, frequentemente as decisões do TCU não abordam todos os temas

11 É o que ocorre, p. ex., nas fiscalizações pelo TCU de processos de desestatização (venda de ativos estatais ou concessões de serviços públicos à iniciativa privada). O próprio TCU, por meio da Instrução Normativa n. 27, de 1998, segmentou esse processo em diferentes estágios (iniciando-se com os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento e finalizando com o relatório contendo preço final de venda de ativos ou com a assinatura do contrato de concessão). A cada um desses estágios a administração pública deverá encaminhar ao TCU um conjunto de documentos, sobre os quais este poderá se manifestar (aprovando ou rejeitando o estágio avaliado).
A manifestação do TCU (ao menos nos estágios iniciais) não é terminativa. O processo de fiscalização, de acordo com a própria instrução normativa, só tem fim após a conclusão do último estágio. A despeito disso, ao término de cada uma das etapas desse tipo de processo de fiscalização o TCU pode se manifestar, aprovando-a ou rejeitando-a, por meio de acórdãos. Um exemplo é o Acórdão 2.466, plenário, Relatora: Ministra Ana Arraes, julgado em 11.09.13, relativo ao "Acompanhamento do 1º estágio das concessões para ampliação, manutenção e exploração do aeroporto internacional do Rio de Janeiro – Antonio Carlos Jobim/Galeão (SBGL) e do aeroporto internacional Tancredo Neves/Confins (SBCF)".

levantados nos relatórios produzidos pelo corpo técnico e, não raro, elas divergem das conclusões dos auditores responsáveis pela instrução processual.

Disso decorre que o dispositivo das manifestações do TCU (vinculantes ou não, terminativas ou não) se *circunscreve ao conteúdo da manifestação dos ministros* (ou seja, da decisão tomada em conjunto pelos ministros, se trata-se de decisão colegiada, e não da proposta de deliberação feita pelo ministro relator em seu voto). É correto, portanto, que os sujeitos fiscalizados pelo TCU (ou de algum modo interessados nas suas decisões) levem em consideração (para dar cumprimento às suas decisões ou para fins processuais em geral) apenas o dispositivo com que o relator vier a decidir sobre o mérito do processo e a fundamentação com base na qual ele tiver analisado as questões de fato e de direito atinentes ao caso concreto (e que tiverem sido acolhidas pelo colegiado, câmara ou plenário, conforme o caso).

Relatórios produzidos pelo corpo técnico do TCU são úteis à tomada de decisão pelos ministros. Permitem, assim, que se disponha de elementos fáticos para auxiliar a decisão dos casos concretos. Os relatórios também são importantes para dar transparência às manifestações do TCU, permitindo que se afira o percurso do raciocínio dos ministros e a consistência de suas decisões. No entanto, eles (relatórios) não expressam a opinião do TCU; tampouco deles se podem extrair comandos, orientações ou diretrizes.

Não é incomum que a imprensa, noticiando manifestações do TCU, sugira a existência de força vinculante e definitividade em simples pareceres de órgãos técnicos, ou em acórdãos que apenas aprovam estudos, ou em acórdãos com meros atos preliminares do TCU. Mas a verdade é que pareceres, estudos e atos preliminares não têm conteúdo condenatório, não são decisão de mérito e não são definitivos. Auditores, diretores e secretários são agentes técnicos que atuam na instrução dos processos de fiscalização do TCU. Mas eles não têm competência para editar decisão (nem preliminar, nem final) sobre a regularidade de contratações estatais. Esses agentes técnicos emitem simples opiniões, e o fazem com total liberdade. As opiniões técnicas não são vinculantes para a deliberação dos ministros – aliás, são por vezes contrariadas por eles. Essas opiniões também não resolvem o mérito dos processos, nem têm efeito condenatório (isto é, não possuem qualquer força jurídica vinculante, interna ou externa). Por isso mesmo, não integram as deliberações em si, nem traduzem questões decididas. Logo, não têm a mesma força das decisões definitivas de mérito do TCU.

Nos documentos do TCU chamados "Acórdão", o que efetivamente constitui prova quanto ao teor da *decisão* do Tribunal é apenas o trecho em que se transcreve aquilo que os ministros "acordam", isto é, resolvem, decidem. Eventualmente, a fundamentação do voto vencedor de ministro (voto esse em que estará a fundamentação da decisão do TCU, e que pode ser do relator ou não) pode concordar, total ou parcialmente, com algum parecer técnico, ou mesmo incorporá-lo como razão de decidir. Mas a simples reprodução do parecer técnico no relatório não significa que a decisão do TCU coincida com a opinião do órgão técnico. Tampouco o "Acórdão" precisa concordar totalmente com o voto vencedor.

2 Valor interno das decisões do TCU por irregularidades em contratos: o problema do trânsito em julgado administrativo

Acórdãos contêm atos dos ministros do TCU sobre os mais diversos assuntos, em processos de fiscalização de contratos específicos ou em outros procedimentos. Nos processos de fiscalização, boa parte desses atos (e também das razões adotadas como fundamentação pelos ministros) é emitida a título preliminar, para fins apenas processuais, isto é, para aprovar estudos, determinar diligências ou análises, ou permitir a manifestação ou defesa dos interessados.[12] Esses atos, embora contidos em acórdãos, não são condenatórios, nem constituem decisões de mérito.[13]

Apenas os *acórdãos condenatórios* do TCU constituem decisões de mérito no sentido da irregularidade das contas, e, portanto, do ato, do contrato ou do preço contratado (Lei n. 8.443, de 1992, art. 10, § 2º). Somente estes, após a fase dos recursos administrativos perante o próprio TCU, fazem "coisa julgada administrativa" quanto à afirmação de irregularidade, isto é, tornam-se imodificáveis no âmbito do próprio TCU e, assim, contêm a visão definitiva sobre as questões examinadas. Acórdãos não condenatórios, de conteúdo instrutório, possuem decisão apenas preliminar sobre temas a serem ainda mais bem examinados e aprofundados quando da decisão definitiva ("de mérito"), e sobre os quais é possível que o TCU venha a adotar futuramente decisão diversa ou mesmo oposta.

Tanto a afirmação como a quantificação de irregularidade ou dano, em atos de caráter apenas processual de autoridades do TCU, não têm efeitos jurídicos vinculantes, internos ou externos, nem constituem decisão definitiva de mérito. Uma decisão do TCU sobre a existência ou extensão de irregularidade ou dano em contrato estatal só é definitiva de mérito quando editada em acórdão condenatório, que é o único acórdão apto a gerar a expedição de título executivo para cobrança judicial de condenação (art. 23, III, *b,* da Lei n. 8.443, de 1992; e Resolução TCU n. 178, de 2005).

O ato do TCU que instaura processo de Tomada de Contas Especial tem caráter apenas preliminar, de início processual. Esse ato não é uma decisão condenatória de mérito. Ele não contém condenação, tampouco resolve em definitivo sobre a regularidade da contratação, sobre a efetiva existência e o valor do dano, e sobre os responsáveis. Somente após a instrução

• • •

12 Um exemplo é o conhecido Acórdão n. 3.089/2015, do plenário do TCU (Processo TC 005.081/2015-7), em que o tribunal adotou critérios para apurar danos que teriam sido causados à Petrobras por irregularidades investigadas na Operação Lava Jato.

13 A Lei n. 8.443, de 1992, art. 10, § 1º, afirma expressamente ser "preliminar" esse tipo de decisão, e reconhece que ela não se confunde com a decisão de "mérito". Diz a lei: "Art. 10 [...], § 1º Preliminar é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal, *antes de pronunciar-se quanto ao mérito* das contas, resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo".

completa do processo (de fiscalização ou de Tomada de Contas Especial) e após a oitiva dos envolvidos (Instrução Normativa n. 71, de 2012) é que o TCU emite decisão condenatória de mérito pela irregularidade de uma contratação ou pela existência de dano. Essas condenações de mérito são identificáveis facilmente pela imposição de sanção determinada (p. ex.: a multa no valor tal) ou pela imputação, a sujeito especificado no acórdão, de responsabilidade pelo ressarcimento de valor fixado em definitivo no acórdão.

Por razões até mesmo óbvias, um acórdão que apenas dá início a um processo de Tomada de Contas Especial não pode conter condenação. Mas, um leigo poderia supor que sim, imaginando que o objeto do processo de Tomada de Contas Especial seria muito limitado e que a decisão final jamais poderia ser absolutória, afastando a existência da irregularidade ou dano (por sobrepreço ou superfaturamento). Essa ideia, contudo, não tem base jurídica, e também não é aceita pelo TCU, havendo inúmeras decisões finais em processos de Tomada de Contas Especial em que se concluiu pela ausência de sobrepreço ou superfaturamento e, portanto, pela ausência de dano.[14]

Condenações de mérito baseadas na irregularidade de contratos e em dano ao erário só serão definitivas e vinculantes no âmbito do TCU quando, após o prazo dos recursos (recursos de reexame, reconsideração ou embargos de declaração) ou depois do julgamento desses recursos, se tornar exigível a obrigação jurídica de pagar quantia certa a título de multa ou danos, de modo que, não havendo o pagamento, será expedido título executivo para sua cobrança judicial (art. 23, III, da Lei n. 8.443, de 1992). Antes disso, não se podem atribuir a simples atos preliminares efeitos semelhantes aos das decisões definitivas, imodificáveis e vinculantes.[15]

• • •

14 Exemplo é o da Tomada de Contas Especial instaurada em 2001 (pela Decisão n. 879/2001 – plenário), em relação a contrato da Infraero para obras no Aeroporto Internacional de Salvador. O processo foi julgado cinco anos depois, pelo Acórdão n. 2.006/2006, que inicialmente reconheceu o sobrepreço e proferiu condenação. Mas essa decisão veio a ser reformada quatro anos depois, em virtude de recurso de reconsideração, pelo Acórdão n. 484/2010, complementado pelo Acórdão n. 1.702/2010 (proferido em recurso de embargos de declaração). O processo terminou arquivado, sem condenação do TCU.
Outros exemplos de processos de Tomada de Contas Especial que terminaram com a não confirmação, pelo TCU, da suspeita inicial de sobrepreço ou superfaturamento podem ser consultados nos Acórdãos n. 1.171/2003, 597/2004 e 2.482/2008, em que terminou não havendo condenação com esse fundamento.

15 Aliás, é ilustrativo o citado caso Infraero – Aeroporto Internacional de Salvador, em que uma suspeita inicial levou à instauração, em 2001, de processo de Tomada de Contas Especial, e à condenação em 2006, mas essa condenação não foi definitiva, não fez coisa julgada na esfera administrativa do TCU, pois este reviu seu entendimento em 2010, ao acolher os recursos interpostos.

3 Valor externo das decisões do TCU sobre a regularidade de contratos estatais e o papel do Judiciário

À margem da discussão sobre quais decisões do TCU possuem definitividade, isto é, transitam em julgado administrativamente, um tema interessante se coloca: é o do valor probante das conclusões sustentadas nas opiniões ou decisões em processos do TCU. Que valor um juiz deve atribuir às afirmações do TCU, ainda que não definitivas, sobre a regularidade ou não de contratos? Elas merecem presunção de veracidade, ao menos para fins de uma avaliação inicial do magistrado, quando da análise de pedidos liminares ou cautelares?

As normas que conferem competências ao TCU (responsáveis por prever suas possibilidades e limites de controle e, por consequência, as hipóteses em que está, ou não, legitimado a concretamente agir) exigem que sua atuação seja legal, neutra e ponderada. Mas é exagerado supor que isso sempre ocorra na prática. Observadores vêm notando que o TCU por vezes extrapola suas competências, com opiniões, recomendações, exigências ou proibições que, mesmo sem dizê-lo, baseiam-se não em razões jurídicas, mas em razões políticas, isto é, em convicções de seus agentes quanto às decisões administrativas que seriam mais convenientes ou oportunas. Essa atuação tem dado ensejo a diagnósticos segundo os quais o órgão de controle estaria tentando capturar as políticas públicas e assumir indevidamente a discricionariedade dos gestores (SUNDFELD; CÂMARA, 2013, p. 178; MARQUES NETO, 2009, p. 221; JORDÃO, 2014, p. 228; ROSILHO, 2016, p. 341).

Isso coloca em dúvida a possibilidade de atribuir às opiniões ou decisões do TCU sobre a regularidade de contratos ou de preços contratados, especialmente quando sejam apenas preliminares, um peso de verdade técnica, que deva ser coberta com uma presunção, ainda que *juris tantum*. Não é raro uma decisão do TCU ultrapassar seus limites legais, ou ser superficial ou pouco neutra, o que às vezes acaba gerando sua revisão posterior pelo próprio Tribunal.

Não se trata de diagnóstico desmotivado. De fato, o TCU tem procurado, por diversos meios e instrumentos, "reinterpretar" suas competências com a finalidade de expandi-las para além dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Um desses veículos tem sido a instrução normativa (manifestação que se dirige às pessoas passíveis de serem fiscalizadas pelo TCU com a finalidade de regulamentar temas afetos à competência do Tribunal de Contas).[16]

• • •

16 Um caso é o da Instrução Normativa n. 27/1998, pela qual o TCU exigiu que a administração lhe enviasse, para aprovação, antes da publicação do edital de licitação, os estudos de viabilidade técnica e econômica dos contratos de concessão (arts. 9º e 17). A norma violou o § 2º do art. 113 da Lei n. 8.666, de 1993, que havia previsto a interferência do TCU apenas em relação a "edital de licitação *já publicado*". Mas a exigência vem sendo atendida e, com isso, o TCU passou a participar ativamente da modelagem das concessões, como mostram os Acórdãos n. 3.661/2013, plenário, Relatora: Ministra Ana Arraes, julgado em 10.12.13 (relativo à concessão de portos) e 2.466/2013, plenário, Relatora: Ministra Ana Arraes, julgado em 11.09.13 (aeroportos).

Outro mecanismo tem a ver com as "recomendações" (ordens, comandos) e as "determinações" (manifestações não vinculantes). Na prática, o TCU muitas vezes tenta atribuir efeitos vinculantes às recomendações que emite. Uma das estratégias é a combinação de simples recomendações com ordens para a elaboração de "planos de ação" para "sanear o problema verificado" (art. 2º, I, da Resolução n. 265, editada pelo TCU em 2014), descaracterizando-se indiretamente o viés apenas orientativo da recomendação.

Por fim, frequentemente os cargos de ministros do TCU são preenchidos com pessoas que tiveram alguma passagem pelo mundo da política. Na atual composição, por exemplo, dos nove ministros, cinco haviam sido eleitos anteriormente para cargos no Executivo, no Legislativo, ou em ambos.[17] Por mais que o TCU conte também com quadros técnicos, inclusive com alta qualificação, as decisões não são tomadas por eles, mas por ministros com origem partidária e, em alguns casos, sem formação jurídica.

Cabe agora discutir uma questão estritamente jurídica: se o Judiciário pode considerar irregular um contrato que o TCU tenha aprovado, ou se há a respeito alguma reserva de competência para o TCU.

A resposta é simples, e sobre ela não existem polêmicas doutrinárias ou jurisprudenciais. Nem a verificação de conformidade de contratos administrativos com a lei, nem a dos prejuízos causados à administração pública em virtude de contratações, são atribuição reservada e exclusiva do TCU.

O TCU detém competência para decidir sobre tais matérias na esfera administrativa. Mas também se confere ao Judiciário, por intermédio de várias espécies de ações judiciais, a possibilidade de decidir autonomamente sobre elas. É possível, por exemplo, que o Judiciário considere inválido ou lesivo contrato aprovado pelo TCU. A circunstância de este ter aprovado administrativamente o valor de um contrato não impede ou inibe a manifestação judicial sobre ele.[18]

• • •

Outro caso é o da Instrução Normativa n. 74, de 2015, sobre a participação do TCU na celebração de acordos de leniência (criado pela Lei n. 12.846, de 2013). A instrução previu etapas para a fiscalização da celebração dos acordos e exigiu a remessa da documentação de cada uma (incisos do art. 2º), para que o TCU viesse a emitir parecer conclusivo (art. 1º, § 1º), que seria condição de eficácia dos atos subsequentes (art. 3º). Previu também a aplicação de multa às autoridades que não observassem os prazos do art. 2º. Essas normas são ilegais pois, embora o TCU tenha competência para fiscalizar atos e contratos (CF, art. 71, IX e X, §§ 1º e 2º), não a tem para fiscalizar previamente – e menos ainda para aprovar ou rejeitar – minutas de acordos que sequer foram publicadas.

17 Estes são os atuais ministros do TCU que tiveram alguma passagem pelo mundo da política: (1) Aroldo Cedraz (foi deputado federal); (2) Augusto Nardes (foi vereador, deputado estadual e deputado federal); (3) José Múcio Monteiro (foi prefeito e deputado federal); (4) Ana Arraes (foi deputada federal); e (5) Vital do Rêgo Filho (foi vereador, deputado estadual, deputado federal e senador).

18 O Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece a competência judicial para apurar a ocorrência de improbidade administrativa em condutas de administradores que já haviam sido aprovadas pelo TCU, pois "o Tribunal

O Judiciário, desde que devidamente provocado – e poderá ser, nessas matérias, por qualquer cidadão, por associações civis, pelo Ministério Público ou pela própria entidade estatal – tem ampla legitimidade para decidir se o contrato é lícito ou ilícito, se houve ou não prejuízo à administração pública.

Nessas situações, quando o Judiciário é provocado a decidir sobre a licitude de um contrato ou a ocorrência de um dano causado à administração, a existência de decisão definitiva do TCU ou de processo de fiscalização em curso não interfere diretamente na prestação jurisdicional. A atuação do TCU pode ser elemento eventualmente avaliado pelo juiz, de acordo com seu livre convencimento, tal como uma opinião ou perícia técnica, mas não goza de efeito jurídico vinculante pelo simples fato de ter sido elaborada por autoridade administrativa.

Ao realizar auditorias e ao desempenhar suas funções autônomas de controle (por meio das quais intervém por força própria na atuação de entidades administrativas e de particulares), o TCU *interpreta* o Direito. Explicita, assim, sua leitura sobre o conteúdo e os contornos das normas constitucionais, legais e regulamentares. No entanto, diferentemente do Judiciário, *não diz o Direito*; não exerce função jurisdicional, reservada pela Constituição ao Judiciário.[19] Desse modo, não é competente para revelar o real e o definitivo sentido das normas, sendo incapaz de produzir decisões com efeitos *erga omnes*.

Apesar de não haver polêmica quanto à autonomia do Judiciário para julgar a regularidade de contratos em ação específica para isso (ação civil pública, ação de improbidade, ação popular etc.), alguns comentaristas sugerem que, em ação anulatória, a situação seria diversa. Para eles, a anulação judicial de decisões do TCU que sejam condenatórias só poderia ocorrer em situações muito restritas (como a má-fé das autoridades do órgão ou a violação ao devido processo legal), pois tais decisões seriam técnicas – e quanto a isso imunes ao reexame judicial.[20] Nessa linha, a decisão condenatória proferida pelo TCU teria como característica ser definitiva e obrigatória também para o Judiciário, assemelhando-se a um título executivo judicial, isto é, à sentença editada por juiz de direito.

• • •

de Contas é Órgão Administrativo e não judicante [...]" (Recurso Especial n. 472.399-AL, 1ª Turma, julgado em 26.11.02).

19 Por ser descrito pela Constituição como auxiliar do Congresso Nacional, há certa divergência entre os doutrinadores brasileiros para saber se o TCU integraria, ou não, o Poder Legislativo. Não se cogita, contudo, considerá-lo órgão do Poder Judiciário. Ainda que se considere o TCU órgão de controle externo independente, como parece ser o correto, seria impensável reconhecer-lhe função jurisdicional.

20 Para uma visão muito restritiva do controle judicial das decisões dos tribunais de contas, ver Jacoby (2013, p. 150), para quem "mesmo que o julgamento das Cortes de Contas não fosse um ato jurisdicional típico, mas apenas um ato administrativo, seu mérito jamais poderia ser revisto pelo Poder Judiciário". No mesmo sentido, Guerra (2002).

Mas tais afirmações não parecem descrever corretamente o ordenamento jurídico. No Brasil, é ampla a possibilidade de revisão judicial de decisões da administração pública e, portanto, também do TCU.[21] Isso não significa que a revisão judicial recaia sobre aspectos subjetivos, relacionados à análise de conveniência ou oportunidade. Mas a constatação de que o Judiciário não aprecia aspectos de conveniência e oportunidade das deliberações administrativas (afirmação até certo ponto óbvia) não afasta o irrestrito controle judicial sobre a *legalidade* das decisões do TCU.

Qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário. Tal garantia se exerce, inclusive, em face de atos estatais proferidos por colegiados administrativos. Alguns desses colegiados levam em seu nome a palavra "Tribunal", mas integram a administração pública, vinculada ao Executivo.[22] Esses colegiados exercem suas funções por meio de atos administrativos (isto é, seus atos não têm natureza jurisdicional, ao contrário dos atos dos juízes do Judiciário). O TCU também é um colegiado administrativo, porém, com autonomia funcional, não tendo vinculação com o Executivo.

As decisões do TCU, como administrativas que são, sujeitam-se à ampla revisão pelo Judiciário. O controle judicial recai sobre aspectos da legalidade ou constitucionalidade das decisões administrativas, inclusive as do TCU. Tradicionalmente, no Brasil, é reconhecido que o Judiciário não pode rever atos administrativos por questões de "merecimento" (*mérito administrativo*), não analisando a "conveniência" e a "oportunidade" dessas decisões.[23] O mérito administrativo é uma reserva de atribuição, denominada "discricionariedade", na qual o Judiciário não pode entrar. Corresponde, em outras palavras, à margem de atuação administrativa em função da qual, pelo ângulo estritamente técnico-jurídico, mais de uma decisão seria válida (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 38). A expressão "mérito", aqui citada, diz respeito ao ato administrativo, isto é, ao campo de deliberação do administrador público marcado por certa liberdade de escolha (*mérito administrativo*). Não se confunde com o *mérito do processo* de fiscalização de contas, também referido noutras passagens deste artigo. O *mérito do processo*, como é possível identificar no contexto no qual a expressão é empregada, diz respeito ao tema

• • •

21 Nesse sentido, Gracie (2008). Quanto à revisão de atos administrativos no direito comparado, v. Jordão (2016).

22 Exemplo: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica que, segundo a Lei n. 12.529, de 2011, art. 5º, I, é órgão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, uma entidade da administração pública federal.

23 A lei que instituiu a justiça federal na República brasileira (Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894) já trazia essas diretrizes a respeito dos limites do controle judicial sobre os atos da administração pública. De acordo com referido diploma legal, a autoridade judicial deveria fundar-se "em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade" (art. 13, § 9º, *a*).

central do processo de fiscalização em curso perante o Tribunal de Contas (Lei n. 8.443, de 1992, art. 1º, § 3º, III).

Para alguns acadêmicos, esse tipo de reserva do mérito administrativo em favor da administração também ocorre quando a autoridade administrativa delibera sobre matérias técnico-científicas, específicas de sua área de atuação. Trata-se da denominada *discricionariedade técnica* (DI PIETRO, 1991, p. 77, 93).

Segundo a doutrina da discricionariedade técnica, a atuação de órgãos técnico-científicos administrativos na aplicação de conceitos científicos relacionados a seu setor de atuação estaria sujeita à revisão limitada pelo Judiciário, pois este não poderia refazer ou substituir as opções estritamente técnico-científicas feitas administrativamente. Embora haja alguma polêmica no plano acadêmico, na prática o Judiciário brasileiro tem controlado esse tipo de avaliação administrativa, adentrando no exame dos requisitos técnicos de deliberação, inclusive por meio de perícias (SUNDFELD; CÂMARA, 2002, p. 34).

As manifestações do TCU que digam respeito ao controle de contratos administrativos, especialmente quando aplicam sanções e determinam o ressarcimento de prejuízos à administração pública, não podem ser classificadas como manifestações de discricionariedade técnica, tampouco como decisões discricionárias de mérito administrativo. Nesse tipo de atuação, o que o TCU faz é uma análise de *legalidade estrita*. Verifica se as contratações estão ou não conforme à lei e às demais normas jurídicas aplicáveis. Todos os aspectos envolvidos em sua deliberação dizem respeito à avaliação quanto à juridicidade da formação e da execução dos contratos. O TCU não atua de maneira discricionária quando aprova ou rejeita uma contratação. Não lhe foi dada competência para rejeitar ou aprovar um contrato por motivos de conveniência ou oportunidade. A decisão do TCU é estritamente técnico-jurídica; não decorre de análise de mérito administrativo (de conveniência ou oportunidade), tampouco de juízo técnico-científico (discricionariedade técnica).[24]

• • •

24 A Constituição de 1988, tratando dos parâmetros a serem utilizados pelo TCU no exercício de sua fiscalização, trouxe, ao lado da legalidade, a "legitimidade" e a "economicidade" (art. 70, *caput*). Isso suscitou o debate se o TCU poderia ou não usar tais referências (não normativas) para julgar um contrato como irregular e, em consequência, para expedir condenações (isto é, impor sanções ou ressarcimentos). Os autores deste artigo entendem que a resposta deva ser negativa, pois não há norma jurídica definindo como ilícita e punível uma contratação que, conquanto perfeitamente legal, seja vista apenas como antieconômica pelo órgão de controle. Puras análises de legitimidade e economicidade são cabíveis só em auditorias operacionais, não em processos condenatórios, que têm de ser baseados em ilicitudes definidas diretamente pelas normas jurídicas (SUNDFELD; CÂMARA, 2002, p. 184).
Mas essa divergência é alheia ao problema da revisão judicial. Quem, ao contrário dos autores, defender que o TCU pode expedir condenações por conta de um contrato que, embora legal, seja considerado antieconômico, logicamente aceitará que o juízo de economicidade foi juridicizado: do contrário, o antieconômico não seria ilícito, nem sancionável. Nessa perspectiva, o juízo do TCU sobre a economicidade seria

As decisões condenatórias do TCU estão amplamente sujeitas à revisão judicial, pois o campo próprio do Judiciário é justamente o técnico-jurídico. Eventual anulação judicial dessas decisões administrativas só pode ser motivada por aspectos jurídicos, ou seja, por um juízo de legalidade (técnico-jurídico). A análise de legalidade pode abranger o processo e o conteúdo das decisões do TCU em sua integralidade. Não há margem para atuação discricionária deste Tribunal ao avaliar a regularidade de um contrato ou a existência de dano suportado pela administração pública.

Ao identificar a existência de sobrepreço em um contrato, por exemplo, ou quando julga insuficientes as informações prestadas pelo gestor, ou quando reputa incorreto o procedimento de licitação adotado, o que o TCU está fazendo é um juízo estrito de legalidade. Não há análise de *mérito administrativo* nesse tipo de deliberação. Não há apreciação de matéria que envolva conhecimento científico estranho ao Judiciário. Ao punir, o TCU não refuta um juízo de conveniência ou de oportunidade realizado pelo gestor, pois sanções não podem ser baseadas em mera divergência sobre avaliação de conveniência e oportunidade (subjetiva, discricionária). A ação fiscalizadora e punitiva do TCU se dá em virtude da constatação de ilicitudes, isto é, de juízo de legalidade sobre a atuação do agente fiscalizado.

Por isso, é possível que, na via judicial, venham a ser anuladas decisões do TCU que tenham considerado haver sobrepreço ou superfaturamento em um contrato, ou tenham julgado irregular certa licitação. Isso só ocorre, obviamente, quando o Judiciário considerar equivocado o juízo de legalidade realizado pelo TCU.[25] Mas o Judiciário, se provocado, pode fazer esse exame, para descobrir a existência ou não de ilegalidade na decisão.

É viável, em processo judicial, a anulação de decisão do TCU que tenha considerado ilícito o valor de um contrato. Isso tanto pode ocorrer se for demonstrada a existência de falhas procedimentais na decisão do TCU (por exemplo, a violação do direito de defesa), como também por aspectos materiais, ou seja, se o Judiciário considerar que não houve sobrepreço ou superfaturamento. Tais questões envolvem matéria técnico-jurídica; não correspondem a nenhuma forma de deliberação sobre o *mérito administrativo*.[26]

• • •

uma interpretação sobre o lícito. E seria plenamente revisível pelo Judiciário, pois licitude ou ilicitude é questão técnico-jurídica, não questão de conveniência ou questão técnico-científica.

25 Ver, a título de exemplo, Apelação Cível (AC) n. 98397120104058100, TRF da 5ª Região, julgado em 21.08.14; AC n. 447188-RN, TRF da 5ª Região, julgado em 22.04.10; AC n. 17289-GO, TRF da 1ª Região, julgado em 30.08.10; AC n. 432470-PE, TRF 5ª Região, julgado em 15.04.10; AC n. 401034-PB, TRF 5ª Região, julgado em 27.05.10; AC n. 453914-PE, TRF 5ª Região, julgado em 24.11.09; AC n. 80086516201340580000, TRF 5ª Região, julgado em 10.04.14; AC n. 3495220074013602, TRF 1ª Região, julgado em 15.10.14; AC n. 15613-BA, TRF 1ª Região, julgado em 30.07.10.
Nesses julgados, o Judiciário reafirma sua competência para revisar decisões *ilegais* do TCU. Como, na avaliação judicial, as ações não demonstraram vícios de legalidade das decisões impugnadas, as decisões do TCU foram mantidas.

26 Para um exemplo quanto aos problemas da mais pura interpretação jurídica que podem estar envolvidos

As decisões do TCU a respeito de sobrepreço, orçamentação, procedimento das contratações públicas não contam com imunidade à revisão judicial. Tais deliberações não são decisões de mérito administrativo; não são discricionárias (nem mesmo representam a chamada discricionariedade técnica). Ao fiscalizar as contratações públicas, o TCU profere manifestações estritamente técnico-jurídicas que, como tais, podem ser amplamente revistas judicialmente. Trata-se de mera qualificação jurídica dos fatos e, portanto, configura estrita interpretação jurídica, passível de ampla revisão pelo Judiciário.[27]

Nesse ponto reside uma diferença significativa entre as decisões do TCU e os títulos executivos judiciais (decorrentes de sentenças judiciais). As decisões do Tribunal, embora passíveis

• • •

no debate sobre a existência de sobrepreço, ver o Acórdão n. 1.392/2016, em que o plenário do TCU responsabilizou certa empresa, contratada sem licitação, "por não seguir os preços do mercado", dever esse que, para o tribunal, seria decorrência direta de um enigmático "regime jurídico-administrativo relativo às contratações públicas". Ainda que o Judiciário optasse por uma postura de deferência em relação à opinião do TCU sobre a questão fática (isto é, se presumisse como correta a pesquisa dos preços de mercado feita pelo TCU para o momento e para o caso), nem assim estaria afastada do domínio do juiz a questão normativa abstrata, que é a de saber se as normas impõem ou não aos particulares um dever de, sob pena de responsabilidade, "seguir os preços de mercado" (sustentando não existir esse dever, ver Sundfeld e Campos, 2013, p. 221-231).

27 Como exemplo, tome-se o julgamento da Apelação Cível n. 0050179-35.202.4.01.3400/DF do TRF da 1ª Região, 4ª Turma, julgada em 12.04.16. Nesse caso, o Judiciário anulou decisão do TCU que imputava multa a uma autoridade administrativa. O Judiciário discordou do cerne da decisão do TCU, que havia considerado a conduta da autoridade administrativa "consubstanciadora de má-fé", condenando-a à restituição do valor da compra considerada irregular e ao pagamento de multa. Como o Judiciário, em outro processo, decidiu "pela improcedência da ação de improbidade, movida pela União", o acórdão do TCU foi anulado judicialmente. O julgado revela que um fato jurídico analisado pelo TCU mereceu qualificação diferente do Judiciário, o que levou à anulação da decisão do TCU. A razão de decidir não foi qualquer desvio político na manifestação dos ministros do TCU ou uma falha processual na tomada de decisão pela Corte de Contas. O Judiciário, simplesmente, reexaminou os mesmos fatos (reviu a qualificação jurídica dos fatos) e concluiu de maneira diferente do TCU.

Outro caso ilustrativo da possibilidade de revisão judicial de decisão técnica do TCU se verifica na Apelação Cível n. 2005.61.15.001300-0/SP, do TRF da 3ª Região, 2ª Turma, julgada em 02.02.10. Nesse outro julgado o TRF anula decisão do TCU que aplicara multa ao administrador público por ato praticado em licitação. O TCU havia considerado que a desclassificação de um licitante, realizada pelo administrador, teria contrariado a economicidade da administração pública. Todavia, este mesmo ato do administrador veio a ser considerado válido por uma decisão judicial (proferida em mandado de segurança). Como, desse modo, o Judiciário declarou a legalidade da conduta do servidor punido pelo TCU, considerou que havia desaparecido o pressuposto de sua punição. Por tal motivo, a decisão do TCU foi anulada. A ementa do referido acórdão assim resumiu o entendimento sobre a matéria: "Não viola a independência entre os Poderes a sentença que, reconhecendo afastada a ilegalidade da conduta do servidor público e, consequentemente, o pressuposto de sua punição, torna sem efeito a multa aplicada, sem adentrar pelo exame da prova ou da justiça da punição aplicada pelo Tribunal de Contas da União".

de execução, podem ser revistas judicialmente, isto é, não têm força de coisa julgada judicial. Nesse sentido, ao contrário das sentenças judiciais transitadas em julgado (os títulos judiciais), as decisões do TCU não são definitivas fora do seu âmbito interno (e isso ainda que, já tendo sido esgotados todos os recursos administrativos no âmbito do TCU, essa decisão tenha formado coisa julgada administrativa).[28]

Há variado repertório de medidas judiciais que podem gerar a anulação de decisões condenatórias do TCU. Elas podem ser impugnadas, por exemplo, no curso da execução judicial, por meio de embargos opostos pelo executado (que, como já referido, estão previstos pelo art. 16 da Lei das Execuções Fiscais, Lei n. 6.830, de 1980; em linha, aliás, com os que o Código de Processo Civil – CPC prevê para as execuções comuns, como se vê em seu arts. 914 ss.), no qual se poderá alegar qualquer matéria que se poderia deduzir em defesa em processo de conhecimento (art. 917, VI, do CPC).

Além dessa postura reativa diante de uma execução judicial, é possível que o interessado assuma posição ativa e proponha, antes de sofrer a execução judicial, ação ordinária para anular a deliberação do TCU (CF, art. 5º, XXXV). Nesse caso, o juízo competente para conduzir a ação é o de primeira instância da Justiça Federal (CF, art. 109, I). Em uma ação ordinária, há oportunidade de ampla discussão sobre a legalidade da decisão impugnada, inclusive sobre aspectos técnico-jurídicos, como a existência de sobrepreço, a regularidade

28 As decisões do TCU não são os únicos atos administrativos providos de força de título extrajudicial. É comum que a administração produza atos que gozam dessa prerrogativa e que, após inscrição da dívida ativa, constituam base autônoma para execução judicial.
É o que ocorre com a atividade tributária. São atos administrativos que constituem os créditos tributários. Após inscrição na dívida ativa, esses créditos podem ser executados judicialmente (Lei n. 6.830, de 1980, art. 1º). Tal condição não impede a discussão judicial, no curso da execução, sobre a legalidade das decisões administrativas que lhe deram origem (Lei n. 6.830, de 1980, art. 3º, parágrafo único e art. 16, § 2º). Aliás, as decisões administrativas em matéria tributária, apesar de serem capazes de se constituir em título executivo extrajudicial, sujeitam-se a ampla revisão judicial, inclusive por meio de ação específica, na qual são discutidos os fundamentos técnico-jurídicos dessas decisões (ocorrência do fato gerador, interpretação da norma tributária, competência etc.). O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966) admite expressamente a revisão judicial das decisões técnicas das autoridades administrativas fiscais. Tanto é assim que o CTN prevê a concessão de medidas judiciais cautelares em mandado de segurança e em outros tipos de ações judiciais como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV e V). Seguindo essa linha, o Código aponta como causa de extinção desse crédito a decisão judicial transitada em julgado (art. 156, X).
As sanções aplicadas no exercício do poder de polícia administrativo (fiscalização do trânsito e do meio ambiente, por exemplo) também são dotadas de exigibilidade e podem, uma vez inscritas na dívida ativa, ser objeto de execução judicial. Constituem títulos executivos extrajudiciais. Tal condição, entretanto, não é tomada como mitigadora da possibilidade da revisão judicial desses atos administrativos, que é prevista expressamente pela lei (Lei n. 6.830, de 1980, art. 3º, parágrafo único e art. 16, § 2º).

da execução contratual, e assim por diante.[29] É admitida a realização de diligência probatória, inclusive com a constituição de prova pericial, para propiciar ao juiz elementos técnicos para avaliar a correção do julgamento do TCU.

Por fim, admite-se a anulação das decisões do TCU por mandado de segurança, uma ação com rito especial, mais célere, para discussões de matérias exclusivamente de direito (ou seja, que digam respeito a fatos incontroversos, que dispensam diligência probatória). Para essa ação específica, o foro competente é o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *d*).[30]

Conclusões

Manifestações do TCU são frequentemente invocadas em debates judiciais, policiais, parlamentares ou de imprensa, como provas de irregularidades em contratos estatais. Mas é preciso que, nesses diversos âmbitos, haja clareza quanto ao valor do que se está citando. Evidentemente, o valor apenas interno ou preliminar de alguma manifestação do TCU não retira sua importância, porém é preciso, em cada caso, saber exatamente qual é ela, pois, do contrário, há riscos de confusão jurídica ou mesmo de manipulação.

A constatação deste artigo é que, nos processos de fiscalização do TCU, boa parte dos acórdãos (e também das razões adotadas como fundamentação pelos ministros) é emitida a título preliminar, para fins apenas processuais, isto é, para aprovar estudos, para determinar diligências ou análises, ou para permitir a manifestação ou defesa dos interessados. Esses atos não são decisões definitivas de mérito: não são condenatórios, nem têm efeitos jurídicos vinculantes, internos ou externos.

Uma decisão do TCU sobre a existência de irregularidade ou dano em contrato estatal só é definitiva de mérito quando tomada em acórdão condenatório, que é o único apto a

• • •

29 Quando, nessas ações de anulação, o juiz de primeira instância se recusa a conhecer da ação, e a extingue sem julgamento de mérito, alegando que a matéria já teria sido apreciada em definitivo pelo TCU, os tribunais brasileiros reformam a sentença de extinção da ação e determinam ao juiz a análise do pedido de mérito. Como exemplo, vejam-se acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que afirmam: "As decisões definitivas do Tribunal de Contas da União – TCU, de natureza técnica, somente fazem coisa julgada na esfera administrativa, em cujo âmbito não podem ser revistas. Na esfera do Poder Judiciário, todavia, podem ser revistas." (TRF 1ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível n. 2000.38.00.011110-1/MG, julgada em 22.08.06; TRF 1ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível n. 2000.38.00.011112-7/MG, julgada em 09.11.04; TRF 1ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível n. 2001.40.00.005753-8/PI, julgada em 29.09.04).

30 Possivelmente o caso mais importante em que o STF não aceitou decisões do TCU sobre a validade de contratações é o que envolve a aplicabilidade do art. 67 da Lei n. 9.478/98, que autorizou a Petrobras a realizar suas contratações por meio de procedimento licitatório simplificado. A primeira decisão do STF foi no MS n. 25.888, Relator: Ministro Gilmar Mendes, sucedida por muitas outras. Sobre o tema, ver Rosilho e Gebrim (2015, p. 63-88).

gerar a expedição de título executivo para cobrança judicial de condenação (art. 23, III, *b*, da Lei n. 8.443, de 1992). Essas condenações de mérito são identificáveis pela imposição de sanção determinada (p. ex.: a multa) ou pela imputação, a sujeito especificado no acórdão, de responsabilidade pelo ressarcimento de valor também indicado no acórdão. Assim, o ato do TCU que simplesmente instaura processo de Tomada de Contas Especial não é uma decisão condenatória de mérito, pois não resolve em definitivo a regularidade da contratação, nem a efetiva existência e valor do dano, nem os seus responsáveis.

Condenações de mérito baseadas na irregularidade de contratos fazem coisa julgada apenas administrativamente (que é extrajudicial, restrita ao âmbito do TCU). Isso ocorre quando, após o prazo dos recursos administrativos (reexame, reconsideração, embargos de declaração) ou depois do julgamento desses recursos, se tornar exigível a obrigação jurídica de pagar quantia certa a título de multa ou danos, de modo que, não havendo o pagamento, será expedido o título executivo para sua cobrança judicial.

Não existe, no direito brasileiro, reserva de competência para o TCU decidir, com exclusividade ou com efeito de coisa julgada judicial, sobre a existência de irregularidade ou dano em contrato estatal. O Judiciário possui jurisdição autônoma e plena a respeito dessas questões. Nas ações judiciais condenatórias em que se pretende o reconhecimento judicial de irregularidade ou dano em um contrato estatal, os eventuais estudos, pareceres, atos preliminares e decisões definitivas do TCU são considerados pelo juiz simples elementos de informação, sem presunção absoluta de veracidade ou caráter jurídico vinculante.

As condenações administrativas do TCU geram títulos executivos extrajudiciais cujo valor jurídico não equivale ao de uma sentença do Judiciário transitada em julgado, mas ao de outros atos administrativos que operem a constituição administrativa de crédito público (tributário ou pelo exercício do poder de polícia) e levem à emissão de certidão de dívida ativa.

Podem ser amplamente revistas pelo Judiciário as condenações administrativas definitivas do TCU baseadas na existência de irregularidade ou dano em contrato estatal, pois essas condenações administrativas são técnico-jurídicas, baseadas na violação às normas jurídicas, e não em juízos discricionários de mérito administrativo (juízos de conveniência, oportunidade ou política) ou em juízos de discricionariedade técnico-científica (juízos baseados exclusivamente em conhecimentos tecnológicos ou científicos especializados).

NOTA DE AGRADECIMENTO

Os autores registram e agradecem a participação do advogado João Domingos Liandro na pesquisa normativa e de decisões do TCU e do Judiciário que deu origem ao presente estudo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, out. 2008.

GRAU, Eros Roberto. Tribunal de Contas – Decisão – Eficácia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, out./dez. 1997.

GUERRA, Evandro Martins. O sistema tribunal de contas: principais apontamentos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jun. 2002.

JACOBY, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 3.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

_____. *Controle judicial de uma administração pública complexa* – a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo, 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

ROSILHO, André Janjácomo; GEBRIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 16, p. 34, out./dez. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. O Tribunal de Contas e os preços dos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

Carlos Ari Sundfeld

Professor Titular da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp.

carlos@sundfeld.adv.br

Jacintho Arruda Câmara

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp.

jacintho@sundfeld.adv.br

Vera Monteiro

Professora da Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Professora da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Doutora em Direito pela Universidade de

São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

vera@sundfeld.adv.br

André Rosilho

Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Coordenador do Curso de Direito Público da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela FGV Direito SP.

andre@sundfeld.adv.br

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 13.07.2016
Aprovado: 28.09.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201735

O mapa da pós-graduação em Direito no Brasil: uma análise a partir do método da *Social Network Analysis*

THE BRAZILIAN LAW GRADUATE STUDIES MAP: AN ANALYSIS THROUGH THE SOCIAL NETWORKS ANALYSIS METHOD

Ian Pimentel Gameiro[1] *e Gilberto Guimarães Filho*[2]

Resumo

Objetivo: Esta pesquisa objetiva responder como encontra-se estruturada a rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil e qual programa dessa rede possui maior capacidade de influenciar os demais. *Metodologia:* O indicador utilizado na pesquisa foi o da "absorção de egressos de um programa pelos demais". Foram considerados somente os docentes vinculados como membros permanentes dos 94 programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito em funcionamento até 2016 e cuja área de avaliação é o Direito. Os dados foram recolhidos da plataforma Sucupira e o método escolhido foi a Análise de Redes Sociais (ARS), com recurso aos *software Ucinet 6.528* e *NetDraw 2.141*. *Resultados:* A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil revelou-se *irregular* e *desigualmente* distribuída ao longo do país, pouco densa, fortemente orientada para as regiões Sul e Sudeste, mas também bastante regionalizada. O programa com maior capacidade de influenciar os demais é o da PUC-SP. *Conclusão:* As características estruturais da rede permitem compreender alguns dos fatores que constrangem a qualidade da educação jurídica brasileira como um todo, tal como a falta de oferta formativa em alguns estados ou a pouca troca de talentos entre programas.

Palavras-chave

Pós-graduação em Direito; redes sociais; endogenia; capacidade de influência.

Abstract

Objective: *This research aims to answer how the graduate studies in Law network is structured in Brazil, as well as which programs of this network have the higher capacity to influence the others.* Methodology: *The guideline used in this research is the "absorption of egresses of a program by the others". This study has only contemplated the professors who are permanent members of the 94* stricto sensu *graduate programs in law, that have been operating until 2016, and whose evaluation area is Law. The data have been collected from Sucupira platform and the method chosen was the Social Network Analysis (SNA), with the Ucinet 6.528 and NetDraw 2.141 software.* Results: *The network of graduate studies in Law in Brazil proved to be irregular and unevenly distributed throughout the country: not too dense, strongly oriented to the South and Southeast areas of the country, and quite regionalized. The program which has the strongest capacity of influence is held by PUC-SP.* Conclusion: *The structural characteristics of the network allow us to understand some of the factors that constrain the quality of Brazilian legal education as a whole, such as the lack of formation offered in some member states or the low exchange of talents among programs.*

Keywords

Graduate studies in Law; social network; endogeny; capacity to influence.

1 Universidade de Coimbra
Coimbra – Portugal

2 Universidade Federal do Pará
Belém – PA – Brasil

CC BY-NC

Introdução

Pesquisa recente (VARELLA, 2015) apontou a forte expansão pela qual vem passando a pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil. De 2012, ano em que a pesquisa de Marcelo Varella foi realizada, até o presente momento, 23 novos programas foram criados. Todavia, o conhecimento jurídico produzido no âmbito de todos os programas, assim como o conhecimento produzido no Brasil em geral, tem pouca ou quase nenhuma relevância acadêmica no contexto internacional – uma das razões, aliás, pelas quais a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) ainda não atribuiu nota sete para nenhum programa existente.

Sem embargo, a transformação dessa realidade implica a obrigatoriedade de termos de nos dar a conhecer a própria rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Brasil, assim como o programa que, no seu interior, possui a maior capacidade de influenciar os demais com a difusão, se houver, da sua escola de pensamento. E a razão é simples: é necessário verificar, por um lado, de que modo a estrutura da rede constrange a produção de conhecimento jurídico relevante e, por outro, as razões pelas quais os programas mais centrais ainda não atingiram um patamar de internacionalização.

Ora, a investigação que agora se apresenta incide exatamente sobre esse tema, isto é, objetiva responder às questões de saber, por um lado, como encontra-se estruturada a rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil e, por outro, qual o programa dessa rede possui maior capacidade de influenciar todos os demais com sua escola de pensamento, caso existente, em virtude de ter seus egressos admitidos como docentes nos demais programas existentes.

Para encontrar os resultados, o indicador utilizado foi o da "absorção de egressos de um programa pelos demais" – é dizer, tem maior capacidade de influência o programa que possui o maior número de egressos admitidos como docentes nos demais programas existentes. Para tanto, foram considerados somente os professores vinculados como *membros permanentes* dos 94 programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito em funcionamento até 2016 e cuja *área de avaliação* é *o Direito.* Os dados, por sua vez, foram recolhidos da plataforma Sucupira e o método escolhido foi a Análise de Redes Sociais (ARS), com recurso aos *software Ucinet 6.528* (BORGATTI; EVERETT; FREEMAN, 2002) e *NetDraw 2.141* (BORGATTI, 2002).

O texto estrutura-se em quatro tópicos. O primeiro deles cuida dos elementos e características da pós-graduação *stricto sensu* em Direito conforme lhe caracteriza a CAPES.

O segundo tópico, a seu turno, expõe a metodologia, sua justificativa e detalhes mais aprofundados sobre as técnicas de análise empregadas. Em seguida, será o terceiro tópico o momento de exposição dos resultados, e dos resultados não apenas da rede brasileira como um todo, mas também das redes de pós-graduação em Direito das cinco regiões do país.

No quarto e derradeiro tópico, o momento será, então, de discutir estes resultados à luz da literatura produzida acerca do assunto, para, ao final, apontarmos algumas considerações.

1 A EDUCAÇÃO JURÍDICA NA PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO NO BRASIL

Um dos melhores modos de compreender o panorama atual da pós-graduação *stricto sensu* em Direito é através do Relatório de Avaliação do ano de 2013 da CAPES, discutido e escrito por docentes de diversos programas.

Segundo este relatório, "a Área de Direito caracteriza-se pelo forte envolvimento de seus corpos docente e discente em agendas políticas e sociais, seja na perspectiva local, regional e nacional, e, para parte significativa da Área, internacional" (CAPES, 2013, p. 1-2). Isto significa que parte considerável da produção intelectual (seja em artigos, capítulos de livros, dissertações ou outras formas) enfrenta tais debates relacionando os aspectos teóricos com a efetivação dos direitos, o papel do Supremo Tribunal Federal, as políticas públicas, efetividade da democracia e diversas outras questões políticas atuais.

Há considerável heterogeneidade dos programas devido a questões geográficas, culturais e econômicas, sendo as regiões Sul e Sudeste as que possuem a maior quantidade de programas, e em número muito superior aos das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, mesmo quando somadas (PRADO; SANTOS; PEREIRA JÚNIOR, 2015, p. 448). Isto gera um desafio à expansão da pós-graduação e à formação de docentes de maneira equilibrada e autônoma em todo país.

Outra notória característica da área e que, naturalmente, repercute na pesquisa e nos programas de pós-graduação, reside no fato de que é comum cumular-se a profissão de professor com outra profissão jurídica existente (promotor, procurador, juiz, advogado etc.).[1] Com efeito, por muito tempo, os profissionais de destaque, principalmente os que ocupavam cargos públicos prestigiados, eram preferidos para o exercício da docência já que, supostamente, os alunos aprenderiam algo a mais devido à sua experiência prática bem-sucedida. Entretanto, recentemente instituiu-se medidas para reduzir esta característica e, assim, valorizar os professores com dedicação integral e perfil acadêmico, tendo em vista que, muitas vezes, a docência e a pesquisa acabavam por serem prejudicadas em virtude da pouca importância que se lhes era dada.

A preocupação com a formação didático-pedagógica dos docentes é igualmente evidente. Em pesquisa realizada no ano de 2015, com um total, à época, de 87 programas, 33 possuíam disciplinas pedagógicas,[2] 37 não possuíam, 17 tinham estágio de docência e quatro não informaram.[3] Destas 33 disciplinas pedagógicas, 21 eram obrigatórias, 10 optativas e

1 Para mais detalhes sobre o tema, conferir: Almeida (2014, p. 42-45).

2 Podiam ser estas disciplinas: "Metodologia do Ensino Superior", "Metodologia do Ensino Jurídico", "Prática do Ensino Jurídico" e diversas outras nomenclaturas para matérias que envolvam ensino jurídico e pedagogia.

3 O número fecha em 91 por haver quatro Instituições de Ensino Superior que possuem disciplina pedagógica e estágio docente: UENP, UFJF, UNIJUÍ e UI.

duas estavam como atividade complementar (PRADO; SANTOS; PEREIRA JUNIOR, 2015, p. 465-466). A ideia subjacente seria a de que quanto melhor pesquisador fosse, melhor professor seria,[4] pois a pedagogia seria importante apenas ao ensino básico.

Percebe-se também que a interdisciplinaridade é uma das marcas das pesquisas. Não obstante, nos estudos mais recentes, há diálogos constantes e consistentes com todas as ciências em geral, mas especialmente com a filosofia, a história, a sociologia, a economia e a antropologia. Também é perceptível a tendência, na linha do que já se faz em diversos países de forte tradição universitária, de publicação de pesquisas através de obras monográficas e em obras coletivas (CAPES, 2013, p. 2).

Não há diretriz da CAPES para que os programas adotem obrigatoriamente alguma disciplina, sendo livre a proposição de disciplinas humanísticas ou pedagógicas, por exemplo. Apenas devem ser evitadas disciplinas meramente informativas, as quais devem permanecer na graduação ou especialização. Recomenda-se ao programa oferecer seminários para todas as linhas e áreas. Entretanto, devemos compreender como a CAPES interfere no comportamento dos programas a partir dos seus critérios avaliativos, cuja obediência dita a distribuição dos recursos e o reconhecimento regional e nacional de um programa.

Com efeito, a área do Direito está localizada dentro da área de avaliação do Colégio de Humanidades e do grupo Ciências Sociais Aplicadas. A área atribui "peso 20 ao quesito 'Corpo Docente', peso 30 ao quesito 'Corpo Discente, Teses e Dissertações', peso 40 ao quesito 'Produção Intelectual' e peso 10 ao quesito 'Inserção Social'" (CAPES, 2013, p. 4). Estas avaliações estão estabelecidas numa escala numérica de 1 a 7, sendo as notas 6 e 7 destinadas apenas aos programas de destaque em relação aos demais e com considerável difusão e relação internacional.[5]

Como visto anteriormente, o principal critério de avaliação remete à produção acadêmica realizada no âmbito do programa, pois este é o elemento de avaliação de maior clareza e objetividade no momento do levantamento dos dados pela CAPES. A pontuação, por sua vez, depende da avaliação que a CAPES concede ao meio da publicação, avaliando periódicos (A1, A2, B1, B2, B3, B4, B5, C) e livros (avaliação surgida em 2003, com os critérios L4, L3, L2, L1).

• • •

4 A CAPES, mesmo tratando da formação de professores, acaba por destacar a formação de pesquisadores: "a) em todos os âmbitos da atividade própria da pós-graduação – pesquisa, orientação, ensino – reflete de maneira unitária, coerente, clara e fecunda o propósito precípuo da especialidade, a saber, formar bons pesquisadores" (CAPES, 2013, p. 7).

5 Isto gera dificuldade em conciliar a pesquisa de temas pontuais e locais, como questões indígenas e agrárias, com um modelo que prioriza a publicação e inserção internacional. Deste modo, o nosso modelo de produção se subordina ao que possui abertura nas revistas europeias e americanas em regra. A utilidade ao país, portanto, não é um critério suficientemente relevante.

A atribuição de maior peso ao critério da produção acadêmica constitui algo problemático no contexto da avaliação. Isto porque o modo como o critério encontra-se institucionalizado privilegia a quantidade em detrimento da qualidade dos materiais publicados. Sem embargo, a CAPES estipula que os docentes devem publicar ao menos um título por ano, mas, em termos concretos, os programas passaram a estabelecer metas agressivas de publicação para incrementarem a sua avaliação, de modo que hoje há professores que publicam mais de 10 trabalhos por ano e de qualidade por vezes problemática. Isto é, ao fim e ao cabo, ou programa se insere na lógica para ser bem avaliado, ou então acaba prejudicado.

A CAPES também regula outros elementos dos programas de pós-graduação *stricto sensu*. Os corpos docentes podem ter no máximo 20% dos docentes permanentes vinculados a mais de um programa, sendo proibido estar em mais de dois (CAPES, 2013, p. 7). Apenas 10% dos docentes permanentes podem estar aposentados. Aceita-se docentes com formação em outras áreas, mas deve haver um núcleo docente predominantemente titulado em Direito, e os docentes de outras áreas devem pesquisar e produzir na área jurídica (CAPES, 2013, p. 7-8). Também não se credencia doutores com menos de 5 anos de titulação e que não tenham concluído orientação de dissertação para a orientação de doutorandos. E apenas se aceita como parte do corpo docente permanente professores com carga horária de 40 horas/aula semanais (CAPES, 2013, p. 8).

Há, também, a exigência de relação entre linhas e docentes. O programa necessita ter o número mínimo de 15 docentes caso possua apenas uma área de concentração e no máximo três linhas de pesquisa. Cada linha deve contar com, no mínimo, três docentes permanentes. E a cada área de concentração nova é desejável que se inclua ao menos cinco novos docentes permanentes a fim de ter-se uma proporção ideal de orientações por docente. Há a possibilidade de exceções justificadas, entretanto (CAPES, 2013, p. 61).

Os mestrados profissionais, regulados pela Portaria Normativa n. 7, de 23 de junho de 2009, do Ministério da Educação, possuem iguais condições em relação ao mestrado acadêmico, inclusive em relação à docência. Mas cabe ao mestrado profissional capacitar a prática profissional e transferir conhecimento à sociedade, atendendo o mercado de trabalho. Há, entretanto, uma omissão relativamente à possibilidade de saber se mestres profissionais possuem habilitação para lecionar, já que o seu foco é profissional.

Este, em suma, é o quadro da pós-graduação em Direito no Brasil.

2 Metodologia

O que caracteriza a *network analysis* e por que esta é a "lente" mais apropriada, digamos assim, para visualizar o *mapa* da pós-graduação em Direito no Brasil? Isto é, em que assenta essa *teoria das redes sociais*, e quais são as vantagens comparativas desta metodologia relativamente a abordagens mais quantitativas possíveis de serem aplicadas para responder problemas tal como o nosso? Comecemos com a primeira questão.

Com efeito, a ideia básica por trás do conceito de *rede social* é a de conectividade. Vale dizer, trata-se de uma específica estrutura em cujo interior encontram-se elementos sociais interligados por força de certas relações ou de certos fluxos, e em cuja totalidade das relações sociais encontra esta estrutura a sua dimensão, os seus limites e a sua constituição enquanto fenômeno social.

Como apontam Wasserman e Faust,

> O conceito de rede enfatiza o fato de que cada indivíduo tem laços com outros indivíduos, cada um dos quais, por sua vez, está ligado a poucos, alguns ou muitos outros, e assim por diante. A expressão "rede social" refere-se ao conjunto de atores e de laços entre eles (WASSERMAN; FAUST, 1994, p. 3, tradução nossa).

A *network analysis* representa o campo teórico, partilhado por múltiplas disciplinas (PORTUGAL, 2007, p. 2), em que se tem desenvolvido os estudos envolvendo o tema das redes. No âmbito das ciências sociais, a *teoria das redes sociais* constitui, em termos metodológicos, uma perspectiva de investigação peculiar.

Em linhas muitos gerais, essa diferença, e que será também uma das suas vantagens, reside no fato de tornar possível que a análise social deixe de examinar os sistemas sociais em termos de categorizações ou classificações de indivíduos (WELLMAN; BERKOWITZ, 1988, p. 4) para, agora, observar e explorar "os sistemas sociais e os processos sociais em termos de *relações* entre e dentro das suas partes constituintes" (BERKOWITZ, 1982, p. 2, tradução nossa). Isto é, o método da *network analysis* notabiliza-se e diferencia-se das outras abordagens, sobretudo, por utilizar conceitos e informações sobre *relações* no seio de uma dada estrutura social (WASSERMAN; FAUST, 1994, p. 6).

Para Wasserman e Faust (1994, p. 4), são quatro os princípios sobre os quais se assenta esta teoria das redes sociais: 1) os atores (instituições, pessoas etc.) e o seu comportamento são vistos como unidades interdependentes, embora constituam "nós" autônomos; 2) as ligações entre estas unidades interdependentes são vistas como canais por onde circulam certos recursos, podendo ser estes recursos qualquer objeto material ou imaterial; 3) os modelos de redes sociais encaram as estruturas da rede como meios de constrangimento e/ou de oportunidades da ação individual; 4) os modelos de redes sociais conceptualizam as estruturas da rede social como padrões constantes de relações entre as unidades ou *nós*.

Esta mudança de perspectiva analítica possui algumas vantagens comparativas relativamente às abordagens mais tradicionais, para responder à segunda interrogação. Em primeiro lugar, ela permite conjugar tanto uma análise macroscópica quanto microscópica do mesmo objeto, isto é, "A análise das redes permite focar a atenção no comportamento individual sem perder de vista a sua inserção nas estruturas sociais" (PORTUGAL, 2007, p. 12).

Em segundo lugar, ela permite compreender como se encontra estruturada uma determinada rede, como ela funciona e sob quais regras funciona, como os indivíduos se posicionam

no seu interior e quais são essas posições, como a ação individual é influenciada e como esta interação influencia a forma e estruturas da rede.

Em terceiro lugar, a abordagem das redes "fornece uma explicação do comportamento social baseado em modelos de interacção entre os actores sociais" (PORTUGAL, 2007, p. 7). Quer dizer, tendo-se em conta as estruturas e a forma da rede, é possível identificar o modo como os indivíduos interagem e a razão da interação, como mobilizam os recursos circulantes e quais as condições que têm para o fazer, como se integram e saem da rede, como influenciam o comportamento dos demais etc.

Em quarto lugar, esse método permite ainda desvendar, dentre outras coisas, as propriedades específicas das relações entre os atores e como estas propriedades – e as estruturas da rede – condicionam a ação coletiva (PORTUGAL, 2007, p. 12).

Assim, a justificativa para empregarmos o método da análise de redes assenta-se fundamentalmente no fato de permitir: 1) identificar o modo como se encontra estruturada a rede da pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil e qual a sua dimensão; 2) saber como estão relacionados os programas e quais são as direções dos fluxos; 3) detectar, a partir da quantidade de relações entre os programas, a densidade da rede; e, sobretudo, 4) descobrir quem são os atores mais centrais e quem são os atores que ocupam posição mais periférica – isto é, os programas que têm maior capacidade de influenciar outros programas.

Em suma, o tipo de informação que a análise de redes sociais permite acessar é muito vasto e detalhado e nesse aspecto geral reside a sua vantagem comparativa relativamente a outros métodos possíveis.

Considerada na perspectiva dos aspectos operacionais de uma investigação, "a análise a partir das redes sociais pode sintetizar-se em algumas questões muito simples: Quem? O quê? Como? Quem faz parte das redes? Quais os conteúdos dos fluxos das redes? Quais as normas que regulam a sua ação?" (PORTUGAL; NOGUEIRA; HESPANHA, 2014, p. 936).

Com efeito, fazem parte da rede de pós-graduação *stricto senso* em Direito no Brasil todas as instituições de ensino superior que mantêm pelo menos um curso de mestrado em Direito, independentemente de ser esse programa de viés acadêmico – a grande maioria – ou de viés profissional.

Para a composição da amostra, foram considerados apenas os programas *em funcionamento* no ano de 2016 cuja *área de avaliação* é *o Direito* – isto é, os critérios utilizados para identificar os programas através da Plataforma Sucupira[6] foram "área de avaliação" e "situação do programa".

• • •

6 Sítio eletrônico mantido pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (<https://sucupira.capes.gov.br>) onde encontram-se armazenadas e publicizadas informações gerais sobre todos os programas de pós-graduação existentes no Brasil, tais como dados cadastrais do curso, linhas de pesquisa, financiadores, proposta, discentes, docentes, participantes externos, projetos de pesquisa etc.

Com isto, foram excluídos da rede: 1) os programas já extintos (a exemplo do antigo programa da Universidade Gama Filho), pois já não mais teriam a possibilidade de influenciar; 2) os programas interdisciplinares, pois a possibilidade de influenciar é bastante limitada em virtude da quantidade e do tamanho dos programas existentes, bem como da natureza do conhecimento produzido; e 3) as universidades que não mantém programas específicos em Direito (a exemplo da Unicamp), posto que, embora tenham egressos absorvidos como docentes por programas específicos de Direito, a natureza do conhecimento produzido é essencialmente extrajurídico.

O conteúdo dos fluxos da rede estudada é, tal como apontamos precedentemente, "professores doutorados em Direito". Para identificá-los através da Plataforma Sucupira foram consideradas apenas as variáveis "ano" e "categoria". Assim, inserem-se no espaço amostral somente os docentes que se encontram vinculados aos programas como *membros permanentes* em março de *2016*, momento do levantamento de dados, estando excluídos, dessa forma, os *membros colaboradores* e os *membros visitantes*.

Sem embargo, tendo-se em conta que abordagem pretendida para esta primeira análise da rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil tem viés mais estrutural – ou seja, está mais centrada na identificação e análise das propriedades morfológicas (densidade, dimensão, centralização etc.) da rede –, a questão de saber quais são as normas que regulam as interações entre os programas foi ignorada.

Por fim, para construir os *outputs* da pesquisa foram utilizados os *software Ucinet 6.528* (BORGATTI; EVERETT; FREEMAN, 2002) e *NetDraw 2.141* (BORGATTI, 2002).

3 Resultados

Por motivo de ordem metodológica e didática, os resultados encontram-se distribuídos em seis tópicos distintos, sendo o primeiro dedicado à rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Brasil como um todo e os demais dedicados à rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito de cada uma das regiões (Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul) do país.

3.1 A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Brasil

Até o ano de 2016, de acordo com os dados coletados através da Plataforma Sucupira ao utilizar-se as variáveis "área de avaliação" e "situação do programa", encontram-se *em funcionamento* 94 programas de pós-graduação em Direito. No conjunto destes cursos, encontram-se vinculados como *membro permanentes* 1.824 professores,[7] número que pode ainda

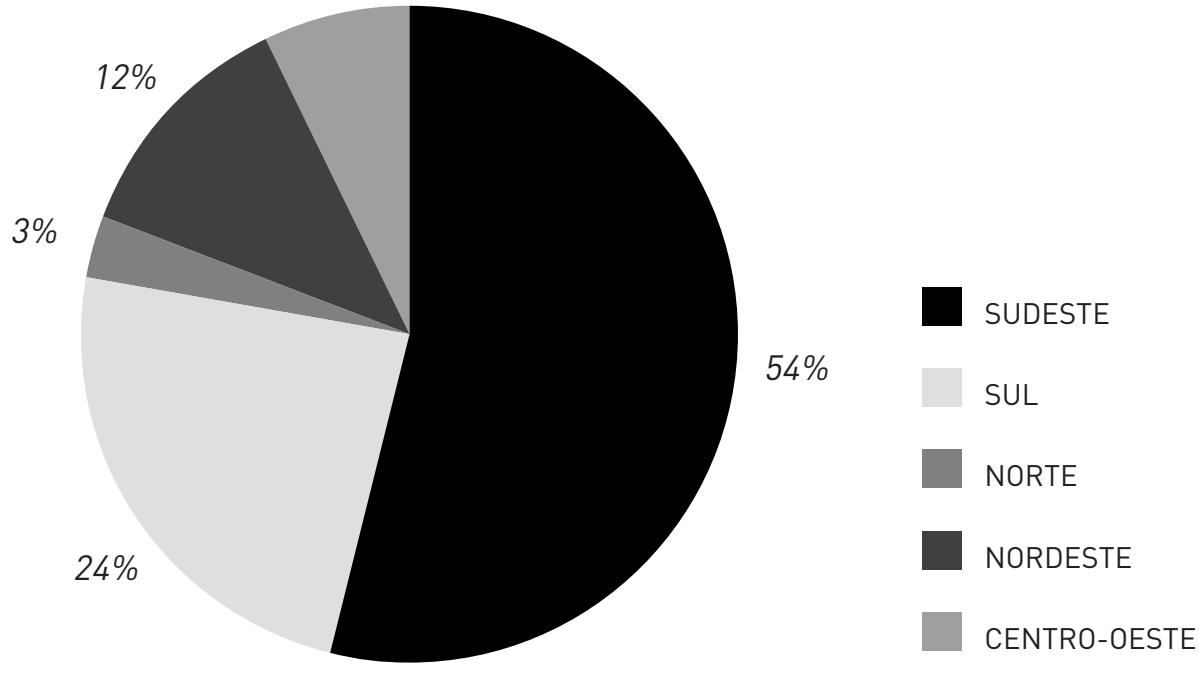
7 É preciso registrar que este não representa um número absolutamente exato, pois existem alguns docentes cadastrados como membros permanentes em dois ou três programas diferentes, tal como autoriza a

evoluir se forem considerados *membros colaboradores* e *membros visitantes*, ou se novos programas forem criados.

Salvo o caso do programa de Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza – UNIFOR/Ceará, que contém um membro permanente com titulação máxima de mestre, os demais cursos de pós-graduação *stricto sensu* em Direito são compostos por docentes portadores de, no mínimo, um título de doutorado – o que, aliás, constitui exigência do Ministério da Educação e da CAPES.

Com efeito, a distribuição destes programas e, naturalmente, dos seus docentes permanentes é bastante irregular e desigual ao longo das regiões do país. A região Sudeste é, de longe, a que concentra o maior número de programas e de docentes, seguida das regiões Sul, Nordeste, Centro-Oeste e Norte. O Gráfico 1 ilustra, em percentuais, a concentração de docentes por região do país.

GRÁFICO 1 – **DISTRIBUIÇÃO DOS PROFESSORES POR REGIÃO**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

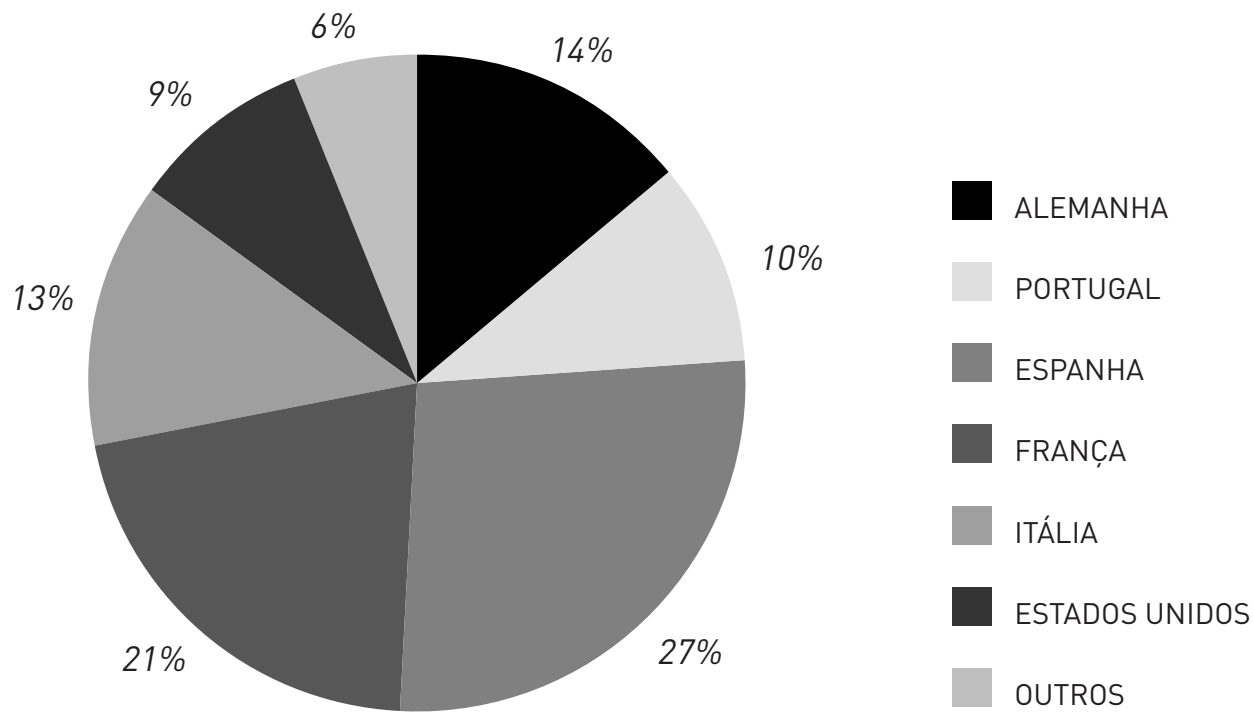
Portaria n. 174, de 30 de dezembro de 2014 da CAPES. Estes casos, entretanto, são excepcionais e não chegam a produzir grande alteração no número final, razão pela qual diríamos ter uma margem de erro de 15 docentes nesta situação, para mais e para menos.

O número de docentes que cursaram o seu doutoramento no exterior também se mostra relevante nesse espaço amostral. Os dados obtidos revelam que 205 professores – 11,2% do total – doutoraram-se em universidades estrangeiras. Deste conjunto, três universidades se destacam como as que mais forneceram docentes para a pós-graduação *stricto sensu* brasileira: a Universidade de Coimbra, Portugal, com 15 doutorados; a Universidad Complutense de Madrid, Espanha, com 12 doutorados e a Université Panthéon Sorbonne – Paris I, França, com 11 doutorados.

Os três países, entretanto, que mais forneceram docentes para a pós-graduação *stricto sensu* do Brasil foram Espanha (55 professores), França (44 professores) e Alemanha (29 professores). Portugal (20 professores), embora com conexões acadêmicas sólidas com o Brasil, aparece apenas na quinta posição, o que, todavia, não deixa de se justificar se compararmos o tamanho da sua pós-graduação *stricto sensu* em Direito com a dos países europeus citados.

Quanto ao continente americano, o país que mais forneceu professores para a pós-graduação em Direito brasileira foram os Estados Unidos da América, com 18 docentes. A participação dos demais países americanos, sobretudo os da América do Sul, vizinhos ao Brasil, é praticamente irrelevante, com Argentina, Uruguai e Paraguai tendo fornecido apenas um docente cada. O Gráfico 2 ilustra a distribuição dos docentes doutorados por universidades estrangeiras conforme os países onde obtiveram a titulação.

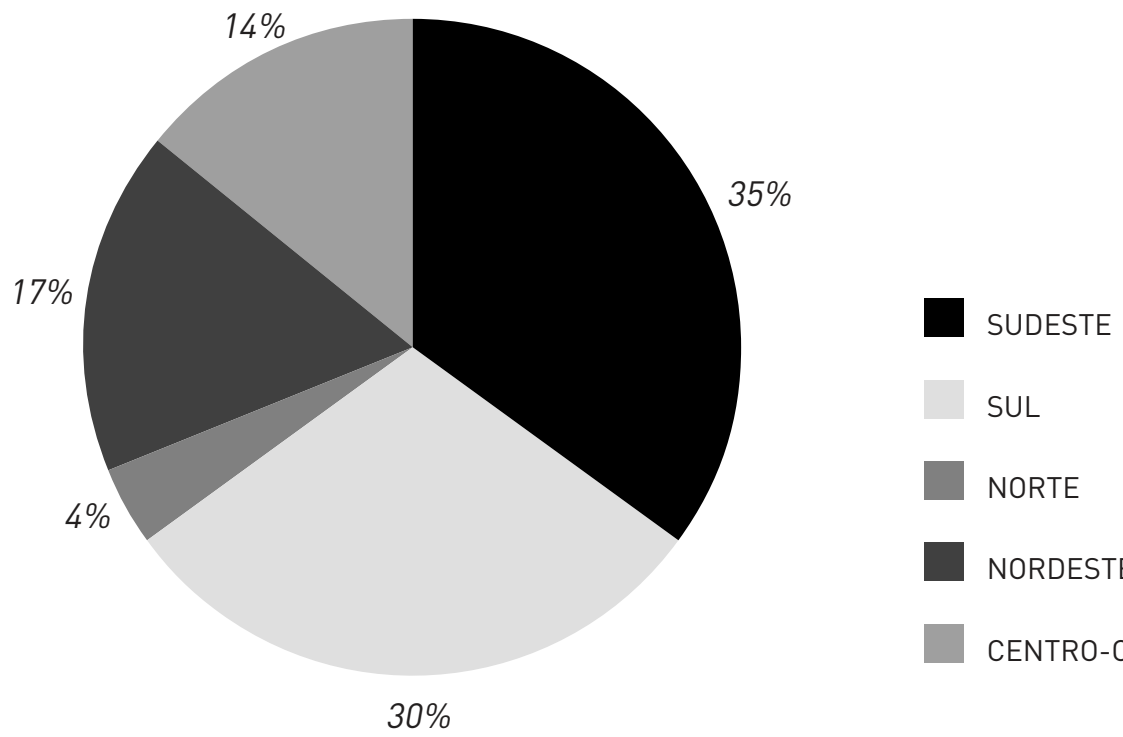
GRÁFICO 2 – **TITULADOS NO EXTERIOR DISTRIBUÍDOS POR PAÍSES**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

A distribuição desses docentes titulados no exterior também é irregular e desigual ao longo do país. Naturalmente as regiões Sudeste e Sul, por serem as mais desenvolvidas economicamente e por terem sido as últimas a receber imigrantes europeus, apresentam a maior concentração desses professores, seguidas das regiões Nordeste, Centro-Oeste e Norte. O Gráfico 3 ilustra essa distribuição dos docentes titulados no estrangeiro por região do país.

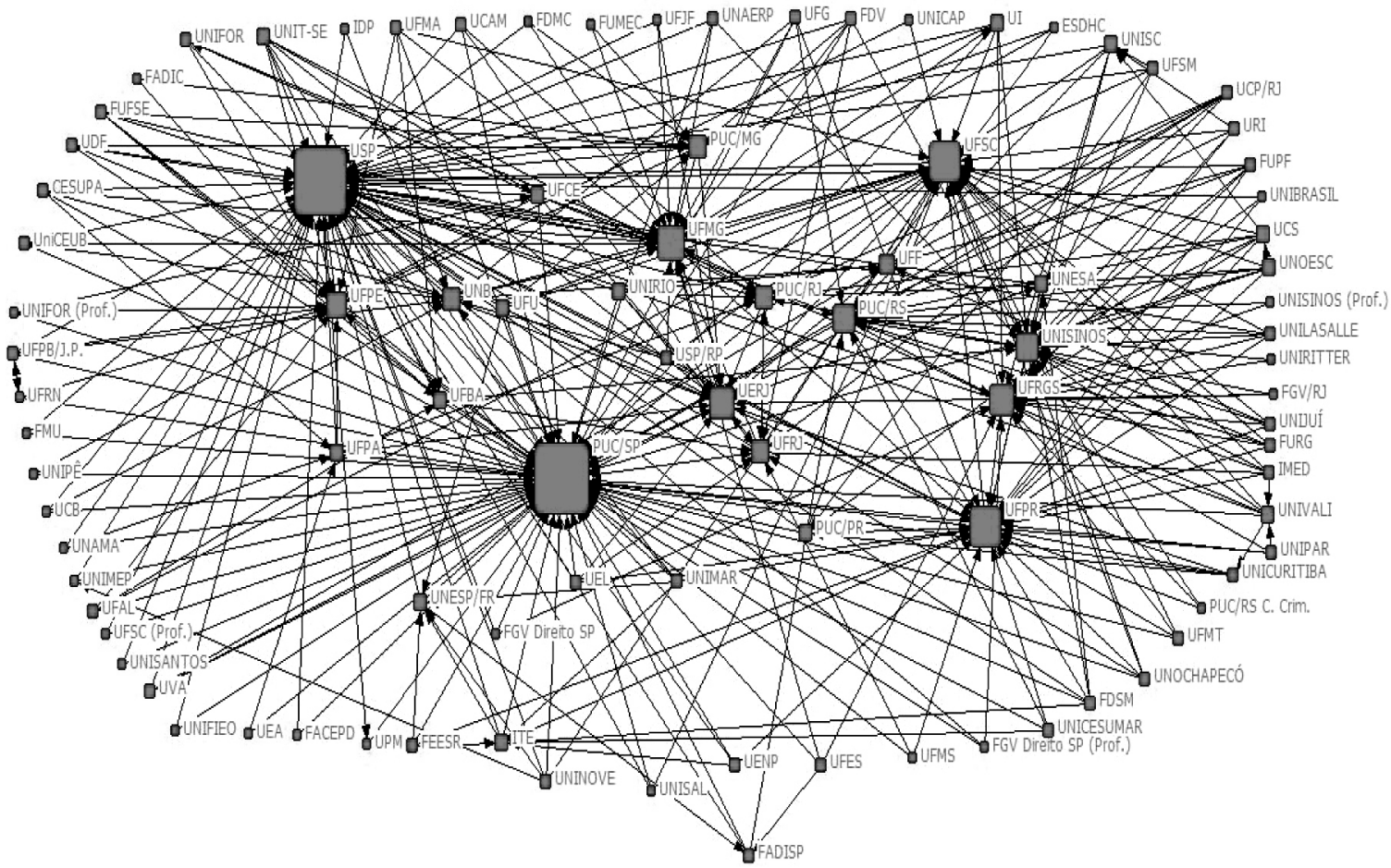
GRÁFICO 3 – **TITULADOS NO EXTERIOR DISTRIBUÍDOS POR REGIÃO**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

Tendo registrado os dados de natureza mais quantitativa, passamos agora para análise da rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil. O Gráfico 4 representa esta rede, seus atores e as ligações que cada um mantém com os demais.

GRÁFICO 4 – **REDE DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL – FORMA 1**



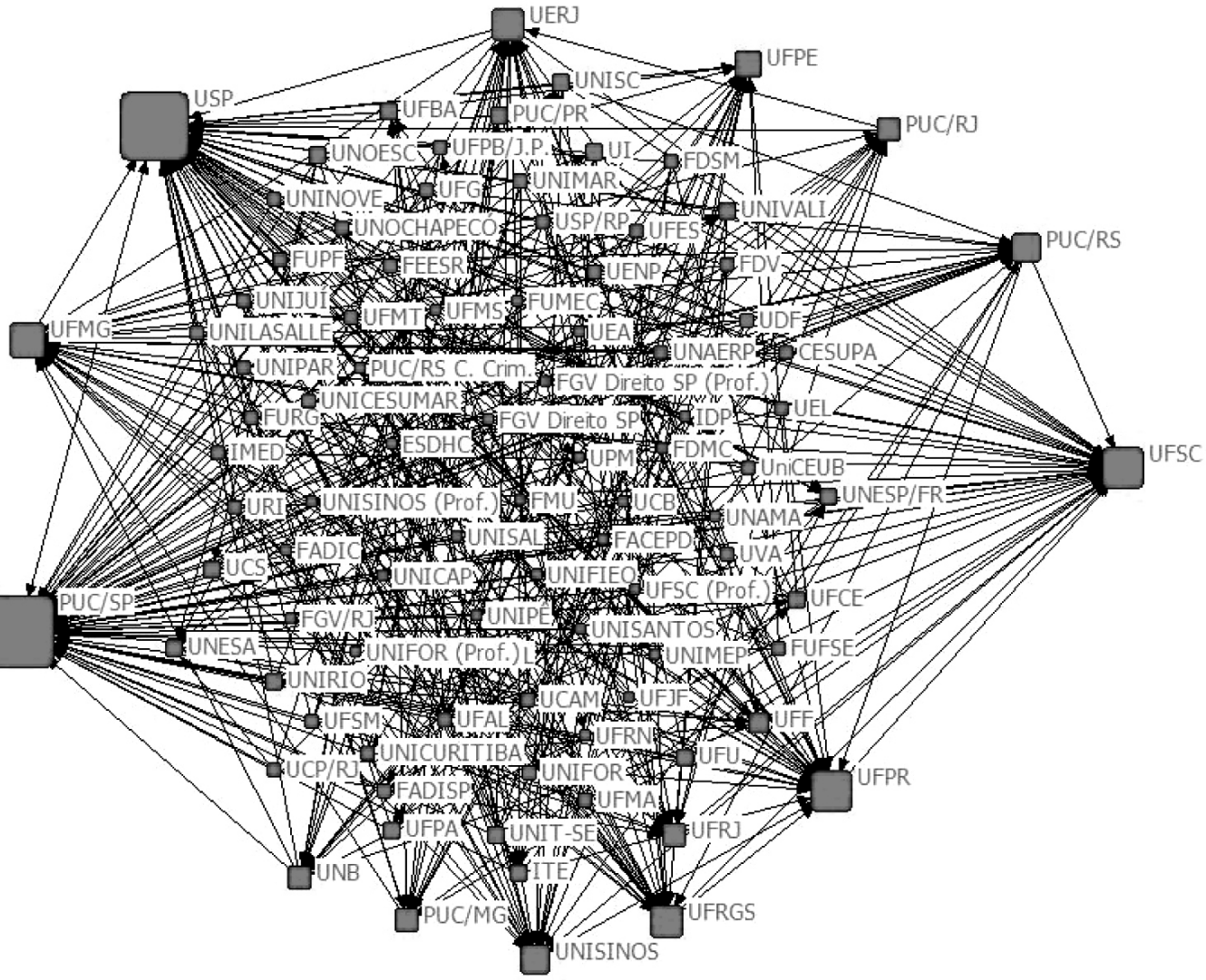
Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

Como se pode observar, o primeiro dado relevante que esta imagem nos revela é a existência de uma conectividade moderada entre os programas, vale dizer, aparentemente, trata-se de uma rede com densidade considerável. Com efeito, embora só a densidade não possa nos dizer concludentemente acerca da centralidade dos atores, o nível em que se manifesta pode indiciar, sendo baixo, a existência de alguns agentes centrais ou de agentes não vinculados à rede e, sendo elevado, a inexistência de agentes centrais ou a existência de múltiplos agentes centrais.

No caso concreto da rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil, temos 94 atores e 387 ligações, o que resulta numa densidade de 4,4%. O *software Ucinet 6.528* (BORGATTI; EVERETT; FREEMAN, 2002) calcula automaticamente o nível de densidade de uma dada rede, mas é possível calculá-la manualmente "dividindo o número de relações existentes entre as possíveis e multiplicando por 100 [D = RE / RP x 100]. O cálculo do total de relações possíveis faz-se multiplicando o número total de nós pelo número total de nós menos 1 [RP = NTN x (NTN – 1)]" (ALEJANDRO; NORMAN, 2005, p. 17).

Esse valor de densidade indica estarmos, de fato, diante de uma rede com atores consideravelmente centrais. Aliás, o Gráfico 4 e o Gráfico 5 já nos mostram quem são os atores principais da rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Brasil – aqueles que se encontram representados por uma figura geométrica maior relativamente aos demais.

GRÁFICO 5 – **REDE DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL – FORMA 2**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

A Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e a Universidade de São Paulo (USP) aparecem como as mais centrais e como as que conseguem alcançar o maior número de outros cursos, embora a diferença de centralidade entre as duas seja ligeira.

Essa centralidade significa que são a PUC-SP e a USP as instituições de ensino superior que mais tiveram seus egressos absorvidos como membros permanentes de outros programas

de pós-graduação *stricto sensu* em Direito, e, portanto, são as que mais poderiam influenciar o conhecimento jurídico no Brasil divulgando escolas de pensamento, caso existentes.

Entretanto, e como dissemos anteriormente, a baixa densidade da rede indicia a existência de alguns outros atores centrais, não no mesmo nível de PUC-SP e USP, mas igualmente relevantes no plano global da rede. São esses atores, entre outros, as Universidades Federais do Paraná, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais, dentre outras que a imagem destaca. O Quadro 1 apresenta os índices de centralidade específicos dos 20 programas mais centrais da rede.

QUADRO 1 – **ÍNDICE DE CENTRALIDADE DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL**

PROGRAMA	**ÍNDICE** (%)
PUC-SP	68,8
USP	64,5
UFPR	33,3
UFSC	33,3
UFMG	25,8
UNISINOS	21,5
UFRGS	21,5
UERJ	19,4
PUC-RS	16,1
UFPE	16,1
UFRJ	11,8
UNB	11,8
PUC-RJ	11,8
PUC-MG	9,7

UFF	6,5
UNESP-FRANCA	5,4
ITE	5,4
UNESA	4,3
UFBA	4,3
PUC-PR	3,2

Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

A imagem da rede global de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Brasil conjugada com o quadro de centralidade nos revelam mais algumas informações relevantes.

Em primeiro lugar, na lista dos 20 programas mais centrais, da segunda à sexta posição são ocupadas pelos cursos melhor avaliados (nota 6) pela CAPES. Excetuam-se das primeiras posições, embora não deixem de ter algum destaque na lista geral, somente os cursos de pós-graduação *stricto sensu* em Direito oferecidos pelas Pontifícias Universidades Católicas de Minas Gerais (PUC-MG) e do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e pela Universidade de Brasília (UNB).

Em segundo lugar, é possível constatar que a rede da pós-graduação brasileira está orientada para as regiões Sudeste e Sul do país, pois todas as universidades que integram a pós-graduação em Direito no Brasil admitiram como docente permanente em seus quadros pelo menos um professor doutorado nos programas do Sul e Sudeste do país.

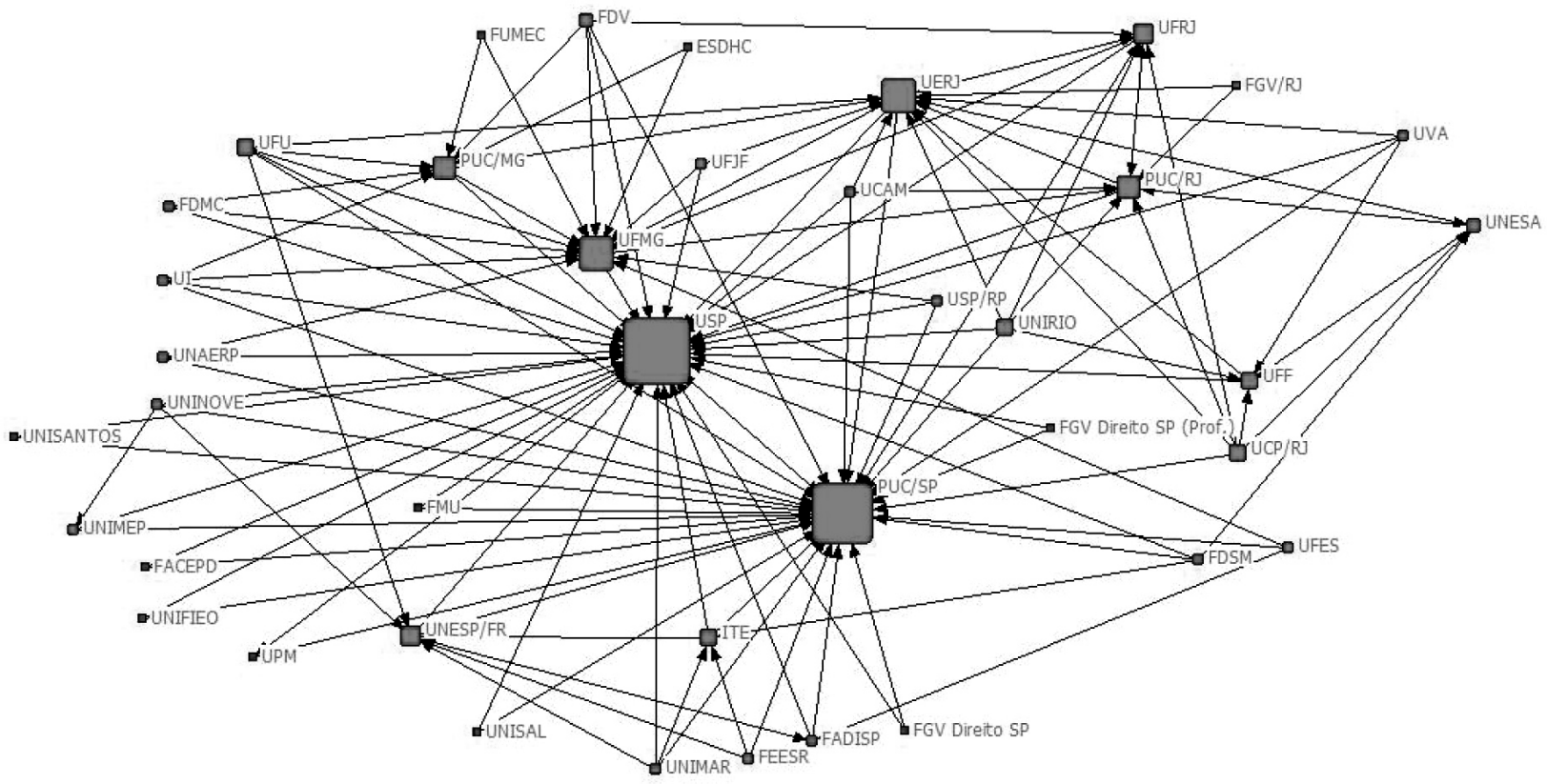
Mas essa orientação da rede em direção ao sul do Brasil, em terceiro lugar, é compensada com o fato de serem também duas marcas da pós-graduação em Direito brasileira tanto a forte endogenia quanto a regionalização. Isso significa que não só os programas costumam absorver como professores seus antigos alunos de doutoramento,[8] como há, também, pelo menos um programa cujos egressos foram absorvidos pela quase integralidade dos demais programas da região.

8 Embora não tenhamos apresentado nenhuma estatística acerca desta informação, durante o levantamento dos dados constatou-se que grande parte dos programas de pós-graduação *stricto sensu* contava como membro permanente com pelo menos um antigo aluno de doutoramento. Essa tendência se observou nos programas menores e com pior classificação, mas, principalmente, nos grandes programas e com melhor avaliação por parte da CAPES.

3.2 Região Sudeste

A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da região Sudeste do Brasil é a maior das redes regionais. Contabiliza 40 programas – entre eles, os maiores do país –, 989 docentes e abriga, no estado de São Paulo, os dois programas mais centrais da pós-graduação em Direito, fatores todos que fazem com que a rede brasileira esteja fortemente orientada em sua direção. O Gráfico 6 ilustra a rede em questão.

GRÁFICO 6 – **Rede dos programas de pós-graduação em Direito na região Sudeste do Brasil**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da região Sudeste apresenta 125 interações entre os programas, o que resulta em uma densidade de 8%, superior à média nacional, mas ainda um valor relativamente baixo.

Com efeito, esse valor de densidade, junto com a imagem, evidencia tratar-se de uma rede com alguns agentes centrais. Isto é, fora a PUC-SP e a USP, despontam centrais no quadro regional a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), e as PUC-MG e PUC-RJ.

Diferentemente do que ocorre ao nível nacional, em que a PUC-SP aparece como a mais central e, assim, como a mais capaz de influenciar outros programas com a difusão de escolas de pensamento acaso existentes, na região Sudeste, essa centralidade se altera e a USP passa a ser a instituição com maior capacidade de divulgar sua escola de pensamento jurídico, se existente. Em termos concretos, esses índices de centralidade regional situam-se, para a USP, na casa dos 82,1%, e, para a PUC-SP, na casa dos 74,4%.

Essas instituições, tal como todas as demais,[9] também se inscrevem na tendência geral de absorver como membros permanentes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito seus antigos alunos de doutoramento. Por exemplo, dos 115 docentes da PUC-SP, 105 doutoraram-se na própria instituição, e dos 174 docentes da USP, 155 foram admitidos entre os seus antigos alunos.

Chama a atenção o fato de terem se doutorado na USP apenas seis dos 115 professores da PUC-SP e de terem se doutorado na PUC-SP apenas nove dos 174 professores da USP. Isto é, há pouca comunicação de professores entre as duas instituições.

No mais, a rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Sudeste também se mostra consideravelmente regionalizada, mas essa regionalização adquire outro significado, talvez mais próximo à estadualização, pois todos os estados da região contam com uma estrutura de pós-graduação *stricto sensu* bastante estruturada e prestigiada.

3.3 Região Sul

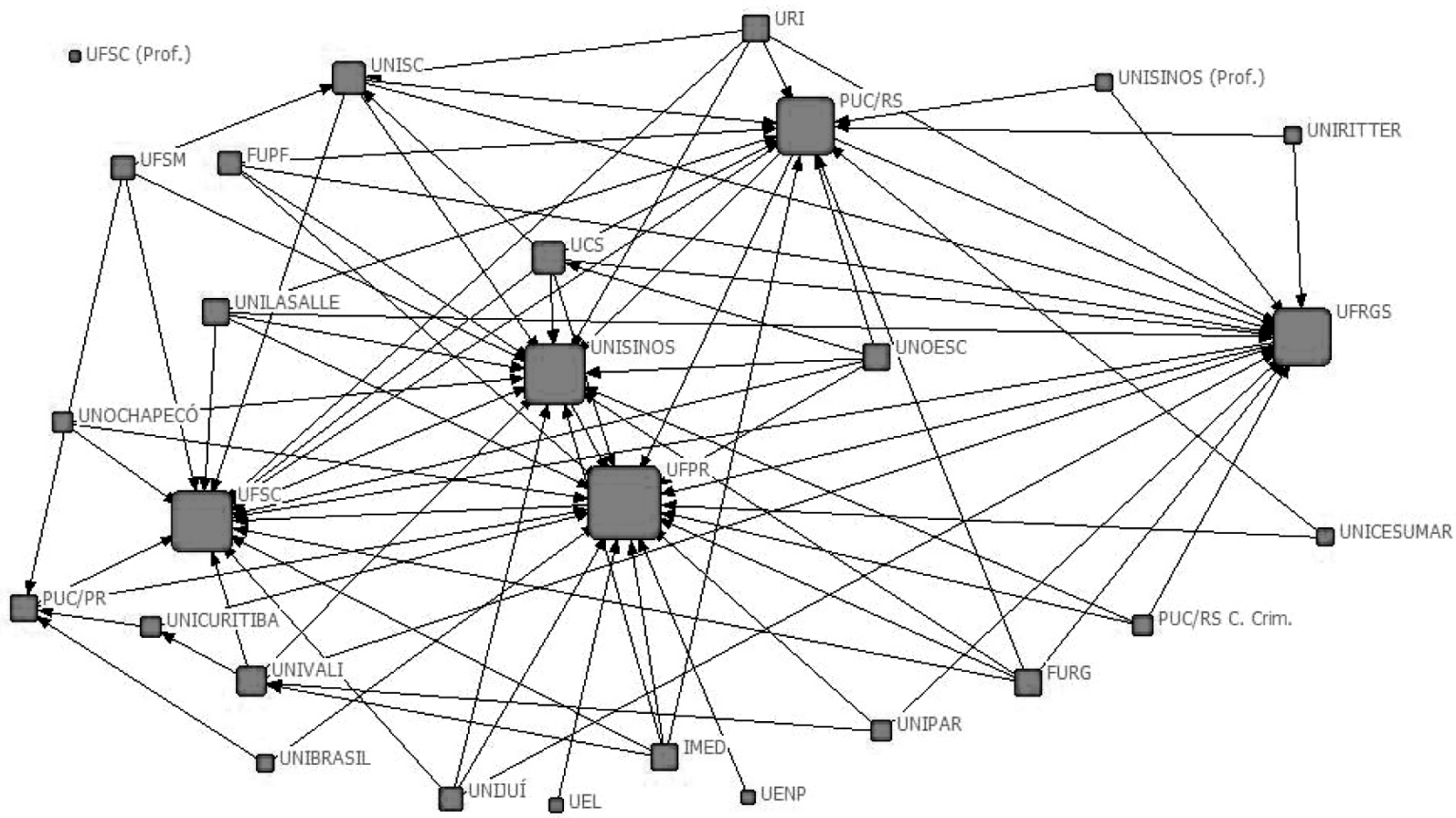
A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da região Sul do Brasil é a segunda maior das redes regionais. Conta com 28 programas em funcionamento e 441 docentes, sendo que, desse conjunto, quatro programas (UNISINOS, UFSC, UFPR e PUC-RS) estão entre os cursos mais bem avaliados (nota 6) pela CAPES,[10] correspondendo a metade dos programas em Direito com esta nota. Com efeito, os três estados que compõem a região possuem pelo menos um destes programas, salvo o Rio Grande do Sul, que possui dois (UNISINOS e PUC-RS).

Quanto à distribuição dos programas na região, verifica-se ser o estado do Rio Grande do Sul aquele que concentra a maior quantidade (15 cursos), com Paraná e Santa Catarina contabilizando oito e cinco cursos, respectivamente. O Gráfico 7 ilustra a rede em questão.

9 A UFMG, por exemplo, contabiliza um corpo docente de 54 professores, sendo que 40 deles doutoraram-se na própria instituição, o mesmo que vale para a UERJ (81 docentes; 39 doutorados na própria instituição).

10 São oito, no total, os programas de pós-graduação em Direito com esta avaliação.

GRÁFICO 7 – **REDE DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NA REGIÃO SUL DO BRASIL**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da região Sul contabiliza 84 interações entre os programas, o que resulta em uma densidade de 11,1%, superior à média nacional e à média obtida para a região Sudeste.

Como evidencia o Gráfico 7, trata-se de uma rede de centralidade compartilhada. Isto é, dos 28 atores existentes, cinco deles ocupam posição de centralidade no interior da rede, sendo três deles situados no estado do Rio Grande do Sul. Em termos concretos, o rol dos programas mais centrais da região são: a) UFPR, com índice de 70,4%; b) UFSC, com índice de 59,3%; c) UNISINOS, com índice de 55,6%; d) UFRGS, com índice de 48,1%; e, por fim, e) PUC-RS, com índice de 40,7%.

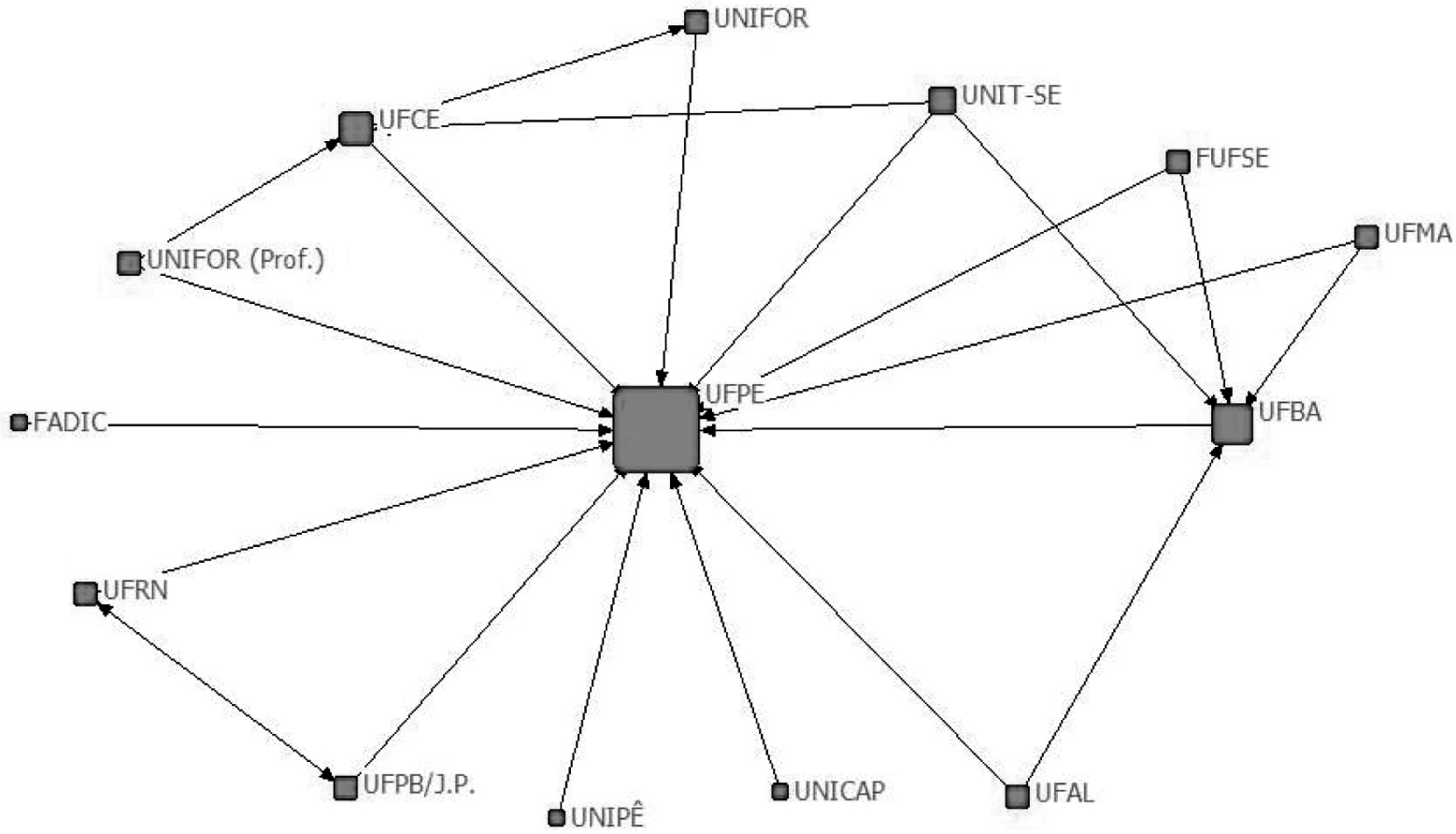
Estas instituições também se inserem na tendência de absorver como membros permanentes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito seus antigos alunos de doutoramento. No caso, por exemplo, da UFPR, dos seus 36 docentes permanentes, 21 se doutoraram na própria instituição, enquanto que, para a UFSC, este número é de 24 para um total de 34 professores.

No mais, e devido à grande oferta formativa existente na região, a rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do sul do Brasil também se mostra, tal como apontamos para a região Sudeste, consideravelmente estadualizada, posto que todos os estados da região contam com uma estrutura de pós-graduação *stricto sensu* bastante estruturada e prestigiada.

3.4 Região Nordeste

A região Nordeste do Brasil possui a terceira maior rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito: encontra-se estruturada sobre 14 programas e 220 professores. Com efeito, diferentemente do que ocorre nas regiões Sul e Sudeste, dos nove estados do Nordeste brasileiro, apenas o Piauí não possui programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito. Por outro lado, quanto à distribuição dos programas, são os estados do Ceará e de Pernambuco os que concentram a maior quantidade de cursos, cada um com três. O Gráfico 8 retrata a rede em questão.

GRÁFICO 8 – **Rede dos programas de pós-graduação em Direito na região Nordeste do Brasil**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da região Nordeste contabiliza 22 interações entre os seus 14 programas, o que resulta em uma densidade de 12,1%, superior à média nacional e à média obtida pelas duas outras regiões já analisadas.

É possível verificar por meio do Gráfico 8 que se trata de uma rede com um único ator central: o programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com índice de centralidade de 100%. Isto significa que os demais programas existentes na região possuem pelo menos um docente doutorado naquela instituição, de modo que a sua possibilidade de influenciar os demais a nível regional é máxima.

Também a UFPE se insere na tendência de absorver como membros permanentes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito seus antigos alunos de doutoramento. No caso, dos seus 25 docentes permanentes, 20 se doutoraram na própria instituição. Esta não é uma tendência generalizada, pois há programas, tal como o da Universidade Federal da Bahia (UFBA), que apresentam taxa de absorção de professores entre ex-alunos muito baixa (apenas cinco dos 27 docentes do programa da UFBA doutoraram-se na própria instituição).

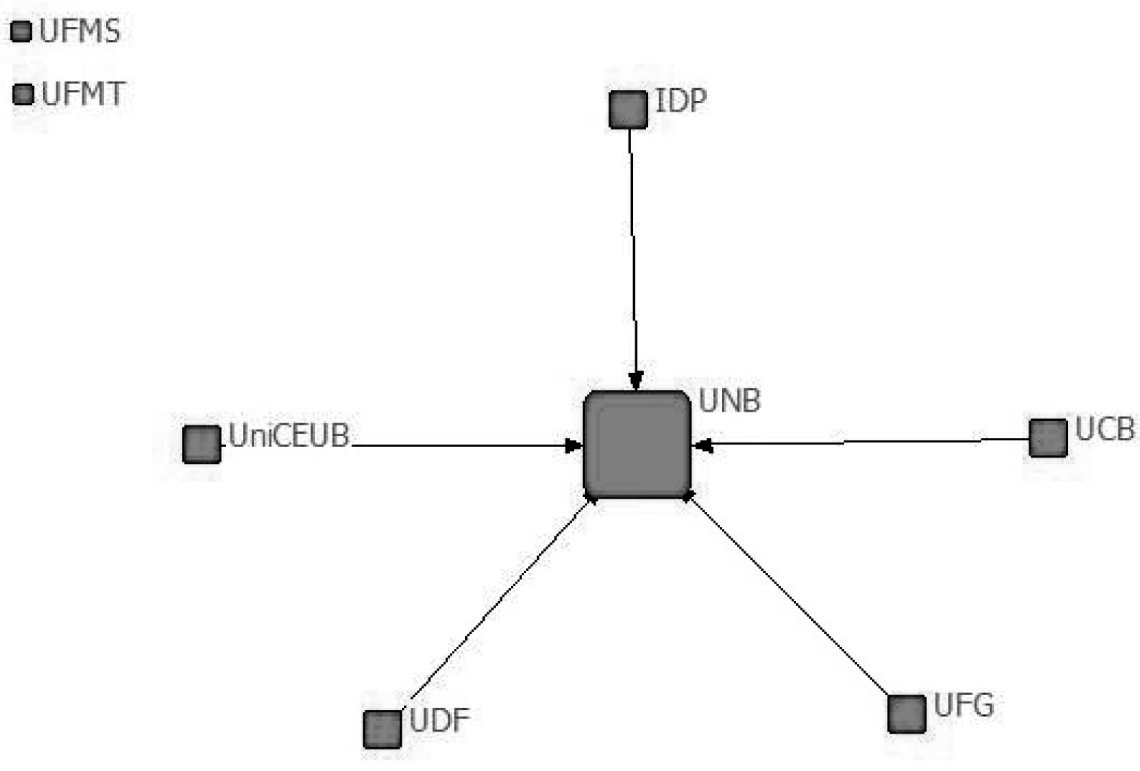
No mais, embora seja mediana a oferta formativa existente na região, trata-se de uma rede altamente regionalizada e centralizada em um único ator, diferentemente do que se passa nas outras regiões.

3.5 Região Centro-Oeste

A região Centro-Oeste representa a segunda menor rede regional de pós-graduação *stricto sensu* em Direito. Constitui-se sobre oito programas, 117 docentes e encontra-se distribuída ao longo dos quatro estados (Goiás, Distrito Federal, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul) que lhe compõem.

Com efeito, todos os estados da região possuem ao menos um curso de pós-graduação *stricto sensu* em Direito, e o Distrito Federal é aquele que concentra o maior número deles (cinco cursos), como também abriga o mais bem avaliado da região, o programa da UNB, com nota 6. O Gráfico 9 ilustra a rede em questão.

GRÁFICO 9 – **REDE DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NA REGIÃO CENTRO-OESTE DO BRASIL**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da região Centro-Oeste contabiliza cinco interações entre os seus oito programas, o que resulta em uma densidade de apenas 8,9%, ligeiramente inferior aos índices obtidos paras as regiões Nordeste e Sul e ligeiramente superior ao índice obtido para a região Sudeste.

Do gráfico em questão, é possível desde logo extrair-se duas informações importantes. A primeira: os programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito mantidos pela UFMS e pela UFMT encontram-se desvinculados da rede regional. A segunda: é da UNB o programa mais central da rede: índice de centralidade de 71,4%.

Ora, conjugadas estas duas informações, é possível verificar-se que a centralidade do programa oferecido pela UNB limita-se apenas à região territorial abrangida pelo próprio Distrito Federal e pelo estado de Goiás, isto é, não configura o programa mais central da região Centro-Oeste, e, portanto, aquele teria maior possibilidade de influenciar os demais.

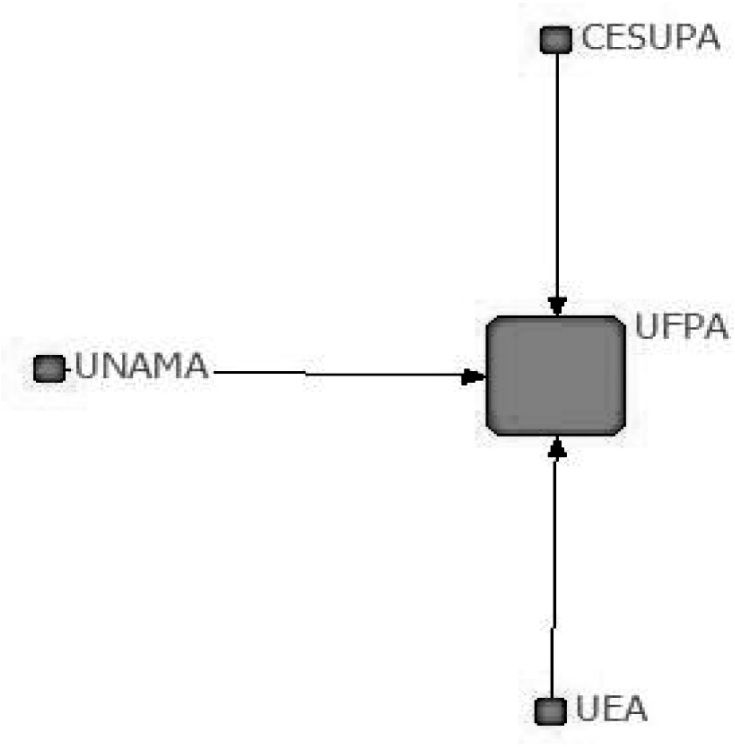
Para além disto, também não se pode dizer que a rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da região Centro-Oeste é, tal como as anteriores, fortemente regionalizada, pois o corpo docente dos dois programas desvinculados da rede é composto majoritariamente por docentes doutorados por universidades do sul e sudeste do Brasil.

Por fim, nesta rede, a tendência de absorver como membros permanentes dos programas antigos alunos de doutoramento é menos acentuada – aliás, a maioria dos programas sequer possui ao menos um antigo discente entre os seus quadros (IDP, UDF, UniCEUB, UCB e UFMS).

3.6 Região Norte

A região Norte do Brasil representa a menor rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito. Embora sua área territorial abranja sete estados, apenas dois deles possuem cursos de pós-graduação *stricto sensu* em Direito: Pará e Amazonas. Trata-se, portanto, da região com menor oferta formativa a esse nível acadêmico. Com efeito, são apenas quatro os cursos de pós-graduação *stricto sensu* em Direito existentes na região. Dois são ofertados por instituições de ensino superior públicas (Universidade Federal do Pará – UFPA e Universidade do Estado do Amazonas – UEA), e os outros dois por instituições de ensino superior particulares (Universidade da Amazônia – UNAMA e Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA), o que torna ainda mais condicionada a educação pós-graduada em Direito. Veja-se o Gráfico 10.

GRÁFICO 10 – **Rede dos programas de pós-graduação em Direito na região Norte do Brasil**



Fonte: Dados coletados na Plataforma Sucupira (2016).

O estado do Pará é o que concentra a maior parte deles (UFPA, UNAMA e CESUPA) e o estado do Amazonas conta com apenas um (UEA). Também é do estado do Pará o programa mais central desta rede (UFPA, com índice de centralidade de 100%) cuja densidade situa-se em 25%. Trata-se, portanto, de uma rede altamente regionalizada.

Por fim, salvo o programa mantido pela UFPA, que dos seus 25 membros permanentes, nove foram absorvidos entre alunos doutorados na própria instituição, nenhuma das outras instituições possui como membro permanente ao menos um antigo aluno de doutoramento – o que se justifica por ser esta a única instituição com oferta formativa a este nível; as demais possuem apenas cursos de mestrado.

4 Discussão

Em recente artigo publicado sob o título "Quem influencia a pós-graduação em Direito no Brasil? Uma análise empírica da nucleação acadêmica", Marcelo Varella (2015) toma como seu problema de investigação saber se existe, de fato, algum programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil que exerça influência determinante sobre os demais – influência esta que denomina de "nucleação acadêmica".

O autor considera haver dois indicadores principais para mensurar essa nucleação acadêmica de um programa sobre os demais. O primeiro, "é que seus egressos tornem-se professores em outros programas de mestrado e doutorado". O segundo, "é a influência direta do conhecimento nela produzido na construção do saber em uma determinada área" (VARELLA, 2015, p. 112).

Sem embargo, e como havíamos indicado de modo breve na introdução, pensamos que o primeiro indicador – precisamente o indicador analisado por Marcelo Varella (2015) – não nos permite concluir acerca da influência ou não de um programa. Isto porque, pensamos nós, a real e verdadeira influência de um programa ou instituição somente pode ser verificada através do impacto que o conhecimento ali produzido gera na área e sobre as demais instituições. É dizer, influenciar o conhecimento de uma área significa, em linhas muito gerais, produzir conhecimento relevante acerca dos seus pressupostos, do seu objeto, dos seus postulados ou dos seus métodos induzindo uma certa maneira de pensar (participando de modo efetivo na construção do saber daquela determinada área), e isto só é possível mensurar verificando-se a adesão que a comunidade científica faz a uma concreta proposta teórica.

Em termos práticos, esta adesão pode ser apurada através de diversos indicadores, por exemplo, a partir do número de trabalhos publicados ou do número de citações dos estudos publicados acerca da proposta teórica em questão ou, também, por meio do número de grupos e centros de investigação dedicados ao seu estudo e aprofundamento etc.

Isto significa que somente é *influente* o programa ou instituição que consegue obter, quanto ao conhecimento produzido, a maior adesão da comunidade científica. Aquele que possui o maior número de egressos absorvidos como docentes de outros programas, ao contrário,

nos parece ter *maior possibilidade de influenciar* os demais com a divulgação de escolas de pensamento, acaso existentes, e isto porquanto tornam-se estes egressos os seus maiores e diretos divulgadores.

Vale dizer, enquanto o critério "influência" se refere à adesão da comunidade científica a uma certa *escola de pensamento*, o critério "maior capacidade de influência", ao contrário, remete à maior ou menor possibilidade desta específica escola de pensamento, caso exista, *ser difundida* dentro da rede – a eventual e significativa capacidade de influência de um determinado centro de pesquisa não o converte, diretamente, no mais influente, pois é preciso que antes tenha *algo* a divulgar.

Com efeito, também esta capacidade de influenciar de que tratamos no nosso estudo é possível de ser aferida por diversos indicadores – por exemplo, número de intercâmbios de investigadores e alunos, número de investigações realizadas em cooperação, número de eventos científicos realizados em parceria, participação em redes de pesquisa interinstitucionais etc. O indicador que, entretanto, decidimos utilizar foi, tal como na pesquisa de Marcelo Varella (2015), o número de egressos de uma determinada instituição absorvidos como professores pelas demais, pois são estes egressos os maiores instrumentos de difusão de uma escola de pensamento no interior da rede se esta, de fato, existir. Tal indicador, portanto, não é definidor da influência de um programa, mas, em verdade, daquele que teria maiores possibilidades de influenciar os demais por meio de seus egressos e caso existente uma escola ou doutrina de pensamento a ser difundida.

E isto em virtude de não termos eleito como problema de investigação apenas a questão de saber qual é o programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito que tem a maior capacidade de influenciar o conhecimento jurídico no Brasil, mas, também, a questão de saber como se encontra estruturado o mapa desta rede.

Ora, iniciando a discussão dos dados a partir desta segunda questão importante, podemos constatar desde logo que se trata de uma rede em expansão rápida. Todavia, enquanto Marcelo Varella (2015, p. 113) baseou o seu estudo em 71 programas, "todos os programas de pós-graduação em Direito existentes em 2012", nosso estudo encontra-se baseado num conjunto de 94 cursos, e isto apenas considerados os cursos com área de avaliação em Direito, pois fossem considerados os cursos interdisciplinares este número saltaria.[11]

Vemos, portanto, uma evolução significativa, de pouco mais de 20 novos programas num período de apenas 4 anos. Para Roberto Fragale Filho e Alexandre Veronese, em pesquisa realizada no ano de 2004:

11 Em pesquisa realizada no ano de 2014, Prado, Santos e Pereira Júnior (2015) basearam seu estudo num conjunto de 87 programas, ou seja, de 2014 a 2016 mais sete novos cursos de pós-graduação *stricto sensu* em Direito foram criados.

> Sem dúvida, a expansão foi intensa e movida por dinâmicas específicas em relação aos cursos de mestrado e de doutorado. Nos primeiros, ela proporcionou uma forte concentração em instituições privadas [...]. Por sua vez, nos últimos, a expansão concentra-se em instituições públicas e confessionais, mais especificamente, nas universidades católicas (FRAGALE FILHO;VERONESE, 2004, p. 56).

Esta expansão, entretanto, não se deu de forma regular entre as diversas regiões do país. De 2012 até 2016, momento de realização desta investigação, quatro novos programas foram criados na região Nordeste e apenas um novo programa fora criado na região Norte do Brasil (o curso de mestrado em direitos fundamentais da UNAMA).

Aliás, vimos que se trata de uma rede estruturada de forma muito *irregular* e *desigual* ao longo do espaço, pois enquanto as regiões Sul e Sudeste do Brasil são as que apresentam a maior concentração de programas num menor número de estados, a região Norte foi a que apresentou a menor quantidade de programas no maior número de estados, dado também confirmado por Prado, Santos e Pereira Júnior em estudo semelhante realizado no ano de 2014 e publicado em 2015, utilizando como base os 87 programas existentes até então:

> Os 87 programas estão distribuídos nas cinco regiões do país, mas há uma concentração nas regiões Sudeste e Sul. Na região Sudeste destaca-se o estado de São Paulo. Na região Sul, o estado do Rio Grande do Sul é o que apresenta o maior número. A região Nordeste aparece em terceiro lugar com 12 programas. A região Centro-Oeste possui sete programas e a Norte apenas quatro. Cabe observar que se somados todos os programas das regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste o número seria inferior à quantidade de programas da região Sul, mostrando o tamanho do desafio que se coloca para a expansão da pós-graduação em Direito nessas regiões e, consequentemente, para a formação do docente que atuará no ensino jurídico (PRADO, SANTOS; PEREIRA JÚNIOR, 2015, p. 448).

Isto se deve, entre outros fatores, ao fato de as regiões Sul e Sudeste do Brasil serem as mais populosas e as mais desenvolvidas do ponto de vista econômico, o que implica possuírem não apenas maior capacidade econômica para investir na pós-graduação em Direito como, também, deterem um "mercado consumidor" maior, mais consolidado e com possibilidades de esgotar a oferta formativa a este nível.

Mas também a própria CAPES dá sua contribuição para manutenção e alargamento desta desigualdade, e isto na medida em que, paradoxalmente, investe mais recursos nos cursos mais bem avaliados com vistas à sua consolidação nacional e expansão internacional (VARELLA, 2015, p. 113).

Ora, para que o Brasil venha, de fato, a constituir-se como um importante polo de produção científica em Direito é necessário não só que a CAPES altere seus critérios de investimento,

passando a aplicar mais recursos nos cursos com condições mais precárias, como, também, o próprio Ministério da Educação passe a incentivar materialmente a expansão da pós-graduação *stricto sensu* em Direito nas regiões mais carentes de oferta formativa a esse nível.

Com efeito, a *regionalização* apontada como uma das marcas da pós-graduação em Direito do Brasil não é, neste sentido, em nada desvantajosa; ao contrário, é necessária e deve ser incentivada até o ponto de vir a estadualizar-se (VARELLA, 2015, p. 125), pois possibilita o acesso mais universal e abrangente à formação pós-graduada, relevando principalmente para quem não possui condições materiais de obter essa qualificação em outras regiões.

Sem embargo, vimos não só a expansão da rede de pós-graduação como também, ao contrário do que encontrou Marcelo Varella (2015, p. 115), o incremento de docentes titulados em universidades estrangeiras. Indiscutivelmente, o intercâmbio científico é etapa determinante para a melhoria da qualificação dos programas de pós-graduação em Direito, mas pensamos que deva ser mais incentivado e buscado ao nível do Mercosul.

E isto não só pelo fato de o Brasil e seus vizinhos compartilharem de uma história e cultura semelhantes – fator de aproximação muito importante –, mas, sobretudo, porque enfrentam e lidam com problemas jurídicos quase sempre muitos parecidos, o que convoca a necessidade de se construir respostas jurídicas latino-americanas para os problemas jurídicos vividos e experimentados somente neste quadrante. A absorção de docentes com formação jurídica nestes países constitui, por isso mesmo, etapa fundamental deste processo.

A pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Brasil não é só *irregular*, *desigual* e *regionalizada*, como é, também, *endógena* e *orientada para o Sul/Sudeste* do Brasil. A endogenia deve-se ao fato de ser uma tendência dos programas, sobretudo daqueles mais bem avaliados, admitir grande parte do seu corpo docente entre seus egressos (VARELLA, 2015, p. 116). A orientação para o *Sul/Sudeste*, por sua vez, deve-se ao fato de terem sido os programas destas regiões aqueles que mais forneceram docentes para as demais instituições da rede.

Ora, estes dois dados conjugados lançam-nos para o nosso primeiro problema de investigação: quais são os programas que possuem maior capacidade de influenciar a pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Brasil?

Como vimos, a PUC-SP encabeça a lista dos programas mais centrais da rede de pós-graduação em Direito do Brasil, mas na lista dos 20 cursos que mais forneceram docentes para outras instituições também aparecem os programas mantidos pelas USP, UFPR, UFSC, UFMG, UNISINOS, UFRGS, UERJ, PUC-RS etc.

A pergunta que então se põe é precisamente esta: por quais motivos são estes os programas mais centrais da rede? Isto é, o que os levou a serem os programas que produziram o maior número de docentes para pós-graduação no Brasil? Com efeito, não há como neste momento oferecer-se uma resposta conclusiva para tal questão. Mas é possível reconhecer alguns fatores intervenientes na configuração desta centralidade.

O primeiro deles é a antiguidade. Se olharmos para a lista veremos que a quase integralidade dos programas se encontra em funcionamento há pelo menos 15 anos, e em muitos

casos há mais de 20 anos – dos cinco primeiros programas da lista, por exemplo, só o da UFPR ainda não completou duas décadas de funcionamento, pois os demais inclusivamente já a superaram.

Tendo em conta que a pós-graduação foi implantada tardiamente no Brasil, estes programas acabaram por ser os pioneiros e, consequentemente, os primeiros a começar a produzir mão de obra docente para os demais cursos de Direito do país, o que naturalmente os transformou em atores de grande centralidade nesta rede.

O segundo desses fatores é a sua boa avaliação. Como dissemos anteriormente, à exceção do programa mantido pela PUC-SP, as cinco posições subsequentes na lista de centralidade são ocupadas por programas avaliados em nota 6 pela CAPES.

A procura por esses programas mostra-se elevada não só em virtude de serem cursos de pós-graduação em Direito bastante tradicionais, mas, igualmente, por constituírem programas prestigiados e reconhecidamente qualificados tanto na função de pesquisa quanto na função de docência – para o que a CAPES também contribui, repita-se, ao conceder-lhes mais verbas para investimento (VARELLA, 2015, p. 113).

Em suma, podemos perceber que a centralidade de um programa na rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Brasil, e assim a sua capacidade de influenciar outros programas, encontra-se intimamente vinculada com o seu tempo de permanência na rede com a avaliação recebida pelo órgão do Estado regulador.

Conclusão

A rede de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil revelou-se *irregular* e *desigualmente* distribuída ao longo do país, *pouco densa*, e fortemente *orientada* para as regiões Sul e Sudeste do país, embora também bastante *regionalizada*. Nessas características podemos ver alguns dos fatores que constrangem a qualidade em geral da educação jurídica no país e que impedem a pós-graduação em Direito brasileira de ter uma posição mais central no contexto internacional.

Com efeito, não terá o Brasil uma posição de proeminência no cenário jurídico internacional enquanto algumas regiões do país permanecerem com uma oferta formativa pós-graduada muito pequena para uma área territorial muito extensa e com uma densidade populacional considerável, tal como acontece com a região Norte.

É necessário que a expansão pela qual vem passando a pós-graduação *stricto sensu* brasileira se distribua mais igualmente entre os estados e regiões, e aqui o papel do Estado e de suas instituições como a CAPES é muito importante, seja para conceder incentivos diretos para a criação de cursos, seja para regular a área. Como dissemos anteriormente, o incentivo à regionalização é uma saída possível para esse problema, embora também reconheçamos que o ideal seja mesmo o de que todos os estados possuam pelo menos um programa.

Sem embargo, também não terá o Brasil uma posição de maior destaque no contexto acadêmico internacional enquanto não houver um maior "intercâmbio" de talentos entre as

instituições (VARELLA, 2015, p. 126). Isto é, a densidade reduzida desta rede, somada à forte endogenia dos programas mais bem avaliados, revela que há pouca capacidade de difusão, em geral, de escolas de pensamento no âmbito da rede.

Ora, é indispensável, para que haja maior possibilidade de divulgação do conhecimento jurídico produzido no país, que os docentes oriundos de outros programas tenham maior entrada nos cursos de pós-graduação *stricto sensu* em Direito ofertados pelas instituições mais prestigiadas. A importância no cenário internacional perpassa incontornavelmente pela construção de uma sólida rede de distribuição de conhecimento nacional, e daí que programas altamente centrais como os da PUC-SP e da USP podem ter papel de grande relevância, ao passarem a admitir docentes produzidos por aqueles programas para os quais forneceram a maior parte do quadro de professores.

REFERÊNCIAS

ALEJANDRO, Velázquez Álvarez O.; NORMAN, Aguilar Gallegos. *Manual introdutório à análise de redes sociais*. Medidas de centralidade. Trad. de Maria Aires, Joanne Laranjeiro, Silvia Silva. México: Universidad Autonoma del Estado de México, 2005.

ALMEIDA, Elizangela Santos de. *A formação stricto sensu dos professores dos cursos de direito e seus reflexos no ensino jurídico*. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Uberaba – UNIUBE, Uberaba, 2014. Disponível em: <http://www.uniube.br/propepe/ppg/educacao/arquivos/2014/listaDissertacoes/Dissertacao-Elizangela.pdf>. Acesso em: 8 mai. 2016.

BERKOWITZ, Scott D. What is structural analysis? In: BERKOWITZ, Scott D. *An introduction to structural analysis*. The network approach to social research. Toronto: Butterworths, p. 1-24, 1982.

BORGATTI, Steve P.; EVERETT, Martin G; FREEMAN, Lin C. *Ucinet 6 for Windows*: Software for social network analysis. Harvard: Analytic Technologies, 2002.

BORGATTI, Steve P. *Netdraw network visualization*. Harvard: Analytic Technologies, 2002.

CAPES. *Relatório de avaliação 2010-2012*: Trienal 2013. 2013. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=Y2FwZXMuZ292LmJyfHRyaWVuYWwtMjAxM3xneDo5NWRiMjBlOGY2ZDQ5ODA>. Acesso em: 8 mai. 2016.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *RBPG*, v. 1, n. 2, p. 53-70, 2004. Disponível em: <http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/issue/view/RBPG>. Acesso em: 11 abr. 2016.

PORTUGAL, Sílvia. Contributos para uma discussão do conceito de rede na teoria sociológica. *Oficina do CES*, n. 271, Coimbra, 2007. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/271.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2016.

PORTUGAL, Sílvia; NOGUEIRA, Cláudia; HESPANHA, Pedro. As teias que a doença tece: a análise das redes sociais no cuidado da doença mental. *Dados*, v. 57, n. 4, p. 935-968, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000400935&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 abr. 2016.

PRADO, Edna Cristina do; SANTOS, Clecia Maria dos; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Miguel. Pós-graduação *stricto sensu* em Direito: onde e como se forma o docente dos cursos de graduação. *RBPG*, v. 12, n. 28, p. 443-470, 2015. Disponível em: <http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/issue/view/32/showToc>. Acesso em: 11 abr. 2016.

VARELLA, Marcelo. Quem influencia a pós-Graduação em Direito no Brasil? Uma análise empírica da nucleação acadêmica. *Revista de Direito Brasileira*, v. 12, p. 111-127, 2015. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/213/240>. Acesso em: 11 abr. 2016.

WASSERMAN, Stanley; FAUST, Katherine. *Social network analysis.* Methods and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

WELLMAN, Barry; BERKOWITZ, Scott D. Introduction: studying social structures. In: WELLMAN, Barry; BERKOWITZ, Scott D. (Ed.). *Social structures*. A network approach. Cambridge: Cambridge University Press, p. 1-14, 1988.

Ian Pimentel Gameiro

Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Mestrando em Sociologia pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (Portugal). Membro do Grupo de Investigação *Transparencia, Buena Gobernanza y Comunicación da*

Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Associado à Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação – ANDHEP e ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. Advogado.

pimentel.ian@hotmail.com

Gilberto Guimarães Filho

Doutorando em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. Membro do grupo de pesquisa "Direitos humanos, Ética e Hermenêutica" (CNPq).

gilguifilho@hotmail.com

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 29.07.2016
Aprovado: 18.09.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201736

O secularismo europeu: análise dos mecanismos de financiamento das igrejas e confissões religiosas em seis países europeus

EUROPEAN SECULARISM: ANALYSIS OF THE FUNDING MECHANISMS OF CHURCHES AND RELIGIOUS DENOMINATIONS IN SIX EUROPEAN COUNTRIES

Jorge Botelho Moniz[1]

Resumo

Este estudo examina os padrões de financiamento público e privado e os processos administrativos adjacentes de um grupo de países europeus de maioria católica, no qual vigora um modelo de relação Estado-religiões específico: separação com cooperação, hierarquização de igrejas e liberdade religiosa. Por meio da análise do nosso objeto de estudo, o financiamento das instituições religiosas, criar-se-á um diálogo mais abrangente sobre o secularismo. Assim sendo, é proposto um exame dos marcos legais e da evolução dos instrumentos de alocação de verbas – contrapartidas financeiras, benefícios fiscais diretos e indiretos ou consignações fiscais – que os Estados e os contribuintes oferecem ou podem oferecer às igrejas e confissões religiosas. A metodologia utilizada para comparar Áustria, Eslováquia, Espanha, Itália, Polônia e Portugal ajudar-nos-á a refletir sobre os desafios e tendências da relação Estado-religiões nas sociedades europeias hodiernas.

Palavras-chave

Secularismo; financiamento; igrejas; confissões religiosas; Europa.

Abstract

This study analyses the models of public and private funding and the adjacent administrative processes in practice in a group of European countries of Catholic majority, where a specific type of state-religions relations prevails: separation with cooperation, churches' hierarchy, and religious freedom. By examining the object of our study, the funding of religion, we will be able to create a more comprehensive dialogue on secularism. Thus, we propose a research on the funding mechanisms – financial compensations, direct or indirect tax advantages or tax assignation – that States and taxpayers offer or can offer to churches and religious denominations. The methodology employed to compare Austria, Italy, Poland, Portugal, Slovakia and Spain will help us to think about the new challenges and trends of State-religions relations in European contemporary societies.

Keywords

Secularism; funding; churches; religious denominations; Europe.

1 Universidade Nova de Lisboa
Lisboa – Portugal

CC BY-NC

INTRODUÇÃO: RELIGIÃO, CIÊNCIA POLÍTICA E SECULARISMO

Vários autores afirmam que o desenvolvimento da ciência política esteve longe de ter uma trajetória propícia para a análise dos assuntos religiosos. Responsável por isso seria, segundo Wald e Wilcox (2006, p. 523), a resistência dos pressupostos vestefalianos[1] do século XVII, durante a maior parte do período pós II Grande Guerra, ou a continuidade de uma atitude secular similar aos ensinamentos dos filósofos franceses do século XVIII. Pela suposta incompatibilidade com a estrutura imanente da nossa *era secular* (TAYLOR, 2007), a religião, vista pelos cientistas políticos pelas lentes de Weber, Durkheim ou Marx, era considerada uma relíquia pré-moderna e anacrônica (WALD; WILCOX, 2006, p. 525; BELLIN, 2008, p. 317).

Segundo Bellin (2008, p. 317), essa conjugação de fatores ajudou os investigadores interessados nos fenômenos políticos a afastar-se do estudo da religião. Isto deve-se, em parte, à adoção, implícita ou explícita, pela disciplina de uma "categoria fundacional da modernidade política" (HURD, 2007, p. 14-15) que surgiu em meados do século XIX na Inglaterra: o secularismo. Este termo está relacionado com o programa do britânico George Holyoake (1846), cuja pretensão era a emancipação agressiva da esfera política (entre outras) das suas ligações à igreja e religião. Atualmente, segundo Casanova (2011, p. 55), o secularismo refere-se mais amplamente a um escopo de cosmovisões e ideologias não religiosas que podem ser mantidas conscientemente ou elaboradas explicitamente em filosofias da história e projetos estatais ideológico-normativos, em projetos de modernidade e programas culturais. Alternativamente pode ser visto como um regime de conhecimento epistemológico ou assumido fenomenologicamente como uma estrutura garantida (*taken for granted*) da realidade social moderna.

Não obstante o peso negativo que lhe está associado normalmente, o secularismo político *per se* não assume, obrigatoriamente, qualquer desenvolvimento histórico progressivo que converterá a religião em uma dimensão social insignificante. Ele é "na verdade, compatível com uma perspectiva positiva da religião" (CASANOVA, 2011, p. 69). Esta concepção contemporânea do secularismo foi forjada pelo contexto de "saliência global dos movimentos religiosos" (ASAD, 2003, p. 1-2) e pelas novas perspectivas sobre religião, ética e política que esse fenômeno gerou, em particular a partir da década de 1990. Assim, a questão do secularismo ganha novo fôlego no mundo acadêmico como objeto de interesse investigacional do *político*. O desenvolvimento da consciência de que o devir não será o de um mundo secularizado, mas o de um com *vários altares* (religiosos e não religiosos) (BERGER,

1 Este conceito diz respeito aos Tratados da Paz de Vestefália (1648) que deram origem à sociedade internacional moderna, baseada em um sistema de Estado soberano nacional. Os seus dois grandes legados foram: a consolidação da liberdade de culto (associada à secularização do Estado) e a afirmação formal da soberania estatal (associada à *razão de Estado*).

2014), leva o secularismo a ser visto pela academia não como um desenvolvimento histórico progressivo que converte a religião em uma dimensão social insignificante, mas como uma doutrina política que deve ser compatível com uma perspectiva positiva da religião (CASANOVA, 2011, p. 69).

Falamos, portanto, de um conceito contestado e ambíguo. Por um lado, refere-se a princípios de separação estrita da religião e política, justificados pela utilização de fundamentos seculares ou de uma ética pública. Por outro lado, ele não é unilinear ou determinista. Reporta-se a diferentes tradições argumentativas e instituições e políticas concretas dentro das quais as contendas para regular a relação entre religião e política têm lugar, refletindo várias tradições e culturas políticas contextuais (BERG-SØRENSEN, 2013, p. 4). O secularismo moderno surge, assim, em várias formas históricas, através de diferentes modelos normativos de separação legal-constitucional do Estado secular e da religião (CASANOVA, 2011, p. 55). É por este motivo que se deve falar dele no plural (CASANOVA, 2011, p. 66-73; STEPAN, 2011, p. 139; BHARGAVA, 2013, p. 20-23; BERG-SØRENSEN, 2013, p. 4). No campo da teoria, falar de secularismo no plural prova que a sua estrutura conceptual é controvertida. Ou seja, os princípios guiadores que justificam a separação da religião e política – liberdade e tolerância, igualdade e imparcialidade, neutralidade e universalidade – são pesados e hierarquizados diferentemente de uma versão de secularismo para outra. No campo empírico, refletem o modo como a relação entre religião e política se articula em contextos distintos e sob condições divergentes (CASANOVA, 2011, p. 66-73; STEPAN, 2011, p. 139; BHARGAVA, 2013, p. 20-23; BERG-SØRENSEN, 2013, p. 4).

Concordamos, então, com Bhargava (2011, p. 108-109) e com Stepan (2011) quando defendem a interpretação, sensível contextualmente (*context-sensitive*), dos diferentes secularismos e a possibilidade de *múltiplos secularismos.*[2] Ambos os conceitos têm em comum a perspectiva de que, na resposta aos dissemelhantes desafios intelectuais e políticos colocados à secularidade dos Estados, devemos olhar além das construções teóricas de secularismo e examinar, preferencialmente, práticas paradigmáticas de Estados seculares atualmente existentes, derivando, a partir deles, uma concepção redesenhada de secularismo.

Para tal, a reinterpretação e redefinição do secularismo devem ser feitas à luz do atual desafio do pluralismo religioso europeu. Para Bhargava (2011, p. 93; 2013, p. 17-18), isto deve-se à imigração de trabalhadores das antigas colônias e à globalização e, acrescentamos, ao elevado fluxo de refugiados de guerra e econômicos vindos, em particular, do Norte da África e do Oriente Médio. Na Europa, tal como na ciência política, julgava-se que os assuntos religiosos eram uma relíquia pré-moderna e anacrônica, remetidos para a esfera privada

2 Tanto a ideia de Bhargava como a de Stepan parecem inspirar-se no conceito de *múltiplas modernidades* de Shmuel Eisenstadt.

(WALD; WILCOX, 2006, p. 525; BELLIN, 2008, p. 317). Todavia, o acentuar da diversidade, integração e assimilação religiosas tem obrigado a repensar o "fraco, mas distinto, monopólio público" (BHARGAVA, 2011, p. 93) das religiões dominantes nestas sociedades.

Dado o desafio científico inerente ao secularismo europeu, cremos ser útil examiná-lo à luz de dois conceitos complementares que os Estados modernos aplicam: *twin tolerations* e *principled distance*. O primeiro estabelece os limites mínimos de liberdade de ação estabelecidos pelas instituições políticas, relativamente às autoridades e comunidades religiosas e vice-versa (STEPAN, 2000). O segundo estipula os limites da inclusão ou exclusão pública da religião e a medida na qual as autoridades estatais se empenham, ou não, nessa ação (BHARGAVA, 2011, p. 105-108).

Esta é a abordagem que pretendemos seguir no desenvolvimento do nosso trabalho. Revitalizando o interesse da ciência política pelos assuntos religiosos e recorrendo à lente do secularismo e às estratégias analíticas propostas por Stepan e Bhargava, examinaremos os diferentes modelos de relação entre Estados, igrejas e sociedades através do tópico do financiamento da religião.[3]

A escolha deste tema não é casual. Segundo Fox (2015, p. 84 e 90), um dos mais proeminentes cientistas políticos que estuda o fenômeno religioso, o tipo mais comum e mais relevante de apoio à religião atualmente existente é o financiamento das igrejas e confissões religiosas. A sua tangibilidade, associada à maior exposição e controle estatal que as instituições religiosas sofrem (FOX, 2015, p. 85), tornam-na em um lugar de destaque para se analisarem os contornos do secularismo moderno. Com o recurso a fontes primárias e secundárias, enveredaremos por uma observação *de fato* dos atuais sistemas de financiamento de seis países europeus de maioria católica. Desta forma, cremos contribuir de maneira mais concreta para as questões epistemológicas relacionadas com o nosso objeto de estudo, dando assim resposta ao repto de Calhoun, Juergensmeyer e Van Antwerpen, na introdução do seu influente *Rethinking secularism*, sobre a necessidade de se investigarem as práticas secularistas atualmente existentes.

Assim sendo, o nosso plano de trabalho levar-nos-á inicialmente à análise, interpretação e justificação dos nossos estudos de caso, passando ainda por uma sinopse acerca dos primórdios dos seus atuais modelos de auxílio financeiro à religião. Em um segundo momento, quando já estivermos prontos para penetrar nas questões mais técnicas e complexas do financiamento, entraremos nas esferas das contrapartidas financeiras, das isenções fiscais diretas e indiretas e da consignação fiscal, comparando os países selecionados. O exame aprofundado dos estudos

3 Visto que o presente artigo trata do financiamento público do *religioso*, o objeto *religião* é analisado nas suas dimensões organizacionais e institucionais. Perto do que Bourdieu (1971, p. 295-334) denominou de *campo religioso*, ou seja, uma esfera relativamente autônoma, caracterizada pela produção, reprodução e difusão de bens e serviços religiosos e, sobretudo, por um processo de complexificação institucional crescente.

de caso far-nos-á refletir, no final do trabalho, sobre os desafios futuros colocados aos Estados e às igrejas e confissões religiosas em matéria de financiamento.

1 Sobre os estudos de caso

Tal como exige o rigor científico, a seleção deste grupo de países respeita critérios amplos e objetivos, não só com o fim de oferecer maior consistência científica ao nosso objeto de estudo – financiamento público das confissões religiosas –, mas essencialmente para permitir a sua melhor compreensão.

Ao nível metodológico, propomos uma análise comparativa mais sensível aos contextos e percursos histórico-culturais de cada país. Concordamos com a relevância dada por Ross (2009, p. 139 ss) às diferentes culturas (religiosas ou jurídicas) e ao modo como elas enquadram o contexto das diferentes políticas públicas nacionais (v.g., o financiamento público do religioso). Deste modo, contrariamente ao que sucedeu no passado, não pretendemos usar um caso específico para, a partir daí, formular generalizações acerca do religioso. Pelo contrário, despojando-nos de pretensões universalistas, falamos da interação entre Estado, religião e sociedade em um contexto específico. Como sugerimos, no que concerne à religião, o mundo não é plano. Ou seja, consideramos que ela atua de maneira assaz diferente em distintos contextos e que isso dificulta a regra do *ceteris paribus* – a constância do nosso objeto de estudo. Por isso, recorremos ao desenho de investigação dos sistemas mais similares, no qual comparamos casos que pareçam, formalmente, o mais semelhante possível e, a partir daí, maximizamos as diferenças da nossa amostra.

O modelo de secularismo positivo, i.e., de cooperação entre as esferas estatal e religiosa, é o mais comum no contexto europeu (TORFS, 2007, p. 40-41). Nele, o Estado reconhece o valor público da religião, existindo colaboração com as igrejas no sentido de alcançar fins sociais comuns. Nos casos por nós selecionados – Áustria, Eslováquia, Espanha, Itália, Polônia e Portugal –, este sistema é uma marca indelével das relações Estado-religiões (TORFS, 2007, p. 38) e, por consequência, corresponde ao nosso ponto de partida.

Assim sendo, o primeiro critério funda-se no fato de todos os países terem separação Estado-religiões. Sem exceção, as relações entre o *temporal* e o *espiritual* baseiam-se, formalmente, em princípios de separação, igualdade, neutralidade e aconfessionalidade. Genericamente, em Portugal, estes preceitos vêm plasmados no n. 4 do artigo 41 e no artigo 13 da Constituição e nos artigos 2º, 3º e 4º da Lei da Liberdade Religiosa (LLR). Nos restantes países, vêm fixados nas respectivas Constituições. Na Eslováquia, no artigo 1º e n. 3 do artigo 24, na Áustria, no n. 1 do artigo 7º, na Espanha, nos artigos 14 e 16, na Itália, nos artigos 7º e 8º da Constituição, e na Polônia, nos artigos 25 e 53. Todavia, como previamente alertamos, eles também se desenvolvem com base no preceito legal da cooperação. Em Portugal, este princípio vem plasmado no artigo 5º da LLR e artigo 1º da concordata; na Espanha, no n. 3 do artigo 16º da Constituição e no artigo 7º da LLR; na Eslováquia, no n. 5 do

artigo 4º da Lei n. 308/1991 sobre liberdade religiosa, emendado pela concordata de 2000; na Áustria, no artigo 15 da Lei de Bases do Direito Constitucional; na Itália e na Polônia, nos artigos 7º e 8º e n. 3 a 5 do artigo 25 das respectivas Constituições. É, de certa forma, um exemplo de *twin tolerations.* Ou seja, um estádio de secularidade, mas onde existe uma relação amigável ou positiva entre o *político* e o *religioso* (STEPAN, 2000, p. 42).

O segundo critério concerne a sua tipologia de relacionamento Estado-religiões. Os estudos de caso estão perto do conceito de *principled distance*, na medida em que lhes é permitido um tratamento diferenciado das várias igrejas e confissões religiosas. Esta tipologia é baseada na separação com lei especial, hierarquização de igrejas e liberdade religiosa (MATOS, 2013, p. 93-100). Para compreender este modelo,[4] devemos analisá-lo à luz do esforço de regulamentação estatal das igrejas, por meio de uma ou mais leis especiais – v.g., as concordatas, as leis de liberdade religiosa ou acordos formais com as confissões religiosas. Na Áustria (POTZ, 2008, p. 423-428) e Eslováquia (MORAV ÍKOVÁ, 2008, p. 538-541), existem dois escalões diferentes de hierarquização. Em primeiro lugar, as igrejas oficialmente reconhecidas (as igrejas católica, protestante ou ortodoxa, *inter alia*), com particular destaque para a católica por causa do tratado internacional concordatário. Em segundo, as associações, i.e., as comunidades confessionais religiosas na Áustria e todas as confissões que não cumprem requisitos básicos (v.g., o número mínimo de fiéis) na Eslováquia. Nos restantes quatro países existem, *grosso modo*, quatro escalões de hierarquização. No cume da pirâmide, apesar de não formalmente, situa-se a Igreja católica por consequência da relação concordatária; abaixo, encontramos as confissões religiosas que concluíram acordos com o Estado;[5] em terceiro lugar, os cultos registrados, mas sem acordo especial; por fim, as igrejas e confissões religiosas sem personalidade jurídica por consequência da ausência de registo. Com base nestes elementos, desde que se obedeça ao *princípio de fato* (critérios de representatividade ou longevidade), as autoridades públicas passam a estar legitimamente autorizadas a tratar de maneira distinta as diferentes igrejas.

O terceiro critério prende-se, logicamente, com o fato de, em todos os casos de estudo, existirem mecanismos de apoio financeiro direto a atividades das igrejas como as capelanias, escolas ou instituições de solidariedade e indireto por meio de benefícios fiscais de ordem

4 A separação com hierarquização de igrejas é uma variante da separação à francesa, na qual a lei estatal dispõe de modo a singularizar uma ou várias igrejas. O Estado passa a gerir a sua própria ordem simbólica, conferindo distinções positivas e negativas às diferentes igrejas e comunidades religiosas. Para maior detalhe sobre este modelo de separação Estado-religiões, cf. Matos (2013, p. 68).

5 É o caso das igrejas radicadas historicamente em Portugal (v.g., a aliança evangélica e as comunidades islâmica e israelita); dos cultos individuais com acordo estabelecido com o Estado na Espanha (protestantes, judeus e muçulmanos); das *intese* na Itália (v.g., as igrejas valdense, adventista, as comunidade judaicas e batistas); e na Polônia dos cultos com estatutos assinados com o Estado (v.g., ortodoxos, muçulmanos, protestantes, judeus ou pentecostais).

vária (DUFFAR, 2009, p. 9-85). Estes auxílios financeiros encontram-se, normalmente, previstos ao nível subconstitucional como, por exemplo, no n. 2 do artigo 10 do Estatuto da Liberdade de Consciência e Religião polaco de 1989; nos artigos 13, 24, 25, 31 ou 32 da LLR portuguesa; no acordo concordatário sobre assuntos económicos de 1979 e o n. 2 do artigo 7º da LLR espanhola; nos artigos 13, 16 e 17 da concordata eslovaca; na convenção financeira de Latrão, na Itália; e no *Church Funding Act* austríaco.

O derradeiro critério foi a condição sociorreligiosa dos estudos de caso. Não obstante os fenômenos de mutação religiosa aqui perceptíveis, selecionamos apenas países de maioria católica apostólica romana.[6] Além disso, os países eleitos apresentam elevadas taxas de integração em denominações religiosas (média de 88%[7]); apesar de todas estarem a perder integrantes da fé católica, têm tendência para o imobilismo religioso (também 88%[8]); apresentam uma frequência mensal relativa a atos religiosos, embora desigual, bastante viva (45%[9]), sobretudo durante a infância (75% aproximadamente[10]); e manifestam uma crença em Deus muito presente (média de 86%[11]).

6 Não obstante tenham sofrido uma diminuição do número de pessoas que se autodenominam *católicas* entre os inícios do século XXI e a década de 2010, a taxa de católicos continua a ser maioritária no mercado religioso. De cima para baixo: Polônia 86,7%; Itália 81,2%; Portugal 81%, Espanha 69,6%; Eslováquia 62%; e Áustria 61,4% (MONIZ, 2016, p. 85).

7 Áustria 83%; Eslováquia 80,3%; Espanha 75,9%; Itália 80,6%; Polônia 95,5%; Portugal 87%. Cf. European Values Study 2008, 4th wave. GESIS Data Archive, Colônia, Alemanha, ZA4757 Data File Version 1.1.0 (2010-11-30), doi: 10.4232/1.10154. Disponível em: <http://www.europeanvaluesstudy.eu/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

8 Áustria 86,2%; Eslováquia 79,3%; Espanha 84,6%; Itália 88%; Polônia 96,7%; Portugal 93,5%. Cf. European Values Study 2008, 4th wave. GESIS Data Archive, Colônia, Alemanha, ZA4757 Data File Version 1.1.0 (2010-11-30), doi: 10.4232/1.10154. Disponível em: <http://www.europeanvaluesstudy.eu/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

9 Áustria 28,1%; Eslováquia 48,9%; Espanha 25,7%; Itália 48,4%; Polônia 71,8%; Portugal 47,9%. Cf. European Values Study 2008, 4th wave. GESIS Data Archive, Colônia, Alemanha, ZA4757 Data File Version 1.1.0 (2010-11-30), doi: 10.4232/1.10154. Disponível em: <http://www.europeanvaluesstudy.eu/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

10 Áustria 58,8%; Eslováquia 70,3%; Espanha 64,5%; Itália 87%; Polônia 93,6%; Portugal 74,4%. Cf. European Values Study 2008, 4th wave. GESIS Data Archive, Colônia, Alemanha, ZA4757 Data File Version 1.1.0 (2010-11-30), doi: 10.4232/1.10154. Disponível em: <http://www.europeanvaluesstudy.eu/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

11 Áustria 79,6%; Eslováquia 83,8%; Espanha 78%; Itália 90,2%; Polônia 96,1%; Portugal 90,6%. Cf. European Values Study 2008, 4th wave. GESIS Data Archive, Colônia, Alemanha, ZA4757 Data File Version 1.1.0 (2010-11-30), doi: 10.4232/1.10154. Disponível em: <http://www.europeanvaluesstudy.eu/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

Com base nestes quatro critérios operativos e nas considerações que tecemos sobre eles, cremos estar em condições de mergulhar mais profundamente nos princípios, de estruturação e discriminação, que subjazem ao nosso objeto de estudo. Em particular, eles servirão para responder a dúvidas que poderiam ocorrer durante a fase de desenvolvimento da investigação, tais como: como justificam os Estados o financiamento público das religiões? Quais as suas vantagens e inconvenientes? Sob que princípios subconstitucionais se baseia? Qual a razão para existir discriminação, positiva ou não, entre as diferentes confissões religiosas em matéria de apoio financeiro estatal? Por que motivo dispõem os Estados de uma ou mais igrejas destacadas às quais limitam, voluntariamente, o acesso a contrapartidas financeiras e benefícios fiscais?

Na próxima parte do trabalho centrar-nos-emos na sua justificação histórica. Apesar de penetrar já em questões relacionadas *stricto sensu* com o nosso objeto de investigação, como veremos, ela também serve de critério orientador para a escolha dos casos de estudo.

2 Sobre os primórdios do atual modelo de financiamento

Os nossos estudos de caso têm em comum, em matéria de financiamento das igrejas e confissões religiosas, processos de espoliação e nacionalização dos bens eclesiásticos, perda de autonomia financeira do clero e o consequente surgimento de mecanismos de compensação e indemnização das igrejas em diversos momentos da sua história.

No passado, em Portugal e Espanha, a Igreja católica era autossuficiente. No primeiro, estima-se que possuísse metade da riqueza nacional (BRITO, 2009, p. 287) e, no segundo, era-lhe permitido receber doações junto dos seus fiéis (a quase totalidade da população) (IBÁN, 2009, p. 313). Nos outros países, as igrejas e comunidades religiosas estavam dependentes de apoios estatais. Na Itália, por exemplo, a Igreja católica recebia o *beneficium* e a côngrua (FERRARI, 2008, p. 234-235) e, na Áustria, esse financiamento era providenciado pelo *Church Funding Act* de 1939 (KALB, 2009, p. 88).

Este *status quo* foi desafiado pelas vicissitudes históricas de cada país. A partir do século XIX, começam a surgir as desamortizações, nacionalizações e a eliminação dos subsídios públicos. Em Portugal, Espanha e Itália, isto sucede ainda no século XIX e início do século XX, com o advento do liberalismo (1822) e da 1ª República (1911), das leis de 1837 e 1855 e com a unificação italiana promovida por Vítor Emanuel II (a partir de 1861), respectivamente. Nos outros estudos de caso, desenvolvimentos similares surgiram mais tarde: na Áustria, com o nazismo e a anexação austríaca à Alemanha (1938) e, na Polônia e Eslováquia, com a ascensão do comunismo em 1948.

Não obstante os diferentes caminhos percorridos, todas estas vicissitudes históricas tiveram como consequência a perda dos meios de subsistência das igrejas e comunidades religiosas. Face à incapacidade de se financiarem, os Estados criaram mecanismos de compensação provisória. Na Itália existiu o Óbolo de São Pedro, na Eslováquia, a Lei n. 218/1949, na Polônia, o Fundo

da Igreja (1950) e, em Portugal e Espanha, um sistema de pensões estatais. A Áustria foi o único país onde não foi criado semelhante estrutura compensatória. No país, mesmo que por pouco tempo, a questão do financiamento passou a ser considerada como um assunto privado.

Como sublinham os vários autores (BRITO, 2009, p. 288-289; IBÁN, 2009, p. 313-314; POTZ, 2008, p. 440-441; KALB, 2009, p. 89-90; MARTINKOVÁ, 2009, p. 295-296; RYNKOWSKI 2009, p. 277), estes mecanismos de compensação foram insuficientes, redutores, inoperantes ou nunca funcionaram na prática. Esta situação só começa a ser alterada na segunda metade do século XX. No caso português, isso ocorre com Sidónio Pais (1918) e com o advento do Estado Novo (1933), com a concordata de 1940, a LLR de 2001 e a concordata de 2004; no italiano, com a ascensão de Mussolini ao poder (1929), com a convenção financeira de Latrão e com os acordos de *Villa Madama* de 1984; na Espanha, com a 2ª República (1931-1936), o franquismo (1939), a concordata de 1953 e os acordos concordatários sobre matérias financeiras de 1979; e, na Áustria, após a II Grande Guerra, com o Ato de Transição da Lei que reabilitou o *Church Funding Act* enquanto fundo de reparação pública e com as leis de 1951 e 2001. Desenvolvimentos análogos surgiram mais tarde na Eslováquia e Polônia. Apenas com a queda do comunismo em 1989, os dois países criam leis – Ato Federal de 1990, o Ato n. 308/1991, Ato n. 282/1993, emendado pela Lei n. 97/2002, no caso eslovaco – e reabilitam outras – Fundo da Igreja, no polaco – que restituem as propriedades das igrejas e comunidades religiosas, lhes devolvem o seu estatuto jurídico ou as compensam financeiramente.

3 Contrapartidas financeiras

As contrapartidas a que nos referimos na epígrafe dizem respeito às verbas pagas pelo Estado e pelos seus organismos às igrejas e comunidades religiosas, reconhecidas como compensação pelo serviço público que desenvolvem a favor da sociedade. Daremos particular ênfase ao aspecto do ensino, mas também consideraremos os serviços de solidariedade social, a assistência espiritual em estabelecimentos públicos entre outras especificidades internas de cada país.

O dever de estimular a liberdade religiosa, no qual o Estado hodierno se encontra investido, conduz, inevitavelmente, ao direito dos pais à instrução religiosa dos filhos. O aparelho estatal mais do que avocar um *non facere* assume um *facere* traduzido na promoção do ensino religioso. Com efeito, qualquer um dos nossos estudos de caso promove na sua oferta escolar pública a instrução religiosa, daí derivando inúmeras subvenções financeiras, tanto no sistema estatal como no privado.

Neste campo, podemos distinguir dois grupos de países. De um lado, países sem ou com menores restrições – Áustria, Eslováquia e Polônia – e, de outro lado, Estados com maiores limitações – Espanha, Itália e Portugal.

Os primeiros, apesar das suas diferenças, têm em comum o pagamento pelo Estado de professores de moral religiosa das escolas públicas, assim como do corpo docente das privadas. Na Áustria, o Estado financia as escolas privadas confessionais das comunidades religiosas

reconhecidas: as igrejas católica e protestante, a veterocatólica e a sociedade religiosa israelita (KALB, 2009, p. 92 e 96). São-lhes concedidos subsídios para custear despesas com pessoal escolar e ressarcimentos pelos seus gastos. Ao nível do ensino superior, o Estado financia as faculdades de teologia católica de Viena, Graz, Salzburgo e Innsbruck e a faculdade de teologia protestante em Viena. Não obstante em menor escala, a comunidade islâmica também goza destes privilégios (KALB, 2009, p. 94 e 96). Na Polônia, a Igreja católica e as comunidades religiosas reconhecidas podem fundar e dirigir escolas confessionais, recebendo uma verba estatal por aluno inscrito (DUFFAR, 2009, p. 39). A diferença é que na Áustria o custeio das despesas é pago por inteiro e, na Polônia, equivale apenas a um apoio parcial. Em matéria de ensino superior, também existe o financiamento de estabelecimentos de ensino superior confessional. Todavia, na prática, ele circunscreve-se apenas a faculdades de inspiração cristã (RYNKOWSKI, 2009, p. 283). Uma singularidade do caso polaco é o fato de haver um Fundo da Igreja que pode ser utilizado para fins educativos, mormente na restauração de certas partes dos edifícios escolares confessionais (ZAWI LAK; STANISZ, 2012). Na Eslováquia, as escolas privadas não recebem subsídios para a reconstrução e modernização de edifícios tal como sucede na rede pública. Porém, é lícito ao Estado pagar salários dos membros do clero, das igrejas reconhecidas, que trabalham em locais destinados à educação dos seus eclesiásticos (MARTINKOVÁ, 2009, p. 299-300).

Os segundos são mais restritivos no seu apoio às escolas confessionais, oferecendo somente remuneração aos professores que lecionam religião e moral nas escolas públicas. Em Portugal, são três as religiões que se beneficiam deste apoio: primeira e destacadamente, a Igreja católica, depois a aliança evangélica e a comunidade *bahá'í* (BRITO, 2009, p. 290-291). No entanto, os professores de moral evangélica, contrariamente aos seus homólogos católicos, não são equiparados a funcionários públicos e, como tal, são trabalhadores pagos à hora (BRITO, 2009, p. 291). Assim sendo, no caso português, "nenhum financiamento às escolas confessionais é permitido, salvo no caso da UCP – Universidade Católica Portuguesa" (BRITO, 2009, p. 294). Contudo, devemos entender esta exceção à luz do Decreto-lei n. 307/1971, revisto pelo Decreto-lei 128/1990. Os números 1 e 2 do último diploma declaram que a UCP pode ser apoiada pelo Estado através de contribuições financeiras. Este apoio deve-se ao fato de a UCP não ser uma universidade privada, pois possui o estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública (GOMES, 2007, p. 306-307). Na Espanha e Itália não existe qualquer referência ao financiamento direto do ensino superior confessional (ASTORRI, 2009, p. 228-229; IBÁN, 2009, p. 316; DUFFAR, 2009, p. 38-39), embora haja alusão ao pagamento do treino de líderes religiosos das igrejas e confissões reconhecidas em universidades privadas (FOBLETS; ALIDADI, 2014, p. 36-37). No caso italiano, apesar da afirmação de não financiamento das escolas confessionais, parecem existir alguns mecanismos que contornam a questão da não subsidiação do ensino privado com inspiração religiosa. É o caso da lei dos patrocínios (2003) das antigas escolas primárias convencionadas e dos infantários e creches (ASTORRI, 2009, p. 229). Este último ponto é em tudo semelhante ao do

caso português, porquanto o Estado financia diretamente organizações com, pelo menos, algum tipo de cariz religioso, sendo a Igreja católica a maior beneficiária pela dimensão das infraestruturas que tem no terreno.

Outra forma que os Estados têm de custear iniciativas eclesiásticas é através da cedência de terrenos, previstos nos planos urbanísticos, para a edificação de novas igrejas ou templos e do auxílio financeiro à sua construção. Em Portugal, isto sucedeu, por exemplo, com a comunidade sunita que recebeu em 1978 da Câmara de Lisboa um terreno em direito de superfície para a construção da mesquita central e da escola corânica, que obteve, entre 2003 e 2004, duas doações públicas que lhe permitiram findar a obra (BRITO, 2009, p. 290 e 294). O mesmo aconteceu em 1999 com a construção de uma escola corânica e de uma mesquita no concelho de Loures e com a igreja da Santíssima Trindade no Concelho de Oeiras em 2015.

Na Itália, as leis regionais também atribuem terrenos para a construção de edifícios cultuais o que permite a locação de terrenos públicos a pessoas morais eclesiásticas que, em contrapartida, pagam um valor simbólico (ASTORRI, 2009, p. 229-230). O financiamento público de lugares de culto é regido, desde 1985, pelo ministério do interior italiano através do *Fondo Edifici di Culto*. O seu patrimônio engloba mais de 700 edifícios e atualmente é gerido pelo ministério central e pelas prefeituras ao nível regional, mas cujo usufruto foi dado à Igreja católica (FOBLETS; ALIDADI, 2014, p. 37). Ao nível do financiamento do patrimônio religioso, importa ainda citar o Código dos Bens Culturais. No seu artigo 1º vem disposto que o patrimônio eclesiástico pode receber financiamento público, por meio de acordos estabelecidos entre o Estado e as confissões religiosas (concordata e *intese*) e através de legislação unilateral criada pelo Estado com a intenção de salvaguardar a herança cultural. Neste campo os municípios também têm um papel de relevo, reembolsando o dinheiro dos trabalhos de restauração em edifícios religiosos (FERRARI, 2015, p. 127-148).

Na Espanha, a legislação permite que alguns dos edifícios com estatuto de monumento registado tenham direito a verbas públicas diretas e regulares, não obstante sejam detidos privadamente por grupos religiosos (FOBLETS; ALIDADI, 2014, p. 37). Historicamente, o Estado responsabilizava-se pelo financiamento da construção e manutenção dos edifícios de culto; porém, desde 1990 que esta rubrica desapareceu do orçamento público. Contudo, várias comunidades autônomas continuaram a garantir apoios financeiros e, além disso, o Estado continua a assegurar a conservação da herança cultural através do artigo 46º da Constituição e da Lei do Patrimônio Histórico Espanhol (Ato n. 16/1985), nomeadamente através do plano nacional para as catedrais (2004). Isso traduz-se em inúmeros acordos entre a Igreja católica e as comunidades judaica e muçulmana, embora em menor escala (GARCIMARTÍN, 2015, p. 158-159), e as autoridades públicas locais.

Outro modo de financiamento público dos serviços prestados pelas igrejas deriva da assistência espiritual que os ministros de culto oferecem enquanto capelães hospitalares, prisionais e militares, sendo equiparados no cumprimento destas funções a funcionários públicos

ou, no caso do último, a oficiais das forças armadas. Isto é precisamente o que sucede em Portugal[12] (BRITO, 2009, p. 289-290; DUFFAR, 2009, p. 52). Todavia, sistemas similares foram implementados noutros países. Na Polônia, independentemente da filiação religiosa dos eclesiásticos, os capelães militares – exclusivamente estes – são pagos pelo Estado (RYNKOWSKI, 2009, p. 282). Por seu turno, nos casos austríaco, italiano e espanhol, apesar de este tipo de pagamento a conselheiros espirituais em corporações públicas também estar previsto pelo Estado, ele é mais restritivo. No primeiro caso, apenas se beneficiam as igrejas católica e protestante, sendo-lhes reembolsadas, por fundos públicos, as suas despesas em matérias hospitalar, social e cultural (KALB, 2009, p. 90 e 96). Na Itália, somente a católica, havendo, porém, a hipótese de assistência espiritual por parte das outras comunidades religiosas, mas sem encargos para o erário público (ASTORRI, 2009, p. 228). Na Espanha, sem exceções práticas,[13] apenas a Igreja católica goza deste apoio (IBÁN, 2009, p. 315-316).

Mais amplamente, na Eslováquia, o Parlamento aloca uma verba do orçamento de Estado para apoiar diretamente as igrejas registadas. Para Martinková (2009, p. 296-297), estes subsídios diretos servem para cobrir as despesas com os salários do clero e os custos materiais para a realização de atos de culto e de outros religiosos, assim como para cobrir despesas administrativas das igrejas e a sua manutenção.[14] O orçamento também considera a Caridade Católica Eslovaca e a *Diakonia* Protestante para apoio financeiro (MORAV ÍKOVÁ, 2008, p. 549). Adicionalmente, as igrejas e os seus organismos podem candidatar-se a vários subsídios, sobretudo, no âmbito da proteção do seu patrimônio cultural e dos projetos caritativos e culturais (MORAV ÍKOVÁ, 2008, p. 550).

No campo dos meios de comunicação de massa, os casos portugueses, espanhol e italiano oferecem financiamento público de emissões religiosas televisivas e radiodifundidas. Em Portugal, este direito está previsto para a prossecução dos fins religiosos de todas as igrejas e comunidades religiosas inscritas (artigo 25/1 da LLR). Apesar da universalidade do preceito legal, o n. 2 do artigo 25 dispõe que atribuição e distribuição do tempo de emissão devem

• • •

12 Por conta da não revogação formal do Acordo Missionário, o Estado ainda tem a seu encargo as pensões dos missionários das antigas colônias nacionais (BRITO, 2009, p. 291; DUFFAR, 2009, p. 55). Esta é uma especificidade do caso luso que não encontra paralelo nos outros casos estudados.

13 Apesar de não suceder de fato, *de jure* existe a possibilidade dos funcionários da comunidade islâmica que desempenhem funções sociais, em hospitais e prisões, poderem ser pagos por meio de verbas públicas (IBÁN, 2009, p. 317). Esta cláusula é relevante, porque não existe semelhante hipótese, por exemplo, para as comunidades evangélica e judaica.

14 Também se encontram incluídas, nestes apoios, as contribuições para fundos sociais, de saúde e de desemprego. As igrejas e comunidades religiosas reconhecidas pelo Estado podem não reclamar este direito. É o que acontece com as Testemunhas de Jeová, os Adventistas do 7º Dia, a Nova Igreja Apostólica e as Congregações cristãs (DUFFAR, 2009, p. 54-55).

ter lugar mediante a representatividade das confissões. Daí o predomínio da religião católica, por exemplo, em programas televisivos como "70x7" e "A fé dos homens", além das eucaristias dominicais.

Na Espanha, o Estado oferece e patrocina, igualmente, tempo de transmissão às diversas confissões religiosas. No país existe uma pluralidade de religiões que recebe acesso direto aos meios de radiodifusão, nomeadamente a Igreja católica e protestante e a comunidade islâmica (FOBLETS; ALIDADI, 2014, p. 38). A primeira e a terceira têm, inclusive, espaços televisivos exclusivos financiados pelo Estado – *Pueblo de Dios* e *Islam hoy*. Na Itália, segundo o relatório final do projeto RELIGARE (FORNEROD, 2010), o acesso à radiodifusão é mais limitado: não permite o acesso direto às diversas confissões, alegadamente, por causa da influência das igrejas dominantes – a protestante, mas sobretudo a católica.

Por fim, derivado das suas vicissitudes históricas próprias, na Áustria e na Polônia subsistem mecanismos de subsidiação das atividades sociais das igrejas, baseados na antiga lógica de compensação pela nacionalização dos bens eclesiásticos. No primeiro caso, desde 1961 o Estado paga *subsídios culturais* às três igrejas legalmente reconhecidas e à comunidade judaica (KALB, 2009, p. 95-96). Isso inclui o pagamento de salários de 1.250 colaboradores da Igreja católica, 81 da protestante, 23 da judaica e quatro da veterocatólica. Os primeiros recebem por ano cerca de €14 milhões, os segundos, €900 mil, e os restantes, €250 mil e €41 mil, respectivamente (KALB, 2009, p. 89-90). Na Polônia, o sistema homólogo era, até muito recentemente, o Fundo da Igreja que, entre 1990 e 2014, promoveu assistência financeira em três campos: segurança social e saúde do clero, suporte a atividades sociais e caritativas e renovação e conservação de edifícios históricos religiosos (DUFFAR, 2009, p. 64; (ZAWI LAK; STANISZ, 2012). O fundo era maioritariamente alocado para a restauração de edifícios eclesiásticos equiparados a monumentos históricos. À semelhança dos outros casos analisados, a maior beneficiária era a Igreja católica, que recebia cerca de 87% do fundo (RYNKOWSKI, 2009, p. 280-281).

4 Benefícios fiscais diretos e indiretos

Diferentemente das contrapartidas financeiras que constituem vantagens positivas concedidas às religiões, as isenções fiscais materializam-se na dispensa de aplicação de um direito comum.

Com efeito, é normalmente sublinhado o fato de que as igrejas não estão inseridas no tráfico jurídico como os agentes econômicos, não se compreendendo a sua consideração como sujeitos passivos de imposto. Assim se justificaria a tendência para lhes conceder determinadas isenções tributárias. De igual modo, contrapõe-se que esta nada mais é do que uma forma de subsidiação indireta das confissões religiosas. Para contornar estas questões, realça-se a necessidade de se construírem exonerações a um nível de generalidade suficientemente elevado, de modo a permitir abranger uma classe de instituições sociais que vá além

do *religioso* e que abarque, por exemplo, os conceitos de *sem fins lucrativos* ou de *utilidade pública*. Deste modo, defender-se-ia melhor o princípio da igualdade perante os encargos públicos.

Se, na teoria, a questão já não é consensual, na prática ela apresenta-se ainda mais complexa. Assim sendo, para evitar eventuais barreiras epistemológicas que possam surgir, distinguiremos entre as isenções fiscais e aduaneiras diretas e indiretas oferecidas às igrejas e confissões religiosas.

4.1 Isenções diretas

Portugal não conhece qualquer sistema de financiamento público das igrejas (CANAS, 2008, p. 492). No entanto, existem alguns mecanismos de apoio indireto assegurados pela isenção de algumas das contribuições fiscais mais importantes.

Os artigos 31 e 32 da LLR estabelecem um sistema de benefícios fiscais em três níveis: na base, os que se aplicam a todas as confissões religiosas, qualquer que seja o seu estatuto jurídico; no meio, os que respeitam as pessoas jurídicas religiosas registadas enquanto tal; no cume, as igrejas e cultos radicados no país que gozam de todos os benefícios fiscais previstos no artigo 26 da concordata de 2004.

Existem atividades com fins religiosos que são sempre consideradas não tributáveis, independentemente do estatuto jurídico da confissão no seio da qual decorrem. Por exemplo: as prestações dos crentes para realização de fins religiosos, incluindo a assistência religiosa, a formação de ministros de culto, a missão e difusão da fé e a instrução religiosa; os donativos e as coletas públicas com objetivos religiosos; e a distribuição gratuita de publicações com declarações, avisos ou instruções religiosas e sua afixação nos lugares de culto. Além disso, qualquer pessoa coletiva religiosa encontra-se isenta de imposto ou contribuição geral, regional ou local, sobre lugares de culto e edifícios destinados a atividades religiosas, tal como seminários e suas dependências anexas e jardins e logradouros. Encontram-se ainda isentas de imposto selo e de todas as taxas sobre a transmissão de bens que incidam sobre a aquisição, doação e sucessão de propriedades imobiliárias desde que com fins religiosos (LLR, 32/2/b).

Outra isenção fiscal direta da qual, neste caso, apenas se beneficiam as igrejas e confissões religiosas radicadas no país, incluindo as Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS), é a do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) (CANAS, 2008, p. 492-493; BRITO, 2009, p. 289-290).[15] Este benefício, plasmado no Decreto-lei n. 20/1990, beneficiou, até 2001, apenas a Igreja católica. Todavia, o artigo 65 da LLR viria a expandi-lo, em determinados casos (CANAS, 2008, p. 493), às confissões religiosas radicadas, incluindo as suas associações

15 A isenção do IVA não está prevista no direito europeu (BRITO, 2009, p. 292). Ela foi, em certa medida, uma solução encontrada pelo Estado português e pela Comissão Europeia para não se contrariarem as normas europeias. Ou seja, é cobrado o IVA às atividades econômicas das igrejas, mas são-lhes concedidas subvenções idênticas ao IVA suportado por si (CANAS, 2008, p. 492).

de fiéis que passaram a poder beneficiar-se do reembolso do montante do IVA pela compra de bens mobiliários e prestação de serviços com fins cultuais e pela construção, manutenção e conservação de imóveis destinados a fins religiosos. Não obstante o susto causado pelo orçamento de Estado de 2011 que ameaçava retirar, somente, às confissões religiosas não católicas radicadas no país e às IPSS estas isenções, o governo recuou e apenas as últimas acabariam por ver parte dos seus direitos afastados.[16]

Está ainda prevista a redução das taxas contributivas para a segurança social sobre os rendimentos auferidos pelos empregadores (de 23,75% para 8%) e trabalhadores (de 11% para 4%) das igrejas, confissões e associações religiosas (BRITO, 2009, p. 292).

Na Espanha, tal como em Portugal, as confissões religiosas gozam de amplos benefícios fiscais. Através do acordo sobre assuntos econômicos de 1979, a Igreja católica passou a beneficiar-se de uma extensa lista de isenções tributárias, avaliada em 2010 em mais de €1.000 milhão.[17] Apesar de as igrejas com acordo assinado com o Estado não possuírem uma base legal específica, estas também devem se beneficiar das mesmas isenções previstas para a Igreja católica (IBÁN, 2009, p. 316). Similarmente ao caso português estão previstas isenções sobre esmolas e obrigações que decorrem do seu múnus de autofinanciamento, publicação de documentos eclesiásticos e ainda exoneração nos impostos sobre os rendimentos, as atividades econômicas e de ensino eclesiástico, *inter alia* (MONELOS, 2002, p. 278-280). Ao nível do patrimônio cultural religioso, além das isenções previstas nas sucessões, doações e transmissões de bens imóveis, importa ainda mencionar a isenção de imposto municipal sobre edifícios pertencentes ao patrimônio ou incluídos no Inventário Geral do Estado. Os trabalhos de restauração, conservação e melhoramento destes imóveis terão um desconto de 95% sobre o imposto de manutenção (GARCIMARTÍN, 2015, p. 155).

A possibilidade de as confissões religiosas fruírem de isenções sobre o lucro retirado das suas atividades econômicas, desde que reinvestidos em atividades estatutárias (DUFFAR, 2009, p. 61; RYNKOWSKI, 2009, p. 284), está igualmente prevista na Polônia. A este *generoso* sistema, inexistente em Portugal, mas presente na Espanha, se acrescentam outras exonerações em matéria de imóveis das igrejas, de importação de mercadorias para as atividades eclesiásticas, sociais e educativas e de direitos de registo sobre contratos civis. Por seu turno, a Eslováquia apresenta algumas similitudes com o exemplo polaco, nomeadamente no que concerne a isenções sobre os lucros das atividades religiosas e a importação de objetos sagrados (MORAV ÍKOVÁ, 2008, p. 550). De resto, o caso eslovaco segue o modelo existente nos restantes países. A título de exemplo, as exonerações previstas para as igrejas

16 Cf. artigos 130 da Lei n. 55-A/2010 e 179 da Lei n. 64-B/2011.

17 Cf. Jesús Bastante. La Iglesia recibe al año 10.000 millones de las arcas públicas. *Público*, 2011. Disponível em: <http://www.publico.es/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

oficialmente registadas sobre os tributos para coleções religiosas e atos de culto; sobre as contribuições regulares dos seus membros; sobre o imposto de propriedade; sobre os legados e doações para o desenvolvimento de atos religiosos; e, tal como em Portugal, sobre rendimentos obtidos em missões e noutros serviços religiosos (MORAV ÍKOVÁ, 2009, p. 297-298).

A Áustria e a Itália seguem, de igual modo, esta tendência. Em ambos existem inúmeras isenções para igrejas e cultos reconhecidos ao nível do imposto sobre rendimento das pessoas coletivas e do IVA e das contribuições devidas sobre a transmissão de bens móveis, sucessões e doações, desde que com propósitos caritativos e não lucrativos (KALB, 2009, p. 90; FERRARI, 2008, p. 237; DUFFAR 2009, p. 59). Na Itália existe também a possibilidade de redução de 10% no IVA sobre a restauração de edifícios que façam parte do patrimônio cultural nacional (FERRARI, 2015, p. 140). O país apresenta ainda semelhanças com os modelos espanhol, polaco e eslovaco em matéria de redução da carga fiscal sobre as suas atividades comerciais (DUFFAR, 2009, p. 59). Tal como em Portugal, goza ainda de isenção do imposto municipal sobre bens imóveis religiosos e dos seus edifícios anexos (ASTORRI, 2009, p. 231). O acordo de Latrão e os outros assinados com as confissões religiosas não católicas alargam às suas instituições caritativas e educativas a isenção de qualquer taxa sobre a propriedade. Por fim, o Ato n. 53 de 1983 isenta ainda as confissões religiosas do imposto estatal de 22% do prêmio de seguro para a proteção de edifícios históricos e artísticos (FERRARI, 2015, p. 140).

4.2 Isenções indiretas

Com a expressão em epígrafe pretendemos designar os benefícios legais previstos para os benfeitores das comunidades religiosas e/ou o regime fiscal das doações anuído às obras religiosas, particularmente, às de beneficência.

Neste contexto, segundo a letra dos n. 3 do artigo 32 da LLR e n. 6 do artigo 26 da concordata portuguesa, os donativos oferecidos por pessoas singulares às pessoas jurídicas religiosas inscritas produzem o efeito tributário de dedução à coleta, nos termos e limites do direito nacional. A redação destes artigos conduz, segundo Pires (2006, p. 206), as igrejas, os institutos religiosos e as suas pessoas coletivas sem fins lucrativos para o estatuto do mecenato, abrangendo somente os donativos das pessoas singulares (SILVA, 2006, p. 221) com fins exclusivamente confessionais (DUNFAR, 2009, p. 63). Assim sendo, as doações são dedutíveis à coleta sobre 25% das verbas atribuídas e majoradas em 130%, até ao limite máximo de 15% do benefício (PIRES, 2006, p. 206).

Na Itália, o mesmo se passa no campo das isenções indiretas sobre as doações. Tal como em Portugal, o regime que gere o modelo da doação deduzível é o sistema geral aplicado às associações sem fins lucrativos (ASTORRI, 2009, p. 225-228). A particularidade do caso italiano reside na possibilidade de se deduzir nos rendimentos tributáveis os donativos oferecidos em benefício das igrejas reconhecidas e dos seus organismos até limite máximo de €1.032 por ano fiscal (FERRARI, 2008, p. 236). Igualmente na Polônia os donativos são considerados como isenções fiscais indiretas. Com efeito, no caso polaco as pessoas singulares

podem doar até 6% e as pessoas coletivas, 10% do seu rendimento anual às comunidades religiosas, sendo estes valores deduzíveis na sua base tributária (DUFFAR, 2009, p. 63; RYNKOWSKI, 2009, p. 282). No entanto, existem duas exceções. As igrejas católica e ortodoxa não estão limitadas a estas barreiras percentuais. Na verdade, desde que recebam doações para a prossecução da sua missão caritativa, podem receber donativos ilimitados (DUFFAR, 2009, p. 63; RYNKOWSKI, 2009, p. 282).

Por sua vez, na Áustria, Eslováquia e Espanha, verificam-se dentro deste campo de análise algumas nuances similares. No primeiro, as contribuições para as igrejas reconhecidas são consideradas pagamentos especiais e são deduzíveis até 400€ por ano fiscal,[18] enquanto nos dois últimos, o valor dos donativos para causas humanitárias, caritativas e religiosas são dedutíveis no lucro tributável das pessoas físicas (MONELOS, 2002, p. 280; GARCIMARTÍN, 2015, p. 155). Uma singularidade do caso espanhol vem prevista na Lei n. 49/2002, sobre o regime de incentivo fiscal ao mecenato. Na sua disposição final primeira vem prevista a possibilidade de o Estado estabelecer atividades de mecenatos preferenciais que possam gozar de maiores benefícios fiscais. Desde 2002 que os Orçamentos Gerais do Estado têm incluído nessas atividades a conservação, restauração e reabilitação de imóveis pertencentes ao seu patrimônio cultural e religioso (GARCIMARTÍN, 2015, p. 56). Para Rodrígues Blanco (2005, p. 105), este regime tem beneficiado as confissões religiosas, mas sobretudo a Igreja católica, por conta do elevado número de bens culturais e monumentos que lhe pertencem.

5 Sobre a consignação fiscal ou *quasi church tax*

Os modelos de financiamento dos países analisados tendem a convergir em um sistema de consignação fiscal ou de *quasi church tax*. Através dele, os contribuintes passaram a poder designar uma percentagem do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares.

Em Portugal, foi a LLR que introduziu este canal de financiamento das igrejas e confissões religiosas (CANAS, 2008, p. 493) que, tal como sucedeu na Espanha, deveria pôr termo ao sistema de exoneração plasmado no Decreto-lei n. 20/1990 sobre o IVA e conformar a legislação nacional com as normas europeias (BRITO, 2009, p. 292).

Com efeito, através do n. 4 do artigo 32 da LLR, os contribuintes passam a poder designar uma quota equivalente a 0,5% do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, liquidado com base nas suas declarações anuais, a uma igreja ou confissão religiosa radicada no país, para a prossecução dos seus fins religiosos ou de beneficência. Este benefício fiscal,

18 Cf. Die Presse. Kirchenbeitrag: 400€ absetzbar. *Die Presse*, 2011. Disponível em: <http://diepresse.com/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

porém, não é automático, visto que depende do cumprimento de um triplo critério: requerimento prévio por parte da comunidade religiosa que dele pretenda se beneficiar; apresentação por parte das confissões ou dos seus representantes de um relatório anual sobre o destino dado às verbas recebidas; e não opção da restituição do IVA prevista no n. 1 do artigo 65 da LLR (SILVA, 2006, p. 219). De fato, a opção pelo regime de reembolso do IVA impede o acesso ao sistema de consignação de recursos fiscais, assim como não permite às igrejas, excluindo-se aqui as IPSS, a dedução à coleta do imposto sobre rendimentos dos donativos atribuídos por pessoas singulares, prevista pelo n. 3 do artigo 32 da LLR.

De acordo com Canas (2008, p. 493), a concordata de 2004 permite uma interpretação que não conduz diretamente à aplicação deste mecanismo de consignação à Igreja católica. Segundo o seu artigo 27, a Conferência Episcopal Portuguesa (CEP) possui o direito de incluir a Igreja no sistema de percepção de receitas fiscais previsto na LLR para todas as confissões radicadas no país e todas as organizações de utilidade pública. Esta inclusão pode ser alvo de acordo entre as autoridades estatais e eclesiásticas competentes (PIRES, 2006, p. 206) e significará, sempre, a renúncia ao reembolso do IVA. No caso de opção pela consignação surge um benefício, sem paralelo na LLR (SILVA, 2006, p. 219), plasmado no n. 4 do artigo 26 da concordata, i.e., a autoridade eclesiástica responsável pelas verbas que forem destinadas à Igreja fica isenta de imposto sobre essa fonte de rendimento. Não obstante, mesmo na ausência desta disposição, visto tratar-se de um aumento patrimonial gratuito, aplicar-se-ia a ela o regime de não sujeição (PIRES, 2006, p. 206).

Para Vera Jardim, autor político da LLR, este modelo que em muito beneficia a Igreja católica[19] e que se afigura "um pouco esdrúxulo"[20] deveria ser substituído por um sistema mais semelhante ao espanhol, italiano ou polaco de *quasi church tax* – analisado de seguida – no qual se obrigasse a Igreja a depender menos de dinheiros públicos e a confiar mais na sua capacidade de autofinanciamento. Contudo, a incerteza acerca dos benefícios deste tipo de modelos face à segurança e proveito que são conferidos à Igreja católica pelo sistema vigente vem dificultando a concretização do desejo do legislador de tornar obsoleto o mecanismo de reembolso do IVA face ao da consignação fiscal.

Na Polônia, o modelo de consignação fiscal é também uma novidade no sistema legal nacional (DUFFAR, 2009, p. 35). Desde 2004 os contribuintes podem doar 1% do seu imposto a associações de utilidade pública (RYNKOWSKI, 2009, p. 277-278). Para poderem

19 Dos €87 milhões arrecadados entre 2005 e 2009 apenas €1,6 milhão não se destinaram à Igreja católica. Cf. Maria Lopes. Estado devolveu 85,7 milhões de euros em IVA à Igreja Católica entre 2005 e 2009. *Público*, 2011. Disponível em: <http://www.publico.pt/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

20 Cf. Maria Lopes. Estado devolveu 85,7 milhões de euros em IVA à Igreja Católica entre 2005 e 2009. *Público*, 2011. Disponível em: <http://www.publico.pt/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

se beneficiar desta consignação, as igrejas devem estabelecer organizações locais ou diocesanas, fundações ou organizações caritativas. Também os grupos não confessionais ou ateístas, desde que obtenham o estatuto de utilidade pública, podem concorrer ao sistema de consignação fiscal (ZAWI LAK; STANISZ, 2012). Todavia, estavam impedidos de se candidatar ao Fundo da Igreja, pelos motivos históricos já citados.

Em 2014, após quase dois anos de negociações e em um contexto de corte das despesas públicas, o Estado polaco chegou a um consenso com as igrejas registadas, em particular com a católica,[21] para abolir o Fundo e poupar ao Estado €21 milhões por ano.[22] Em compensação, as igrejas e confissões religiosas passaram a poder gozar, desde 2015, tal como na Itália, de uma consignação fiscal exclusiva de 0,5% que funciona nos mesmos moldes daquela já prevista para as associações de utilidade pública, não afetando o seu normal funcionamento.

O governo polaco ofereceu às comunidades religiosas um período de transição de três anos para a solidificação deste mecanismo de financiamento. Neste prazo, o Estado compensá-las-á pela diferença entre os valores da consignação fiscal dos 0,5% e o valor que anteriormente auferiam por meio do Fundo.[23] Assim sendo, até 2017, as igrejas favorecem-se de um triplo benefício: da consignação de 1% para as suas organizações com estatuto de utilidade pública, dos 0,5% destinados às igrejas e comunidades religiosas e do mecanismo provisório de compensação pelo término do Fundo.

Na Espanha, como já demos a entender, existe um sistema de consignação fiscal similar, mas com aspectos importantes e singulares entre os casos de estudo. O elemento que mais se destaca é o fato de apenas a Igreja católica, no universo de todas confissões religiosas radicadas no país, se beneficiar deste mecanismo tributário (IBÁN, 2008, p. 161; IBÁN, 2009, p. 314; DUFFAR 2009, p. 34). Efetivamente, a lei concordatária de 1979, sobre assuntos financeiros, definiu esta condição. Todavia, a consignação viria apenas a ser implementada em 1988 e de maneira quase unilateral por parte do governo da época que lhe determinou um valor, alegadamente insuficiente, de 0,5239% (BARRIOCANAL, 2007, p. 25-26). À semelhança do que vimos na Polônia, o Estado espanhol previu um período transitório de três anos no qual o financiamento estatal fosse progressivamente substituído pelo mecanismo da consignação. Neste tempo, os órgãos públicos deveriam pagar a diferença entre as

21 O Fundo apenas representava uma pequena parte daquilo que os contribuintes revertiam a favor da Igreja. A sua maior fatia ainda é arrecada por meios tradicionais como a *koleda*, a angariação regular nas missas dominicais e por outras doações feitas pelos crentes (RYNKOWSKI, 2008, p. 463-464).

22 Cf. Radio Poland. *Compromise reached over Poland's church funding*. 2013. Disponível em: <http://www.thenews.pl/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

23 Cf. Artur Sporniak. *Zamiast Funduszu Ko cielnego 0,5 procent podatku*. 2013. Disponível em: <http://www.money.pl/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

verbas arrecadas através do novo mecanismo fiscal e aquelas que anteriormente a Igreja recebia. Contudo, segundo Ibán (2008, p. 161-162), tal só sucedeu de maneira muito limitada.

A segunda particularidade do caso espanhol prende-se com o fato de, tal como sucede na Eslováquia,[24] o valor da consignação ter subido de 0,5% para 0,7% entre os anos de 2006 e 2007, quando a tendência dos outros países analisados vinha sendo a oposta (IBÁN, 2009, p. 314; BARRIOCANAL, 2007, p. 26-27). Com efeito, a Lei n. 42/2006 sobre o orçamento de Estado para 2007 estabeleceu que, a partir desse ano, os contribuintes podem alocar 0,7% do seu imposto sobre os rendimentos à Igreja, assim como a outras associações sem fins lucrativos. A reforma do sistema da consignação pressupõe duas consequências imediatas: primeiramente, a Igreja passa a receber para seu sustento apenas aquilo que provem deste sistema e, por fim, a adaptação ao regime do IVA, renunciando a determinados benefícios fiscais. Esta reforma no regime fiscal, além de não prejudicar a Igreja,[25] confere-lhe alguns privilégios; em especial, a possibilidade de antecipação das verbas correspondentes à sua consignação tributária.[26]

De outro lado, temos o modelo italiano. Com a supressão do *beneficium* e da côngrua, o Estado e a Santa Sé decidiram no ano da assinatura da concordata que o modelo de financiamento da Igreja devia ser substituído (FERRARI, 2008, p. 235). A Lei n. 222/1985 – que apenas entrou em vigor em 1990 – estabeleceu o mecanismo de consignação fiscal dos *otto per mille* (0,8%), estendendo-o às demais confissões religiosas (FERRARI, 2008, p. 236). Todavia, tal como em Portugal ou na Polônia, fê-lo apenas relativamente a um grupo restrito, i.e., àquelas com convenções *intese* firmadas com o Estado.

Uma das características mais atípicas do modelo italiano prende-se com as escolhas não expressas por parte dos contribuintes. De acordo com um parecer de 2014 do Tribunal de Contas, graças aos mecanismos de alocação dos 0,8%, os beneficiários recebem mais por via das declarações não expressas dos contribuintes do que das expressas (ASTORRI, 2009, p. 224-227). Em 2011, por exemplo, foi consignada expressamente à Igreja católica a percentagem de 37,9% do valor total das declarações de rendimentos, mas a instituição recebeu 82,3% da totalidade desse valor. Todavia todas as igrejas e comunidades religiosas que fazem parte deste modelo beneficiam-se de acréscimos de aproximadamente 50% sobre

24 A Eslováquia é, porém, um falso caso análogo. Contrariamente à Espanha, existe um plano de nove anos implementado para baixar, de forma gradual, o valor da consignação fiscal para os mesmos 0,5% existentes em Portugal ou na Polônia. Analisaremos este ponto em seguida.

25 À semelhança do caso polaco, o dinheiro que provinha da cooperação Estado-religião apenas sustentava parte menor das suas necessidades (€12,5 milhões ao mês). A maioria da subsidiação do clero continua a ser feita, fundamentalmente, por meio do financiamento direto dos fiéis (BARRIOCANAL, 2007, p. 26).

26 Cf. ABC, *La letra pequeña de los Presupuestos*. 1º out. 2013. Disponível em: <http://www.abc.es/economia/20131001/abci-presupuestos-lupa-medidas-201309302253.html>. Acesso em: 3 jun. 2016.

aquilo que lhes é expressamente destinado pelos contribuintes.[27] Assim sendo, contrariamente àquilo que atestámos em Portugal, na Polônia e na Espanha, os valores que advêm da consignação fiscal são, segundo o Tribunal de Contas, uma das maiores razões para uma comunidade religiosa querer concluir um acordo com o Estado.[28]

O caso italiano é, portanto, diferente do espanhol, porque, neste último, o contribuinte pode optar por destinar uma parte dos seus impostos à Igreja católica, de modo que quem paga mais impostos contribui mais fortemente para o financiamento da confissão eleita. Na Itália, por seu turno, o Estado reparte os *otto per mille* não expressos nas declarações de imposto (*Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche* – IRPEF) em função das escolhas expressas dos cidadãos. Isto pode refletir uma interpretação desviada do sistema de percepção de receitas fiscais.

À semelhança do que sucede em Portugal (reembolso do IVA) e Polônia (percentagem respeitante ao Fundo da Igreja), na Itália existe a possibilidade de duplo benefício fiscal em matéria de consignação. Referimo-nos ao sistema do *cinque per mille* (0,5%) previsto no IRPEF. Introduzido para o ano fiscal de 2006, este é um modelo de consignação totalmente autônomo do *otto per mille*. Nele, o contribuinte possui duas opções principais: declarar ou não declarar explicitamente a quem pretende alocar esta verba. Nada impede as confissões religiosas de, através das suas organizações sociais, se candidatarem a estas verbas. Entre as centenas de associações religiosas que se encontram incluídas na lista dos potenciais beneficiários, destacam-se as católicas. No ano fiscal de 2009, estima-se que tenham arrecadado mais de €54,5 milhões.[29]

Na Eslováquia, a atualização do sistema de financiamento das comunidades religiosas é, no pós-comunismo, um dos assuntos mais prementes no contexto das relações Estado-religiões.[30] Desde 1999, as pessoas singulares podem transferir 1% do seu imposto sobre rendimentos para as igrejas e confissões religiosas registadas no país. Cinco anos mais tarde, o valor da consignação fiscal passou para 2%, tendo este direito sido também alargado às pessoas coletivas (MORAV ÍKOVÁ, 2008, p. 550; MARTINKOVÁ, 2009, p. 297-298). Contrariamente à Polônia, este sistema tornou-se muito popular entre os beneficiários, mais de 10 mil, e os próprios doadores, 50% dos contribuintes individuais e 90% dos coletivos

27 Sintomáticos são os casos dos valdenses de 1,49% para 3,22%; dos judeus de 0,20% para 0,43%; ou dos luteranos de 0,15% para 0,32%. Cf. Corte dei Conti. *Destinazione e gestione dell'8 per mille dell'IRPEF, delib. nº 16/2014/G*, 2014, p. 16-17.

28 Cf. Corte dei Conti, *Destinazione e gestione dell'8 per mille dell'IRPEF, delib. nº 16/2014/G*, 2014, p. 18.

29 Disponível em: <http://icostidellachiesa.it/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

30 Cf. Lubomir Martin Ondrasek. Financing Churches in Slovakia: Debate and Dilemma. *The Martin Center for the Advanced Study of Religion*, 2011. Disponível em: <http://divinity.uchicago.edu/sightings/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

(STRE ANSKÝ, 2012, p. 88). Esta é a percentagem mais elevada dos países selecionados. Por esse motivo, o Estado decidiu, em sintonia com o que se verifica na Polônia, a redução progressiva dos 2% para 0,5% durante o período 2011-2020 (STRE ANSKÝ, 2012, p. 90).

Não obstante as múltiplas alterações já registadas, de acordo com Martinková (2009, p. 301), o modelo eslovaco continua em fase de transição. À semelhança do seu homólogo polaco, o descontentamento público face ao modelo de financiamento das igrejas, a necessidade de contenção da despesa pública e a duplicação dos gastos do Estado com as igrejas registadas (ONDRASEK, 2011, p. 143) conduziram à opinião generalizada de que o presente modelo de financiamento é obsoleto e incomportável a longo prazo.[31] Desde 2011, o ministério da cultura e os representantes das confissões religiosas registadas no país têm procurado um compromisso que seja reciprocamente sustentável para ambos. Embora se mantenha o tabu sobre a solução futura, os autores (ONDRASEK, 2011, p. 143; MARTINKOVÁ, 2009, p. 301), defendem a implementação de um sistema de *quasi church tax* como sucede no caso polaco ou italiano, acrescentando ao direito de consignação tributária previsto para o setor não lucrativo, no qual se incluem as organizações das igrejas, um outro exclusivo para as comunidades religiosas.

É importante não confundir estes mecanismos com aqueles que, em determinados sistemas jurídicos, dão pelo nome de *church tax* ou imposto eclesiástico. Este é o caso da Áustria. No país, já houve discussões no sentido de implementar um sistema de consignação fiscal, com base na escolha dos cidadãos, semelhante aos analisados; porém, a discussão não teve qualquer resultado prático (KALB, 2009, p. 95). Subsiste, então, desde 1939, um sistema de quotas obrigatórias para os membros das confissões religiosas (POTZ, 2008, p. 441). O carácter vinculativo das quotizações de culto – correspondentes a 1,1% do seu imposto sobre o rendimento[32] – deriva de disposições do direito eclesiástico interno, mas, sobretudo, da sua garantia constitucional que lhes permite ser arrecadados por via do direito civil (POTZ, 2008, p. 441). A maioria das comunidades religiosas faz uso desta garantia.

Conclusão

Como vimos, Fox (2015) afirma que o financiamento da religião não é apenas o modelo mais comum e relevante de apoio às igrejas e confissões religiosas, mas, também, é uma das formas mais tangíveis para se analisar o modo como os Estados – e os indivíduos através deles – cooperam com o *religioso*.

31 Cf. Ondrasek, "Financing Churches in Slovakia…", *op. cit*.

32 Cf. Christa Pongratz-Lippitt. Austria's perilous journey. *The Tablet*, 21 de Fevereiro de 2009, p. 4. Disponível em <http://archive.thetablet.co.uk/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

Esta cooperação financeira, ou melhor, este tipo de secularismo que os países selecionados praticam, tem-se disseminado.

Por um lado, podemos dizer que isto reflete o princípio constitucional da cooperação (*principled distance*), preceito existente sem exceção nos casos de estudo analisados. De fato, em todos eles, o *temporal* e o *espiritual* têm uma relação de interdependência mútua por desempenharem tarefas comuns. O princípio da separação (*twin tolerations*) tem requerido dos Estados não uma pura atitude omissiva, uma abstenção ou um *non facere*, mas um *facere*, traduzido em um dever de assegurar ou promover o exercício da religião. Ou seja, um secularismo positivo – dialógico, de pacto e entendimento.

Por outro lado, não obstante os argumentos legais como os da *cooperação* tendam a ser preponderantes, na prática, em todos os países, as vicissitudes históricas e políticas marcam de forma indelével o desenvolvimento dos atuais modelos de financiamento da religião. Relembramos o argumento de Berg-Sørensen (2013, p. 4) sobre o secularismo no plural que nos diz refletir: as diferentes tradições culturais implícitas, a criação de imaginários sociais de comunidade política e sociedade e, sobretudo, a sua autocompreensão e justificação. Neste contexto, basta-nos relembrar as compensações por espoliação das propriedades eclesiásticas, transversal a todos os casos de estudo, e o reconhecimento da relevância histórica e hodierna da intervenção das igrejas nos campos da proteção social, educação, cuidados de saúde e assistência espiritual.

Não obstante a disseminação destes modelos de financiamento, continuam a existir desafios sobre o tipo de secularismo que os Estados praticam neste campo. O primeiro diz respeito ao princípio da separação das confissões religiosas e do Estado. Nesta perspectiva, rejeita-se a ideia de que cabe aos organismos públicos suportar as suas atividades e afirma-se que o financiamento público do *religioso* tem um elevado poder coercivo e discriminatório. De um lado, faz recair sobre os não crentes um ônus de promoção de ideias diferentes e, não raras vezes, contrárias às suas, e, de outro, tende a conduzir à secundarização dos membros das confissões minoritárias e à perpetuação e consolidação de situações seculares de discriminação. O segundo desafio concerne aos princípios da cooperação e da não discriminação. Quando o Estado abdica, por incapacidade financeira ou estrutural, da gestão de um determinado serviço público e opta pela sua realização através de instituições privadas sem fins lucrativos, ele não pode excluir as igrejas e confissões religiosas deste direito de participação pública. A cooperação entre *público* e *religioso* decorre, assim, não como uma tentativa de influência indireta do Estado no *mercado das ideias*, mas diretamente da idônea prossecução por parte das igrejas das suas atividades de interesse público.

Se na teoria subsistem dissentimentos, na prática os modelos de financiamento das religiões tendem a convergir, em especial, para um sistema de *church tax*. A banalização da prática da consignação fiscal tem permitido aos Estados beneficiarem-se financeira e democraticamente. Não só são aliviados da obrigação de auxílio financeiro às igrejas, como ainda se abre o mecanismo de subsidiação à participação da sociedade civil (contribuinte) que, deste

modo, ganha o direito de alocar parte dos seus impostos a determinadas associações religiosas ou não religiosas. Apesar de o *church tax* significar uma menor arrecadação fiscal por parte do Estado, ele parece reduzir o seu ônus financeiro, promover a liberdade religiosa, estimular a competição do mercado confessional e a consequente capacidade de autofinanciamento das igrejas. Além disso, parece favorecer o combate à perpetuação de situações de discriminação religiosa e de eventual coação tributária sobre os não crentes.

Em suma, as tendências atuais colocam desafios aos modelos de secularismo e financiamento da religião. Cremos que existem três fenômenos enunciados ao longo do trabalho que provocam estas mudanças: o crescimento das migrações internacionais, o secularismo negativo e as crises econômico-financeiras. O primeiro tem como consequência o crescimento da relevância das minorias religiosas e das organizações não confessionais. Este acontecimento já levou à reivindicação de estatutos similares aos das comunidades religiosas reconhecidas (casos da Espanha, Áustria, Itália e Portugal). Por consequência, isto tem obrigado a mais reformas nas políticas públicas em matéria de financiamento dos cultos. Esta é, aliás, uma exigência europeia (FOBLETS; ALIDADI, 2014, p. 34). O segundo, promovendo um secularismo mais ideológico e combativo, uma relativa indiferença e até, às vezes, uma certa animosidade para com os cultos reconhecidos tem conduzido a mudanças no *status quo*. Isto já ocorreu na Polônia e na Eslováquia por causa das recentes polêmicas sobre a compensação pela espoliação do patrimônio eclesiástico dos cultos reconhecidos ou na Áustria por conta da manutenção da incorporação do *church tax* sob lei civil. O último inclina as autoridades públicas para colocarem maiores restrições orçamentais. Em particular, destacam-se o término de nichos de isenção fiscal (v.g., em Portugal a partir de 2005, com o termo da isenção do imposto sobre os rendimentos dos padres), a diminuição de sacerdotes pagos pelo Estado (v.g., o fim do Fundo da Igreja na Polônia) ou a generalização da famigerada consignação fiscal (reflexo claro da vontade estatal em aliviar a despesa pública, fenômeno patente em todos os países analisados, à exceção da Áustria).

NOTA DE AGRADECIMENTO

O presente trabalho foi patrocinado pelo Erasmus Mundus Action 2 Programme da União Europeia.

REFERÊNCIAS

ASAD, Talal. *Formations of the secular*: Christianity, Islam, modernity. Stanford: Stanford University Press, 2003.

ASTORRI, Romeo. Le financement des confessions religieuses en Italie. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte; BERLINGÒ, Salvatore (Ed.). *The financing of religious communities in the European Union*. 1. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

BARRIOCANAL, Fernando Giménez. *La financiación de la iglesia católica en España*. 2. ed. Madrid: Editorial Edice, 2007.

BELLIN, Eva. Faith in politics new trends in the study of religion and politics. *World Politics*, v. 60, n. 2, p. 315-347, 2008.

BERGER, Peter. *The many altars of modernity:* toward a paradigm for religion in a pluralist age. Boston/Berlim: De Gruyter, 2014.

BERG-SØRENSEN, Anders. Introduction: contesting secularism. In: BERG-SØRENSEN, Anders (Ed.). *Contesting secularism:* comparative perspectives. New York: Routledge, 2013.

BHARGAVA, Rajeev. Rehabilitating secularism. In: CALHOUN, Craig; JUERGENSMEYER, Mark; VAN ANTWERPEN, Jonathan (Ed.). *Rethinking secularism*. New York: Oxford University Press, 2011.

_____. Multiple secularism and multiple secular states. In: BERG-SØRENSEN, Anders (Ed.). *Contesting secularism:* comparative perspectives. New York: Routledge, 2013.

BLANCO, Miguel Rodríguez. *Las confesiones religiosas en el marco del régimen jurídico del mecenazgo*. Madrid: Edisofer, 2015.

BOURDIEU, Pierre. Genèse et structure du champ religieux. *Revue française de sociologie*, v. XII, n. 2, p. 295-334, 1971.

BRITO, José de Sousa e. Le financement des communautés religieuses au Portugal. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte; BERLINGÒ, Salvatore (Ed.). *The financing of religious communities in the European Union*. 1. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

CANAS, Vitalino. État et Églises au Portugal. In: ROBBERS, Gerhard. (Ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne*. 2. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

CASANOVA, José. The secular, secularizations and secularisms. In: CALHOUN, Craig; JUERGENSMEYER, Mark; VAN ANTWERPEN, Jonathan (Ed.). *Rethinking secularism*. New York: Oxford University Press, 2011.

DUFFAR, Jean. Le financement des religions dans les États de l'Union Européen: rapport de synthèse. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte; BERLINGÒ, Salvatore (Ed.). *The financing of religious communities in the European Union*. 1. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

FERRARI, Alessandro. Funding religious heritage: the Italian case. In: FORNEROD, Anne. (Ed.). *Funding religious heritage*. Farnham: Ashgate, 2015.

FERRARI, Silvio. État et Églises en Italie. In: ROBBERS, Gerhard. (Ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne*. 2. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

FOBLETS, Marie-Claire e ALIDADI, Katie. The RELIGARE Report: religion in the context of the European Union: engaging the interplay between religious diversity and secular models. In: FOBLETS, Marie-Claire et al. (Ed.). *Belief, law and politics:* what future for a secular Europe? Farnham: Ashgate, 2014.

FORNEROD, Anne. Funding religious heritage. *RELIGARE*, working paper n. 5, 2010. Disponível em: <http://www.religareproject.eu/>. Acesso em: 3 jun. 2016.

FOX, Jonathan. *Political secularism, religion and the State:* a time series analysis of worldwide data. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

GARCIMARTÍN, Carmen. The Spanish system of funding religious heritage. In: FORNEROD, Anne. (Ed.). *Funding religious heritage*. Farnham: Ashgate, 2015.

GOMES, Manuel Saturnino. A concordata 2004: comentário geral. In: GOMES, Manuel Saturnino. (Coord.). Estudos sobre a nova concordata: Santa Sé – República Portuguesa, 18 de maio de 2004. Actas das XIII Jornadas de Direito Canónico, 4 a 6 de abril de 2005 (Lusitania Canónica; 11). Lisboa: Universidade Católica, 2006.

HURD, Elizabeth. *The politics of secularism in international relations.* Nova Jersey: Princeton University Press, 2007.

IBÁN, Iván. État et Églises en Espagne. In: ROBBERS, Gerhard. (Ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne*. 2. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

_____. The financing of religious communities in Spain. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte; BERLINGÒ, Salvatore (Ed.). *The financing of religious communities in the European Union*. 1. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

KALB, Herbert. The financing of religious communities in Austria. In: BASDEVANT-GAUDEMET,

Brigitte; BERLINGÒ, Salvatore (Ed.). *The financing of religious communities in the European Union*. 1. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

MARTINKOVÁ, Jana. The financing of religious communities in Slovakia. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte; BERLINGÒ, Salvatore (Ed.). *The financing of religious communities in the European Union*. 1. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

MATOS, Luís Salgado. Para uma tipologia do relacionamento entre o Estado e a Igreja. In: FERREIRA, António Matos; MATOS, Luís Salgado de. (Ed.). Interações do Estado e das Igrejas: homens e instituições, 1. ed. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2013.

MONELOS, Susana Mosquera. Benefícios fiscales de la Iglesia Católica en España. In: GOMES, Manuel Saturnino. (Coord.). Relações Igreja-Estado em Portugal, desde a vigência da concordata de 1940. Col. Lusitânia Canónica, 8. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

MONIZ, Jorge Botelho. O financiamento público da religião na Europa católica pós-crise. *Ius Ecclesiae*, v. 28, p. 79-112, 2016.

MORAV ÍKOVÁ, Michaela. État et Églises en République slovaque. In: ROBBERS, Gerhard. (Ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne*. 2. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

ONDRASEK, Lubomir Martin. Financing churches and religious societies in the XXI century. *Politics and Religion*, v. 5, n. 1, p. 143-146, 2011.

PIRES, Manuel. Aspectos fiscais. In: GOMES, Manuel Saturnino. (Coord.). Estudos sobre a nova concordata: Santa Sé – República Portuguesa, 18 de maio de 2004. Actas das XIII Jornadas de Direito Canónico, 4 a 6 de abril de 2005 (Lusitania Canónica; 11). Lisboa: Universidade Católica, 2006.

POTZ, Richard. État et Églises en Autriche. In: ROBBERS, Gerhard. (Ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne*. 2. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

ROSS, Marc Howard. Culture and identity in comparative political analysis. In: LICHBACH, Mark Irving; ZUCKERMAN, Alan S. (Ed.). Comparative politics: rationality, culture, and structure. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

RYNKOWSKI, Michał. État et Églises en Pologne. In: ROBBERS, Gerhard. (Ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne*. 2. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

_____. Financing of religious communities in Poland. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte;

BERLINGÒ, Salvatore (Ed.). *The financing of religious communities in the European Union*. 1. ed. Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

SILVA, Isabel Marques. Implicações fiscais. In: GOMES, Manuel Saturnino. (Coord.). Estudos sobre a nova concordata: Santa Sé – República Portuguesa, 18 de maio de 2004. Actas das XIII Jornadas de Direito Canónico, 4 a 6 de abril de 2005 (Lusitania Canónica; 11). Lisboa: Universidade Católica, 2006.

STEPAN, Alfred. Religion, democracy and the "twin tolerations". *Journal of Democracy*, v. 11, n. 4, p. 37-57, 2000.

_____. The multiple secularisms of democratic and non-democratic regimes. In: CALHOUN, Craig; JUERGENSMEYER, Mark; VAN ANTWERPEN, Jonathan (Ed.). *Rethinking secularism*. New York: Oxford University Press, 2011.

STRE ANSKÝ, Boris. The situation of the third sector in Slovakia, the impact of crisis, trends, mainstreams and challenges. *Civil Szemle*, 3, IX Évfolyam, Budapest, p. 75-93, 2012.

TAYLOR, Charles. A secular age. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

TORFS, Rik. Religion and state relationships in Europe. *Religious Studies Review*, v. 1, n. 4, p. 31-41, 2007.

WALD, Kenneth D.; WILCOX, Clyde. Getting religion: has Political Science rediscovered the faith factor? *American Political Science Review*, v. 100, n. 4, p. 523-529, 2006.

ZAWI LAK, Michał; STANISZ, Piotr. *Church Fund*. Eurel, 28 set. 2012. Disponível em: <http://eurel.info/spip.php?rubrique430&lang=en>. Acesso em: 3 jun. 2016.

Jorge Botelho Moniz

Bolsista de doutorado da Universidade Nova de Lisboa (UNL) e da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

jobomoniz@gmail.com

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 15.09.2016
Aprovado: 05.09.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201737

Indícios de descolonialidade na Análise Crítica do Discurso na ADPF 186/DF

DECOLONIAL SIGNS THROUGH CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS AT THE JUDGMENT OF ADPF 186/DF

Fernanda Frizzo Bragato[1] *e Virginia Colares*[2]

Resumo

Este artigo analisa o discurso de fundamentação, na ADPF 186/DF, acerca dos direitos das minorias negras. A Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ), com ênfase nos efeitos ideológicos e políticos do discurso, revela, no *corpus* desta análise, indícios das matrizes teóricas pós-colonial e descolonial dos direitos humanos. Assim, como resultado, desaloja-se aquilo que se oculta ideologicamente no plano do posto, do pressuposto, do implícito ou do subentendido nessa decisão do STF. A partir daí, construímos um roteiro de indicadores, no discurso, do giro descolonial, com os seguintes conceitos-chave, a saber: alteridade, exterioridade, interculturalidade, pluriversalidade e empoderamento.

Palavras-chave

Teorias pós-colonial e descolonial; Análise Crítica do Discurso Jurídico; Direitos Humanos; afrodescendentes; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This paper analyzes the reasoning discourse at the judgment of ADPF 186/DF that ruled separate quotas for Afro-Brazilian students constitutionally valid. The Critical Legal Discourse Analysis (ACDJ), that emphasizes the ideological and political effects of any discourse, reveals in the corpus of the judgment, evidences of post-colonial and decolonial theoretical frameworks of human rights. As a result, the analysis unveils what is ideologically hidden in the realm of the plan, the assumption, the implicit, or the implied on this decision of the Supreme Court. For doing so, we set up a framework of decolonial turning key concepts as following: otherness, externality, interculturality, pluriversality and empowerment.

Keywords

Postcolonial and decolonial theories; Critical Analysis of the Legal Discourse; Human Rights; afrodescendants; Brazilian Supreme Court.

1 Universidade do Vale do Rio dos Sinos
São Leopoldo – RS – Brasil

2 Universidade Católica de Pernambuco
Recife – PE – Brasil

CC BY-NC

Introdução

Este artigo apresenta os resultados parciais de projeto de pesquisa *Direitos das minorias e grupos vulneráveis: uma análise do discurso de fundamentação nas decisões do STF*, cujo objetivo consiste em verificar, na formação discursiva das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) referentes à proteção e garantia dos direitos das minorias e de grupos vulneráveis, indícios textuais e discursivos da existência de fundamentos teóricos, históricos e jurídicos relacionados à matriz (des)colonial do conhecimento. O problema da pesquisa apresentada no presente artigo é: *Existem pistas textuais de descolonialidade no discurso de fundamentação do voto do ministro relator do STF na ADPF 186/DF?* Nossa hipótese: *Se a fundamentação de decisão judicial favorável a demandas de grupos minoritários desconstruir o discurso de subordinação dos mesmos, então emergem pistas textuais na superfície da decisão judicial de um discurso descolonial*. Assim, o objetivo geral é verificar, com base na análise crítica do discurso, pistas textuais na superfície da decisão judicial que indiquem a existência de um *discurso descolonial* em favor dos afrodescendentes.

Afrodescendentes compõem um grupo minoritário no sentido de ausência ou debilidade de poder, decorrentes de estratégias sociais de depreciação de sua identidade. Demandas de grupos considerados minoritários envolvem, à primeira vista, a superação da condição de subordinação em que são colocados. Tanto os estudos de matriz pós-colonial como descolonial partem da premissa de que a condição de subordinação que afeta determinadas identidades é produzida por meio do discurso colonial, isto é, um discurso que representa o outro como degenerado, utilizando estratégias de inferiorização, subalternização e desumanização, às quais Frantz Fanon (2008) se refere como o tratamento da "não existência".

O giro descolonial situa-se na dimensão prescritiva do pensamento descolonial, que busca romper com o discurso gerador da chamada colonialidade do ser, a fim de ressignificar as relações assimétricas de dominação que determinam, entre outras coisas, as posições subalternas de sujeitos e grupos humanos. Daí a pertinência de se propor a discussão sobre demandas judiciais de grupos minoritários a partir da ótica da descolonialidade.

Os textos jurídicos e judiciais, na perspectiva da Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ),[1] decorrem de processos sociocognitivos, historicamente constituídos, nos quais, inevitavelmente, são investidas políticas e ideologias na prática cotidiana dos sujeitos, produzindo resultados e efeitos sobre as estruturas sociais. Assim, a integridade da produção, da distribuição, da circulação, da interpretação e do consumo de textos se encontra encaixada em uma

1 "Análise Crítica do Discurso Jurídico" é o nome da disciplina oferecida por Virgínia Colares, no Curso de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, desde sua criação, em 2005. Assim como é o título do relatório de pesquisa, apresentado por essa pesquisadora em julho de 2009, como resultado do Edital MCT/CNPq 50/2006 – Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas; Protocolo n. 2546463711149023. Trata-se de uma agenda de pesquisa para analisar o discurso a partir do tratamento textual dado às unidades pragmáticas nos eventos de fala e de escrita na instituição jurídica.

situação social específica, numa configuração contextual. O contexto situacional determina as condições pragmáticas durante a interação verbal, consistindo na construção cognitiva (ou quadro) que o locutor faz da situação comunicativa, acionando os demais contextos: cultural, biográfico, individual e os conhecimentos de mundo. A análise das decisões judiciais evidencia a forma como os juristas conduzem o texto, manifestando na materialidade linguística o quadro de relevâncias e modos de operação da ideologia acionados na situação enunciativa. Portanto, na perspectiva da ACDJ, todo discurso é uma construção social, não individual, e somente pode ser analisado ao se considerar o seu contexto histórico-social.

Desde a Constituição de 1988 e, mais especificamente, desde a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, quando os tratados internacionais de Direitos Humanos adquiriram *status* diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de forma mais favorável às demandas das minorias e dos grupos vulneráveis. O objetivo deste artigo é, utilizando a análise crítica do discurso jurídico, verificar se, na fundamentação da decisão, o ministro relator da ADPF 186/DF rompe com o discurso colonial e assume categorias descoloniais para reconhecer a demanda por tratamento diferenciado dos grupos afrodescendentes no Brasil. O tratamento diferenciado pleiteado consiste na reserva de vagas em universidades públicas brasileiras, levando-se em conta o critério étnico-racial, que é fato gerador de preconceito e consequente tratamento discriminatório no que se refere ao acesso igualitário de inúmeros direitos em princípio acessíveis a todos.

1 A AGENDA DA ABORDAGEM: ASPECTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS

A Análise Crítica do Discurso Jurídico tem como fulcro a abordagem das relações (internas e recíprocas) entre linguagem, direito e sociedade (COLARES, 2014, p. 124), ancorada na Teoria Social do Discurso, paradigma funcionalista da linguagem, proposta por Norman Fairclough (2001, 2003), que também foi o idealizador da Análise Crítica do Discurso. Norman Fairclough (1992, 1995) caracteriza o discurso como prática política e ideológica. Como prática política, o discurso estabelece, mantém e transforma as relações de poder e as entidades coletivas em que existem tais relações. Como prática ideológica, o discurso constitui, naturaliza, mantém e também transforma os significados de mundo nas mais diversas posições das relações de poder.

As abordagens críticas assumem a ideologia como instância subjetiva do discurso que se materializa na superfície textual. Nessa perspectiva, não há transparência no dizer. Ao posto no discurso acumulam-se camadas do pressuposto, do implícito ou do subentendido. As ideologias do cotidiano renovam a ideologia oficial de uma comunidade e são por ela também renovadas. Para Bakhtin (1992, p. 36), a palavra é o fenômeno ideológico por excelência. A realidade de toda palavra é absorvida por sua função de signo. "É precisamente na palavra, no ato de enunciação, que melhor se revelam as formas ideológicas gerais da comunicação semiótica" (BAKHTIN, 1992, p. 36).

Os textos produzidos socialmente em eventos autênticos do Judiciário são resultantes da estruturação social da linguagem que os consome e os faz circular. A ACDJ aborda a interação na justiça de um ponto de vista dialético, como um processo aberto a mudanças, no qual as relações e identidades sociais podem emergir e gerar novas representações. Para Correas (1995, p. 121), que centrou seu trabalho no estudo da ideologia jurídica relacionada com as consequências da atuação do poder em uma dada sociedade, "a ideologia jurídica também existe no discurso dos funcionários e juízes quando fundamentam as normas que produzem". Assim, a prolação de decisões judiciais pode ser considerada uma prática discursiva mediadora que ocorre entre um texto e uma prática social e, como tal, pode tanto promover justiça e igualdade como justificar e naturalizar opressões.

Como um programa ou agenda de pesquisa, a Análise Crítica do Discurso é conhecida por sua posição abertamente política e se preocupa com a análise de várias formas de desigualdade social e injustiça. A análise do discurso que mostra o funcionamento do poder que sustenta estruturas e relações sociais opressivas contribui para lutas contínuas de contestação e mudança mediante o que se pode chamar de "ativismo analítico". Portanto, o interesse por este tipo de análise não é meramente acadêmico no sentido de desconstruir os textos e as falas, mas vem da assunção de que esses temas lidam com consequências materiais e fenomenológicas para determinados grupos de pessoas (LAZAR, 2007).

A Análise Crítica do Discurso pode entrar em diálogo com outras abordagens que partam do mesmo pressuposto de que as várias formas de desigualdade e injustiça são produzidas no âmbito do discurso. Nesse sentido, a dimensão crítica da análise do discurso, fortemente baseada na sua concepção de ideologia, aproxima-se das abordagens descoloniais. Há uma coincidência entre os interesses de um e outro.

Se o interesse da Análise Crítica do Discurso reside em explicitar a forma como a ideologia e as relações de poder se produzem, reproduzem, negociam e contestam nas representações das práticas sociais, nas relações sociais entre as pessoas e nas identidades sociais e pessoais em textos e conversas, a descolonialidade está interessada em mostrar como a ideologia dominante e as relações de poder são perpassadas pela noção de colonialidade e em que medida a sua superação pode ser possibilitada pela incorporação de elementos descoloniais. As relações de poder assimétricas acabam se refletindo na posição de subordinação de diversos grupos que são, assim, chamados de minoritários, não necessariamente por seu tamanho, mas por sua debilidade de poder dentro de determinado contexto social.

Com a emergência dos estudos pós-coloniais nos anos 1980, o colonialismo deixou de ser compreendido como mero processo de ocupação e controle político-econômico de territórios para assumir, como prática hegemônica, a dimensão de um discurso sobre a representação do outro. A dimensão discursiva do colonialismo é destacada na obra seminal de Edward Said, *Orientalismo* (1990), isto é, mais que ocupação territorial, o colonialismo produziu modos de ser e de existir por meio do discurso. O conteúdo representacional desse discurso é explicitado por Frantz Fanon em *Os condenados da terra* (1968) e *Pele negra,*

máscaras brancas (2008), nos quais o outro é representado como degenerado e habita a zona da não existência.

Partindo da contribuição desses autores, Homi Bhabha apresenta como características do discurso colonial a estereotipação, a ambivalência e a mímica e aponta que "o objetivo do discurso colonial é apresentar o colonizado como uma população de tipos degenerados com base na origem racial de modo a justificar a conquista e estabelecer sistemas de administração e instrução" (BHABHA, 1998, p. 111).

Segundo Bhabha (1998), o estereótipo é uma falsa representação de uma dada realidade. É uma simplificação porque é uma forma de representação presa, fixa, que, ao negar o jogo da diferença (que a negação através do outro permite), constitui um problema para a representação do sujeito em significações de relações psíquicas e sociais. O estereótipo decorreria da relação de dependência existente entre a fixidez e a construção ideológica da alteridade no discurso colonial, na medida em que se constitui como estratégia discursiva principal e é personificado e validado pelo processo de ambivalência. A ambivalência possibilita a repetibilidade ansiosa e compulsiva de algo que é tomado como fato dado, inequívoco e que dispensaria prova – muito embora seja uma falsa representação de uma realidade –, embasando as estratégias de individuação e marginalização, e produzindo o efeito de verdade probabilística, que deve sempre exceder o que pode ser provado empiricamente ou explicado logicamente.

No discurso colonial, segundo Bhabha (1998), a ambivalência comportaria uma complexa mistura de atração e repulsão que caracteriza a relação entre colonizado e colonizador – relação tipicamente ambivalente –, ao passo que o sujeito colonizado nunca simples e completamente se opõe ao colonizador. A ambivalência, nesse passo, sugere que a cumplicidade e a resistência existem numa relação de flutuação que o discurso colonial relaciona ao sujeito colonizado, a fim de que seja explorado e nutrido, ou representado como uma nutrição, como um próprio molde do colonizador, personificando-se através da mímica colonial, na medida em que o discurso da mímica é construído em torno da ambivalência. A mímica, por si, representa o desejo por um outro reformado e reconhecível, como sujeito da diferença que "é quase o mesmo, mas não exatamente", emergindo a representação de uma diferença que é ela mesma um processo de recusa. É o signo de uma articulação dupla, uma estratégia complexa de reforma, regulação e disciplina que se "apropria" do outro ao visualizar o poder, se constituindo também como uma estratégia, mas adjetivada, nas palavras de Bhabha (1998), como ardilosa e eficaz do poder e saber colonial.

Apesar das diferenças disciplinares e geográficas que distinguem a investigação pós-colonial da descolonial,[2] ambas se aproximam em sua crítica ao caráter paroquial dos argumentos sobre as origens endógenas europeias da modernidade e defendem que se considere

2 Para um panorama sobre as principais diferenças e aproximações entre a crítica pós e descolonial, ver Bhambra (2014).

o surgimento do mundo moderno nas histórias mais amplas do colonialismo, do império e da escravidão (BHAMBRA, 2014, p. 115). Os teóricos da descolonialidade, unidos em torno do grupo de investigação Modernidade-Colonialidade,[3] têm desenvolvido não apenas uma perspectiva crítico-analítica, mas também uma agenda propositiva que visa à transformação das formas de se produzir e aderir ao conhecimento. Essa transformação seria resultado do próprio giro epistemológico descolonial que, desde o pensamento de fronteira, assume uma atitude de desobediência epistêmica. A ideia de desobediência epistêmica, proposta central do pensamento descolonial, tem a ver com a necessidade de descolonizar o conhecimento e decorre da constatação de que existe uma face oculta e encoberta da modernidade: a colonialidade (MIGNOLO, 2010). O encobrimento dessa face oculta tem relação direta com a leitura eurocêntrica da modernidade.

Porém, esse não é o único significado de colonialidade; trata-se também da permanência conflitiva da relação e do domínio colonial – que se iniciou em 1492 – e evidencia uma estrutura ou matriz de poder colonial ainda vigente e baseada em dois pressupostos. Segundo Quijano (2005, p. 227), de um lado, esta matriz define-se a partir da "codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de 'raça', uma estrutura biológica supostamente diferente que colocou alguns em uma situação natural de inferioridade em relação aos outros". Esta ideia foi assumida pelos conquistadores como uma premissa básica de suas relações com os nativos americanos. De outro lado, colonialidade define-se pela "constituição de uma nova estrutura de controle do trabalho e dos seus recursos, da escravidão, da servidão, da pequena produção mercantil independente, em conjunto e sobre a base do capital e do mercado mundial" (QUIJANO, 2005, p. 227).

Maldonado-Torres (2007, p. 244) aponta que o padrão de poder colonial se tornou a base da identidade moderna no quadro do capitalismo mundial e de um sistema de dominação estruturado em torno da ideia de raça. A relação entre colonialidade e a depreciação de certos seres humanos encontra-se claramente estabelecida em Anibal Quijano, que a situa nas primeiras discussões sobre se os índios tinham ou não alma. Novas identidades e um novo tipo de classificação social foram criados no contexto da colonização europeia. Como algumas identidades foram consideradas superiores em relação a outras, as relações entre os sujeitos foram consequentemente verticalizadas. Para ser possível pensar em tal hierarquização, o valor da humanidade teve que ser graduado (MALDONADO-TORRES, 2007, p. 244). O conceito de colonialidade nos ajuda a compreender como foi possível construir um discurso abstrato de humanidade fundado na razão e, ao mesmo tempo, excluir da categoria de humanidade a maior parte dos indivíduos humanos, a partir da sua estereotipação (BRAGATO, 2014).

3 Sobre a constituição do grupo de investigação latino-americano Modernidade-Colonialidade, ver os trabalhos de Escobar (2003) e Castro-Gómez e Grosfoguel (2007).

A concentração de poder requer formas de dominação e a colonial tem se mostrado especialmente eficaz, porque articula um discurso de inferiorização, depreciação e desumanização que produz sujeitos assujeitados, e esse assujeitamento está ligado a determinadas identidades produzidas pelos estereótipos do discurso colonial.

Para romper esse ciclo, o giro descolonial abre-se para a consideração de formas outras de vida e para o desprendimento da retórica da modernidade (MIGNOLO, 2007). Assim como o discurso colonial serve para estabelecer e sustentar relações de dominação, por meio da estereotipação, ambivalência e mímica, o giro descolonial pretende ser a ruptura, assumindo alguns conceitos-chave, a saber: alteridade, exterioridade, interculturalidade, pluriversalidade e empoderamento.

Esses conceitos-chave refletem discursos que pretendem romper com as estruturas de poder colonial e que se materializam na superfície dos textos. No caso do objeto de estudo deste artigo – a ADPF 186/DF – trata-se de uma decisão judicial (*evento social* – o fazer concreto dos agentes sociais materializado em forma de texto) advinda da *prática social* do Judiciário, que reflete a *estrutura social* à qual pertence, a justiça, na perspectiva da agenda da Análise Crítica do Discurso que busca explicitar as relações de poder naturalizadas e (ou) neutralizadas.

Sobre os conceitos-chave descoloniais, propriamente ditos, Enrique Dussel apresenta-se como umas das principais influências. Em relação ao primeiro deles, Dussel (1996) explica que a alteridade se refere à exterioridade da constituição real humana. A alteridade é o oposto da totalidade. Enquanto a totalidade é a alienação e a coisificação do outro, que conduz à dominação, a alteridade é o outro na sua própria liberdade e livre determinação, não como uma sistematização da exterioridade. O outro é a alteridade de todo sistema possível, além do mesmo que a totalidade sempre é. Na totalização há a aniquilação da alteridade do outro, para incluí-lo em seu âmbito controlado, no qual o diferente, o plural, não é aceito, mas incorporado ao todo.

Ao contrário da lógica da totalidade, cujo discurso parte do fundamento para a diferença, a lógica da exterioridade respalda o seu discurso partindo do "abismo da liberdade do outro". Trata-se da principal categoria fenomenológica da filosofia da libertação, concebida por Enrique Dussel (1996) como um prisma para a percepção do horizonte do mundo mediante um aparato interpretativo capaz de formular um discurso filosófico no qual os espaços de protagonismo sejam ocupados por sujeitos oprimidos pela lógica totalizante da modernidade. Exterioridade, nesse sentido, significa transcendentalidade interior. Desse modo, todas as pessoas, inclusive aquelas que fazem parte de determinada classe opressora, possuem determinada transcendentalidade em relação ao sistema, possibilitando que se pense o mundo desde a exterioridade alterativa do outro.

A interculturalidade, no sentido crítico, consiste, segundo Walsh (2008, p. 140), em "processo e projeto sociopolítico dirigido à construção de sociedades, relações e condições de vidas novas e distintas", mas que não se resume apenas às condições econômicas, abarcando

"a cosmologia da vida em geral, incluindo os conhecimentos e saberes da memória ancestral e a relação com a mãe natureza e a espiritualidade". Constitui-se como uma proposta político-educacional, destinada à superação de visões excludentes e integração entre culturas. O ideal intercultural é desenvolver ao máximo a capacidade de diversas identidades e culturas para que possam relacionar-se entre si de maneira positiva e criativa (ALBÓ, 2010). Um "projeto" intercultural é um projeto de convivência em paz, em nível social, político, ético e epistêmico, pois luta por respeito às diferentes culturas e enfrenta a todas as formas de desprezo e marginalização presentes na vida cotidiana (ANSION, 2007). O objetivo do projeto intercultural é abrir caminhos onde estão presentes traços do colonialismo a fim de criar posturas de alteridade.

Pluriversalidade surge como um conceito que se opõe à ideia de universalidade excludente. Evidencia o equívoco que é reconhecer apenas um conhecimento específico e que parte da razão dominante, como sendo este universal. Pluriversalidade é o reconhecimento de várias perspectivas válidas e possíveis (RAMOSE, 2009), entretanto sem cair no relativismo cultural, visto que aquela é um conjunto de cosmologias conectadas que busca, sobretudo, uma polirracionalidade. Para Mignolo (2002), o universal só é possível através do pluriversal sintetizado na ideia de um "mundo em que vários mundos possam coexistir".

Empoderamento, por fim, constitui um processo social e político de tomada de consciência por parte dos oprimidos, impulsionado por uma práxis de reflexão e inserção crítica, em que, na medida em que problematizam de forma crítica a realidade na qual estão presentes, por meio do desenvolvimento de suas potencialidades criativas, atingem uma consciência capaz de fazer o sujeito oprimido buscar caminhos que o levem a transformar as relações sociais de dominação, podendo assim alcançar a libertação (FREIRE; SHOR, 1986, p. 64-77).

A relação entre as abordagens descoloniais e a Análise Crítica do Discurso torna-se profícua porque as relações de poder são disputas sobre interesses que são exercidas, refletidas, mantidas e resistidas de formas muito variadas e em diferentes graus de explicitação, podendo ser sutis e implícitas. Manifestam-se por meio de discursos cuja formação é estudada pela Análise Crítica do Discurso no sentido de desencobrir a ideologia e as relações de poder hegemônicas frequentemente assumidas. Porém, discursos que assumam os conceitos-chave do giro descolonial são discursos que, ao invés de produzir e sustentar as relações hegemônicas de poder, as desafiam e as contestam. É como fazem os discursos feministas, antirraciais etc. Assim, a adoção do conceito de ideologia, neste projeto, não implica a sua utilização como uma construção da realidade que oculta a verdade ou serve para produzir e reproduzir relações de dominação, necessariamente, mas que serve também para transformá-las, no sentido de Fairclough (1992). Todo discurso é ideológico, em maior ou menor grau, seja para reafirmar ou para romper com as relações de dominação ou, em palavras apropriadas a este estudo, pode ser colonial ou descolonial.

2 Análise do voto condutor do acórdão da ADPF 186/DF

A decisão judicial – a ADPF 186/DF – que nos toca analisar é um texto que, à semelhança dos demais, é voz que dialoga com outros textos. As relações inter (trans) textuais funcionam como eco de vozes de seu tempo, da história de um grupo social, de seus valores, crenças, preconceitos, medos e esperanças. Afirma Julia Kristeva (1974, p. 64) que "[...] todo texto se constrói como mosaico de citações, todo texto é absorção e transformação de um outro texto". O termo intertextualidade, proposto pela autora, derivado do latim "intertexto", evoca o dialogismo bakhtiniano. Bakhtin assinala que cada discurso se constrói sobre e em diálogo com outros discursos, passados ou futuros, reais ou imaginários, de outros locutores, sendo a polifonia constitutiva de qualquer enunciação.

Norman Fairclough (2001, p. 133-174) resgata essa noção e propõe, na agenda da Análise Crítica do Discurso, na *análise das práticas discursivas,* a distinção entre *intertextualidade* (heterogeneidade mostrada) e *interdiscursividade* (heterogeneidade constitutiva). Para a Análise Crítica do Discurso, a intertextualidade estabelece o diálogo de um texto com outro(s) texto(s), os intertextos presentes na superfície textual. Enquanto a interdiscursividade remete a outras vozes e convenções sociais, nem sempre de localização efetiva na superfície do texto, os intertextos remetem ao funcionamento das relações em contextos culturais e históricos, matrizes sociais do discurso. A análise, a seguir, evidencia esses dois modos de *produção do texto* (ou modos de heterogeneidade enunciativa).

O ministro Ricardo Lewandowski tece o texto de seu voto com vários outros (inter) textos, assim como evoca essa memória discursiva na qual se situa o racismo no Brasil. Tanto *intertextualidade* (heterogeneidade mostrada) como *interdiscursividade* (heterogeneidade constitutiva) – evidências da *dialogicidade* – aparecem na ADPF 186/DF. Assinala Fairclough (2003, p. 41) que existem diferentes graus de dialogicidade, a seguir: (a) uma *abertura para a diferença*, ou aceitação ou, ainda, reconhecimento dessa diferença; uma exploração da diferença, no sentido mais rico do termo "diálogo"; (b) uma *acentuação da diferença*, do conflito, da polêmica; uma luta entre os significados, normas e poder; (c) uma *tentativa de resolver ou de superar a diferença*; (d) uma *suspensão da diferença*, um foco na igualdade e na solidariedade e (e) um *consenso, uma normalização e aceitação das diferenças de poder* que suspende ou suprime as diferenças de significado e normas.

Para investigar a existência de um *discurso descolonial* em favor dos afrodescendentes, adota-se a agenda da ACDJ porque essa abordagem procura encontrar, na superfície dos textos jurídicos analisados, evidências de como as estruturas e práticas sociais afetam e determinam a escolha dos elementos linguísticos utilizados num texto, e que efeitos essas escolhas linguísticas podem ter sobre as estruturas e práticas sociais como um todo. Assim, será possível identificar e caracterizar os indícios de um discurso descolonial a partir das pistas na superfície textual, conforme Quadro 1.

QUADRO 1 – **INDÍCIOS DE DESCOLONIALIDADE NO DISCURSO**

Alteridade	**Exterioridade**	**Interculturalidade**	**Pluriversalidade**	**Empoderamento**
Construção simbólica que evoca a presença do outro minoritário numa construção textual que sinaliza sua própria liberdade e livre determinação.	Explicitação de relações de dominação em relação ao sistema social. Reconhecimento da existência de uma classe opressora que possui determinada transcendentalidade sobre as minorias.	Pistas de superação de visões excludentes na busca de integração entre culturas diversas do sistema social.	Reconhecimento do conjunto de cosmologias conectadas que busca, sobretudo, o universal e só é possível através polirracionalidade – "mundo em que vários mundos possam coexistir".	Estratégias discursivas que sinalizam o processo social e político de tomada de consciência por parte dos oprimidos de sua condição de inferioridade da qual se rebelam de forma crítica.

Fonte: Elaborado pelas autoras.

O material coletado no *site* do STF[4] recebeu tratamento metodológico para facilitar a análise e necessitou ser transcrito. Transcrever é transformar o material auditivo e/ou visual em dados graficamente representados, tarefa complexa que envolve decisões teóricas e metodológicas. No caso deste trabalho, desloca-se a ADPF 186/DF do espaço digital para um documento em Microsoft Word. As peças autênticas do STF são documentos públicos disponíveis na íntegra no *site*, e as sessões, na maioria das vezes, são transmitidas por emissora de TV da casa e por essa razão não necessitam o procedimento de anonimização dado a decisões de primeiro grau. Os dados do STF já receberam transformações e foram manipulados até chegar ao *site*. São provenientes de reuniões colegiadas nas quais os ministros discutem e deliberam sobre as demandas que lá chegam. Como são dados verbais já transcritos com muitas laudas, adota-se o procedimento de numerar todas as linhas de 01~ n; assim o analista do discurso poderá remeter a cada parte do texto durante a análise sem necessitar reproduzir cada um dos fragmentos.

O ministro relator Ricardo Lewandowski organiza seu texto (voto condutor do acórdão da ADPF 186/DF) em 14 tópicos discursivos da ADPF, a seguir: (1) Questões preliminares;

4 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 16 ago. 2016. Documento assinado digitalmente conforme MP n. 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2167846.

(2) Abrangência do tema em discussão; (3) Igualdade formal *versus* material; (4) Justiça distributiva; (5) Políticas de ação afirmativa; (6) Critérios para ingresso no ensino superior; (7) Adoção do critério étnico-racial; (8) Consciência étnico-racial como fator de exclusão; (9) O papel integrador da universidade; (10) As ações afirmativas nos Estados Unidos da América; (11) Hetero e autoidentificação; (12) Reserva de vagas ou estabelecimento de cotas; (13) Transitoriedade das políticas de ação afirmativa; (14) Proporcionalidade entre meios e fins. Para este artigo, a análise incide sobre os dois tópicos discursivos (7) e (8) que discutem explicitamente como se constituem as relações de poder que determinam a posição de subordinação dos afrodescendentes na sociedade brasileira.[5]

Fragmento 1

26/04/2012 PLENÁRIO
ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186
DISTRITO FEDERAL
V O T O _ MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 20/10/2014 - ATA Nº 153/2014. DJE nº 205, divulgado em 17/10/2014

O fragmento 1 identifica o objeto de estudo desta análise. O *corpus* recortado está nas linhas 497-858 do inteiro teor do voto do ministro Ricardo Lewandowski. Nesta análise destacamos tópicos discursivos (7) e (8) e alguns fragmentos foram suprimidos. O trecho das linhas 645-748, por exemplo, foi suprimido porque o ministro apresenta dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) feita pelo IBGE.

2.1 Análise do tópico discursivo (7) Adoção do critério étnico-racial

Fragmento 2

497. **ADOÇÃO DO CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL**
498. Outra importante questão a ser enfrentada neste debate consiste em

• • •

5 O recorte da amostra da análise decorre da limitação de espaço deste periódico.

499. saber se a inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico ou
500. genético de raça no concernente à espécie humana impede a utilização do
501. critério étnico-racial para os fins de qualquer espécie seleção de pessoas.

O tópico discursivo (7) Adoção do critério étnico-racial inicia na linha 497 e segue até a linha 573. Ao introduzi-lo, o ministro usa a expressão "Outra importante questão" em relação às demais 14 questões.

A metáfora de guerra da expressão "ser enfrentada" (linha 498) remete à alegação da parte autora de que é inadequada a utilização do conceito biológico ou genético de raça no concernente à espécie humana. Neste fragmento, o ministro dialoga com a peça inicial do processo, movimentando-se no grau de dialogicidade (c) – *uma tentativa de resolver ou de superar a diferença* (FAIRCLOUGH, 2003, p. 41). O conteúdo do argumento sinaliza uma cadeia de raciocínio – outra importante questão (linha 498) – no concernente à (linha 500) – para os fins de (linha 501) – que procura justificar um conjunto de relações evidenciando o modo de operação da ideologia de *legitimação* pela *racionalização*.

Fragmento 3

---

502. Relembro que o Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão
503. no HC 82.424-QO/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, conhecido como *"Caso*
504. *Ellwanger"*.
505. Em setembro de 2003, o Plenário desta Suprema Corte confirmou,
506. por maioria de votos, a condenação de Siegfried Ellwanger, autor de
507. livros de conteúdo anti-semita, pelo crime de racismo.
508. Nesse precedente, o STF debateu o significado jurídico do termo
509. *"racismo"* abrigado no art. 5°, XLII, da Constituição.
510. De acordo com o Relator do feito, Min. Maurício Corrêa:
511. *"Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico,*
512. *qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto*
513. *fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças*
514. *decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve*
515. *ser considerada na aplicação do direito"*.
516. Essa também foi a conclusão do Min. Gilmar Mendes, que assim se
517. pronunciou:
518. *"Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a*

519. *concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões*
520. *pseudo-científicas (...). É certo, por outro lado, que, historicamente, o*
521. *racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudo-científico para*
522. *estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em*
523. *critérios outros".*

No fragmento 3, o enunciador incorpora intertextos nas vozes dos ministros Maurício Corrêa e Gilmar Mendes como precedentes sobre o significado jurídico do termo "racismo". A argumentação do voto vai sendo tecida no sentido de concordar com a parte autora no que concerne à desconstrução do conceito biológico ou genético de raça, entretanto afirma Maurício Corrêa que "o racismo persiste enquanto fenômeno social" e Gilmar Mendes que "o racismo [...] estabelece suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros". Esse fragmento evidencia um grau de dialogicidade de tipo (b), em que a diferença, o conflito e a polêmica são acentuados, estabelecendo-se uma luta entre os significados jurídicos dos termos.

Nas linhas 513-514 e 521-523, o voto sinaliza que o racismo se ancora numa representação do outro e não na existência de diferenças concretas e materiais. A inserção desse intertexto evidencia marcas do discurso descolonial, na medida em que identifica o processo de exclusão social dos afrodescendentes como resultado de uma representação em que o "outro" é desumanizado por meio da atribuição de características que lhe identificam a algo que é degenerado, de acordo com um padrão de superioridade moral assumido previamente pelo grupo dominante.

Fragmento 4

---

524. Tal ideia foi desenvolvida, em sede acadêmica, por António Manuel
525. Hespanha, da seguinte maneira:
526. *"(...) a questão étnica apresenta analogias muito fortes com a*
527. *questão de gênero. Em ambos os casos, o argumento relativamente ao*
528. *direito (ocidental) é o mesmo. Ele está pensado por brancos (...),*
529. *fundado na sua cultura (na sua visão do mundo, na sua racionalidade,*
530. *na sua sensibilidade, nos seus ritmos de trabalho, nos seus mapas do*
531. *espaço, nos seus conceitos de ordem, de belo, de apropriado, etc.) e*
532. *prosseguindo, portanto, os seus interesses. Conceitos jurídicos*
533. *formados na tradição cultural e jurídica ocidental (...) foram*

534. *exportados como se fossem categorias universais e aplicadas a povos a*
535. *que eles eram completamente estranhos, desagregando as suas*
536. *instituições e modos de vida e aplicando-lhes os modelos de convívio*
537. *jurídico e político do ocidente. Isto não teria a ver apenas com as*
538. *diferenças culturais originais, mas também com a conformação da*
539. *mentalidade ocidental e nativa por séculos de experiência colonial*
540. *europeia. Esta teria começado por* ***'construir' os conceitos de raça***
541. ***(como a história prova que aconteceu) e, depois, teria***
542. ***habituado a cultura ocidental a relações desiguais com as***
543. ***outras culturas, consideradas como culturas inferiores****, sujeitas*
544. *à tutela educadora dos europeus"* (grifos meus). [11]

[11] (HESPANHA, António Manuel. O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 238-239.)

O voto, caracterizado pelo diálogo entre várias vozes, introduz o intertexto acima que sinaliza um discurso descolonial. Nas linhas 528-533, o relator explicita o conjunto de concepções homogêneas e unilaterais que sustentam o direito ocidental e que refletem exclusivamente a visão de mundo da cultura europeia. A seguir, nas linhas 532-537, o relator refere o processo de transplante dos conceitos jurídicos a contextos socioculturais diversos, fenômeno típico da expansão e do controle colonial europeu, e os seus efeitos de desagregação social (ESQUIROL, 2008; TWINING, 2009). Esse fragmento sinaliza a característica da hibridização do discurso colonial (BHABHA, 1998).

Nas linhas 537-544, Hespanha detalha esses efeitos no que se refere às relações assimétricas de poder estabelecidas nos contextos de recepção dos conceitos jurídicos estrangeiros e produzidas pela construção do conceito de raça. Como observa Quijano, o conceito de raça foi fundamental para o estabelecimento da matriz colonial de poder, em que as diferenças fenotípicas foram utilizadas como estratégias de desumanização e forma de controle e subordinação das populações ao redor do mundo em prol da organização do modo capitalista de produção (QUIJANO, 2005). Essas evidências expostas por Hespanha evocam a memória discursiva, caracterizando o diálogo do relator com a fala reportada como um consenso entre os dois.

Fragmento 5

545. Cumpre afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de
546. raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério,
547. porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente
548. construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação
549. exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais,
550. maliciosamente reputados inferiores.
551. Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o
552. crime de racismo, com o escopo de impedir a **discriminação negativa** de
553. determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato
554. biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível
555. empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da
556. **discriminação positiva** com vistas a estimular a inclusão social de grupos
557. tradicionalmente excluídos.

O ministro relator, pelas evidências apresentadas anteriormente na sua argumentação, divide o conceito de raça em biológico e histórico-cultural e relaciona a discriminação ao segundo, que se trata de um conceito artificialmente construído. À artificialidade dessa construção, o relator associa objetivos correlatos: a discriminação e a dominação de uns sobre outros. Discriminados e dominados são os grupos sociais reputados inferiores de forma maliciosa. Neste ponto, o relator traz ao texto a leitura pós-colonial dos processos de subordinação, evocando, mais uma vez, o caráter da representação do outro como degenerado para fins de dominação.

Na linha 551, o relator introduz, por meio do operador argumentativo "ora", a conclusão de que o Estado pode utilizar a categoria histórico-social de raça para discriminar positivamente. A essa conclusão chega porque o mesmo conceito, segundo suas palavras, fora utilizado pelo constituinte para qualificar de inafiançável o racismo e proibir a discriminação negativa. Ao utilizar o operador argumentativo "com vistas a" (linha 556), o relator indica a finalidade da discriminação positiva como sendo a de "estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos". Nesse caso, a inclusão pressupõe quem está do lado de fora. Nas palavras de Dussel (1996), a exterioridade é, nesse caso, reconhecida pela institucionalidade como não participante do espaço social.

Fragmento 6

558. É o que afirma a já citada Daniela Ikawa:
559. *"O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas (…)*
560. *por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a*
561. *construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com*
562. *o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o*
563. *princípio de igualdade de respeito (…).* ***Se a raça foi utilizada para***
564. ***construir hierarquias, deverá também ser utilizada para***
565. ***desconstruí-las.*** *Trata-se de um processo de três diferentes fases: i. a*
566. *construção histórica de hierarquias convencionais que inferiorizaram*
567. *o indivíduo quanto ao status econômico e de reconhecimento pela*
568. *mera pertença a determinada raça (…); ii. a reestruturação dessas*
569. *hierarquias com base em políticas afirmativas que considerem a raça,*
570. *voltando-se agora à consolidação do princípio de dignidade; iii. A*
571. *descaracterização do critério raça como critério de inferiorização e o*
572. *estabelecimento de políticas universalistas materiais apenas"* (grifos
573. meus). [12]

[12] (IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades, cit. pp. 105-106.)

Ao reportar-se à fala de Daniela Ikawa, a argumentação é construída no movimento "Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las", uma *inferência lógica* do tipo condicional, corroborando o afirmado no fragmento 4. Nas linhas 565-573, a tessitura textual sinaliza uma *racionalização,* estratégia de construção simbólica que constrói uma cadeia de raciocínio para justificar as relações entre raça, políticas afirmativas e políticas universalistas.

O relator traz a fala de Ikawa para corroborar seu entendimento de que o critério raça pode ser justificável nas chamadas políticas afirmativas. A autora entende que raça tem o duplo potencial de construir e de desconstruir hierarquias em um processo de três fases. Na primeira fase, raça é uma hierarquia convencional que serve para inferiorizar indivíduos; na segunda fase, o mesmo critério de inferiorização é usado para visibilizar indivíduos e selecioná-los a determinada política púbica; na terceira fase, esse critério deixa de ser tomado como fator de inferiorização, o que permitiria que os indivíduos identificados com determinadas raças pudessem usufruir tratamentos universais. Embora o trecho citado não explicite como o critério raça possa ser ressignificado a ponto de se desvincular de sua acepção

depreciativa, resulta do intertexto a projeção de um movimento de transformação nas relações sociais baseadas em assimetrias em direção a uma equidade na qual convivam realidades plurais, indicando que o discurso assume o conceito de interculturalidade.

2.2 Análise do tópico discursivo (8) Consciência étnico-racial como fator de exclusão

Fragmento 7

574. **CONSCIÊNCIA ÉTNICO-RACIAL COMO FATOR DE**
575. **EXCLUSÃO**
576. Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação
577. afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente
578. nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a
579. finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu
580. termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada
581. raça ou de sofrer discriminação por integrá-la.
582. Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência
583. da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção
584. depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente
585. subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal
586. sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as
587. desigualdades de fato existentes entre elas.
588. Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e
589. pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na
590. esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as
591. sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido,
592. ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou
593. implícita.
594. Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre,
595. entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação,
596. culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra
597. de um Estado complacente.

Neste fragmento, o ministro relator utiliza o termo "consciência" como questão central para sua argumentação que se desenvolve no sentido de justificar a adoção de ações afirmativas.

O trecho aponta que as ações afirmativas a tomam como seu "ponto de partida" (linha 577) ou "termo inicial" (linha 580). A consciência étnico-racial é definida como um "sentimento subjetivo" decorrente de uma pertença que provoca discriminação (linhas 580-581) e como "uma percepção depreciativa" (linha 583-584) para os grupos tradicionalmente subjugados. Este trecho assume a presença da ambivalência do discurso colonial (Bhabha, 1998) na constituição das relações étnico-raciais no Brasil, em que a representação do outro como degenerado permeia a forma como o próprio representado passa a enxergar a si próprio, construindo a consciência negativa sobre sua identidade. Esse fenômeno foi descrito por Du Bois (1994) como "dupla consciência" e descrito, mais tarde, por Martin Luther King Jr. (1963) como "ameaçadoras nuvens de inferioridade começando a se formar no pequeno céu mental" de crianças negras que passavam, nos Estados Unidos, pela experiência da segregação.

Em seguida (linhas 586-591), o relator indica uma relação de causa e efeito, ancorada unicamente no apelo popular, entre discriminação histórica e reduzida participação de negros e pardos em posições de relevo social. Sobre a discriminação, o relator indica quatro qualificativos, a saber: (a) histórica; (b) camuflada ou implícita; (c) culturalmente arraigada; (d) praticada inconscientemente à sombra de um Estado complacente.

O paralelismo na argumentação sinaliza as *pluriversalidades*, um indício de descolonialidade que reconhece o conjunto de cosmologias conectadas que busca, sobretudo, o universal e só é possível através da polirracionalidade – "mundo em que vários mundos possam coexistir". Ao assumir a existência de um discurso colonial subjacente à condição de subordinação dos afrodescendentes no Brasil (linhas 580-581), o relator evidencia a ambivalência e representação do outro como degenerado (linhas 583-584), que é um traço do discurso colonial.

A linha 587 – "desigualdades de fato existentes entre elas" – exibe a *abertura para a diferença* ou aceitação ou, ainda, reconhecimento dessa diferença; uma exploração da diferença, no sentido mais rico do termo "diálogo", descrito por Fairclough (2003, p. 41) como graus de dialogicidade.

Fragmento 8

598. A necessidade de superar essa atitude de abstenção estatal foi
599. enfatizada pelo Min. Marco Aurélio, em sede doutrinária, da forma
600. abaixo:
601. "*Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma*
602. *Igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a*
603. *discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos*
604. *'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si,*
605. *mudança de ótica, ao denotar 'ação'. Não basta não discriminar. É*

606. *preciso viabilizar – e encontrar, na Carta como página virada o*
607. *sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de*
608. *tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos*
609. *nossos legisladores. (…). É preciso buscar-se a ação afirmativa. A*
610. *neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é*
611. *necessário fomentar-se o acesso à educação (…). Deve-se reafirmar:*
612. *toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da*
613. *Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade.*
614. *(…)*
615. *A prática comprova que, diante de currículos idênticos, prefere-se*
616. *a arregimentação do branco e que, sendo discutida uma relação*
617. *locatícia, dá-se preferência - em que pese a igualdade de situações, a*
618. *não ser pela cor - aos brancos. Revelam-nos também, no cotidiano, as*
619. *visitas aos shoppings centers que, nas lojas de produtos sofisticados,*
620. *raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá*
621. *como gerentes. Em restaurantes, serviços que impliquem contato*
622. *direto com o cliente geralmente não são feitos por negros*". [13]

[13] (MELLO, Marco Aurélio. Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 41.)

No fragmento 8, o relator traz a fala do ministro Marco Aurélio que, neste caso, não se trata de um precedente judicial, mas de um trecho de artigo científico de sua autoria, como demonstra a nota de rodapé nº 13. Neste intertexto, o relator propõe-se a afirmar a necessidade de superar a atitude de abstenção do Estado em relação à discriminação dos afrodescendentes.

A fala reportada (linhas 601-622) reflete a estratégia discursiva de *empoderamento* – indício de descolonialidade – que sinaliza o processo social e político de tomada de consciência por parte dos oprimidos de sua condição de inferioridade da qual se rebelam de forma crítica. No dizer do ministro: "[…] já que os verbos 'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar 'ação' […]".

Nas linhas 615-622, o autor sinaliza fragilidade da argumentação por não trazer as evidências que fundamentam uma série de asserções acerca da "arregimentação do branco". A seguir aponta situações de trabalho para as quais não é requerido diploma superior (lojas em *shoppings centers*, restaurantes etc.) e que, segundo o ministro, a "prática comprova", dá-se preferência aos brancos.

Neste fragmento 8, o relator não deixa claro os argumentos para basear a prescrição de uma atitude proativa do Estado em relação aos afrodescendentes. As linhas 601-602 constroem uma dicotomia entre "igualização estática" e "igualização eficaz, dinâmica", evocando o desgastado maniqueísmo binário entre estático e dinâmico.

Fragmento 9

623. Thomas Skidmore, a propósito, baseado em estudo histórico sobre o
624. tema, lembra o seguinte:
625. *"(...) tornava-se evidente que quanto mais escura fosse a pele de*
626. *um brasileiro, mais probabilidades ele teria de estar no limite inferior*
627. *da escala socioeconômica, e isso de acordo com todos os indicadores –*
628. *renda, ocupação, educação. Os jornalistas não tardaram em aderir,*
629. *dando provas circunstanciais de um modelo de discriminação sutil*
630. *mas indisfarçável nas relações sociais. Já não era possível afirmar que*
631. *o Brasil escapara da discriminação racial, embora ela nunca tenha sido*
632. *oficializada, desde o período colonial. O peso cada vez maior das*
633. *evidências demonstrava justamente o contrário, mesmo sendo um tipo*
634. *de discriminação muito mais complexo do que o existente na sociedade*
635. *birracial americana.*
636. *As novas conclusões levaram alguns cientistas sociais a atacar a*
637. *'mitologia' que predominava na elite brasileira a respeito das relações*
638. *raciais em sua sociedade. Florestan Fernandes acusava seus*
639. *compatriotas de 'ter o preconceito de não ter preconceito' e de se*
640. *aferrar ao 'mito da democracia racial'. Ao acreditar que a cor da pele*
641. *nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não*
642. *brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo*
643. *subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa*
644. *individual"*[14]

[14] (SKIDMORE, Thomas E. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 296.)

Seguindo a estratégia de utilizar intertextos, o relator dialoga com uma voz acadêmica do campo da história para corroborar seu argumento sobre a existência de uma relação entre

cor da pele e posição social subordinada. Nesse ponto a dialogicidade movimenta-se numa tentativa de resolver ou de superar a diferença (FAIRCLOUGH, 2003, p. 41). O trecho citado recorre três vezes à existência de evidências/provas em algum momento da história (linhas 625, 628 e 612) – embora não as demonstre e não precise a que momento se refere – da existência de discriminação racial no Brasil, à qual o autor atribui as seguintes características: sutil, mas indisfarçável; não oficializada; mais complexa do que a existente na sociedade birracial norte-americana. Aqui, a descolonialidade no discurso evoca a *exterioridade* para explicar as relações de dominação em relação ao sistema social brasileiro. Estas evidências, segundo Skidmore, levaram os cientistas sociais, dentre os quais Florestan Fernandes, a identificar a existência de uma mitologia ou mito no interior da sociedade brasileira, aqui usada no sentido metafórico de ilusão ou mentira, segundo as quais a cor da pele não seria percebida como barreira para ascensão social e econômica dos não brancos, mas atribuída a questões socioestruturais ou de inaptidão pessoal.

Este fragmento sugere que, em dado momento da história brasileira, começaram a surgir provas ou evidências da relação entre a subordinação social dos negros em função de sua cor de pele, ao mesmo tempo em que existia uma negação por parte da sociedade brasileira desse tipo de discriminação.

Nas linhas 645-748 são apresentados dados estatísticos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. A pesquisa identifica a situação de desvantagem dos afrodescendentes decorrente da falta de poder que é característica dos grupos minoritários. Com essa estratégia retórica do *jogo de números*, o ministro relator constrói sua argumentação em favor do grupo minoritário dos negros para reforçar a credibilidade em movimentos que enfatizam a objetividade.[6]

Fragmento 10

749. Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado
750. importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a
751. criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela
752. defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de
753. integração e ascensão social.
754. Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração
755. de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos,

• • •

6 As linhas 645-748 foram suprimidas deste artigo.

aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social.

Ainda sob essa ótica, há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais.

De acordo com Nancy Fraser e Axel Honneth:

"Atualmente, as reivindicações por justiça social parecem, cada vez mais, divididas entre dois tipos. A primeira, e a mais comum, é a reivindicação redistributiva, que almeja uma maior distribuição de recursos e riqueza. Exemplos incluem reivindicações por redistribuição de recursos do Norte para o Sul, do rico para o pobre, e (não há muito tempo atrás) do empregador para o empregado. Certamente, o recente ressurgimento do pensamento do livre-mercado pôs os proponentes da redistribuição na defensiva. Contudo, reivindicações redistribuitivas igualitárias forneceram o caso paradigmático para a maioria das teorias de justiça social nos últimos 150 anos.

Hoje, entretanto, estamos orientados cada vez mais a encontrar um segundo tipo de reivindicação por justiça social nas 'políticas de reconhecimento'. Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é um mundo diversificado, onde a assimilação da maioria ou das normas culturais dominantes não é mais o preço do respeito mútuo. Exemplos incluem reivindicações por reconhecimento de perspectivas distintas das minorias étnicas, 'raciais' e sexuais, assim como de diferença de gênero. Esse tipo de reivindicação tem atraído recentemente o interesse de filósofos políticos, aliás, alguns deles estão procurando desenvolver um novo paradigma de justiça social que coloca o reconhecimento no centro da discussão.

De modo geral, então, estamos sendo confrontados com uma nova constelação. O discurso sobre justiça social, uma vez centrado na distribuição, está agora cada vez mais dividido entre reivindicações por redistribuição, de um lado, e reivindicações por reconhecimento do outro. Cada vez mais, as reivindicações por reconhecimento tendem a predominar"[16]

[16] (FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. London/New York: Verso, 2003. pp. 7-8.)

Neste fragmento, apesar do uso da expressão "nesta mesma linha de raciocínio", o relator introduz, em sua fundamentação, duas novas questões sobre as políticas de ação afirmativa: os *resultados* e a *transformação na compreensão do conceito de justiça*. Em relação à primeira questão, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceram critérios segundos os quais uma distinção não discriminatória deve: "(a) ter uma justificação objetiva e razoável, isto é, deve perseguir uma finalidade legítima; e (b) deve existir uma relação razoável de proporcionalidade entre a finalidade e o meio empregado para lográ-la" (BAYEFSKI, 1990, p. 12). Logo, o relator introduz ao debate um tema relevante para a discussão das políticas afirmativas que é a sua finalidade (denominada por ele de resultado) identificada com a criação de lideranças que poderão: (a) lutar na defesa dos direitos do grupo em questão; (b) servir como paradigma de inserção social; (c) mudar a atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima. A finalidade apontada pelo relator para as políticas de ação afirmativa é compatível com uma leitura descolonial no sentido de não apenas romper com o discurso de inferiorização da raça mas porque, ao projetar a criação de lideranças, reconhece a necessidade de inclusão social paritária do grupo nos termos do conceito de empoderamento.

Nas linhas 758-759, o relator introduz discussão diversa, agora sobre o conceito de justiça, ainda que lance mão da expressão "ainda sob essa ótica". Para isso, evoca Honneth e Fraser em seu intertexto, autores de destaque na doutrina internacional sobre a expansão da discussão da justiça social do campo da redistribuição de recursos em direção ao do reconhecimento (BUNCHAFT, 2014). O trecho trazido ao texto ainda não contemplava a terceira escala de justiça que é a participação política paritária e que Fraser desenvolvera em obras posteriores à citada (FRASER, 2009). De qualquer forma, o relator incorpora ao seu discurso a noção de que reivindicações por reconhecimento de perspectivas distintas das minorias étnicas, "raciais" e sexuais e de diferenças de gênero são reivindicações por justiça. O tema do reconhecimento é transversal em diversos conceitos da crítica descolonial, especialmente no de alteridade, na medida em que ele pressupõe o rompimento da estereotipação e da ambivalência, características do discurso colonial que reforçam a posição de subordinação dos grupos afetados pela estigmatização.

Fragmento 11

791. Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente
792. redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir,
793. reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais
794. diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados
795. dominantes.

796. Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do
797. critério social ou de baixa renda para promover a integração social de
798. grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a
799. necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e
800. racial.

Neste fragmento 11, o relator assume o discurso da justiça social ampliado à esfera do reconhecimento – nas palavras de Fraser – ao invocar, em sua própria fala, o vocábulo "significa" para conectar justiça social com "distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes". A atitude ante aquilo que o relator diz é epistêmica, pois representa um grau de certeza ou de plausibilidade (modalização epistêmica). Percebe-se, no fragmento 11, pistas mais claras do discurso descolonial em dois sentidos: percepção da exclusão como produto da colonialidade que subordina determinados grupos por meio da inferiorização promovida pelos grupos dominantes e a necessidade de participação social equitativa em termos interculturais.

Fragmento 12

---

801. É o que pensa, por exemplo, Zygmunt Bauman, ao afirmar que
802. *"(...) a identificação é também um fator poderoso na*
803. *estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente*
804. *diferenciadoras. Num dos pólos da hierarquia global emergente estão*
805. *aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou*
806. *menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas*
807. *extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo*
808. *se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da*
809. *identidade, que não tem o direito de manifestar as suas preferências e*
810. *que no final se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas*
811. *por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não*
812. *tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar.*
813. *Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam,*
814. *estigmatizam".*[17]

[17] (BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 44.)

A voz de autoridade Zigmunt Bauman, introduzida com a expressão "é o que pensa", é usada para corroborar a própria concepção de justiça social do relator (introduzida no fragmento 10) ampliada a demandas de reconhecimento. O trecho não revela a posição de Bauman sobre o significado de justiça, mas o seu entendimento sobre o papel da identificação na estratificação e na polaridade que ele atribui à hierarquia global. Bauman divide essa hierarquia em dois polos compostos, de um lado, pelos que são livres em relação à escolha de suas próprias identidades e, de outro, por aqueles a quem essa escolha é negada porque é imposta. As identidades impostas produzem, segundo Bauman, estereotipação, humilhação, desumanização e estigmatização, o que evidencia uma proximidade com a leitura pós-colonial sobre as características do discurso colonial (BHABHA, 1998) e com a leitura descolonial no que se refere à relação entre a criação de hierarquias sociais e atribuição de identidades em prol da assimetria de poder na ordem global (QUIJANO, 2005).

Fragmento 13

815. As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante
816. papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de
817. evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de
818. possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente
819. psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.
820. A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida,
821. revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a
822. sua convivência multisecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma
823. consciência de conformidade com a falta de
824. perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no
825. trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma
826. avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes
827. desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como
828. naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua
829. exclusão.

Na linha 815, o julgador insere o indicador de conclusão "portanto" para encadear o papel simbólico das ações afirmativas a seguir descrito com a argumentação exposta anteriormente. Este papel simbólico é a projeção de uma criança negra em um semelhante que ocupa lugar de evidência na sociedade. O operador argumentativo "e" na linha 817 indica

que a essa projeção se agrega o alargamento das possibilidades dos planos de vida das crianças negras. "Assim", na linha 818, indica a forma como as ações afirmativas ocorrerão, ou seja, como "importante componente psicológico multiplicador da inclusão social" (linhas 818-819). Na linha 820, o relator traz o operador "em contrapartida" para introduzir um contraste no resultado que se observa no também efeito multiplicador (operador "igualmente" – linha 821) da discriminação histórica dos negros e pardos. Esse efeito é a "consciência de conformidade com a falta de perspectiva" que Lewandowski entende tratar-se da "avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos" e que é perpetuada pela convivência com a exclusão social. O tema da consciência é retomado pelo julgador que já o havia tratado no fragmento 7. O problema da consciência da inferioridade produzida nos grupos subordinados é uma das características do discurso colonial e que, segundo o conceito de colonialidade, continua operando nas lógicas de exclusão contemporâneas. De modo que não há descolonialidade sem romper com o discurso que hierarquiza identidades e encerra indivíduos e grupos em posições de inferioridade a elas ligadas e sem assumir a necessidade de empoderamento desses grupos, claramente identificado como resultado do papel simbólico das quotas em universidades públicas.

Fragmento 14

830. Valho-me novamente de um texto de Bauman, segundo o qual:
831. *"Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme*
832. *– na companhia de outras 'como elas' com as quais podem ter*
833. *superficialmente uma 'vida social' praticamente sem correrem o risco*
834. *da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de*
835. *traduzir diferentes universos de significado -, mais é provável que*
836. *'desaprendam' a arte de negociar significados compartilhados e um*
837. modus operandi *agradável. Uma vez que esqueceram ou não se*
838. *preocuparam em adquirir as habilidades para uma vida satisfatória em*
839. *meio à diferença, não é de esperar que os indivíduos que buscam e*
840. *praticam a terapia da fuga encarem com horror cada vez maior a*
841. *perspectiva de se confrontarem cara a cara com estranhos. Estes*
842. *tendem a parecer mais e mais assustadores à medida que se tornam*
843. *cada vez mais exóticos, desconhecidos e incompreensíveis, e conforme*
844. *o diálogo e a interação que poderiam acabar assimilando sua*
845. *'alteridade' ao mundo de alguém se, desvanecem ou sequer conseguem*
846. *ter início. A tendência a um ambiente homogêneo, territorialmente*
847. *isolado, pode ser deflagrada pela mixofobia. Mas praticar a separação*

848. *territorial é colete salva-vidas e o abastecedor da mixofobia; e se torna*
849. *gradualmente seu principal reforço.*
850. *(...)*
851. *A 'fusão' exigida pela compreensão mútua só pode resultar da*
852. *experiência compartilhada. E compartilhar a experiência é*
853. *inconcebível sem um espaço comum."*[18]

[18] (BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. pp. 94-97.)

O ministro Lewandowski chama novamente ao texto a voz do teórico Zigmunt Bauman, sem justificar a presença ou a pertinência desta fala. Não se verifica que tipo de relação o julgador estabelece entre o texto citado e seus argumentos ou de que forma ela contribui para a construção de seus argumentos em prol da demanda dos afrodescendentes. Entretanto, na linha 851, ao se referir à "fusão", Bauman traz, implicitamente, um indício de descolonialidade que é a pluriversalidade, pois aponta para a necessidade de superação da mixofobia, negadora da alteridade, e para a construção de experiências compartilhadas e vidas satisfatórias em meio à diferença.

Fragmento 15

854. Eis, aqui, demonstrada a importância da aplicação das políticas de
855. ação afirmativa nas universidades e no ensino superior de modo geral.
856. Tais espaços não são apenas ambientes de formação profissional, mas
857. constituem também locais privilegiados de criação dos futuros líderes e
858. dirigentes sociais.

No fragmento 15, a utilização do operador argumentativo "eis", com função explicativa para justificar sua decisão, seguido do "aqui", uma dêixis discursiva pois indica o texto presente como espaço para demonstrar seus argumentos em favor das políticas de ação afirmativa. Ao introduzir o verbo demonstrar no particípio passado "demonstrada", o relator indica que considera encerrada sua argumentação, à maneira deste gênero textual, tradicionalmente ancorado no silogismo. Porém, o relator não anuncia simplesmente o encerramento da discussão, mas agrega derradeiramente seu entendimento sobre o que constituem esses

espaços, remetendo à questão de poder: locais privilegiados de criação dos futuros líderes e dirigentes sociais. Faz, com isso, uma costura com argumentos anteriormente tecidos sobre os resultados das políticas de ações afirmativas e evidencia a presença de fundamentos descoloniais em sua decisão, neste último trecho, identificado ao conceito de empoderamento.

Considerações finais

A ADPF, introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 03/1993, prevista no § 1º, do art. 102, da Constituição Federal (1988), é uma das formas de exercício do controle concentrado de constitucionalidade. A ADPF 186/DF traz uma típica demanda de direitos humanos de grupo minoritário – afrodescendentes – identificada a partir de um discurso que reconhece as relações de dominação subjacentes à negação histórica dos direitos desse grupo e da necessária transformação dessas relações para a plena efetividade de direitos de grupos estigmatizados.

A análise crítica do discurso do relator da ADPF 186/DF permitiu-nos, neste caso, confirmar a hipótese segundo a qual o reconhecimento de demandas do grupo afrodescendente em relação à reserva de cotas para ingresso no ensino público superior brasileiro passa pela desconstrução do discurso de inferiorização que atribui a esses grupos uma posição social de subordinação. A decisão evidencia um discurso segundo o qual a reivindicação em si (reserva de cotas) tem o potencial de romper com esses discursos e reverter os efeitos negativos da discriminação, promovendo o que o relator chama de inclusão, leitura compatível, em muitos pontos, com o conceito de empoderamento.

É possível verificar, além do empoderamento, a existência de pistas de descolonialidade na superfície do texto já que diversos argumentos usados pelo relator para reconhecer a demanda dos afrodescendentes correspondem às propostas do giro descolonial. Os argumentos são usados como estratégias para afirmar a alteridade de grupos historicamente depreciados, a sua legitimidade como plenos participantes em condições de paridade em sociedades plurais e o reconhecimento como forma de construção de espaços pluriversais.

A análise crítica do discurso de fundamentação do voto do relator da ADPF 186/DF, ao desalojar aquilo que se oculta ideologicamente no plano do posto, identificou pistas textuais de descolonialidade nesse discurso judicial. Identifica-se ambivalência na representação do outro como "degenerado" (do discurso hegemônico) a partir de: (a) construção simbólica que evoca a presença do outro minoritário numa construção textual que sinaliza sua própria liberdade e livre determinação; (b) explicitação de relações de dominação em relação ao sistema social pelo reconhecimento da existência de uma classe opressora que possui determinada transcendentalidade sobre as minorias; (c) pistas de superação de visões excludentes na busca de integração entre culturas diversas do sistema social; (d) reconhecimento do conjunto de cosmologias conectadas que busca, sobretudo, o universal e só é possível através da polirracionalidade – "mundo em que vários mundos possam coexistir"; (e) estratégias discursivas que

sinalizam o processo social e político de tomada de consciência por parte dos oprimidos de sua condição de inferioridade da qual se rebelam de forma crítica.

A partir daí, construímos um roteiro de indicadores, no discurso, do giro descolonial, com os seguintes conceitos-chave, a saber: (a) alteridade; (b) exterioridade; (c) interculturalidade; (d) pluriversalidade; e (e) empoderamento (ver Quadro 1).

NOTA DE AGRADECIMENTO

Este artigo apresenta os resultados parciais do projeto de pesquisa aprovado no âmbito do Edital Universal CNPq n. 479137/2013-7, intitulado "Direitos das minorias e grupos vulneráveis: uma análise do discurso de fundamentação nas decisões do STF", integrado pelas autoras.

REFERÊNCIAS

ALBÓ, Xavier. *Inclusión y la construcción de actitudes interculturales en tiempos de transformación*. Ministerio de Educación Viceministerio de Educación Alternativa y Especial. La Paz, 2010.

ANSION, Juan. La interculturalidad y los desafíos de una nueva forma de ciudadanía In: ALFARO, Santiago et al. *Educar en ciudadanía intercultural:* Experiencias y retos en la formación de estudiantes universitarios indígenas. Lima, 2007.

BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem*: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. São Paulo: Hucitec, 1992.

BAYEFSKY, Anne F. The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal,* v. 11, n. 1-2, p. 1-34, 1990.

BHABHA, Homi. *O local da cultura*. Tradução de Myriam Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998.

BHAMBRA, Gurminder K. Postcolonial and decolonial dialogues. *Postcolonial Studies*, v. 17, n. 2, p. 115-121, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13688790.2014.966414>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: Contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica,* v. 19, n. 1, p. 201-230, jan.-abr. 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 186: uma reflexão à luz do debate Honneth--Fraser. *Pensar*, v. 19, p. 453-490, 2014.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón. Prólogo. In: _____ (Ed.). *El giro decolonial*. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 25-47.

COLARES, Virgínia. Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): o caso Genelva e a (im)procedência da mudança de nome. *ReVEL*, v. 12, n. 23, 2014. [www.revel.inf.br].

CORREAS, Óscar. *Crítica da ideologia jurídica*. Ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

DU BOIS, William Edward Burghardt. *The souls of black folk*. New York: Dover Publications, 1994.

DUSSEL, Enrique. *Filosofía de la liberación*. Bogotá: Nueva América, 1996.

ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo: El programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano. *Tabula Rasa*. Bogotá, n. 1, p. 51-86, enero-diciembre de 2003.

ESQUIROL, Jorge L. The failed law of Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, Arbour/USA, v. 56, Winter, 2008.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discourse and social change*. Cambridge: Polity Press, 1992.

_____. *Critical discourse analysis*. London: Longman, 1995.

_____ . *Discurso e mudança social*. Brasília: Ed. UNB, 2001.

_____. *Analysing discourse*: textual analysis for social research. London; New York: Routledge, 2003.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

_____. *Pele negra, máscaras brancas*. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, v. 77, p. 11-39, 2009.

FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. *Medo e ousadia*: o cotidiano do professor. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

KING Jr., Martin Luther. *Carta de uma prisão em Birmingham*. 1963. Disponível em: <http://www.reparacao.salvador.ba.gov.br/>. Acesso em: 16 ago. 2016.

LAZAR, Michelle M. Feminist critical discourse analysis: articulating a feminist discourse praxis. *Critical Discourse Studies*, v. 4, n. 2, p. 141-164, 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/17405900701464816>. Acesso em: 16 ago. 2016.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón. (Eds.). *El giro decolonial*. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007. p.127-167.

MIGNOLO, Walter D. The Zapatistas's theoretical revolution: its historical, ethical, and political consequences. *Review* (Fernand Braudel Center) v. 25, n. 3, p. 245-275, 2002. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40241550>. Acesso em: 16 ago. 2016.

_____. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón. (Eds.). *El giro decolonial:* Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 25-47.

_____. *Desobediencia epistémica*: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org). *A colonialidade do saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, setembro 2005. (Colección Sur Sur, p. 227-278).

RAMOSE, Mogobe B. Globalização e ubuntu. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009. p.159-200.

SAID, Edward. *Orientalismo*: o Oriente como invenção do Ocidente. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

TWINING, William. *General jurisprudence*: understanding law from a global perspective. New York: Cambridge University Press, 2009.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa,* Bogotá, n. 9, p. 131-152, 2008.

Fernanda Frizzo Bragato

Professora de Direitos Humanos na Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da mesma Instituição. Graduada em Direito – UFRGS; mestra e doutorado em Direito – UNISINOS (com período -sanduíche no Birkbeck College da Universidade de Londres); pós-doutora pelo Birkbeck College da Universidade de Londres.

fernandabragato@yahoo.com.br

Virgínia Colares

Professora do Centro de Ciências Jurídicas e do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). É líder do Grupo de Pesquisa Linguagem e Direito (Plataforma Lattes do CNPq, desde 2000), desenvolvendo investigações na área da Análise Crítica do Discurso Jurídico. Atualmente preside a Associação de Linguagem & Direito – ALIDI. É graduada, mestra e doutora em Letras/Linguística, pela UFPE. Realizou estágio de pós-doutorado em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

virginia.colares@gmail.com

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Cultura do estupro ou cultura antiestupro?

RAPE CULTURE OR ANTI-RAPE CULTURE?

Carmen Hein de Campos[1], *Lia Zanotta Machado*[2], *Jordana Klein Nunes*[3] *e Alexandra dos Reis Silva*[4]

Resumo
A expressão "cultura do estupro" não é nova, entretanto ganhou as ruas e as redes sociais com os novos movimentos feministas, depois da publicidade de um estupro coletivo ocorrido em uma favela carioca. Mas será que vivemos em uma cultura do estupro? Em caso afirmativo, em que consiste? Ou esses movimentos evidenciam uma cultura antiestupro? Esse artigo discute as ambiguidades das expressões "cultura do estupro" e "cultura antiestupro", como se construíram e o papel do Direito para a manutenção ou enfrentamento do código relacional da honra no crime de estupro. Reflete sobre a necessidade de repensar esse dualismo e as políticas públicas de atendimento às mulheres vitimadas.

Palavras-chave
Cultura do estupro; cultura antiestupro; código da honra; sistema de justiça criminal.

Abstract
Although the expression "rape culture" is not new, it has gained the streets and social networks with the new feminist movements, after the publicity of a gang rape occurred in Rio. The question is: are we really living in a rape culture? If so, what is it? Could it be possible that these movements would be presenting an anti-rape culture? This article discusses the ambiguity of the expressions "rape culture" and "anti-rape culture", how they have been built and the role of law in maintaining or dealing with the relational code of honor in rape crime. The article points to the need of rethinking this dualism, as well as the public policies of assistance to victimized women.

Keywords
Rape culture; anti-rape culture; code of honor; criminal justice system.

Recebido: 03.11.2016
Aprovado: 11.10.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201738

1 Centro Universitário Ritter dos Reis
Porto Alegre – RS – Brasil

2 Universidade de Brasília
Brasília – DF – Brasil

3 Universidade Vila Velha
Vila Velha – ES – Brasil

4 Universidade Vila Velha
Vila Velha – ES – Brasil

CC BY-NC

Introdução

A expressão "cultura do estupro" tem sido pouco utilizada no Direito, mas tornou-se frase corrente no ativismo feminista para se referir a um conjunto de comportamentos e ações que toleram o estupro praticado contra mulheres em nossa sociedade.

Ela ganhou as ruas e as redes sociais no país após o estupro coletivo praticado contra uma adolescente de 16 anos, na cidade do Rio de Janeiro, em 20 de maio de 2016.[1]

A expressão "cultura do estupro" não é nova. As feministas norte-americanas já falavam de uma cultura do estupro nos Estados Unidos nos anos 1970, dando início, a seguir, a um movimento antiestupro (SANDAY, 1997).

Mas vivemos em uma cultura do estupro? Se a resposta for afirmativa, que cultura é essa, em que consiste e como se caracteriza? O que a expressão "cultura do estupro" abarca? Podemos afirmar que há uma cultura do estupro ou o fato de o ativismo feminista das ruas e das redes sociais nomear um conjunto de comportamentos como cultura do estupro não indica que estamos diante de uma cultura antiestupro, isto é, de menos tolerância ao estupro? E como se relaciona com o Direito?

Afirmando a existência de um pacto social sobre uma cultura do estupro não estaríamos generalizando? E em relação a uma cultura antiestupro, poderíamos estar criando um "pânico moral" que gerariam perspectivas amplas e exclusivamente punitivistas ao vermos em todo homem um potencial estuprador?

Este artigo discute a cultura do estupro e a cultura antiestupro que se tornaram centrais nas denúncias das jovens ativistas feministas brasileiras e sua relação com a cultura jurídica. Em outras palavras, como se construíram as culturas do estupro e do antiestupro e qual o papel do Direito para sua manutenção ou seu enfrentamento.

O termo "cultura", no seu uso costumeiro, tem uma dupla perspectiva: a de apontar a diversidade de valores que envolvem as relações sociais nas mais distintas sociedades, e a de reificar, endurecer e enrijecer o entendimento da dinâmica das relações sociais. Essa segunda acepção pode levar a entender, equivocadamente, que, em cada sociedade, todos acreditam igualmente nos mesmos valores, todos têm a mesma posição e não há conflitos nem mudanças. Valores culturais são dinâmicos, uns de longa duração, outros de curta duração e as relações dos sujeitos com o vasto repertório simbólico dependem de suas posições nas relações de poder.

Assim, o contraste entre cultura do estupro e cultura antiestupro exige uma nova questão. Será possível pensar em uma cultura antiestupro de afirmação da liberdade e autonomia sexual feminina?

Como metodologia analítica para a escrita deste texto a nossa escolha foi a de apresentar a articulação e a diversidade das histórias dos movimentos feministas nos Estados Unidos e

1 Ver: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/nao-ficara-impune-garante-ministro-da-justica-sobre-estupro-coletivo.html>. Acesso em: 23 jul. 2016.

no Brasil relativamente às denúncias da violência sexual contra as mulheres e apontar quando a figura do "não consentimento" passa a se tornar o foco das denúncias. Apresentamos como base a literatura da produção feminista acadêmica norte-americana sobre o aparecimento da noção de cultura do estupro. No Brasil, ela é mais recente e eclodiu entre as jovens feministas em redes sociais. É também parte de nossa metodologia o intento analítico de apresentar e refletir (resumidamente) sobre o impacto e as repercussões da crítica feminista brasileira desde os anos 1970 à violação sexual para o entendimento jurídico brasileiro. Para isso, apresentamos analiticamente os valores de longa duração do código relacional da honra que podem fazer efeito nas interpretações jurídicas e a alta incidência de violações sexuais no Brasil. Por último, indagamos sobre os possíveis impactos da noção de cultura do estupro e os distintos entendimentos da proposta de uma cultura antiestupro para o entendimento jurídico e para o Direito.

1 A CULTURA DO ESTUPRO E A CULTURA ANTIESTUPRO

A ideia de que existe ou vivemos em uma cultura do estupro foi desenvolvida pelas norte-americanas nos anos 1970 quando denunciaram o tratamento social e jurídico que culpabilizava as mulheres pelo estupro sofrido.

Susan Brownmiller, em *Against our will* (1975), afirma a existência de uma cultura (norte-americana) que apoia o estupro (*rape-supportive culture*), a partir do modo como essa cultura define a sexualidade masculina como naturalmente agressiva, a feminina como passiva, e exige das mulheres o comportamento de polidez, delicadeza e de não confronto.

Se a feminista Millet, em *Sexual politics* (1970), já argumentava que o estupro se tratava de uma política sexual e não de uma biologia da masculinidade, Brownmiller aponta que, na cultura norte-americana, a sexualidade feminina passiva não significaria ausência de desejo sexual, mas sim que apenas não caberia às mulheres serem agressivas, do que emerge a suposição (cultural) de que "elas sempre querem", mesmo que não o digam. Brownmiller contribui para uma cultura do antiestupro, já que permite entender como o estupro pode acontecer também entre conhecidos e passar despercebido, pois as mulheres, diante de um ato sexual não consentido, tendem a evitar o confronto direto. O *status* atribuído às mulheres desempenha, assim, um papel significativo nas atitudes e nas opiniões de muitos, e especialmente dos estupradores, em relação à violência sexual (BURT, 1980).

A cultura do estupro também está associada à guerra, quando os homens são estimulados a estuprarem as mulheres para "elevar a moral da tropa",[2] o que vincula a sexualidade

2 "Novo rabino-chefe do exército israelense diz que soldados podem estuprar mulheres árabes para elevar a moral": <https://livrepensamento.com/2016/07/19/novo-rabino-chefe-do-exercito-israelense-diz-que-soldados-podem-estuprar-mulheres-arabes-para-elevar-a-moral/>. Acesso em: 24 jul. 2016.

masculina à violência e o comportamento feminino à passividade e à submissão. Ensina-se às mulheres a se comportarem adequadamente, a não andarem sozinhas, a não vestirem roupas provocativas etc. para evitarem o estupro, como se o comportamento feminino tivesse alguma relação com a conduta sexual masculina (HERMAN, 1984; GRIFFIN, 1971). As dicotomias agressivo/passiva, dominante/subordinada, "mim Tarzan, você Jane" revelam a estreita relação entre sexualidade e violência em nossa cultura (HERMAN, 1984). Essa associação entre sexualidade e violência presente em filmes, propagandas, livros, músicas dificultaria dissociar um estupro de uma relação heterossexual não violenta (HERMAN, 1984). Assim, haveria uma cultura do estupro porque a sociedade estimula e encoraja, ao ensinar homens e mulheres que é natural e normal uma relação sexual envolver comportamento agressivo dos homens. Por isso, afirma a autora, "nossa cultura pode ser caracterizada como uma cultura do estupro porque a imagem de uma relação heterossexual está baseada no modelo da sexualidade do estupro" (HERMAN, 1984, p. 46, tradução nossa).

Conforme Brownmiller:

> A descoberta do homem de que sua genitália poderia servir como uma arma para gerar medo deve ser classificada como uma das descobertas mais importantes dos tempos pré-históricos, juntamente com o uso do fogo e o primeiro machado de pedra bruta. Dos tempos pré-históricos até o presente, creio eu, o estupro tem desempenhado uma função crítica. Isto é nada mais nada menos do que um processo consciente de intimidação pelo qual todos os homens mantêm todas as mulheres em um estado de medo (BROWNMILLER, 1975, p. 15, tradução nossa).

Rabinowitz conclui, a partir deste texto, que, para Brownmiller, a violência pelo estupro estaria relacionada ao aspecto biológico, ou seja, à existência de um pênis como uma arma contra as mulheres. Então, seria a biologia e não a cultura a fonte do estupro (RABINOWITZ, 2011, p. 3). Essa visão de a sexualidade violenta ser advinda da biologia seria semelhante à de MacKinnon (1983), pois coloca todos os homens como estupradores em potencial e, portanto, como inimigos das mulheres. Nessa linha, a relação heterossexual será sempre violenta.

No entanto, a força do argumento de Brownmiller é que a cultura norte-americana dá suporte a uma cultura do estupro e não que a violência da sexualidade masculina decorra da biologia. No trecho acima, a autora aponta para o uso extenso e generalizado do estupro nas mais variadas sociedades e culturas como forma masculina de poder e de imposição de medo. Se apontasse a biologia como causa, por que falaria da "descoberta" pelos homens de imporem medo através da agressão sexual? Se Brownmiller enfatiza que estupro é violência, para MacKinnon, o estupro é uma forma de sexo e o sexo heterossexual é estupro.

Segundo MacKinnon, a definição legal tradicional (estadunidense) do estupro como penetração do pênis na vagina estaria em conformidade com o que os homens pensam ser uma violação sexual e não com a experiência das mulheres de terem sido violadas sexualmente. A

experiência de ter sido estuprada é revivida quando uma mulher não consegue manter relação sexual sem experimentar a sensação de ter sido estuprada. E isto também é sexual e não apenas violência, pois é uma violação da sexualidade, afirma MacKinnon. A tese é reforçada pelo fato de uma mulher estuprada ter que provar, em juízo, que o que ocorreu não foi uma relação sexual, mas um estupro. Isto porque o estupro é definido em distinção à relação sexual consentida (CAMPOS, 2017).

As perguntas sobre se foi mesmo um estupro e o quanto as mulheres resistiram demonstram que o padrão para o que é definido como sexo é masculino. Se não houve muita violência, não é estupro. Isso explicaria as baixas notificações referentes aos crimes de estupro, pois as mulheres não acreditam que o que vivenciam como estupro será entendido legalmente como tal. Por isso, MacKinnon problematiza a heterossexualidade e o que se considera uma relação sexual normal (heterossexual) e confronta-a com o estupro e a relação sexual consentida. Nomina esses comportamentos como sexuados e evita diluí-los no termo violência (CAMPOS, 2017). Para ela, é a forma pela qual a sexualidade masculina é definida como agressiva que faz o estupro aparecer como uma "relação sexual normal" e a "relação heterossexual normal" aparecer como estupro. Induz assim, em uma certa medida, a supor uma generalização dos homens como estupradores. Contudo, diferencia relação sexual consentida da relação sexual não consentida. Ao fazer isso, aponta tanto para a continuidade de sentido entre estupro e sexualidade masculina, como para a descontinuidade, pois não há estupro se há liberdade da mulher na relação sexual.

Quando o modelo é o de uma sexualidade masculina impulsiva, há uma naturalização do estupro, o que poderia explicar a dificuldade das vítimas denunciarem agressores, especialmente os conhecidos. Pesquisas revelaram que aquelas que denunciam o estupro cometido por conhecidos têm menores chances de serem acreditadas do que aquelas que reportam estupro cometido por estranhos (HERMAN, 1984).

Quando o modelo esperado socialmente do comportamento feminino em relação à sexualidade é o de ser discreta, não confrontar, não tomar a iniciativa declarada do ato sexual, mas seduzir e provocar o desejo masculino, constroem-se as dúvidas sobre se houve estupro, pois ou não houve resistência ou houve provocação das mulheres (o que negaria o estupro já que "elas queriam").

A ligação entre o comportamento feminino e a prática do estupro não se confirma – pesquisas demostraram que em 82% dos casos o estupro foi planejado e em pouquíssimos aconteceu por impulso (HERMAN, 1984). Igualmente, a imagem da vítima sexualmente atraente e provocativa é irreal, pois o estupro é tanto cometido contra crianças de 6 meses como contra idosas de 93 anos (HERMAN, 1984). Assim, culpar a vítima pelo estupro só serve aos interesses masculinos (GRIFFIN, 1971).

Pesquisas norte-americanas indicaram ainda que a maioria dos homens que estupra tem personalidade, aparência e comportamento sexual normais (HERMAN, 1984). Ou seja, não possuem uma personalidade doentia ou anormal. Por isso, o estupro estaria relacionado à

masculinidade e não a uma personalidade desviante. Desta forma, a cultura americana produz estupradores quando encoraja a socialização de homens a subscrever valores como controle, dominação, insensibilidade, competitividade, raiva e agressão e os desencoraja a expressarem vulnerabilidade, colaboração e cooperação. Ao final, não seriam apenas as mulheres as vítimas, mas também os próprios agressores, que também sofrem (HERMAN, 1984).

A "produção" de quem é a vítima é também realizada pela lei, pela doutrina e pelas práticas jurídicas. A legislação controla a sexualidade feminina vinculando o exercício da sexualidade à reprodução e punindo as "desviantes" (criminalizando o aborto, por exemplo). Pela doutrina, validando questionamentos sobre o comportamento da vítima, a insuficiência de seus relatos, o consentimento ou justificando o estupro marital. E pelas práticas jurídicas, obrigando as mulheres a recontarem o fato à polícia, ao ministério público, ao Poder Judiciário; questionando se houve violência ou por que não reagiram; pelos argumentos da defesa, que desqualificam moralmente as mulheres e, por fim, com a sentença absolutória que desacreditou a palavra da vítima. As feministas sustentam que levar um caso de estupro ao sistema de justiça criminal é custoso financeira e psicologicamente às vítimas. Além de terem que recontar o evento, podem sofrer represálias dos familiares do agressor quando não dele mesmo (HERMAN, 1984). Isso fundamentou as reformas legais.

As lutas feministas por reformas legais na década de 1980 nos Estados Unidos focaram dois conjuntos de preocupações. O primeiro desafiou a definição legal do estupro para incluir o estupro marital, excluir a necessidade do uso da força na definição do crime e da demonstração da resistência como ausência de consentimento. O segundo concentrou-se em alterar o processo de reparação jurídica, buscando proteger as mulheres de revitimização e ameaças e sensibilizar os profissionais da área jurídica quando as mulheres denunciavam um estupro. No centro das preocupações estava o desconstruir da ideia do estupro como apenas uma relação forçada e provocada por estranhos (RABINOWITZ, 2011). As feministas queriam demonstrar que o estupro não era um caso raro ou cometido por poucos homens, mas uma maneira pela qual os homens exerciam o poder. Nesse sentido, o estupro, apesar de ser um crime, era, de fato, uma prática ensinada na sociedade americana em uma cultura do estupro.

A definição legal do estupro entendido como conjunção carnal forçada com uma mulher contra a sua vontade, ainda que abarcasse qualquer mulher, excetuava a esposa. Portanto, uma relação sexual forçada no casamento não era entendida como estupro (RABINOWITZ, 2011). O outro problema estaria relacionado à noção do consentimento, especialmente se o estupro fosse cometido por conhecido. A mulher realmente disse não? A ausência de um rotundo não significaria um sim? Ela estava realmente tão bêbada ou drogada que não podia consentir? Ou aceitou beber e isso sinalizou que ela queria a relação sexual?

A definição do estupro como uma relação sexual forçada e não consentida, que excetuava a relação marital, tinha como consequência o fato de que nem sempre a relação forçada e não consentida definia o estupro (HERMAN, 1984). Desta forma, o estupro seria o sexo ilegal, ou seja, quando parte daquele que não detém os direitos sobre a mulher. Dito de outra

forma, aos olhos da lei, a violência em uma relação sexual é permitida quando o homem é "proprietário" da mulher.

Nos anos 1990, a antropóloga e feminista Sanday, em *A woman scorned: acquaintance rape on trial* (1997), aponta o novo conjunto de preocupações das feministas e nele se inscreve. As reformas legais dos anos 1980 não foram capazes de lidar com os estupros entre conhecidos, especialmente aqueles que eram feitos, do ponto de vista dos homens jovens, como se fossem encontros (*dates*), para possível início de relacionamentos sexuais e/ou amorosos, tais como nos casos ocorridos em campos universitários, que foram levados à investigação policial e aos tribunais. O foco é conseguir que a comunicação entre os parceiros que pretendem iniciar uma relação sexual (heterossexuais ou não) seja feita afirmativa e verbalmente para contrabalançar a suposição da cultura do estupro de que todo não da mulher pode ser sim, pois seu "corpo sexual" quer dizer sim e o não adviria das convenções sociais impostas às mulheres. Um movimento pela autonomia e liberdade da sexualidade de cada uma e cada um.

O debate mais recente nos movimentos e estudos feministas norte-americanos passou, assim, a se centrar no estupro entre conhecidos, presente sempre onde e quando não há consentimento na prática da sexualidade. Se, nos anos 1970 e 1980, os principais focos eram a violência, o poder e a dominação, presentes na violação sexual entre desconhecidos e conhecidos, nos anos 1990 e 2000, a atenção recai sobre a sexualidade entre conhecidos. Ao fazer isso, introduz-se com nova força de argumentos a questão da existência ou não do consentimento. É esta mudança de foco que leva ao entendimento do uso social da noção de cultura antiestupro como objetivo político e social a ser alcançado no exercício da autonomia e liberdade da sexualidade em qualquer contexto.

2 A CULTURA DO ESTUPRO NO BRASIL: DA DEFINIÇÃO LEGAL À PERMANÊNCIA DO CÓDIGO DA HONRA

No Brasil, a movimentação feminista da segunda metade dos anos 1970 e dos anos 1980 coloca em evidência a violência contra as mulheres, seja física e sexual, seja no âmbito doméstico, seja no público. São especialmente os assassinatos de mulheres de classes média e alta e a absolvição judicial ao final dos anos 1970 e início dos anos 1980 que fazem com que haja visibilidade e legitimidade na mídia e na opinião pública da denúncia pela movimentação feminista sobre a violência contra as mulheres. As movimentações feministas logram nos anos 1980 a criação de Delegacias Especiais de Atendimento ou Defesa das Mulheres, nos âmbitos municipais e estaduais (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 1993; DEBERT; GREGORI, 2002), o que evidencia a profundidade e a importância da denúncia da violência contra as mulheres.

Se o estupro e a violência sexual contra as mulheres por conhecidos e desconhecidos nos âmbitos doméstico e público foram denunciados pelos movimentos feministas desde os seus primórdios, será em anos recentes que as denúncias recaem mais insistentemente contra as

mais variadas formas de assédio sexual, ao expor em redes sociais denúncias de estupros coletivos, de formas de "encoxamento" nos transportes públicos e assédios sexuais em *campi* universitários. É recentemente que toma espaço a denúncia de que no Brasil há uma cultura do estupro que deve ser enfrentada. A proposta de cultura antiestupro aponta para o caráter educativo e socialmente revolucionário que se quer contra tal conjuntura.

No Brasil, as denúncias contra a cultura do estupro amparam-se tanto em pesquisas sobre a percepção da violência (pesquisas de opinião) quanto em pesquisas de vitimização, que apontam para a (sub)notificação da violência sexual contra mulheres.

A pesquisa de percepção da violência realizada pela Fundação Perseu Abramo/SESC em 2010, com 2.365 mulheres, em todo o país, apontou que 14% das entrevistadas consideram a violência contra a mulher a pior coisa que acontece pelo fato de serem mulheres. Assim, 15% consideram que o combate à violência contra a mulher tornaria melhor a vida de todas elas.

A pesquisa (ABRAMO, 2010) revelou que 19% das entrevistadas sofreu algum tipo de violência, sendo que 6% sofreu violência sexual. Quando estimuladas, o índice da violência sexual subiu de 6% para 10%, 8% afirmou ter sido obrigada a manter relações sexuais quando não queriam, 4% foram forçadas a praticar atos sexuais que não lhes agradavam e 3% foram estupradas. No que se refere à idade e à escolaridade, dentre as 40% que afirmavam ter sofrido algum tipo de violência, 48% tinham entre 25 e 34 anos e, em 43% dos casos, a escolaridade variou da 5ª à 8ª série. Já entre as que afirmaram ter sofrido algum tipo de violência, 10% foi violência sexual, sendo que as mulheres entre 45 e 59 anos representaram 14% e 12% estavam entre a 5ª e a 8ª série. Em 11% dos casos, as mulheres recebiam menos de dois salários mínimos, tinham emprego informal ou estavam desempregadas (11%). As mulheres espíritas foram as mais sexualmente vitimadas (18%).

Por sua vez, a pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2015) sobre vitimização, com dados colhidos através do sistema de polícia (estaduais), apontou que a cada 11 minutos uma mulher é vítima de estupro (aproximadamente 48 mil casos de estupros em 2014). Já em 2016, o Anuário de Segurança Pública desta mesma instituição apurou que, em 2015, aconteceram 45.460 estupros no país, o que equivale a 125 estupros/dia (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016). Em 2015, o Anuário havia pontado que apenas 35% dos crimes de estupro são reportados à polícia. Já o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2014) informa uma subnotificação de 90%. Observa-se que, mesmo que haja uma variação de 65% a 90%, a subnotificação nos crimes de estupro é altíssima.

A pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2014) que analisou dados contidos no Sistema de Notificação do Ministério da Saúde estimou que 0,26% da população feminina sofreu estupro, totalizando 527 mil vítimas de violência sexual (estupros tentados ou consumados) em 2013, sendo que menos de 10% dos casos foram reportados à polícia. As crianças e adolescentes representam 70% das vítimas. Em mais de 93% dos casos os agressores foram do sexo masculino, sendo 92,55% contra crianças; em 96,69% com adolescentes e 96,66% com adultos. Em 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima e em 24,1% são

pais ou padrastos. A figura do desconhecido só é notada na fase adulta da vítima (60,5%) (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2014). A violência contra crianças pode se repetir em 48,3% e, contra adolescentes, em 47,6%, quando são conhecidos. Já quando o agente é desconhecido é rara a repetição.

Como o padrão de comportamento de grande parte das pessoas vitimadas é o silêncio ou a resolução do conflito no âmbito privado, os registros de crimes sexuais nas delegacias de polícia correspondem a cerca de 10 a 20% dos casos que realmente acontecem (DREZETT, 2000).

A partir dos dados apresentados, dos aspectos colocados pelo ativismo e dos estudos feministas norte-americanos, ao pensarmos o que acontece no Brasil, partimos do entendimento proposto pelas autoras anteriormente mencionadas. O estupro é um ato de poder, de violência ou sexual? Ou seria essa uma falsa questão? O estupro é, ao mesmo tempo, violência, ato de poder e não deixa de ser uma expressão de sexualidade, representada por muitos agressores como apenas sexualidade.

A cultura do estupro no Brasil não pode ser desvinculada de nosso passado colonial e escravocrata. As mulheres negras, escravas, eram consideradas "coisas", propriedades dos donos das fazendas e eram sistematicamente estupradas, além de sofrerem diversas outras violências. Eram responsabilizadas pelas mulheres brancas e pelos homens brancos pela suposta sedução do "senhor". O comportamento violento dos senhores brancos, donos das escravas e escravos, não era questionado. A hipersexualização das mulheres negras advém dessa criação para justificar o estupro. Assim, o sexismo e o racismo fundamentam a cultura do estupro no Brasil. Não é por outra razão que as mulheres negras são as que mais sofrem com a violência doméstica e sexual em nosso país.

É exatamente quando determinada cultura suporta e constrói o modelo da sexualidade masculina como agressiva que se pode falar em cultura do estupro, pois a sexualidade violenta e o poder exercido através da agressão sexual como exercício de poder podem ser confundidos. Contudo esta confusão/ambiguidade é especialmente reconhecida pelos agressores e não pelas vítimas. Se muitas se culpam e duvidam se querem denunciar conhecidos, sabem que foram agredidas e forçadas. As vozes diferem, confrontam-se.

Deve-se entender, entretanto, que, ao se nomear uma cultura como tolerante ao estupro, já se pode falar da coexistência, em algum grau, de uma cultura do antiestupro, já que, se o repertório simbólico dominante disponível permite a confusão/ambiguidade entre estupro e relação sexual, ao mesmo tempo permite pensar o mais absoluto distanciamento entre um e outra.

Machado (1998), ao analisar casos de estupro no Brasil, propõe a noção de "transformismo do estupro": o estupro visto como o mais ignominioso fato pode ser percebido como a mais banal relação sexual, a depender das posições dos envolvidos, sejam agressores, vítimas, testemunhas, parentes das vítimas ou parentes dos agressores, ou mesmo profissionais do direito. Essa interpretação dialoga e responde às interrogações das autoras norte-americanas.

A pesquisa realizada por Machado (1998) com homens que cometeram estupro também revela a associação à noção de virilidade, da macheza do homem que pode possuir toda e qualquer mulher – exceto as vinculadas por parentesco ou afinidade (MACHADO, 1998). Ao lado do imaginário da sexualidade masculina, do homem que domina, que tem iniciativa e se apodera do corpo feminino está o imaginário sobre a mulher, como "aquela que se esquiva para se oferecer" (MACHADO, 1998, p. 234). Estuprar é, assim, a afirmação do macho. Dos nove entrevistados na pesquisa, apenas um não culpabilizou a mulher pelo estupro. As razões para o cometimento do estupro variam desde uso de drogas, álcool, fraqueza sexual – que na verdade significa macheza, já que não conseguiu se controlar –, mas todas têm em comum a ideia da virilidade masculina, daquele que deve ter sempre o objeto sexual à sua disposição (MACHADO, 1998, p. 236). Todos os entrevistados, exceto um, sabiam que a mulher não queria a relação sexual, mas pensavam que, ao final, ela queria (MACHADO, 1998, p. 240). O imaginário masculino sobre o feminino sedutor (que se esquiva, que diz não querendo dizer sim) constrói-se também na dicotomia entre as mulheres: as que se oferecem (prostitutas, vadias) e as mulheres interditadas (mães, irmãs, tias). Assim, "o feminino é todo ele pensado como um objeto e como interdito" (MACHADO, 1998, p. 243), cuja diferenciação (mulher prostituta x mulher de família) é constituída pelo ego masculino.

As mulheres da família de ego masculino – as mães, filhas, irmãs, cunhadas, sobrinhas –, se forem forçadas sexualmente por outros, serão consideradas estupradas e o estupro tende então a ser pensado como ignominioso. Elas também são interditadas ao ego masculino. Contudo não são poucos os estupros entre familiares: contra filhas, enteadas, sobrinhas, mas estes estupros são os menos reconhecidos como tal, tornam-se segredos, e as narrativas sobre eles procuram produzir a confusão para que se entenda tais abusos como derivados de relações de propriedade e afetividade. As esposas e companheiras de ego masculino, por outro lado, têm a obrigação de com ele terem relações sexuais não se considerando a relação sexual forçada como estupro. Somente as mães, filhas e mulheres dos outros podem ser objeto sexual (MACHADO, 1998, p. 247). Contudo, a tendência do ego masculino em uma relação sexual forçada é imaginar que essa mulher não pertenceria a nenhuma família, seria mulher de ninguém, seria vadia. Os egos masculinos, cujas mulheres foram forçadas sexualmente por outros, nomeiam, no entanto, esta relação como estupro.

Por isso, na prisão, há separação entre os apenados por estupro e aqueles que não o são. Estes se identificam com a categoria abstrata dos homens que podem ter sido desonrados porque suas mulheres (parentes consanguíneas ou afins) podem ter sido violadas por outros homens. É deste ponto de vista que o estupro é hediondo e merece ser vingado. Não se fala em reparar a dignidade feminina. "O que se repara é a desonra masculina. Feminizam-se os corpos masculinos e ritualmente reafirmam o estupro de seus corpos" (MACHADO, 1998, p. 245). Assim, o estupro se define pelo "código relacional da honra" que, reinscrito na modernidade, privilegia a honra das vítimas e de agressores, revelando a dificuldade de pensar o estupro como violência contra a pessoa, pois importa saber quem é a vítima para saber se

houve ou não estupro (MACHADO, 1998, p. 247). Igualmente, o estupro cometido por um estranho teria mais possibilidade de ser processado e o autor condenado do que o cometido por conhecido, pois o desconhecido enquadra-se melhor no estereótipo do estuprador (VARGAS, 1999; 2007; MACHADO, 1998). Esse código relacional da honra também pode ser observado na tipificação da violência sexual historicamente no Brasil.

No Código Imperial (BRASIL, 1830) o estupro era considerado um crime contra a segurança da honra e tratado juntamente com o defloramento de mulher virgem. O estupro era tanto o defloramento de menor virgem quanto a relação sexual violenta com mulher honesta. O defloramento poderia ser consensual, uma vez que, se houvesse o casamento, excluía-se a punição, mesmo se a vítima e o agressor fossem aparentados. Só seria punido se o grau de parentesco fosse tal que impedisse o casamento. Se houvesse alguma ofensa sexual diferente da cópula carnal ou sedução de mulher virgem, havendo o casamento, igualmente excluía-se a punibilidade.

Pontua-se que o Código Penal Imperial punia, embora com menor severidade, o estupro de prostituta. Assim, o condenado por estuprar uma "mulher honesta" cumpriria entre três e 12 anos de prisão. Já aquele que cometesse o mesmo crime contra uma prostituta teria uma pena de um mês a dois anos. As penas para os crimes de estupro variavam entre indenizar a ofendida, deportação por um determinado período de tempo e a prisão para os casos em que houvesse conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça.

Na 1ª República (1889), o estupro tornou-se não só um crime contra a segurança da honra, mas também contra a honestidade das famílias e ultraje público ao pudor (Título "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor" – Capítulo "Violência carnal"), incluindo o atentado violento ao pudor, o defloramento e o estupro. Manteve-se a divisão entre as mulheres honestas e não honestas. Para a gravidade do estupro importava mais a honestidade da vítima do que sua virgindade. Além disso, introduziu-se a figura da "mulher pública", cuja punição continuava inferior ao estupro cometido contra mulher honesta. A "mulher pública" – semelhante à prostituta – contrasta com a mulher honesta – a "mulher privada" – que pertencia à família, ao marido, ao lar ou aos filhos. No defloramento ou no estupro de mulher honesta, o ofensor era obrigado a dotar (indenizar) a família da ofendida, revelando o caráter patrimonialista do crime e a propriedade sobre as mulheres. O dote não era para redimir a honra das mulheres, mas a honra da família ou do marido, mostrando a atualidade do estudo de Machado (1998).

O estupro foi definido como abuso de uma mulher, virgem ou não, com violência que incluísse o emprego da força física e de meios que privassem a mulher de suas faculdades psíquicas que a impossibilitassem de resistir e defender-se, tais como o éter, a hipnose, os anestésicos e os narcóticos. O casamento da vítima com o ofensor foi mantido com causa de extinção da punibilidade.

Havia uma continuidade jurídica entre o Código Penal (BRASIL, 1889) e o Código Civil (BRASIL, 1916). O Civil alinhava-se à perspectiva penal vigente ao tratar a mulher como

um objeto privado, que poderia apresentar "defeitos" que a tornariam inferior ou dispensável. Havia o prazo prescricional de dez dias, contados da data do casamento, para anular o matrimônio caso o marido viesse a descobrir que sua mulher já havia sido deflorada.[3] O defloramento ignorado pelo marido era um erro essencial contra o casamento, sendo este, assim, passível de anulação. Se o defloramento ou o estupro fosse cometido contra menor ou por menor de idade, o Código Civil previa a possibilidade de casamento para evitar a imposição da pena.[4]

A reforma penal de 1940 pouco alterou a condição das mulheres nos crimes sexuais. O estupro passou a ser tratado no título "Dos crimes contra os costumes", no capítulo "Crimes contra a liberdade sexual". Embora atentasse diretamente contra a liberdade sexual, ainda era um crime contra os costumes e não contra a pessoa. Foi redefinido como um constrangimento (da mulher) à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Manteve-se o atentado violento ao pudor e foi tipificada a posse sexual de mulher honesta mediante fraude.

Observa-se que a distinção entre mulher honesta e não honesta foi suprimida do crime de estupro, mas incluída no atentado violento ao pudor[5] e no crime de posse sexual mediante fraude.[6] Por sua vez, foi abolido o estupro contra a mulher pública ou prostituta, mantendo-se implicitamente a distinção, confirmada pela doutrina e jurisprudência. Manteve-se inquestionável o estupro cometido pelo marido contra a mulher, pois esta continuava propriedade daquele.

Nos anos 2000, a movimentação feminista lutou pela criação da lei que coibisse a violência doméstica contra as mulheres, alcançada com a promulgação da Lei Maria da Penha em 2006. Lutou também pela mudança de alguns pontos do Código Penal, através da interlocução com a Secretaria de Política para as Mulheres da Presidência da República e com o Congresso Nacional, sem que se possa dizer que os resultados retratem o desejado pela movimentação feminista, mas sim os resultados desta interlocução complexa.

Em 2005 (65 anos depois), o estupro passou a ser definido por um tipo "neutro"[7] e amplo, não apenas como conjunção carnal, mas também como qualquer outro ato libidinoso praticado

3 De acordo com o artigo 178, §1°, do Código Civil (1916), capítulo de prazos e prescrições.

4 "Art. 214. Podem, entretanto, casar-se os referidos menores para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal. Parágrafo único. Em tal caso o juiz poderá ordenar a separação de corpos, até que os cônjuges alcancem a idade legal" (BRASIL, 1984).

5 "Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: reclusão, de um a dois anos" (BRASIL, 1984).

6 Posse sexual mediante fraude: "Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude. Pena: reclusão, de um a três anos" (BRASIL, 1984).

7 Estupro: "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena: reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos" (BRASIL, 2009).

contra a vontade da vítima, admitindo, assim, a vitimização masculina. O crime de sedução (defloramento) também foi abolido em 2005. E, em 2009, o título foi alterado, passando a ser tratado no capítulo "Dos crimes contra a dignidade sexual e a liberdade sexual". A expressão mulher honesta, presente nos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, finalmente desapareceu, mas o tipo de posse sexual mediante fraude foi substituído por violação sexual mediante fraude. Além disso, foi criado o estupro de vulnerável.[8]

A nova redação do artigo 213 ampliou a abrangência do crime de estupro e absorveu o crime de atentado violento ao pudor ao incluir em sua redação, além da conjunção carnal, a expressão "praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso", o qual pode ser praticado contra qualquer pessoa, independentemente do sexo, tendo em vista a substituição da palavra "mulher" por "alguém". Contudo, seja a vítima de estupro do sexo feminino ou masculino, o modelo construído da vítima de estupro continua sendo o feminino. A vítima teria provocado, seduzido, seria passiva, seria uma falsa acusadora/acusador?

Nota-se que a honra masculina (MACHADO, 1998), a honestidade da vítima (ANDRADE, 2005) e o que se espera do gênero da vítima permaneceram intimamente ligados, definindo as mulheres e seus corpos (femininos) como propriedade, como guardiãs da honra masculina, responsáveis pela desonra masculina, e exigindo-se delas a obediência, a discrição, a timidez (serem mulheres de família, honestas, não serem "mulheres fáceis" ou de "vida fácil"). Apesar das mudanças nos códigos penais, infere-se que a longa duração do código relacional de honra dá espaço para que, tanto na interpretação social como na jurídica, as mulheres que se encontrem fora do espaço considerado da sociabilidade "honrada" não sejam dignas de proteção e o ato violento do estupro possa ser realizado e transformado simbolicamente em não estupro.

> É como se o masculino se confundisse com o lugar da lei. De um lado, nas relações conjugais e familiares, quando se instituem como o lugar do controle de suas mulheres. De outro, nas relações com mulheres que não são afins nem consanguíneas, como se lá estivessem as mulheres que deveriam estar disponíveis como puros objetos sexuais (MACHADO, 2000, p. 34).

E em grande parte os corpos masculinos estuprados em nome do modelo da "sexualidade masculina dominante" passam a ser entendidos como corpos feminizados, tornados também puros objetos sexuais.

• • •

8 "Art. 217-A – Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos" (BRASIL, 2009).

A definição de estupro dada pela Lei n. 12.015/2009, apesar de inovadora, mantém o entendimento do Código Penal de 1940, no qual, para o reconhecimento do estupro, deve haver o constrangimento (com o que a movimentação feminista concorda, pois vincula o crime diretamente à inexistência de consentimento), no entanto, infere que ele deve ter sido obtido ou por violência ou por grave ameaça. Embora o constrangimento e a coação possam ser entendidos quando há ameaça verbal, mesmo que esta definição não está literalmente presente, como pesquisadoras, entendemos que há uma diminuição do constrangimento quando não há violência ou grave ameaça explícitas. O adjetivo "grave" que acompanha a palavra ameaça tende a ser interpretado juridicamente e, muitas vezes, socialmente como uma ameaça com arma. "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" (BRASIL, 2009).

Enfatizamos que não há explicitação na Lei n. 12.015/2009 de como se poderia entender constrangimento que não seja por um ato de violência que resulte em lesão física ou por uma grave ameaça referida ao uso intimidante de uma arma ou de uma coação moralmente irresistível. O constrangimento de um ego (geralmente masculino) contra um alguém conhecido tomado como um alvo/objeto sexual (geralmente mulher) não necessariamente é praticado com violência física que produza lesão, nem mesmo com o que, na cultura jurídica, tende a ser o sentido mais comum dado à ameaça grave: o uso de uma arma.

O constrangimento pode existir em outras formas: ameaças de contar a todos que a mulher/menina ou "alguém" já foi desonrada, e que foi ela quem seduziu ou "pediu", divulgação de imagem na internet (pornografia de vingança) e, caso recuse, que será ferida ou humilhada, pois dela se falará que é uma mulher vadia, que já foi tomada por ele, que ela quis, que não é "direita" ou, ainda, que será morta se não ceder. No entendimento de Sanday (1997), dever-se-ia inverter a prova. Ao invés da vítima ter que provar que houve uso da arma como ameaça ou que houve lesão física como prova de que resistiu (e que, por isso, foi vítima de constrangimento), a não existência de consentimento verbal afirmativo deveria bastar como prova de que houve constrangimento. Igualmente, qualquer mulher ou alguém que fosse vítima, independentemente da vida sexual pregressa, deve ter reconhecido o direito de dizer sim ou não, e o seu sim e o seu não devem ser reconhecidos como tais.

Decisões discordantes permitem mostrar que a cultura jurídica recente se divide entre percepções tolerantes e não tolerantes em relação ao estupro. Abaixo, apresentamos a análise de um mesmo caso visto por decisões divergentes no primeiro e no segundo graus.[9]

As decisões jurídicas em discussão revelam que a cultura jurídica brasileira também se defronta com o conflito entre uma cultura do estupro e uma cultura antiestupro. Não pelo fato de serem as sentenças discordantes (isso faz parte do cotidiano jurídico), mas pela modalidade

9 O exemplo foi coletado da monografia de graduação de Sabrina de Carvalho Ribeiro (2010).

dos argumentos utilizados. É procedente apontar que é do gênero feminino a autoria da interpretação que considera estupro o caso em questão e é do gênero masculino a autoria da interpretação que não considera o caso como estupro. Contudo, ainda que possa ser uma tendência, não há razão para qualquer conclusão generalizante sobre gêneros ou individualidades entre autores pois se trata de uma disputa entre interpretações no campo jurídico. Vejamos a decisão de primeiro grau:

> *É certo que o réu também mentiu em seu interrogatório, [...] porém*, a história da vítima, de que o réu a obrigou, mediante vagas ameaças, a empurrar sua bicicleta e acompanhá-lo a pé, por mais de vinte minutos, da QE 15 até a QE 23, proximidades do cartódromo, onde continuou fumando "merla" e batendo papo com a vítima por mais de uma hora *é realmente inacreditável*.
> *O mais crível em sua versão*, porém, é que no trajeto os dois passaram caminhando lado a lado pelo posto de gasolina da QE 23, onde pelo menos os frentistas deviam estar presentes, e também por um quiosque que fica junto ao posto, onde o acusado chegou a cumprimentar o proprietário e onde, segundo as próprias palavras da vítima, estavam reunidas cerca de dez a quinze pessoas, frequentadores do estabelecimento. E a vítima disse *simplesmente que não fugiu do réu*, não o deixou nesse momento, *diante de todas aquelas pessoas*, porque estava em pânico e sem reações. Alega também que ficou com medo de que o dono do quiosque pudesse ser amigo do réu.
> *Ora, o dono do quiosque poderia até ser amigo do réu, o que não seria motivo para ser seu cúmplice. E que dizer de todas aquelas pessoas que ali estavam? Iriam todos concordar com o estupro? Certamente que não. Bastaria a vítima dar qualquer alarde, gritar, juntar-se às pessoas que ali estavam, enfim, fazer qualquer coisa para demonstrar que não queria seguir na companhia do réu, para que a situação que revolvesse*.
> *Sua versão, de que estava em pânico e sem reações, é verdadeiramente insustentável*. Mesmo porque, *a vítima não me pareceu ser uma moça que se amedronta com facilidade*. A própria atitude de deixar os colegas na festa, [...] e voltar para a casa da tia, [...] caminhando sozinha pelas ruas àquela hora da noite, já *revela seu caráter de garota destemida*.
> Registre-se que, *apesar da pouca idade, a vítima Andressa já tem certa experiência de vida*. [...] diz que *aos onze anos já experimentava maconha, tiner, cloro e benzina, e aos treze teve sua primeira relação sexual com um ex-namorado*, por sua livre e espontânea vontade.
> O réu, por sua vez, não tinha qualquer arma ou instrumento com que pudesse amedrontar a vítima. Não tinha arma de fogo, nem faca, *nem um mísero canivete*.
> [...]
> *Ora, numa situação dessas, de estupro iminente, é duvidoso que qualquer vítima venha a intimidar-se apenas e tão somente com palavras, com "promessas" de morte*.
> A grave ameaça, no caso, se dá quando o réu dispõe de meios idôneos para concretizá-la de imediato, no próprio momento, caso a vítima não ceda aos seus instintos *(exemplo*

> *clássico: quando o réu está armado). Simples ameaça verbal, promessa vaga de vir a causar algum mal à vítima, em futuro remoto, não serve para tipificar o crime de estupro [...].* (Sentença de primeiro grau do Exmo. Juiz Dr. Jesuíno Aparecido Rissato, p. 178/180, p. 9-11 da apelação criminal nº 1988.01.1.040402-9; nosso grifo). (RIBEIRO, 2010, p. 41, grifos da autora).

Vejamos, então, como se pronuncia a desembargadora relatora a partir de trechos de sua sentença, apontados e grifados por Ribeiro (2010), abaixo citados. Nestes trechos, constam da sentença, referências feitas pela desembargadora aos laudos de corpo de delito e às declarações do médico perito:

> [...] a vítima apontou, com presteza e segurança, a pessoa do Apelado como autor dos crimes.
> O acusado, contudo, quando inquirido pela autoridade policial (fls. 48/49), faltou com a verdade, afirmando que havia dormido e ficado o tempo todo na casa de um amigo chamado IVAN.
> Em Juízo (fls. 95/97), certamente por ter ciência dos Laudos que confirmavam a materialidade, modificou sua versão anterior.
> [...]
> [O Laudo de Corpo de Delito] confirmou a existência de espermatozóide no material colhido da vítima, bem como trouxe a informação de que houve prática de conjunção carnal, com violência física.
> As explicações contidas no documento de fls. 144/146, fornecidas pelo Médico Perito, não descaracterizam as lesões sofridas pela vítima, as quais foram descritas como superficiais.
> Entendo que, mesmo que não existisse qualquer vestígio de violência, a coação ilegal estaria confirmada, vez que esta pode ser exercida de várias formas, inclusive apenas por meio de ameaças verbais.
> [...]
> Sobre esse tema, o Médico Perito concluiu (fl. 146): "*Não temos como determinar a intensidade da violência necessária para que uma mulher se deixe submeter ao estupro*, já que as reações divergem ao infinito de um indivíduo para outro e aqui nos referimos especificamente à mulher".
> Entendo que a resistência a uma agressão sexual pode perfeitamente variar de mulher para mulher, dependendo do grau de maturidade e de sua força física, que, no caso, são fatores absolutamente desfavoráveis à vítima. Ela estava em patente desvantagem física em relação ao Apelado [...].
> [...] o fato de a vítima já ter experimentado drogas, há alguns anos, e não ser mais virgem aos quatorze anos de idade, são irrelevantes no caso, já que não têm o condão de excluir

> a ilicitude e tampouco eximir a culpabilidade do réu. Destaco que estas informações foram fornecidas espontaneamente pela vítima, e, *in casu*, jamais poderiam ser utilizadas em seu desfavor.
> [Julgo] procedente a denúncia para condenar [o acusado].
> Os motivos do crime são injustificáveis e reprováveis. As circunstâncias e consequências [são] nefastas, haja vista que o Apelado tomou à força para satisfação de seus instintos sexuais uma menina de 14 (quatorze) anos de idade, que *obviamente carregará o trauma para o resto da vida*. (nosso grifo). (RIBEIRO, 2010, p. 42-45, grifos da autora).

Os argumentos da sentença de primeiro grau se apropriam dos valores sociais tradicionais estereotipados referentes às representações dos comportamentos femininos e masculinos. Se o denunciado e a denunciante se encontram em situação de utilizar drogas, se os dois andam "àquela hora da noite", é ela e não ele quem é criticada. A sexualidade masculina é referida como instintiva. Não caberia a ele negar a si o desejo de levar adiante seus instintos, mas sim à vítima "não ceder aos seus [dele] instintos". Revela-se aqui, nitidamente, a ideia dominante de que a sexualidade masculina é impulsiva e agressiva, cabendo apenas ao feminino dizer não e resistir a qualquer custo.

A ameaça grave somente poderia ser reconhecida "se houvesse arma" e ele sequer "tinha um mísero canivete". Ameaças "tão somente com palavras, com 'promessas' de morte" foram consideradas e declaradas como "incapazes de intimidar" mesmo uma garota de "pouca idade" (14 anos). A sexualidade por ela declarada já experimentada com o namorado aos 13 anos, a primeira experiência das drogas aos 11 anos e o fato de voltar à noite sozinha, bastaram para a atribuição do adjetivo de "destemida". E o adjetivo destemida foi suficiente para fazer uma crítica moral à vítima e para descaracterizar que ela foi intimidada, que estava em pânico, e que, ao ver o suposto agressor cumprimentar o dono do quiosque, tenha duvidado que este último a ajudasse. Ou seja, as expectativas construídas sobre o comportamento de uma "garota, experimentada e destemida" (o oposto do esperado das mulheres honestas) tornavam inacreditável a versão da garota de ter ficado intimidada. Nada aparece como reflexão sobre o comportamento masculino. É a argumentação exclusiva sobre o comportamento feminino que leva à descaracterização do constrangimento e do estupro. Nada é dito sobre a caracterização do laudo médico que atestava a presença de lesões, ainda que fossem adjetivadas como leves.

Neste exemplo, ficam visíveis as significações dadas às representações de classe (*status* social), de gênero e de raça (em que a raça e o gênero fazem parte da hierarquização social hegemônica) e aos comportamentos e hábitos sociais da vítima, que a predispõe à condenação ou à absolvição; e as diferenças de tratamentos dados quanto à credibilidade e legitimidade dos depoimentos do agressor e da agredida. Reconhece-se que ele mentiu, mas nada se indaga acerca dos motivos pelos quais teria mentido. Quanto a ela, tudo que declarou e informou sobre o próprio comportamento anterior ao ato foi considerado como verdade e tudo o que ela revelou sobre o ato foi considerado inacreditável e utilizado contra ela.

Ribeiro (2010, p. 46), ao analisar essa mesma sentença, afirma que "Tal discurso evidencia com clareza que os valores morais e sociais possuem o condão de interpenetrar-se em diversos espaços, inclusive as instâncias institucionais".

O voto da Relatora marca a presença de todo um conjunto de valores no campo jurídico também advindo do amplo repertório simbólico social, no qual o desrespeito à liberdade sexual pela imposição de um ato sexual forçado é considerado estupro, assim anunciando a presença de uma cultura antiestupro no âmbito jurídico. Há evidente sustentação de que a versão da vítima sobre o ato deve ser considerada; de que as informações sobre sua vida pregressa foram dadas espontaneamente e de que, no seu entender, não deveriam ser utilizadas contra ela. Que sua vida pregressa ou o uso de drogas não a faz indigna do direito à liberdade sexual. Enfatiza que há provas da conjunção carnal e que as lesões superficiais são, sim, sinal de violência. Há ainda neste voto, o argumento expressamente favorável à afirmação de que ameaças verbais são também capazes de coagir e, portanto, há coação ilegal. Promessas verbais são, assim, capazes de intimidar e não devem ser consideradas impedidoras para a tipificação do crime de estupro.

No âmbito jurídico, podemos pensar na necessidade de uma reflexão crítica sobre os valores que sustentam a análise do ato de estupro em que houve três conjuntos de críticas aos pressupostos de longa duração do código relacional da honra dos tempos coloniais, que produziu e permitiu o que hoje se chama de cultura do estupro:

1) Crítica ao pressuposto estereotipado de uma sexualidade masculina impulsiva, diante da qual o homem não poderia dizer não a si mesmo, mas dependeria sempre de uma mulher para dizer não. O desejo sexual, desejo de poder ou desejo de violência masculino sobre uma mulher ou sobre alguém, tal como qualquer pessoa, pode ser autonomamente controlado, autorrestrito, em nome do respeito à dignidade pessoal e à liberdade sexual do outro. O comportamento masculino deve ser investigado para saber os motivos que o levaram ao ato.

2) Crítica aos pressupostos estereotipados de que cabe exclusivamente à mulher resistir, que cabe a ela provar a resistência com todas as forças até arriscando a sua própria vida; de que somente lesões visíveis e ameaças com arma intimidam; de que ameaças verbais não intimidam e não constrangem; de que o comportamento de uma mulher pode ser entendido como derivado de uma essência de ser destemida ou intimidável, honesta ou vadia, ingênua ou experimentada, como se ela não pudesse alternar medo e fortaleza, experiência e ingenuidade; e de que dela deve-se sempre desconfiar, pois pode ter denunciado por vingança ou por ter sido desprezada (quando se trata de estupros entre conhecidos).

3) Crítica à inversão do ônus da prova e substituição pelo entendimento de que cabe ao suposto agressor provar que o consentimento da suposta vítima foi explícito, afirmativo, preferentemente verbal.

3 Os novos movimentos feministas e o estupro coletivo do Rio de Janeiro

O surgimento de novos movimentos feministas na arena social é um dos aspectos atuais mais significativos. Feministas jovens, pertencentes a diversos movimentos, reinventam perspectivas feministas e criam outras novas (REDFEM[10], LIBFEM[11], feminismo anticapitalista, Marcha das Vadias, Chega de Fiu Fiu etc.). Impulsionada pelas redes sociais e pelas plataformas digitais, emerge uma quarta onda feminista.

São essas jovens feministas que agora tomam as ruas e as redes sociais para denunciar o assédio sexual, a violência doméstica, a criminalização do aborto e o estupro, exigindo respeito às mulheres. O tema central é o debate sobre o corpo feminino.

Foram elas que iniciaram as manifestações e os protestos de ruas quando uma jovem de 16 anos foi estuprada no Rio de Janeiro por mais de 30 jovens. O estupro foi gravado e as imagens divulgadas na internet. Empunhando cartazes contra a cultura do estupro, fizeram ressurgir o debate em torno do tema, exigindo providências das autoridades públicas.

É interessante notar que em 2012 houve um estupro coletivo no município Queimadas, PB – amplamente noticiado e investigado pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (BRASIL, 2013) – sem que a repercussão fosse a mesma. O estupro coletivo de Queimadas envolveu a morte de duas jovens (de 27 e 29 anos) porque reconheceram um dos estupradores. Um rapaz queria realizar o desejo de aniversário do seu irmão de ser presenteado com mulheres. Para isso, os dois tramaram a simulação de um assalto durante a festa, o que justificaria o estupro coletivo. Para amarrar as mulheres e forçá-las a terem relações sexuais, um deles comprou cordas e lacres de plástico.[12] Durante a festa, a casa foi invadida por um grupo de dez homens mascarados e encapuzados, três deles menores de idade, que rendeu os convidados e estuprou cinco das sete mulheres presentes. O plano saiu errado porque duas vítimas reconheceram um dos rapazes e foram mortas.

Em 2013, a jornalista Nádia Lapa utilizou a expressão "cultura do estupro" para se referir ao comportamento do cineasta Gerald Thomas que tentou colocar as mãos por dentro do vestido de uma jornalista.[13] O fato gerou alguns protestos, mas não tanta repercussão.

No entanto, foi o caso do estupro coletivo do Rio de Janeiro referido acima que ganhou repercussão nacional e internacional. Conforme foi amplamente noticiado,[14] no dia 20 de maio

10 Feminismo radical.

11 Feminismo liberal.

12 Conferir: <http://www.compromissoeatitude.org.br/estupro-coletivo-e-assassinatos-em-queimadas/>. Acesso em 23 jul. 2016.

13 Conferir: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-cultura-do-estupro-gritando-e-ninguem-ouve>. Acesso em 23 jul. 2016.

14 Ver mais em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/06/policia-conclui-inquerito-de-estupro-coletivo-no-rio-com-sete-indiciados.html> e também em: <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/estupro-

de 2016, uma jovem moradora da Taquara, zona oeste do Rio de Janeiro, saiu de casa para ir a um baile funk no Morro da Barão. Dois dias depois, foi vítima de um estupro coletivo (por 30 jovens) no alto da comunidade. A violação do corpo da vítima foi registrada em vídeo e em fotos, e divulgada em redes sociais.

A reação foi tão expressiva que fez com que o governo estadual do Rio de Janeiro e o governo federal anunciassem providências imediatas para prevenir os estupros. Ademais, o governo estadual teve que explicar a atitude do delegado titular da Delegacia de Crimes Contra a Internet, que questionou o comportamento sexual da vítima e que (inexplicavelmente) estava à frente da condução do caso.[15] Por sua vez, o governo federal anunciou a criação de um Núcleo de Proteção à Mulher, vinculado ao Ministério da Justiça.[16]

A reação do Congresso Nacional seguiu na mesma linha ao propor um projeto de lei para criar uma nova tipificação para o estupro coletivo e aumentar sua a pena.[17] Este é um dos efeitos colaterais, ou contraditórios, dessa nova onda que faz ressurgir a cultura do estupro. Além disso, essa reação pode colaborar para reformas legislativas que pretendem diminuir a idade penal, já que alguns dos jovens eram adolescentes.

Considerações finais: repensando a cultura do estupro e antiestupro

O que se observa aqui é semelhante ao que ocorre nos Estados Unidos, embora lá a expressão "cultura antiestupro" tenha sido mais utilizada para se referir aos estupros ocorridos em universidades. Algumas universidades estão formulando códigos de conduta para professores e alunos, realizando pesquisas e divulgando dados sobre estupro. Com isso, as estatísticas e as notificações de comportamentos considerados como quase estupro têm aumentado, indicando maior atenção dos jovens às aproximações sexuais forçadas e maior responsabilização das instituições e acolhimento das agredidas. Nesse sentido, seria uma forma também educativa (SANDAY, 1997).

• • •

coletivo-vitima-foi-estuprada-por-grupo-de-traficantes-antes-de-gravacao-de-video-diz-policia-03062016>. Acesso em: 12 out. 2016.

15 É inexplicável que um crime de estupro contra uma jovem, sendo um crime hediondo, mesmo tendo as imagens publicizadas na internet tenha sido conduzido inicialmente pela Delegacia de Crimes contra a Internet. Por óbvio, soube-se do crime através da divulgação das imagens, mas não se tratava de um crime contra a internet, mas de um estupro contra uma jovem adolescente. A investigação deveria ter sido conduzida pela Delegacia da Mulher, já que o vazamento de imagens era secundário frente ao crime de estupro. Após questionamentos sobre a conduta da jovem, o delegado Alessandro Thiers foi afastado do caso e a investigação passou a ser conduzida pela Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM).

16 Consideramos tal proposta ineficaz porque a competência é dos governos estaduais e inadequada porque desconsidera toda a política federal anterior de enfrentamento à violência contra mulheres.

17 PLS n. 618/2015, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin.

Mas há um outro efeito da visbilização das estatísticas: o levar parte da opinião pública a uma situação de pânico moral ou mesmo de epidemia. E neste último sentido, a cultura antiestupro tem sido vista negativamente (GRUBER, 2016).

A ampliação do que pode ser considerado uma cultura do estupro, que pode incluir desde a violência sexual até uma piada de natureza sexual, tem levado a uma situação de pânico e juntado comportamentos bastante distintos. Uma piada não significa um ato de violência sexual, assim como comportamentos culturais que nós, mulheres, consideramos inadequados, como o "fiu fiu" etc., pois não necessariamente irão levar a um comportamento sexualmente abusivo, embora revelem um desrespeito ao feminino.

Então, o que cabe nessa expressão? Sem dúvida o ato sexual. Neste caso, a aproximação sexual não deve apresentar dúvidas para nenhum dos parceiros e o consentimento de cada um (uma) deveria ser afirmado explicitamente, de forma verbal preferentemente e sem coação.

E quanto ao abraço? E nossa mania de beijar no rosto quando nos encontramos? Juntar esses comportamentos e tratá-los desde uma perspectiva criminal da cultura do estupro é temerário, pois não deixa espaço para medidas de outra natureza, especialmente educativas.

Talvez seja mais positivo, e é este o argumento deste texto, afirmar uma cultura antiestupro na qual jovens, adolescentes e adultos conhecidos ou desconhecidos entre si, respeitassem não somente seu desejo sexual, mas o desejo sexual da(o) companheira(o), seu consentimento e sua autonomia sexual. Na qual mulheres não fossem o objeto sexual por excelência, pensados como à disposição masculina, mas jovens, adolescentes e adultos com direitos iguais a desejos sexuais e, cada um e cada qual responsável por sua autonomia e pela autonomia da(o) parceira(o). Assim, aproximações afetivas e sexuais, busca de encontros, deveriam ser feitos sempre baseados no princípio do respeito ao outro, à outra, baseadas na igualdade de gênero, no direito à dignidade pessoal e à liberdade sexual.

Este texto apresenta o argumento de que, ao mesmo tempo em que cresce a denúncia de uma "cultura do estupro", estamos caminhando para uma cultura antiestupro. Buscamos evidenciar que o mesmo movimento social que utiliza a noção de cultura do estupro, que pode e tem efeitos correlatos negativos como o de atribuir a toda sexualidade masculina o exercício de atos de estupro, ou de incentivar posturas exclusivamente punitivistas, é um movimento que aponta para o exercício livre e digno de uma sexualidade tanto heterossexual quanto homossexual, que compreende toda a diversidade sexual, e que produz uma narrativa educativa para que as relações sexuais se exerçam sob o signo do consentimento e da liberdade, da autonomia e da dignidade de cada um(uma).

O estupro ou qualquer ato sexual violento é inaceitável porque revela um profundo desrespeito à autonomia feminina. O estupro é um ato violentíssimo, uma invasão ao corpo com efeitos em geral impensados e nem sempre reconhecidos: depressão, períodos longos de silêncio, descuido com o corpo, dificuldade e pânico diante de tentativas de estabelecer novas parcerias afetivas e sexuais, incompreensão e distanciamento de namorados, maridos, sentimentos de vergonha e uma sensação de medo, constante e paralisadora (MACHADO, 2000).

É por isso que as políticas públicas privilegiam, além das políticas educacionais voltadas a combater a discriminação por sexo, gênero e raça, os serviços de acolhimento às mulheres sexualmente vitimadas, o não julgamento, incluindo o abortamento humanizado decorrente do estupro.

Por outro lado, no âmbito policial e jurídico, para onde são encaminhadas as acusações de estupro, como já apontamos, são inaceitáveis os questionamentos sobre a conduta da vítima, os lugares que frequenta etc., e inadmissível a inversão do ônus da prova.

Pensar a violência sexual prioritariamente ou exclusivamente como ocorre em determinados contextos, a partir da perspectiva criminal, exclui possibilidades mais positivas de tratarmos o problema.

A lógica do projeto de lei (PLS n. 618/2015) que tipifica o estupro coletivo aumentando penas é exclusivamente punitivista. Se nasceu do horror ao sofrimento e à violência do estupro coletivo ocorrido no Rio de Janeiro, sabemos que esse horror deriva igualmente da imagem social dos estupradores envolvidos: pessoas que vivem em favelas, usuários e traficantes de drogas e, provavelmente, não brancos. Não se trata aqui da imagem similar a jovens estupradores coletivos, tal como se deu no caso da *St. Johns University*, em Queens, Nova York, no ano de 1990, no qual universitários brancos de classe média de uma determinada fraternidade violentaram coletivamente uma estudante negra jamaicana (SANDAY, 1997). Sabemos a quem pertencem esses corpos, a quem se destinam as prisões, lugares também de violência sexual. É incongruente rejeitar a violência sexual enviando os agressores para terem seus corpos sexualmente violentados. Por outro lado, é igualmente incongruente deixar as mulheres como vítimas da sua própria sorte.

Os agressores do caso do Rio de Janeiro foram presos independentemente do aumento de penas ou da tipificação do estupro coletivo (do PLS n. 618/2015). A criação de um tipo penal de estupro coletivo atende aos anseios de punição oriundos de setores da sociedade e de parlamentares que querem responder imediatamente à conduta, mas não consideram outras possibilidades de pensar a responsabilização desses agressores.

Nessa linha, deveríamos, inclusive, discutir a necessidade de os crimes sexuais serem objeto de análise da medicina legal (Institutos de Medicina Legal [IML] ou Departamentos de Medicina Legal [DML]), e dos quesitos previstos nos laudos periciais que pouco revelam sobre o estupro. Por que a violência sexual não pode ser atestada por um médico[18] quando houver lesões ou por uma psicóloga quando não há lesões físicas? As lesões psíquicas não seriam tão graves quanto as físicas? Como já apontamos, os elementos do tipo penal estupro são constrangimento, a violência ou a grave ameaça. Ressalta-se que nesse último caso pode não haver

18 A Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) admite como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde (art. 12, § 3º).

lesão física alguma. Por que a necessidade, nesse caso, de um laudo do IML/DML? Em geral, para atestar o a presença ou não dos espermatozoides, comprovando a conjunção carnal, mas que sozinha não tem sido considerada prova suficiente para a configuração do estupro.

Então, será que não devemos repensar toda a lógica penal e processual penal dos crimes de estupro? O feminismo discute essa possibilidade há bastante tempo, mas sem sucesso na sua efetivação.

Acreditamos que devamos pensar em reduzir ao máximo o atendimento e o procedimento da violência sexual pelo sistema de justiça criminal, e em deslocá-los para o âmbito da saúde (física e psíquica), ou, ainda, combinar o atendimento jurídico com atendimento educativo e de saúde. Com isso, talvez também possamos refletir sobre uma cultura antiestupro que viabilize formas mais humanizadas para o atendimento às mulheres e políticas mais educativas e sanções de outra natureza (não exclusivamente a prisão) para homens que cometeram estupro.

O que propomos é um convite a uma reflexão conjunta para humanização de nossas práticas, propostas e perspectivas de mundo.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Fundação Perseu. *As mulheres e gênero nos espaços público e privado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo/SESC, 2010. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/publicacao/pesquisa-mulheres-brasileiras-e-genero-nos-espacos-publico-e-privado-2010/>. Acesso em: 29 out. 2017

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102, jan. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 1º nov. 2016.

BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (1916). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. *Código Criminal do Império do Brazil* (1830). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. *Código Penal dos Estados Unidos do Brazil* (1889). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. *Código Penal Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Lei – Planalto*, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a violência contra a mulher*. Brasília: Senado Federal, 2013.

BROWNMILLER, Suzan. *Against our will: men, women and rape*. New York: Fawcett Columbine, 1975.

BURT, Martha R. Cultural myths and supports for rape. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 38, n. 2, p. 217-230, 1980.

CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia feminista: teoria feminista e críticas às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. *Pensando nossa cidadania: propostas para uma legislação não discriminatória*. Brasília: CFEMEA, 1993.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. As delegacias especiais de polícia e o projeto Gênero e Cidadania. In: CORREA, Mariza. (Org.). *Gênero e cidadania*. Campinas: PAGU – Nucleo de Estudos de Gênero da Unicamp, 2002.

DREZETT, Jeferson. *Estudo de fatores relacionados com a violência sexual contra crianças, adolescentes e mulheres adultas*. São Paulo. Tese (Doutorado) – Centro de Referência da Saúde da Mulher e de Nutrição, Alimentação e Desenvolvimento Infantil, 2000.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em: 1º set. 2017.

GRIFFIN, Susan. Rape: The all-American crime. *Ramparts Magazine*, p. 26-35, 1971.

GRUBER, Aya. Anti-rape culture. *Kansas Law Review,* v. 64, p. 101-126, 2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2764508>. Acesso em: 24 set. 2016.

HERMAN, Dianne F. The rape culture. In: FREEMAN, Jo. (Ed.). *Women:* a feminist perspective. 3. ed. CA: Mayfield, 1984.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Estupro no Brasil:* uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

MACHADO, Lia Zanotta. Masculinidade, sexualidade e estupro: as construções da virilidade. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 11, p. 231-273, 1998.

_____. Sexo, estupro e purificação. *Série Antropologia,* n. 286, p. 1-38, 2000. Disponível em: <http://dan.unb.br/images/doc/Serie286empdf.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

MACKINNON, Catharine A. Not a moral issue. *Yale Law & Policy Review*, v. 2, n. 2, artigo 8, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol2/iss2/8>. Acesso em: 10 out. 2017.

MILLET, Kate. *Sexual politics*. Garden City, New York: Doubleday, 1970.

RABINOWITZ, Nancy Sorkin. Greek tragedy: a rape culture? *Eugesta*, n. 1, p. 1-22, 2011.

RIBEIRO, Sabrina de Carvalho. *A violência institucional nos julgamentos de segunda instância de crimes de estupro e atentado violento ao pudor no Distrito Federal*. Monografia de Graduação em Ciências Sociais (Habilitação em Antropologia), Universidade de Brasília, Departamento de Antropologia, 2010. 72 p.

SANDAY, Peggy Reeves. *A woman scorned:* acquaintance rape on trial. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press,1997. 338p.

VARGAS, Joana Domingues. Familiares ou desconhecidos? A relação entre os protagonistas do estupro no fluxo do Sistema de Justiça Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* v. 14, n. 40, p. 63-82, 1999. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n40/1709.pdf>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Análise comparada do fluxo do sistema de justiça para o crime de estupro. *Dados* [online]. v. 50, n. 4, p. 671-697, 2007. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S001152582007000400002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 out. 2016.

Carmen Hein de Campos

Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e do curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter/RS.

charmcampos@gmail.com

Lia Zanotta Machado

Doutora em Ciências Humanas (Sociologia) pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutora em Antropologia pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Paris. Professora Titular de Antropologia da Universidade de Brasília (UnB).

liazmac@gmail.com

Jordana Klein Nunes

Graduanda em Direito pela Universidade Vila Velha (UVV). Bolsista de Iniciação Científica.

jordanakn@hotmail.com

Alexandra dos Reis Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Vila Velha (UVV). Bolsista de Iniciação Científica.

alexandrareis@outlook.com

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Received: 11.07.2016
Approved: 10.03.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201739

Procreative autonomy, gender equality and right to life: the decision of the Inter-American Court of Human Rights in *Artavia Murillo v. Costa Rica*

AUTONOMIA PROCRIATIVA, IGUALDADE DE GÊNERO E DIREITO À VIDA: A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO ARTAVIA MURILLO V. COSTA RICA

Teresinha Teles Pires[1]

Resumo

The trial and the reasons adopted by Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in *Artavia Murillo v. Costa Rica* represent significant progress in protecting women's procreative autonomy. The decision of the IACtHR revoked a decision of the Constitutional Chamber of Costa Rica that banned the use of In Vitro Fertilization (IVF) in the country. With this decision, the IACtHR not only clearly linked universal rights of freedom with procreative autonomy for women and men; the IACtHR also strongly reinforced an interpretation on the "right to life" that favors procreative autonomy. Moreover, the decision is remarkable to include a standard of equality in matters of procreative autonomy insofar as the IACtHR has held that women, because of negative gender stereotypes in society, have been greatly undermined by the decision of the Chamber of Costa Rica to ban IVF. Finally, as will be argued, courts may, in similar future cases, introduce the Convention of Belém do Pará in the analysis, considering that the elimination of IVF services (or other limitation of women's procreative autonomy) can be seen as a form of violence against women's moral integrity.

Palavras-chave

Procreative autonomy; gender equality; gender stereotypes; fundamental freedoms; right to life.

Abstract

O julgamento e as razões adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso Artavia Murillo v. Costa Rica *representam importante progresso na proteção da autonomia procriativa das mulheres. A decisão da Corte IDH revogou uma decisão da Corte Constitucional de Costa Rica que proibiu o uso da Fertilização* in Vitro *(FIV) no país. Com essa decisão, a Corte IDH não apenas vinculou, claramente, os direitos universais de liberdade à autonomia procriativa das mulheres e homens; a Corte IDH também reforçou uma interpretação sobre o "direito à vida" que favorece a autonomia procriativa. Além disso, a decisão é notável no sentido de incluir o padrão da igualdade em matéria de autonomia procriativa na medida em que a Corte IDH afirmou que as mulheres, devido os estereótipos de gênero negativos existentes na sociedade, foram fortemente prejudicadas pela decisão da Corte de Costa Rica de banir a FIV. Finalmente, como será arguido, as cortes poderão, em casos futuros similares, introduzir na análise a Convenção do Belém do Pará, considerando que a eliminação dos serviços de FIV (ou outra limitação da autonomia procriativa das mulheres) pode ser vista como uma forma de violência contra a integridade moral das mulheres.*

Keywords

Autonomia procriativa; igualdade de gênero; estereótipos de gênero; liberdades fundamentais; direito à vida.

1 Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Brasília – DF – Brazil

CC BY-NC

Introduction

In 2012, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) reaches a decision in the case of *Artavia Murillo et al v. Costa Rica* (hereafter, *Artavia Murillo*). The IACtHR's decision ends a decade-long ban on IVF in Costa Rica and represents important progress in the protection of women's procreative autonomy held by the courts.[1] This article presents an analysis of the standards applied by IACtHR and the reasons for the judgement, in order to demonstrate and capture the progress made by the *Artavia Murillo* decision. Our goal is to clearly establish a connection between procreative autonomy for women and men and the universal right to freedom, as instituted by the American Convention of Human Rights (OAS, 1969). We also aim to introduce the concept of gender equality and discrimination to the procreative autonomy question, while referring to the gender stereotype concept.[2] Furthermore, we wish to strength the understanding of the "right to life" in favor of women's procreative autonomy, by delimiting the interests of the unborn. In addition, the article will describe *Artavia Murillo* in the context of the international jurisprudence, as well as the guidance role of IACtHR, concerning national legislation on Human Rights protection.

The findings described in this article are the author's interpretation based on the statements made in the *Artavia Murillo* decision. As such, the article is not a literature review, but an analysis – in the context of other cases and selected literature – of the *Artavia Murillo* case itself. Overall, the article intends to show the importance of this case for a broader understanding of the meaning of procreative autonomy, especially in relation to the concept of gender discrimination, and for an improved comprehension of "right to life." By focusing on the evolution of the international Human Rights framework and standards, the here presented interpretation of the case also aims to reveal the IACtHR's contribution to Human Rights protection – in this case, IACtHR has granted the practice of freedom and equality in the sense of procreative autonomy. Besides, the article also points out other concepts and principles related to the protection of women's rights that could have been added

1 Procreative autonomy is defined as the right to decide to have or to not have children, as well as when and how to have them (available at: <https://msu.edu/course/phl/344/phl344/fall97/yoder_34/lec16/slide2.html>; accessed: Oct. 10, 2017).

2 As described by Rebecca Cook, gender stereotype "is an overarching concept that encompasses sex, sexual, sex role and compounded stereotypes [...]. It will be recalled that a 'sex stereotype' refers to a generalized view or preconception concerning the physical, including biological, attributes or characteristics possessed by men or women. A 'sexual stereotype' is a generalized view or preconceptions concerning sexual characteristics or qualities possessed by men or women. A 'sex role stereotype' describes a normative view or preconception regarding appropriate roles or behavior for men and women. It will be recalled, also, that the term 'compounded stereotype' refers to a gender stereotype that coincides with another type of stereotype, for example, one that relates to race, age, and/or disability." (COOK, 2010, p. 45.)

to IACtHR decision, especially the concept of violence as affirmed by the Convention of Belém do Pará.

After a brief introduction to the case itself in Section I, Section II will analyze the two main standards of the decision: the right to freedom and the right to gender equality, paying specific attention to the gender stereotypes brought out by the IACtHR. Afterwards, Section III will address the reasons for overturning the argument of the "right to life", invoked by Costa Rica Constitutional Chamber's to ban IVF – thus moving forward the interpretation of this concept, while also noting the contributions of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) (UNITED NATIONS, 1979) to the case. Section IV will focus on the contribution of the decision to the international jurisprudence, on the role and functioning of the Inter-American Court System, as demonstrated by the case, as well as on the potential connection with the concept of violence under the Convention of Belém do Pará. This later assumption is because the denial of IVF services can be seen as moral and psychological violence against women. An overall conclusion summarizes the key observations of this article.

1 Case overview

The case *Artavia Murillo et al v. Costa Rica* has begun on February 3, 1995, when Costa Rica's Minister of Health issued an Executive Decree (No. 24029-S) in order to regulate the practice of IVF procedures in the country. On March 15, 2000, the Constitutional Chamber of Costa Rica overturned this decree, declaring its unconstitutionality. The Chamber based its decision on the concept of "right to life," arguing that the protection of life must be guaranteed from the moment of conception, in accordance with the Articles 1(2) and 4(1) of the American Convention of Human Rights (OAS, 1969). The Chamber's decision to overturn the decree thus led to a ban on the IVF procedures in Costa Rica.

On July 29, 2011 – more than a decade later – the Inter-American Commission of Human Rights (IACHR) presented the case to the IACtHR, asking the Court to examine the decision of the Constitutional Chamber of Costa Rica. In November 2012, the IACtHR rejected the Constitutional Chamber's decision and ordered the renewed approval of IVF procedures in Costa Rica (COSTA RICA, 2012a).[3] The standards behind this decision and the implications for the protection of procreative autonomy are the subject of this article.

3 As described on the website of the International Justice Resource Center, "The Inter-American System for the protection of human rights is responsible for monitoring and ensuring implementation of human rights guarantees in the 35 independent countries of the Americas that are members of the Organization of American States (OAS). The Inter-American System is composed of two entities: a Commission and a Court. Both bodies can decide individual complaints concerning alleged human rights violations" (available

2 Main standards for the judgement: fundamental freedom, gender equality, and the role of gender stereotypes

As will be described and analyzed in the sections below, the judgement in the *Artavia Murillo* case (COSTA RICA, 2012a) relies on two key standards: (i) the right to freedom, as established in the American Convention on Human Rights, and (ii) gender equality, with protections for women offered under CEDAW.

2.1 First decision standard: universal freedom and reproductive rights

The IACtHR appraised that forbidding couples that are unable to conceive – either naturally or with the help of assisted techniques – to benefit from IVF violates the principles of "personal integrity," "personal freedom," and "family life," established respectively in Articles 5(1), 7(1) and 11(2) of the American Convention on Human Rights. In particular, the principle of personal freedom received an interpretation broad enough to involve the right to self-determination in the procreative sphere, establishing the right to procreative autonomy.[4] With its decision, the IACtHR clearly established a connection between universal rights of freedom and procreative autonomy for women and men. In addition, as described below, the IACtHR uses the standard of freedom in combination with the standard of equality to protect women's rights to the free development of personality uses.

2.2 Second decision standard: equality and the use of gender stereotypes

As a second standard, but closely connected to the principle of freedom, the IACtHR also brought into its decision the concept of equality; the IACtHR added here a gender perspective by considering both gender equality and stereotype. This standard in fact draws on an intersection, in the procreative context, between the right to fundamental freedoms, as established in the American Convention on Human Rights Article 1(1), and the concept of

• • •

at: <http://www.ijrcenter.org/regional/inter-american-system>; accessed: Oct. 10, 2017). Importantly, when a country enters an international agreement, this is incorporated to its domestic legal system and the country is committed to follow the rules of the treaty. In this case, Costa Rica is a Member State of both the American Convention of Human Rights and The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

4 As emphasized by IACtHR: "The pertinent part of Article 5 of the American Convention (Right to Humane Treatment) indicates: 1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected. [...] The pertinent part of Article 7 of the American Convention (Right to Personal Liberty) indicates: 1. Every person has the right to personal liberty and security. The pertinent part of Article 11 of the American Convention (Right to Privacy) states: [...] 2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation. [...]" (COSTA RICA, 2012a, paras 137 and 142, and notes 220-222).

discrimination established by CEDAW. This particular intersection is embodied in an assertion of the right to the free development of personality, which asserts that autonomous identities must be built without constraints of any nature, legal, cultural, social, or religious. As highlighted in the IACtHR's decision, the option for motherhood represents a component of a woman's personality building, which includes the decision to conceive through assisted reproduction techniques (COSTA RICA, 2012a, paras 143 and 272).

In its decision, the IACtHR pointed to three significant gender stereotypes that affect the family life of women, namely sex, sex role, and compounded stereotypes.[5] This perspective was presented as analytical assumptions of the majority position and refers to the formation of women personality.

Sex and sex role stereotypes

The first gender stereotype drawn out by the IACtHR, the "sex stereotype," is related to women's biological reproductive attributes and reduces female sexuality to its procreative function, thus disconnecting sexuality from the perspective of women's autonomous will. The IACtHR emphasized the existence of this sex stereotype, which states the essentiality of motherhood for women.[6] Considering that this stereotype affects all women, a ban on IVF would impose a great burden on women, rather than on men, in the sense that it violates women's rights more than men's rights. The IACtHR then invokes this sex stereotype as a reason to bring out the standard of gender discrimination. The IACtHR does not endorse the existence or use of gender stereotypes; the Court just argues that its existence represents a greater burden for women, especially in the context of IVF prohibition.[7]

A second stereotype highlighted by the IACtHR is the one of "sex roles" – men should occupy the position of "breadwinners" while women should play the role of mothers and "homemakers" (as described by Cook, 2010, p. 28). When considering that "femininity is often defined by motherhood," the IACtHR identifies this kind of stereotype. Although emphasizing that women's "role and status" in society should not be reduced to their "reproductive capacity," the IACtHR recognizes that the sex role stereotypes produce an "exacerbated" pain

5 These concepts are explained in the footnote n. 2.

6 The IACtHR makes this understanding clear when affirming that infertility disproportionally affects women because of the existence of a persistent gender stereotype, in many societies, defining them by their procreative ability. That is the reason why the ban of IVF affects women's life with a greater impact (COSTA RICA, 2012a, paras 294-295).

7 As pointed out by the Court: "these gender stereotypes are incompatible with international human rights law and measures must be taken to eliminate them. The Court is not validating these stereotypes and only recognizes them and defines them in order to describe the disproportionate impact of the interference caused by the Constitutional Chamber's judgment" (COSTA RICA, 2012a, para 302).

for infertile women. This, in the words of the IACtHR, "can lead to unstable marriage, domestic violence, stigmatization and even ostracism" (COSTA RICA, 2012a, para 296).

Reva Siegel also emphasizes the influence of sex role stereotypes on procreative autonomy, by stating that this kind of stereotype, in her view, has minimized women's equality (SIEGEL, 2013, p. 65-66). The sex role stereotype is damaging to women since it affects their access to the job market, and is largely responsible for the violation of their procreative autonomy. This negative effect of the stereotype can be noted both in relation to women's control over the reproductive process by natural means (for example, use of birth control or abortion) and in relation to their access to IVF in the event of proven infertility. This difference between sex roles, as it is incorporated in social practices, was another basis for the IACtHR to invoke the equality clause and the guarantee of non-discrimination against women in *Artavia v. Murillo* case.

Indirect discrimination due to gender stereotypes

It is remarkable that the IACtHR expresses its understanding of the situation as indirect discrimination, by pointing out the two gender stereotypes (sex and sex role) to involve the equal protection clause.[8] Within its decision, the IACtHR demonstrates that the prohibition of IVF implicates indirect discrimination against women, once it enhances the impact and the actual damages in their lives caused by the impossibility of accomplish their settled role as mothers and wives. Theoretically thinking, the prohibition of IVF does not impose a direct burden on women, since the decree of the Constitutional Chamber was not particularly addressed to women and thus it was apparently neutral. Nevertheless, the disproportionate negative effect of the decision on the interests of women evinces its discriminatory character (COSTA RICA, 2012a, paras 287 and 299).

This determination of the IACtHR underscores that in the event of a law or decision that is apparently neutral (i. e. it does not contain discriminatory components in itself), it is necessary to verify if it does not generate gender inequality. In fact, a standard may involve gender discrimination by not considering determining factors in women's family and sexual experiences, which are distinct from the men's experiences (COOK, 2010, p. 115-117). This was indeed the conclusion reached by the IACtHR in the *Artavia Murillo* case.

Similarly, in addition to the concept of discrimination already expressed in Article 1 of CEDAW, the General Recommendation No. 28 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW Committee) emphasizes, in paragraph 5:

• • •

8 Indirect discrimination is a kind of discrimination that does not come directly from the text of the law, but from the effects it produces in different groups of people. The IACtHR explains it as follows: "This concept implies that a law or practice that appears to be neutral has particularly negative repercussions on a person or group with specific characteristics" (COSTA RICA, 2012a, para 286).

> […] an identical or neutral treatment of women and men might constitute discrimination against women if such treatment resulted in or had the effect of women being denied the exercise of a right because there was no recognition of the pre-existing gender-based disadvantage and inequality that women face. (UNITED NATIONS, 2010).

It is paradoxical of course that the IACtHR appeals to the existence of two negative gender stereotypes – of sex and sex role – to argue specifically for the protection of women's procreative autonomy. It could be said that this rationale in some way reinforces the rigid definition of the sex role conferred to women as well as the social stigma placed on women who choose not to have children – a matter much discussed in the analysis of the right to abortion (TRIBE, 1990, p. 33-34). Nevertheless, the effects of the admission that these stereotypes do exist and that they disadvantage women are positive rather than negative. In fact, the way that gender discrimination is characterized in the decision is based on the idea that the inability to bear children implies inexorable emotional and psychological damages to women.

However, this kind of argumentative ambivalence is natural when it comes to identifying a context of indirect gender discrimination, as the recognition of female disadvantage developed by cultural patterns of behavior is essential for acknowledging the excessive impact on women of certain restrictive measures. It is important to point up that when the Court *admits that motherhood is an important value to women* it is not assuming that *being a mother is a mandatory goal*. Therefore, admitting the existence of the stereotype is a positive action towards a special consideration of women's interests concerning their procreative rights.

Furthermore, the approach of Paul Lauritzen is an example of criticism on the allowance of new reproductive technologies. He argues that it perpetuates the idea of motherhood as representative of women's identity. This idea, in his opinion, coerces women to seek for any available medical resources in order to conceive and achieve such an essential experience (LAURITZEN, 1990, p. 38-46). Although the new technologies may impose some pressure on women unable to conceive, that kind of radical argument should not be taken as a reason to ban IVF. It would be much more harmful to women's interests if they were deprived of the right to have access to assisted reproductive techniques – even knowing that they may fail.

Compounded stereotype: gender and disability

Finally, the IACtHR also nominated a "compounded stereotype," which, as explained in footnote 2, means that the gender stereotype coincides with another stereotypes such as age, race or ethnicity, ability or disability, sexual orientation, and class or group status, that results in discrimination (COOK, 2010, p. 29).

In the case of *Artavia Murillo*, this compounded stereotype involves the inability of infertile women to grow a family. According to the IACtHR, the disproportionate effect and indirect

discrimination of women, as applied to the case, include two kinds of discrimination: one related to gender and the other to the condition of disability. The infertility itself is considered a disease, a disability to procreate and, in this sense, the failure to grow a traditional family, as meant by modern societies (COSTA RICA, 2012a, p. 287-288). Thus, there is a compounded stereotype coming up from the coincidence of gender and disability stereotypes. Prohibiting the IVF procedures implies discrimination against women in both aspects: as gender discrimination, due to the disproportionate impact on their lives, and as a discrimination against their rights to procreate and grow a family using medical techniques of assisted reproduction to address their infertility condition.

Judges Arguedas Calzada and Miranda Ramirez, both from the Constitutional Chamber of Costa Rica, manifested a dissenting opinion, by arguing that infertility is recognizable as a kind of disease that prevents the legitimate exercise of the right to procreation. Therefore, they claim that IVF provides medical and reproductive care to infertile couples, offering the possibility to solve a physiological problem (COSTA RICA, 2012a, para 77). The dissenting judges highlighted that the right to procreation, although not explicitly mentioned in Costa Rica's Constitution, is implied in the "right to freedom and to self-determination, the right to privacy and family life, and the freedom to found a family." Following the same argument, the IACtHR reasoned that the right to grow a family involves the ability to procreate, right that is guaranteed in Articles 11(2) and 17 of the American Convention on Human Rights. Furthermore, the IACtHR stressed that "reproductive autonomy" and "access to reproductive health services," which includes the use of medical-scientific technologies, are both enshrined in Article 16 of CEDAW (COSTA RICA, 2012a, paras 145-146).

2.3 Two standards protecting procreative rights

By invoking these two standards, the IACtHR clearly establishes a link between universal rights of freedom and procreative autonomy, and brings out the concept of indirect discrimination to especially protect women's procreative autonomy. It could be argued that the need for IVF legalization is also based on the procreative autonomy of men with regard to equal protection before the law, as adopted by the *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, Article II (OAS, 1948). Nevertheless, the IACtHR's decree reveals that the absolute prohibition of the procedure must be analyzed in the light of gender stereotypes responsible for a discriminatory social reality against women.

With the application of these standards, the IACtHR significantly enhances the protection of women's procreative autonomy. In addition, as will be described in the next section, the IACtHR also gives a significant contribution to the understanding of the concept of "right to life," again in favor of women's procreative autonomy.

3 The right to life and procreative autonomy: balancing the interests of the unborn and women's rights

When the Constitutional Chamber of Costa Rica overturned the Minister of Health's executive decree on IVF, it did so based on the position that the use of the IVF procedure violates the right to life. The Chamber understood that the protection of life must be guaranteed already from the moment of conception. As described below, the IACtHR disagreement furthers the understanding of the "right to life" concept by delimiting the rights of the embryo. The decision in fact incorporated several patterns of analysis introduced by CEDAW, which support this delimitation of the interests of embryonic life in favor of a balance between these rights and women's procreative autonomy.

3.1 Balancing women's right with the interests of the unborn

As described above, in its decision to ban IVF, the Costa Rica Constitutional Chamber embraced the understanding that the protection of the right to life must be guaranteed from the moment of conception, relying here on Articles 1(2) and 4(1) of the American Convention of Human Rights. The IACtHR, however, in its decision, points out that this protection of the right to life (in the way that it is interpreted by the Constitutional Chamber) would apply, in equitable parameters, to both the child and the "unborn life" (COSTA RICA, 2012a, paras 74-75 and 168). The IACtHR's interpretation, in fact, differs from the Constitutional Chamber's. The International Court states that the claim that the embryo is a human being from the moment of ovum fertilization comes from metaphysical values. Hence, this claim is not appropriate to define the content of legal concepts in the relevant articles of the Convention because it would imply the imposition of particular beliefs to people who do not profess them (COSTA RICA, 2012a, paras 188-189).

Most important, also, is the disagreement between the two Courts on the understanding of the term "in general," as used in the referenced Article 4(1) of the American Convention of Human Rights.[9] According to the understanding adopted by *Artavia Murillo* decision, this expression was included in the document to enable the establishment of exceptions to the supremacy of the right to life, justified by other conflicting rights, and to lay out a model of "*gradual*" protection of life according to the phase of its "development." The State of Costa Rica, however, claimed that "in general" refers only to well-defined exceptions, such as in case of risk to a woman's life (COSTA RICA, 2012a, paras 244, 262-264 and 168). In its judgement, however, the IACtHR expressed its opposition to this interpretation,

9 Article 4(1) of the American Convention of Human Rights states: "Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life."

supporting a different understanding. The international Court explains that the term "in general" leads to the idea that respect for life, if applicable to the embryo, allows the overlap of several exceptions based on individual circumstances and human rights protected by international documents.

The IACtHR's interpretation evinces the known tension between the "right to life" of the unborn and the women's right to procreative autonomy. Mackinnon (1991a) also referred to this issue in her studies on the tension between the rights of unborn life and the guarantee of sexual equality between men and women. In her opinion, it is necessary to delimit the protection of the child's right to life from the moment of birth in order to combat sex discrimination (MACKINNON, 1991a, p. 1308-1309, 1313-1316).

In *Artavia Murillo*, the IACtHR contributes to the delimitation of those rights of the unborn, sustaining the procreative autonomy of women on the principles of equality and non-discrimination, according to the assumptions adopted by CEDAW. In the IACtHR's view, these principles require that the protection of a (pregnant) woman's autonomy precede the protection of potential life still "in formation." Thereby, a State could not reasonably interfere in women's procreative decision (COSTA RICA, 2012a, paras 227 and 161).

According to a recommendation issued by the CEDAW Committee, the right to life, if guaranteed in absolute terms (as was the interpretation of Costa Rica's Constitutional Chamber), would have damaging implications for the regulation of the right to abortion, which cannot be prohibited in all circumstances, as that would violate rights prescribed in the Convention. On the other hand, IACtHR judge Eduardo Vio Grossi dissents, by arguing that the Court decision leads to an understanding that embryonic life is not worthy of protection – not only before its implantation in the womb, in the context of IVF, but also in the later stages (COSTA RICA, 2012a, para 228, and II, B, "d", page 17). While this observation by the judge is correct, MacKinnon (1991a) points out that the achievement of a reasonable balance between women's procreative autonomy and the interests of prenatal life does not violate the spirit of Article 4(1) of the Convention. On the contrary, it establishes appropriate criteria for the necessary accommodation of procreative autonomy by defining the right to life in light of the more developed and updated interpretation of the term "in general" as used in the article.

Although the IACtHR's finding is relevant for the interpretation of the "right to life" concept, it would have been better if the IACtHR had not expressly assumed the argument that life begins at the moment of implantation in the woman's womb (COSTA RICA, 2012a, paras 186-187 and 189).[10] The IACtHR embraced this view because it was enough to grant

10 The IACtHR assumes that when delimiting its interpretation of Article 4(1) of the American Convention: "the scientific evidence agrees in making a difference between two complementary and essential moments of embryonic development: fertilization and implantation. The Court observes that it is only after completion

the right to use the reproductive technologies, but its assumption can create future difficulties, as a precedent, on granting women's right to interrupt their pregnancy in the abortion debate. In this particular case, the IACtHR did not have to develop further reasons to demonstrate the fundamentality of the right to procreate through IVF procedure, as it was sufficient to conclude that the protection of unborn life could not be granted absolutely since the moment of fertilization. There was no need to advance the analysis of the right moment live begins, if in the moment of the embryo's implantation in the womb, as the frozen embryos used in the IVF procedure exist before this stage. In the case of abortion, the IACtHR would have to take into account other considerations about the development of unborn life in the context of the international rules related to the right to life.

The IACtHR thus lost an opportunity to develop, in a more progressive form, balanced patterns for the delimitation of the mandatory protection of potential life in accordance with the scheme of international Human Rights. Nonetheless, the interpretation of the IACtHR was an important step to advance the discussion of women's freedom to interrupt pregnancies according to their will and convenience (as mentioned by the dissenting opinion of judge Grossi).

3.2 The role of CEDAW in the trial

The *Artavia Murillo* decision incorporated various patterns of analysis introduced by CEDAW. Concerning gender equality, the IACtHR adopted CEDAW pattern as an argument for women's procreative autonomy. When it comes to the analysis and interpretation of the right to life, CEDAW provided relevant reasons to delimit the right of the unborn in order to balance those rights with women's procreative autonomy, tight to freedom and equality.

The considerable inclusion of CEDAW in the trial means that the grounds for the decision in *Artavia Murillo* went beyond the traditional standards of the platform of rights established in the American Convention of Human Rights, which does not address gender. In particular, the need to delimit the interests of embryonic life (as it collides with the procreative autonomy of women) has its roots in Article 1 of CEDAW. According to this article, any restriction to the exercise of a fundamental freedom that entails a disproportionate effect on women's life (even when this was not the purpose of the rule or policy), implies discrimination and therefore violates the equal protection clause. Based on this article, one can argue for reasonableness in balancing the protection of potential life in accordance with the stage of development of the embryo.

• • •

of the second moment that the cycle is concluded, and that conception can be understood to have occurred" (COSTA RICA, 2012a, para 186). And a little further: "Thus, the Court considers that the term "conception" cannot be understood as a moment or process exclusive of a woman's body, given that an embryo has no chance of survival if implantation does not occur" (COSTA RICA, 2012a, para 187).

As the *Artavia Murillo* decision makes very clear, all arguments in defense of the *absolute* right to life do not take into account women's right to procreative autonomy. Such arguments are influenced by discriminatory stereotypes (such as that ones pointed out by the IACtHR in this case), and reflect broad contextual components perpetuated by historical, cultural, and religious factors, institutionalized by legal systems and embedded in social practices. From the perspective of the intersection of culture and religion, for example, stereotypes traditionally prescribed by religious doctrines damage women with regard to preserving their individual identity (COOK, 2010, p. 32-35). To counter these broad contextual components, Article 5(a) of CEDAW requires Member States to modify, through laws and policies, the social patterns that generate preconceived views regarding gender roles.

As described by Cook (2010), laws and legal and social practices that impose restrictions to the effectiveness of procreative autonomy rely on "wrongful gender stereotyping" that rejects women's ability to make an autonomous decision regarding whether to have or not to have children, thus legitimating "sex based classifications." These classifications prevent women from exercising their moral capacities of choice, including in relation to medical procedures, and their fundamental freedoms, directly affecting their dignity (COOK, 2010, p. 40-41, 59, 65). This disregard of the equal protection of female autonomy directly violates Articles 5(1) and 12(1) of the American Convention of Human Rights.[11] In the context of reproduction, the nullification of the integrity of women's consciousness, both in psychological and intellectual terms, also fits into the concept of discrimination expressed in Articles 1, 2, 12(1) and 16(1)(e) of CEDAW.

Finally, the inclusion of CEDAW Committee recommendations in *Artavia Murillo* also relates to the specific use of medical reproductive technologies, as the exercise of procreative autonomy extends to the use of these technologies that are effective in solving cases of infertility. In accordance with the provisions of Recommendation No. 24 (12) of the CEDAW Committee, women's rights to health must be secured from the perspective of the characteristics that distinguish them from men. These differences include the biological-reproductive ones, taking into view that they give rise to needs and rights specifically directed towards female reality (COSTA RICA, 2012a, paras 150 and 300).

4 Contribution to international jurisprudence and future option to link to the Convention of Belém do Pará

As noted in previous sections, the decision in *Artavia Murillo* featured a significant progress in women's procreative autonomy. Moreover, the judgement contributed also in a broader

11 Article 5. Right to Humane Treatment: (1) Every person has the right to have his physical, mental and moral integrity respected" [...]; Article 12. Freedom of Conscience and Religion: (1) Everyone has the right to freedom of conscience and of religion.

sense to international jurisprudence by recognizing women's rights to non-discrimination. This section provides some context to the IACtHR's decision in this case, while also noting an opportunity for future cases before the IACtHR to further strengthen their case by bringing out the Convention of Belém do Pará. A last section describes the case in the context of earlier cases before the IACtHR, and the general functioning of the Inter-American Court System in terms of its mechanisms to require Member States to change national laws when in violation of Human Rights.

4.1 Contribution to international jurisprudence

In addition to clearly acknowledging women's procreative autonomy – as explained in Section I –, the decision of the IACtHR in *Artavia Murillo* also broadly contributed towards women's right to non-discrimination before legal and political institutions. In this sense, the IACtHR's recognition that the denial of procreative autonomy within the scope of IVF involves gender discrimination (considering the existence of gender stereotypes), it becomes possible to articulate, at least in the field of reproductive rights, the connection between the concept of discrimination, the description of the damage it can produce in women's life, and the guarantee of the exercise of their fundamental freedoms.

Furthermore, the IACtHR's explicit recognition of the gender stereotypes also can promote an improved development and use of methodological guidelines for specifying the obligations of States and others in terms of actions to create gender equality, particularly in the judicial sphere (COOK, 2010, p. 177). In the concluding part of its decision in *Artavia Murillo*, the IACtHR pointed out that the gender stereotypes are incompatible with international legal requirements with regard to human rights. This argument allowed outlining the disproportionate effects of the judgment of Costa Rica's Constitutional Chamber on the life experiences of women. In addition, the IACtHR declared that the decision of the Constitutional Chamber of Costa Rica gave rise to harmful and discriminatory effects on women's lives, since failed to weigh other rights that compete with the right to life. Furthermore, it violated their rights to personal integrity, privacy, freedom, and family formation, listed in the American Convention of Human Rights (COSTA RICA, 2012a, paras 302 and 316).

According to MacKinnon (1991b, p. 159-160, 163), existing laws that downgrade women to a secondary status in their citizenship and rights must be changed, in order to achieve gender equality in a substantive sense. MacKinnon argues that some laws embody in their development the rigid cultural stereotypes that give cause to women's subordination in the political arena. In such a system, any discriminatory component added to domestic legislation, including judicial decisions, must be submitted to treaties whose purpose is to stop all kinds of unequal treatment, such as the American Convention of Human Rights and CEDAW. In the case of *Artavia Murillo*, this is exactly what happened when the IACtHR decided against the national ruling.

4.2 Artavia Murillo and violence against women – a link to the Convention of Belém do Pará

In *Artavia Murillo*, the IACtHR clearly makes a case that the condition of infertility takes women to an excessive load of emotional and psychological distress that is capable of producing disproportionate harm and may even generate domestic violence and family instability, as well as exacerbate the social stigma of male superiority and female inferiority (COSTA RICA, 2012a, paras 294-296).

In this context, it would have been appropriate for the IACtHR to introduce the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (or, Convention of Belém do Pará) as well. The definition of violence stated by this Convention is broad and certainly comprehends violence against the moral/psychological integrity of women generated by the prohibition of IVF, as described in the IACtHR decision.

The Convention of Belém do Pará, in its Articles 2 and 3, expressly includes in its concept of violence any act, public or private, that results in physical, sexual, or psychological oppression. In its Articles 4(b), (e) and (f), the same Convention reaffirms the right of women to mental and moral integrity, dignity and "equal protection before the law" and, in its Article 6(a) and (b), their right to be free from discrimination and "stereotyped patterns of behavior". Furthermore, in its Article 7(c) and (e), the Convention prescribes the obligation of States to undertake legislative rules, including in the administrative sphere, to eradicate situations of violence against women. Finally, in its Article 8 (b), it is determined that the Government has the obligation to dismantle cultural models based on "stereotyped roles for men and women" (OAS, 1994). As can be seen in these articles, in addition to extending the concept of violence to comprehend all restrictions to the exercise of fundamental freedoms, this Convention also specifically relates the situation of violence against women to the historical discrimination based on gender.

In the context of the Convention of Belém do Pará, it is clear that the impact of the decision of the Constitutional Chamber in Costa Rica on women's life can be seen as a form of moral and psychological violence against women. Had the IACtHR included this Convention in its judgement, it would have certainly contributed to its jurisprudence related to procreative autonomy. Definitely, it would have made a stronger case for including the concept of violence (in the sense of moral and psychological violence against women) into future cases involving the protection of women's procreative autonomy.

The IACtHR's consideration of this Convention would have been even more crucial because, in general, the development of an international system to protect women against violence (associated with the reality of gender discrimination) adds prominence and strength to all measures to secure Human Rights. The rules protecting women against acts of violence increase the possibility of eliminating all forms of discrimination in a comprehensive approach, in which violence is understood not as an isolated incident, but as a part of female sexual subordination.

The IACtHR clearly had the option to bring out the Convention of Belém do Pará, which can be seen in earlier cases and actions taken respectively by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and the IACtHR. In 2007, for example, an IACHR document outlined several recommendations to States for actions to eliminate "social cultural patterns" that promote discrimination and prevent women's access to justice, mainly the ones who are victims of violence (IACHR, 2007a, paras 18-19, at 8). In a larger context, as far back as 1999, the IACHR had released a report that investigated the need to implement affirmative actions to increase women's political participation, understanding that the deprivation of their right violates their equal citizenship *status*, which implies an act of moral violence. In this report, the Commission emphasized that affirmative action is an effective mechanism to ensure the right to non-discrimination based on gender. This right, accordingly to the document, must be assumed as one of the main pillars of the international system of protection of Human Rights, so that the laws of States cannot contradict the principle of equality in a substantive sense (IACHR, 1999, introduction and III.B, at 1 and 4).

The famous Brazilian case of domestic violence, named after the victim *Maria da Penha Maia Fernandez*, is an example of an earlier IACtHR ruling with relevance to *Artavia Murillo*. The case disclosed the failure of authorities to conduct in "reasonable time" a criminal investigation and the punishment of those responsible for the violent acts, which consist on continuous violations of several provisions of both the American Convention of Human Rights and the Convention of Belém do Pará (IACHR, 2001b, paras 2 and 38). In its judgment, the IACHR demanded the Brazilian government to take urgent measures, which clearly showed the extent of the normative legitimacy of the Inter-American judicial system (which includes the IACtHR and the IACHR) to compel States to acting, in the evidence of prolonged tolerance of violence against women within their families. Following these recommendations, in 2006 Brazilian government issued the Law 11.340, known as the *Maria da Penha Law*, which strongly improved the investigation and criminal punishment of domestic violence cases against women.[12]

The example demonstrates a coherent development in IACtHR jurisprudence and IACHR policies – mostly in the area of domestic violence – focusing on the protection of women against discrimination. Likewise, they warn about the need of mechanisms to intervene in national legislation when it clearly violates important fundamental freedoms. Although *Artavia Murillo* had not specifically brought out the concept of violence using the Convention of Belém do Pará, it has significantly contributed in terms of demonstrating such a mechanism by demanding Costa Rica to reinstate IVF procedures, as its prohibition was in

12 See, in this sense, an article available at: <http://www.unwomen.org/en/news/stories/2011/8/maria-da-penha-law-a-name-that-changed-society>; accessed: 13 June, 2014.

violation of international standards. The role of the case in this context is further described in the next and final section.

4.3 Artavia Murillo in the context of other cases and the Inter American Court System

As the previous section already pointed to, *Artavia Murillo* demonstrates how the Inter--American Court System can ensure that the application of authority by individual States conforms with requirements of the American Convention of Human Rights, not through an illegitimate international interference, but rather as a way to assist those States in building a democratic society. As will be shown in this section, *Artavia Murillo* builds on various previous judgements by the IACtHR in terms of the concept of *due diligence* as a requirement for the States, the use of agreements to demand legislative changes, and the impact of some cases in the combat of gender discrimination and involving the equal protection clause.

An emblematic decision involves the case of *Velasquez Rodriguez v. Honduras* (COSTA RICA, 1988), which emphasized the responsibility of States to undertake "due diligence" in preventing any kind of violation of human rights, whether by public authorities or by a third party. On the concept of "due diligence," the IACHR states:

> International jurisprudence has established the duty of the State to act with due diligence to protect human rights. This obligation entails four components: prevention, investigation, sanction and reparation of human rights violation.[13]

It is the essence of the concept of Human Rights to protect the interests of individuals against losses arising from actions or omissions of the State, and this is the greatest scope of the international law rules (COSTA RICA, 1988, merits decision, Sr. C Nº 4, extracts, paras 172 and 134).

A notable case in Peru – of a woman that died because of a forced sterilization procedure – serves as an example of the requirement of actions concerning States. In this case, the IACHR

13 Violence and Discrimination against Women in the Armed Conflict in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.18 October 2006, doc. 67, para 24, p. 7. On the application of this concept to cases submitted to the IACHR, and its recommendations in the scope of crimes involving violence against women, see also (i) IACHR, The Situation of the Rights of Women in Ciudad Juárez, Mexico: The Right to be Free from Violence and Discrimination, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc., 7 March 2003, paras 131-133; and (ii) IACHR, Case of Jessica (Lenahan) Gonzales et al (United States), paras 5 and 122-136. In both cases, the IACHR concluded that the State failed to take effective measures for the prevention of acts of domestic violence against victims, and to conduct the specific criminal procedures, failing to fulfill its obligations in relation to the elimination of discrimination and the guarantee of equal protection under the law. In the case of the United States, which is not a Member State of the American Convention of Human Rights, the Commission applied in its analyses the American Declaration, ratified by the country (*Jessica Gonzales*, para 115).

reached an agreement with the State to undertake legislative and policies reforms to secure the rights to reproductive health and "family planning." The reforms meant to ban discrimination against women and respecting their autonomy (IACHR, 2003b, para 14, 1st and 11th, p. 137, 140.) In another case, with Mexico, the IACHR obliged the State to compensate the victim for damages. The 14-year-old girl had been raped and got pregnant. Even though the law of the country permitted an abortion in this case, she was hindered to have it done (IACHR, 2007b, paras 11-14 and 16).

Some earlier international decisions were relevant for *Artavia Murillo* as well because of their impact in fighting gender discrimination and their interactions with the freedoms emphasized in *Artavia Murillo*. In one of these cases, the IACtHR restored custody to a mother in a court case that centered on the mother's sexual orientation. Here, the State of Chile was found responsible for violation of Article 24 of the American Convention of Human Rights (the equal protection clause), in relation to its Article (1), and for infringing the right to private and family life (COSTA RICA, 2012b, paras. 54, 72, and 78-79). Importantly, this requirement of respect and humane treatment (on equal terms, regardless of sexual orientation) is essential for ensuring intellectual and moral individual integrity, and therefore the rights of conscience, which are all principles discussed in the context of *Artavia Murillo*. The concept of psychological integrity is expanded through the intertwining of gender-based discrimination and discrimination based on sexual orientation.

Another decision related to the application of the equal protection clause was issued in the *María Eugenia Morales de Sierra* case, in Guatemala, which involved a certain civil law that defined, in a discriminatory manner, distinct roles to be exercised by husband and wife. In this case, similar to the situation in *Artavia Murillo*, the identification of gender stereotypes represented an efficient strategy to present the need for institutional reforms to protect individual rights. Even though in *Artavia Murillo* this identification was more complex, as the decision of Costa Rica's Constitutional Chamber did not imply differential treatment based on gender, the case of *María Eugenia* constituted an important precedent that has strengthened the legal grounds used in *Artavia Murillo* regarding the implementation of the standards of analysis put forward in CEDAW.

Together, these listed cases, as well as other cases before the IACtHR, have built up a framework for the judgement in *Artavia Murillo,* a judgement that requires the State of Costa Rica to take measures to annul the decision of its Constitutional Chamber and restore the right of the use of IVF procedures. Here, the IACtHR weighed that there were no legal remedies within the "domestic jurisdiction" that could reverse the situation of the victims, in the matters involved in the case, regarding the disrespect of the exercise of their fundamental freedoms (COSTA RICA, 2012a, para 21).

The judgement in *Artavia Murillo* clearly demonstrated the effectiveness of the Inter-American Court System on imposing responsibilities to the States, based on standards of international law. According to those standards, the political and juridical institutions of the

Member States must give an integrated response, whether in the administrative, legislative or judicial sphere, to grant the recognition of Human Rights. In the case of *Artavia Murillo*, the State's arguments regarding the protection of the right to life were not accepted in the broader context of the essential principles of the international Human Rights system. For procreative purposes, these principles, taken together, delimit an important space for the assertion of autonomy, and moral and psychological integrity within the area of reproduction, improving the mechanisms of identification and deconstruction of sexual stereotypes that cause discrimination and harm to women.

By imposing to the Costa Rica's State the duty of annulling the decision that prohibited IVF (COSTA RICA, 2012a, para 336), invoking the requirements of treaties that protect individual freedoms and gender equality, the IACtHR has improved the effectiveness of international standards, regarding judicial remedies applicable to the States for the realization of Human Rights. In addition, the IACtHR advanced the parameters of its operation, complementarily, in national legislatures, to increase the commitment of the States to ensure the exercise of procreative autonomy in general. Particularly, the IACtHR extended its mechanisms and specific principles developed in its system, in favor of respecting the procreative and family autonomy of women.

Conclusion

The IACtHR's decision in the case *Artavia Murillo* clearly establishes a link between the procreative autonomy and the universal right to freedom. Also, it brings out gender stereotypes to the discussion of gender equality. In addition, the IACtHR adopts a restrictive understanding about the "right to life", by tying down the meaning of the phrase "in general" as used in Article 4(1) of the American Convention of Human Rights. Those restrictions on the protection of the "right to life" were necessary in order to balance the interests of the unborn with women's procreative rights. Thus, as defended in this paper, the *Artavia Murillo* case represents a significant progress regarding the protection of women's procreative autonomy.

As pointed out in the final section, the decision in *Artavia Murillo* builds on previous actions by the IACHR or cases before the IACtHR, which had already introduced recommendations to eliminate social cultural patterns that promote discrimination and prevent women's access to justice. The *Artavia Murillo* case, however, is more explicit in exposing the idea of indirect discrimination. Moreover, it broadly contributes towards women's rights to non-discrimination before legal and political institutions, by allowing the connection between discrimination, the description of the damage it can produce in women's life, and the guarantee of the exercise of their fundamental freedoms. With the inclusion of CEDAW, the decision also makes clear that it is not possible to talk about procreative autonomy without mentioning gender equality: the violation of the right of procreation, in the case, implies gender discriminations, as stated in the decision.

The construction of an effective regulatory standard to ensure procreative autonomy requires the composition of the various principles laid down in international treaties, which structure the primacy of Human Rights and fundamental freedoms with regard to the legal-political domain of States. Through the consolidation of the concept of autonomy and its connection to the individual right to mental and moral integrity, as operationalized in *Artavia Murillo*, the Inter-American system perfected its principles and strategies for identifying and eliminating the discriminatory aspects incorporated into the laws and judicial decisions of the States.

Finally, notwithstanding its important contribution to the case of Artavia Murillo, the IACtHR could have further advanced in two particular areas, considering the protection of women's procreative autonomy and protection under the law. As described in Section III, the IACtHR could have refrained from assuming in their judgement that life begins at the moment of the embryo's implantation in the woman's womb. Although this assumption was sufficient for the reinstatement of IVF in this case, it may, however, complicate future court cases by setting a precedent, mainly in cases eventually dealing with the theme of abortion. In addition, in terms of broader protection of women's rights, the IACtHR could have brought out other relevant articles of the Convention of Belém do Pará. This could enhance the connection between this case and the protection against violence provided by this Convention – in this case, moral and psychological violence resulted of not having access to IVF.

Nevertheless, the analysis reveals the meaningful contribution of *Artavia Murillo* to the understanding of the International System on matters of procreative autonomy. Likewise, it illustrates the relevant assistance of the IACtHR to the States, in order to help them build a democratic society by protecting Human Rights, by providing a framework to balance Human Rights, and by guiding them to assume their responsibilities in providing the *due diligence* necessary to prevent any kind of violation against Human Rights. For all these reasons, the decision represents a critical precedent in building a strong international standard for the affirmation of procreative autonomy in light of the fundamental freedoms and gender equality before the law.

REFERENCES

Books and articles

BUTLER, Judith. *Gender trouble*: feminism and the subversion of identity. New York; London: Routledge, 1990.

COOK, Rebecca; CUSAK, Simone. *Gender stereotyping*: transnational legal perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010.

LAURITZEN, Paul. What price parenthood? *The Hastings Center Report*, v. 20, n. 2, p. 38-46, Mar.-Apr., 1990. Available at: <http://www.jstor.org/ stable/3562619>. Accessed: June 13, 2015.

MACKINNON, Catharine A. Reflections on sex equality under law. *Yale Law Journal*, v. 100, p. 1281-1328, Mar. 1991a.

_____. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1991b.

SIEGEL, Reva B. *What Roe v.Wade should have said*: the Nation's top legal experts rewrite America's most controversial decision. Edited by Jack M. Balkin. NewYork: NewYork University Press, 2005.

_____. Equality and choice: sex equality perspectives on reproductive rights in the work of Ruth Bader Ginsburg. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 25, n. 1, p. 63-80, 2013.

TRIBE, Laurence H. *Abortion*: the clash of absolutes. NewYork; London: W.W. Norton & Company, 1990.

International Court decisions

COSTA RICA. Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Velasquez Rodriguez v. Honduras, judgement of July 29 1988.

_____. Constitutional Chamber of Costa Rica. Judgement nº 2000-022306, 03/15/2000.

_____. Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Artavia Murillo et al v. Costa Rica, judgement of November 2012a. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/ docs/casos/articulus/seriec_257_ing.pdf>. Accessed: June 20, 2015.

_____. Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Atala Riffo and Daughters v. Chile, judgement of February 24, 2012b.

International documents

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, 1948. Available at: <www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaration% 20of%20the%20Rights%20and%

20Duties%20of%20Man.pdf>. Accessed: Sept. 12, 2015.

_____. *American Convention on Human Rights* (Pacto of San José, Costa Rica), 1969. Available at: <www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm>. Accessed: July 2, 2015.

_____. Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (Convention of Belém do Pará), 1994. Available at: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>. Accessed: Sept. 12, 2015.

_____. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). Considerations regarding the compatibility of affirmative action measures designed to promote the political participation of women with the principles of equality and nondiscrimination, in *Annual Report*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc., April 13, 1999.

_____. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) Report nº 4/01, Merits, Case 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, January 19, 2001a.

_____. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). Report nº 54/01, Merits, Case 12.051, Maria da Penha Maia Fernandez, 16 April, 2001b.

_____. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). *The Situation of the Rights of Women in Ciudad Juárez, Mexico*: The Right to be Free from Violence and Discrimination, OAS/Ser.L/V/II.117, Doc., 7 March 2003a.

_____. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). Report nº 71/03, Petition 12.191, Friendly Settlement, María Mestanza Mamérita Chavez, Peru, October 22, 2003b.

_____. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). *Violence and Discrimination against Women in the Armed Conflict in Colombia*, OAS/Ser.L/V/II.18 October 2006, doc. 67.

_____. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). *Access to Justice for Women Victims of Violence in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 68, 20 January, 2007a.

_____. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). Report 21/07, Petition 161-02, Friendly Settlement, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, Mexico, March 9, 2007b.

UNITED NATIONS. The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), 1979. Available at: <www.un.org/womenwatch/daw/cedaw>. Accessed: July 2, 2015.

UNITED NATIONS. Recommendation nº 28 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 2010. Available at: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW-C-2010-47-GC2.pdf>. Accessed: Sept. 12, 2015.

Teresinha Teles Pires

PhD in Law from Centro Universitário de Brasília. PhD studies at the American University Washington College of Law. Master in Political Philosophy from the Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Specialist in Civil Law from the Universidade Federal de Goiás. Public Prosecutor of Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Associate Member of the Master's Program and Doctorate in Law of Centro Universitário de Brasília.

tes_pires@ hotmail.com

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Received: 05.11.2017
Approved: 09.28.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201740

The limitation of the discovery rules of Court against the right of access to information in South Africa

*A LIMITAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO PELAS REGRAS DE PRÉ-JULGAMENTO (*DISCOVERY*) NA ÁFRICA DO SUL*

Rashri Baboolal-Frank[1] *and Fola Adeleke*[2]

Abstract
In South Africa, the Promotion of Access to Information Act 2 of 2000 (PAIA) gives effect to the right of access information in Section 32 of the South African Constitution (the Constitution). Section 7 of PAIA provides that PAIA does not apply to records required for criminal or civil proceedings after commencement of proceedings where access to that record is already provided for in any other law. Where records are obtained in contravention of Section 7, they are not admissible as evidence in criminal or civil proceedings. The aim of this paper is to determine whether the discovery rules of Court limit the constitutional right of everyone to access information. Consequently, the methodology employed in this paper involves a legal analysis namely: a limitations analysis utilising Section 36, the limitations clause of the Constitution. This paper further engages in case law analysis interpreting the exercise of the right of access to information before PAIA was passed and after PAIA was passed to highlight the anomaly of the application of Section 7. This paper argues that Section 7 unconstitutionally limits the ambit of the right of access to information and a direct constitutional challenge on this provision is necessary.

Keywords
Access to information; PAIA; discovery rules; direct challenge; South Africa.

Resumo
*Na África do Sul, a Lei de Promoção da Acesso à Informação nº 2 (PAIA), de 2000, dá efetividade ao direito de acesso na Seção 32 da Constituição da África do Sul (a Constituição). A Seção 7 da PAIA prevê que esta lei não se aplica aos registros necessários para processos criminais ou civis após o início do processo, em que o acesso a esse registro já tenha sido previsto em outra lei. Quando os registros são obtidos por violação à Seção 7, não são admissíveis como prova em processos criminais ou civis. O objetivo deste trabalho é verificar se as regras estabelecidas pela corte para a fase de pré-julgamento (*Discovery*) limitam o direito constitucional de acesso à informação. A metodologia empregada neste artigo envolve uma análise jurídica, a saber: uma análise de limitações utilizando a Seção 36, a cláusula de limitação da Constituição. Este artigo apresenta ainda análises de jurisprudência que interpretam o exercício do direito de acesso à informação antes e depois da aprovação da PAIA, para destacar a anomalia da aplicação da Seção 7. Este artigo argumenta que a Seção 7 representa uma limitação inconstitucional do direito de acesso à informação, o que enseja um desafio no âmbito constitucional.*

Palavras-chave
*Acesso à informação; Lei de Promoção do Acesso à Informação (PAIA); regras de pré-julgamento (*Discovery*); desafio direto; África do Sul.*

1 University of Pretoria
Pretoria – South Africa

2 University of the Witwatersrand
Johannesburg – South Africa

CC BY-NC

Introduction

This article discusses the South African law position regarding the limitation of the discovery rules of Court against the right of access to information. Section 32 of South Africa's Constitution recognises that "[e]veryone has the right of access to (a) any information held by the state; and (b) any information that is held by another person and that is required for the exercise or protection of any rights."[1] The Promotion of Access to Information Act 2 of 2000 (PAIA) was promulgated to give effect to the realisation of this right.

According to Section 7[2] of PAIA, it does not apply to records required for criminal or civil proceedings after commencement of proceedings where access to that record is already provided for in any other law.[3] Where records are obtained in contravention of this exception to PAIA, they are not admissible as evidence in criminal or civil proceedings except where the Court determines such exclusions will be detrimental to the interests of justice.[4]

The reason for this exemption is to allow the law of evidence and civil procedure to apply to criminal and civil proceedings. In civil litigation, part of the process after close of pleadings is to request documents for discovery. From the various cases that are discussed extensively in this article, some Courts have suggested that PAIA was never meant to be invoked as a replacement to the discovery procedure.

While the jurisprudence from the Courts have ultimately found that the Uniform Rules of Court is an exception to the scope of PAIA, a minority judgment of the Supreme Court of Appeals (SCA) in the *Unitas v Van Wyk* (*Unitas*) case has suggested that the distinction on when PAIA or the Uniform rules of Court should apply, which are not that clear.[5]

The aim of this paper is to determine whether Section 7 limits the ambit of the constitutional right of everyone to access information. The ambit of this right has been expanded and protected in several cases including where the contents of the record requested would be decisive in determining whether the requester has a cause of action; to identify the right defendant for litigious action; and where the requester shows that there would be a significant

1 Section 32 (1) (a)-(b) of the Constitution, 1996.

2 "(1) This Act does not apply to a record of a public body or a private body if – (a) that record is requested for the purpose of criminal or civil proceedings; (b) so requested after the commencement of such criminal or civil proceedings, as the case may be; and (c) the production of or access to that record for the purpose referred to in paragraph (a) is provided for in any other law. (2) Any record obtained in a manner that contravenes subsection (1) is not admissible as evidence in the criminal or civil proceedings referred to in that subsection unless the exclusion of such record by the court in question would, in its opinion, be detrimental to the interests of justice."

3 Section 7 (1)(a)-(c) of Promotion of Access to Information Act 2 of 2000.

4 Section 7 (2) of Promotion of Access to Information Act 2 of 2000.

5 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at 436.

risk of prejudice or harm should there be no disclosure of the information.[6] The cases decided under the interim Constitution and prior to the passage of PAIA support the position that the right of access to information should not be limited by the application of "other" law such as the discovery rules of Court as Section 7 prescribes, which will be discussed in detail in this article.

In this paper, we will trace the historical source of the Section 7 exemption in PAIA and contextualise the purpose of the exemption, which we assume is to safeguard the integrity of judicial processes. Secondly, we will critically analyse the case law that have dealt with the Section 7 exemption and attempt to identify the irreconcilable differences between these set of case law and other PAIA cases that have upheld access to records where Section 7 exception could legitimately apply. We will conclude this article by determining whether civil procedure remedies such as the discovery rules of Court and the Section 7 exemption in PAIA can co-exist and be applied without a limitation on the constitutional right of access to information.

1 Section 7 of PAIA and its historical context

An objective of the South African Constitution is the aspiration for a democratic and open society.[7] This requires public participation in State affairs and for such meaningful participation to occur, the right of access to information is central in enabling the public to hold government accountable.

The constitutional legislation that gave effect to Section 32 is PAIA and seeks to promote a culture of transparency and accountability in the public and private sectors.[8] Section 32 offers a very advanced formulation of the protection of the right of access to information because firstly, it extends the right not only to citizens but to everyone, a crucial difference in the other rights of access to information in other constitutions globally.[9] Secondly, it extends the right to non-state actors, private bodies provided that the information requested from another person is required for the exercise or protection of other rights.

6 *Keylite Chemicals v Harmony Gold Mining Company Limited* 2007 ZAGPHC 258; *Pienaar v Jordaan* 2006 ZAGPHC 173; *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 SA (SCA) 436.

7 Preamble, Constitution, 1996.

8 Section 9 (e) of Promotion of Access to Information Act 2 of 2000. See also: FLORINI, A. Introduction: The Battle Over Transparency. In: _____. (Ed.) *The right to know transparency for an open world*. New York: Columbia University Press, 2007. See also: ADELEKE, F. The Case for Corporate Transparency in Africa. Conference paper. Available at: <https://spaa.newark.rutgers.edu/sites/default/files/files/Transparency_Research_Conference/Papers/Adeleke_Fola.pdf>, and SAHA. PAIA unpacked, 2013.

9 Section 32, Constitution, 1996.

The body of case law that has dealt with the constitutional provision of the right of access to information has far reaching implications for transparency[10] in South Africa and the procedure of Courts. The application of the right in these cases articulates a potentially different legal and political paradigm from the one on which the foundation of a secretive pre-democratic South Africa was built and to begin a new democratic dispensation founded on openness and accountability.[11] Consequently, it is necessary for us to explore the implication of these cases over the period of the existing of this right.

It does not appear that there are any comparable provisions to Section 7 in terms of other existing freedom of information laws across the world. In a detailed search across 99 laws relating to the right to access records under the freedom of information laws, there is no single provision that matches the exemption in Section 7.[12] It appears that Section 7 emerged as a direct response to the developments in jurisprudence during the period of the interim Constitution, which suggested that the exercise of the right of access to information could be utilised alongside traditional Court procedures governing discovery of documents. This will be seen from the jurisprudence prior to the passage of the 1996 Constitution and PAIA, which sort to accommodate a strong and inflexible sense within the judicial polity to protect the rigorous administration of South Africa's judicial processes.

2 Case law before the passage of PAIA

Before PAIA was passed in 2000, there had been direct reliance on the provisions of Section 23 of the interim Constitution, which also recognised the right of access to information and subsequently, Section 32 of the 1996 Constitution. The cases that emerged prior to the passage of the PAIA provided that despite the right to discovery in terms of Court rule 35, an applicant could still seek relief in terms of Section 23 and later, Section 32. The cases discussed below were adaptable to the changing rule of law in South Africa and were accommodating enough to recognise the importance of not restricting the scope of the constitutional right to information because of the application of the discovery rules of Court.

In the case of *Khala v Minister of Safety and Security*[13] the Court held that it was appropriate to use Section 23 to obtain discovery of documents from the State. This was affirmed

10 Section 9 (e) of Promotion of Access to Information Act 2 of 2000.

11 KLAAREN, J. Chapter eighteen: The right of Access to Information at Age ten. In: SOUTH AFRICAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. *Reflections on democracy and human rights*: a decade of the South African Constitution (Act 108 of 1996). Johannesburg: 2006. p. 167-171. See also FLORINI, op. cit., p. 167-171.

12 www.freedominfo.org.

13 1994 (4) SA 218 (W).

in the case of *Phato v Attorney-General Eastern Cape*,[14] where the Court held that the constitutional right of access to information in the interim Constitution applied to both civil and criminal litigation. These decisions were supported in the case of *Van Niekerk v Pretoria City Council*[15] (*Van Niekerk*) that was litigated under the interim 1993 Constitution. In this case, the applicant needed information to decide whether to institute action against the Council and wanted access to a report relied on by the council, which exonerated the council from liability. The right of access to information under the interim Constitution had the condition that state information could only be released if required for the exercise or protection of rights. The Court in rejecting the argument that Section 23 of the interim Constitution did not apply where rules of discovery applied because this would constitute an inappropriate restriction for the exercise of Section 23. The Court held that

> S[ection] 23 entails that public authorities are no longer permitted to "play possum" with members of the public where the rights of the latter are at stake. Discovery procedures and common-law claims of privilege do not entitle them to roll over and play dead when a right is at issue and a claim for information is consequently made.[16]

When the 1996 Constitution was adopted, it removed the condition that access to information from public bodies needed to be justified by showing it was required for the exercise or protection of a right. This condition now only applied to information requests from private bodies.

The *Swissborough Diamond Mines (Pty) Ltd and others v Government of the Republic of South Africa*[17] case was one of the first cases decided under Section 32 of the Constitution. The case dealt with the rules of discovery after the close of pleadings. The Court in this case held that "a litigant who engages the state as referred to in Section 32(1) has the right to utilise Section 32(1) and/or rule 35 in order to obtain access to documentation in the possession of the state."[18] This suggested that both the constitutional right and Rule 35 were regarded by the Court as complementing each other.

The decision of the Courts through these line of cases did not hold for long when other Courts began to question the decisions in the cases above. The High Courts in *Alliance Cash*

14 1995 (5) SA 799 (E).

15 1997 (3) SA 839 (T).

16 *Van Niekerk v Pretoria City Council* 1997 (3) SA 839 (T) at paragraph 850A-C.

17 1999 (2) SA 279 (T).

18 *Swissborough Diamond Mines (Pty) Ltd and others v Government of the Republic of South Africa* 1999 (2) SA 279 (T) at 282.

& Carry (Pty) Ltd v Commissioner, South African Revenue Service,[19] as well as *Inkatha Freedom Party v Truth and Reconciliation Commission*,[20] held that once litigation commences, the rules of Court strictly governed disclosure.

The Constitutional Court however delivered an important judgment in *Ingledew v Financial Services Board*[21] with regard to the right of access to information and its relationship with the rules of discovery of Courts. The applicant, Mr. Ingledew, had been sued by the Financial Services Board for insider trading.[22] In order to defend the suit, Mr. Ingledew asked for the production of the full record of the Board's investigation.[23] This request was refused and he consequently approached the High Court for an order compelling the Board to provide the requested records.[24] He was unsuccessful at the High Court and he subsequently approached the Constitutional Court for leave to appeal against the order of the High Court.[25]

The Court found that the central constitutional question raised is whether during the course of litigation, it is possible to obtain information directly under Section 32(1) (a) of the Constitution granting the right of access to information without challenging the constitutionality of Rule 35(14) of the Rules of Court.[26] The Court found it unnecessary to decide the constitutional question raised by the application. The Court held that

> [...] while there is much to be said for the view that once litigation has commenced discovery should be regulated by the rules of court, such a view may give rise to certain anomalies. Under the wording of section 32(1)(a), the applicant would prima facie have been entitled to all the documents he now seeks until the day before summons were served on him.[27]

While the Court opted not to decide the issue, the Court raised an important point, which is particularly significant as we proceed in an historical analysis on the line of cases

• • •

19 2002 (1) SA 789 (TPD).

20 2000 (5) BCLR 534 (C).

21 2003 (4) SA 584 (CC).

22 *Ingledew v Financial Services Board* 2003 (4) SA 584 (CC) at paragraph 2.

23 *Ingledew v Financial Services Board* 2003 (4) SA 584 (CC) at paragraph 4.

24 *Ingledew v Financial Services Board* 2003 (4) SA 584 (CC) at paragraph 4.

25 *Ingledew v Financial Services Board* 2003 (4) SA 584 (CC) at paragraph 7.

26 *Ingledew v Financial Services Board* 2003 (4) SA 584 (CC) at paragraph 15.

27 *Ingledew v Financial Services Board* 2003 (4) SA 584 (CC) at paragraph 29.

relating to this issue. At the heart of the Court's obiter statement is the restriction that the application of Rule 35 places on the exercise of the right of access to information.

While Section 32 of the Constitution guarantees an unfettered right to access information subject to the legislative exemptions in PAIA, Rule 35 (14) of the discovery rules of Court provide for a qualified right. According to the Court,

> [...] there is no reasonable construction of the rule that could broaden such purpose to accommodate construction of it, contended for by the applicant. Accordingly, the subrule grants a right to information that is narrower, to that extent, than the right in section 32 (1) (a).[28]

The statement by the Court here raises the point about the potential unconstitutionality of Section 7 because it refers to the application of rules of disclosure that are significantly narrower than the constitutional right of access to information. However, the Court did not grant the leave to appeal because it concluded that the applicant would not suffer any prejudice. In reaching this conclusion, the Court relied on the specific context of the case that: "(a) the applicant will be able to plead even if he did not get the information required; and (b) the applicant can utilize the pre-trial discovery procedures to obtain this information later."[29]

The introduction of Section 7 of PAIA was potentially a legislative attempt to remedy the anomaly pointed out by the Constitutional Court. However, Section 7 effectively interrupts the exercise of the right of access to information for a time period and affects not only the litigants in a case, but also other requesters of information interested in the record applicable to ongoing litigation. The significance of this potentially unconstitutionally limitation is discussed through the lens of the Courts in the post PAIA era.

3 The post PAIA era

Section 7 of PAIA prohibits (a) access to a record sought for the purpose of criminal or civil proceedings; (b) requested after the commencement of such proceedings; and (c) where the production or access to that record is provided for in any other law.

In *MEC for Roads & Public Works, Eastern Cape & Another v Intertrade (Pty) Ltd*,[30] Intertrade, had approached the Court in terms of uniform Rule 53 to review the tender process of the

28 *Ingledew v Financial Services Board* 2003 (4) SA 584 (CC) at paragraph 29.

29 *Ingledew v Financial Services Board* 2003 (4) SA 584 (CC) at paragraph 15.

30 2006 (5) SA 1 (SCA).

Department of Public Works on the grounds of irregular conduct. Intertrade also sought the release of records relating to the tender process which were not covered by Rule 53.[31] The Department argued that the exemption in s 7(1) of PAIA applied. The Court held that

> The discovery procedure is, even when interpreted purposively by its nature an extraordinary procedure in application proceedings, allowed only in exceptional circumstances, and does not create an unqualified obligation for a party from whom discovery is sought to produce the documents. The appellants could possibly resist discovery successfully, for example on grounds of privilege or relevance. If some of the documents sought by Intertrade cannot be obtained in terms of rules 53 and 35, this would mean that without resorting to PAIA, Intertrade would not be able to gain access to such documents. In my view, that may effectively place such documents outside the ambit of s 7(1)(c).[32]

The Court declined to rule on whether civil procedure rules and PAIA could be applied at the same time in cases where the requested records do not fall under the civil procedure rules. The Court held that given the purpose of PAIA, which is "to make information held by the state (and private bodies) accessible to the public to promote accountability, [...] the civil procedure rules should be interpreted in such a way as to advance, and not reduce, the scope of an entrenched constitutional right."[33]

The Supreme Court of Appeal (SCA) held that the provisions of Section 7(1) did not apply because Intertrade had requested the documents from the Department through two letters before it launched the application.[34] The SCA held it did not have a firm view on whether Intertrade could access the records through the Uniform Rule 35 discovery procedure as suggested by the Department and did not decide the issue because it had found Section 7 inapplicable.[35] In granting the request for documents, the Court criticised "technical" objections to disclosure of information.[36]

On a second occasion, the Court again avoided the opportunity to settle the law on the contemporaneous application of PAIA and the rules of Court and rather opted for a literal and

31 *MEC for Roads & Public Works, Eastern Cape & Another v Intertrade (Pty) Ltd* 2006 (5) SA 1 (SCA) at paragraph 2.

32 *MEC for Roads & Public Works, Eastern Cape & Another v Intertrade (Pty) Ltd* 2006 (5) SA 1 (SCA) at paragraph 16.

33 *MEC for Roads & Public Works, Eastern Cape & Another v Intertrade (Pty) Ltd* 2006 (5) SA 1 (SCA) at paragraph 18.

34 *MEC for Roads & Public Works, Eastern Cape & Another v Intertrade (Pty) Ltd* 2006 (5) SA 1 (SCA) at paragraph 13.

35 *MEC for Roads & Public Works, Eastern Cape & Another v Intertrade (Pty) Ltd* 2006 (5) SA 1 (SCA) at paragraph 16.

36 *MEC for Roads & Public Works, Eastern Cape & Another v Intertrade (Pty) Ltd* 2006 (5) SA 1 (SCA) at paragraph 20.

strict interpretation of the law, a position keenly followed in subsequent Court judgments. But yet again, the Court all but recognised and confirmed the anomaly of Rule 35 and its restrictiveness in comparison to the constitutional right of access to information.

In *Industrial Development Corporation of South Africa Ltd v PFE International and others*[37] (PFE case), the respondents sought access to records from the appellant relating to a dispute over the purchase of shares. The Court stated that for the requirements of Section 7(1) to be met, all three requirements under Section 7 must be met to render PAIA inapplicable to a request for records.[38] These are for the requested record to be for civil/criminal proceedings, requested after the commencement of proceedings and for access to be provided under any other law. In this particular case, the question the Court had to deal with related to whether access to the requested record is provided for in any other law. The Court remarked in relation to the purpose of Section 7 of PAIA:

> […] the purpose of s 7 is to prevent PAIA from having any impact on the law relating to discovery or compulsion of evidence in civil and criminal proceedings. In the event that "the production of or access to" the record "is provided for in any other law" then the exemption takes effect.[39]

The Court endorsed the view in the case of *National Director of Public Prosecutions v King*,[40] where the Court held that the reference to "any other law," in Section 7, include the rules of discovery, disclosure and privilege.[41] The Court in this case further held that

> […] PAIA is not intended to have any impact on the discovery procedure in civil cases. Once court proceedings between the parties have commenced, the rules of discovery take over. In that event, access to documents in possession of the litigating parties is governed by these rules. The provisions of PAIA no longer apply as between the parties.[42]

• • •

37 2012 (2) SA 269 (SCA).

38 *Industrial Development Corporation of South Africa Ltd v PFE International and others* 2012 (2) SA 269 (SCA) at paragraph 8.

39 *Industrial Development Corporation of South Africa Ltd v PFE International and others* 2012 (2) SA 269 (SCA) at paragraph 9.

40 [2010] 3 All SA 304 (SCA).

41 *National Director of Public Prosecutions v King* [2010] 3 All SA 304 (SCA) at paragraph 39.

42 *National Director of Public Prosecutions v King* [2010] 3 All SA 304 (SCA) at paragraph 39.

A similar position was also taken in the *Unitas* case, where it was held that "PAIA was not intended to have any impact on the discovery procedure in civil cases."[43]

With this position settled, the Court in *PFE* case held further, referring to the anomaly that Section 7 creates,

> [...] an applicant may be entitled to information the day before the commencement of proceedings but not the day thereafter, [this] must be seen as a necessary consequence of the intention, on the part of the Legislature, to protect the process of the court. Once proceedings are instituted then the parties should be governed by the applicable rules of court.[44]

The Court was reluctant to the idea of creating what it termed "a dual system of access to information in terms of both PAIA and the particular Court rules"[45] because of the potential in disrupting Court proceedings.

This was the clearest expression given by the Courts to what they perceived as the intention behind Section 7 and their desire to promote a unilateral body of law for the Courts to govern disclosures. While the disruption of Court proceedings is indeed a consideration that must be taken seriously by the Courts, this has been done through the suspension of the application of a constitutional right. This has led to the Courts preserving its own conservatism and rigidity above the protection of a human right.

The decision in the *PFE* case related to access to documents through a subpoena after the close of pleadings and based on allegations made in the plea. The High Court held that because a trial date had not been fixed, and the proceedings had not commenced, PAIA was applicable.[46] The SCA overturned this decision on the technical basis that the applicable rule for access to documents through a subpoena (Rule 38 (1)) could be used at any stage of the proceedings.[47] In an appeal against the decision of the SCA, the Constitutional Court upheld the decision of the SCA.

• • •

43 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 19.

44 *Industrial Development Corporation of South Africa Ltd v PFE International and others* 2012 (2) SA 269 (SCA) at paragraph 10.

45 *Industrial Development Corporation of South Africa Ltd v PFE International and others* 2012 (2) SA 269 (SCA) at paragraph 15.

46 *PFE International Inc. and others v Industrial Development Corporation of South Africa Ltd* 2011 (4) SA 24 (KZD) 24 at paragraph 26.

47 *Industrial Development Corporation of South Africa Ltd v PFE International and others* 2012 (2) SA 269 (SCA) at paragraph 13.

The Constitutional Court suggested a restrictive interpretation of Section 7 given that the purpose of PAIA is to give effect to the right of access to information.[48] The Court confirmed that all three conditions in Section 7 must be met if the application of PAIA is to be denied. In this case, it held that the first two requirements that access to information was sought for the purpose of civil or criminal proceedings and secondly, the request had been made after the commencement of proceedings had been met.[49] However, the third requirement was the subject of dispute on whether access to the record was provided in another law.[50]

In making this determination, the Court emphasised the importance of Section 39, which requires an interpretation that promoted the spirit, purport, and objects of the Bill of Rights. The Court felt strongly that the dispute was not about the denial of the right of access to information because in applying a flexible interpretation, the Court held that the Court rules allowed the applicants to access the requested records.

We believe that if the Court went further and conducted an analysis in terms of Section 36 of the Constitution (the limitations clause) on the extent to which Section 7 justifiably limited the application of a constitutional right, the outcome of the Court may have been different. While the Court was quick to apply a flexible interpretation to Court rules in order to reach the conclusion that access to a record was possible, it failed to also apply the flexibility of interpretation that would have seen that the objectives of PAIA are sacrosanct, and a failure to uphold the objectives of PAIA meant an infringement on the constitutional right of access to information. The Court's decision to preserve judicial procedures, while noble, denies litigants a broader enjoyment of their constitutional rights.

The anomaly that Section 7 creates has significant implications beyond the effect on litigants. Section 7 creates the fragmentation of the application of PAIA due to the interruption of its application during Court proceedings. Section 7 also assumes that requests for information are made only by people who are involved in Court proceedings, and by implication, it disenfranchises other requesters of information who may have an interest in the same set of records that are the subject of Court proceedings. This is especially applicable to requests for access from public bodies where there is no requirement for a requester of information to give a reason why the information requested is needed. As a result, Section 7 gives an information holder the opportunity to infer and draw adverse conclusions on

48 *PFE International Inc. and others v Industrial Development Corporation of South Africa Ltd* 2013 (1) SA 1 (CC) at paragraph 18.

49 *PFE International Inc. and others v Industrial Development Corporation of South Africa Ltd* 2013 (1) SA 1 (CC) at paragraph 22.

50 *PFE International Inc. and others v Industrial Development Corporation of South Africa Ltd* 2013 (1) SA 1 (CC) at paragraph 22.

why a request for information has been made. This is an impermissible conduct under the exercise of the right of access to information because it goes against a fundamental principle of the right of access to information, which provides that requesters of information do not need to give a reason for a request from a public body.

Section 7 forces a disclosure of the reasons for a record to rebut and appeal a denial by a public body where the assertion is made that a record cannot be disclosed because Section 7 applies and the information must have been sought for the purpose of civil and criminal proceedings. For private bodies, while information requested can only be released if the requester has demonstrated that the information is necessary for the exercise or protection of a right, Section 7 actually offers an in-built justification for the condition to be met. A core constitutional right is the recognition of access to justice, which embodies a fair civil and criminal proceedings process. By seeking information for the purpose of civil or criminal proceedings, this goes to the heart of access to justice that satisfies the conditionality in Section 32. A few cases are instructive to highlight this argument.

In *Clutchco v Davis*[51] (*Clutchco* case), the appellant was a family company and the respondent owned 30 percent of the shares in the company. After a family fall out, the respondent tried to sell its shares but the true value of the shares could not be established. The respondent was furnished with the audited financial statements. He requested additional access to the company's accounting and invoice books. When the request was denied, the respondent submitted a formal request for the records in terms of PAIA. In dealing with the denial of the PAIA request which had been upheld by the high Court, the SCA held that a basis for the request had not been made.[52] It held further that "the mere whiff of impropriety was not enough" and, such a request could only be granted through a test of "substantial advantage or element of need" that is dependent on the facts.[53]

The test of substantial advantage or element of need has now become the test applied by the Courts in relation to whether the record of a private body can be released, namely, whether the request for a record from a private body is necessary for the exercise or protection of a right. In the *Unitas* case the applicant's husband had died while he was a patient at the hospital.[54] The applicant believed that her husband's death was caused as a result of the negligence of the hospital staff.[55] One of the doctors who cared for the applicant's husband

51 2005 (3) SA 486 (SCA).

52 Clutcho v Davis 2005 (3) SA 486 (SCA) at paragraph 18.

53 Clutcho v Davis 2005 (3) SA 486 (SCA) at paragraph 17.

54 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 1.

55 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 1.

had written a report on the nursing conditions at the hospital.[56] This was done in his position as the director of the multi-intensive care unit and as chairperson of the hospital board.[57] The applicant wanted access to the report because she believed that the report could help her to establish negligence by the hospital staff.[58] The applicant approached the Court for an order directing the hospital to make the report available to her in terms of PAIA.[59]

The High Court held that PAIA afforded Ms van Wyk a right to pre-action discovery because "the report could possibly assist her in establishing the merits of her case, which would in turn enable her to decide whether she should embark on the risky venture of litigation at all."[60] The High Court further held that access to these records could lead to the "avoidance of speculative litigation and early determination of disputes"[61] where the information requested could possibly be of assistance in establishing the merits of the case. The Court found this consistent with the "philosophical approach to dispute resolution in an open and democratic society."[62]

On appeal to the SCA, the Court held that open and democratic societies would not encourage "fishing expeditions" which could well arise if PAIA is used to facilitate pre-action discovery as a general practice.[63] The Court held that the deference shown by Section 7 of PAIA is not without reason because

> [...] documents are only discoverable if they are relevant to the litigation while relevance is determined by the issues on the pleadings. The deference shown to discovery rules is a clear indication ... that the legislature had no intention to allow prospective litigants to avoid these measures of control by compelling pre-action discovery under s 50 of PAIA as a matter of course.[64]

While the Court's ruling applied to a private body, the SCA failed to appreciate that the revised right of access to information in the 1996 Constitution removed the condition to

56 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 1.

57 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 1.

58 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 1.

59 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 1.

60 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 20.

61 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 20.

62 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 14.

63 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 21.

64 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 21.

provide reasons for a request in relation to public bodies that the interim Constitution had required. This revision in effect created a blanket and unfettered right of access to information subject only to the applicable grounds for refusals in PAIA. The broad construction of the right to access information from public bodies is an indication that there is in fact a constitutional right to "fishing expeditions" if a requester chooses to do so. The conditionality applies to private bodies, probably because not all private institutions conduct business that have a relevant public interest element that often applies to public bodies. However, the suggestion that a requester who is in a legal dispute with a private entity cannot access the document to determine the merits of their case because it is not in the public interest, which will be absurd.

While the *Unitas* case applies to a request made to a private body, the sole consideration that should have been relevant for the Court was whether the requester established that the information sought was required for the exercise or protection of a right. The majority of the SCA held that pre-action discovery under Section 50 of PAIA must remain the exception rather than the rule and "must only be available to a requester who has shown the 'element of need' or 'substantial advantage' of access to the requested information."[65] This was where the Court's inquiry should have stopped.

The Court distinguished the facts of this case from the *Van Niekerk* case that was decided under the pre-PAIA era by holding that while access to records may be permissible to identify the right defendant in a case, the same cannot extend to information which will assist a requester in evaluating "prospects of success against the only potential defendant" because that would mean a requester would always be entitled to full pre-action discovery.[66]

In a minority judgment of the Court, Judge Cameron stated that pre-discovery disclosure helps both parties to determine whether litigation should commence at all and "PAIA recognises the importance of post-commencement access procedures." However, "its novel dimension lies in the fact that it creates pre-commencement access. We should not stifle this."[67] The judge believed that such disclosure will count as an advantage or need in terms of fulfilling the conditionality for access to records from private bodies.[68] The judge stated further that PAIA does not offer untrammelled pre-action disclosure and would not arise to any fishing expeditions.[69]

• • •

65 *Unitas Hospital v Van Wyk and Another* 2006 (4) SA 436 (SCA) at paragraph 22.

66 *Van Niekerk v Pretoria City Council* 1997 (3) SA 839 (T) at paragraph 31.

67 *Van Niekerk v Pretoria City Council* 1997 (3) SA 839 (T) at paragraph 31.

68 *Van Niekerk v Pretoria City Council* 1997 (3) SA 839 (T) at paragraph 47.

69 *Van Niekerk v Pretoria City Council* 1997 (3) SA 839 (T) at paragraph 44.

The approach taken in the minority judgment is indeed one that takes a holistic interpretation to PAIA and recognises the importance of the objectives of PAIA and particularly, the fact that it gives effect to a constitutional right.

In *Mahaeeane v Anglogold*[70] the appellants brought an application requesting information from a private body to formulate their claim and to request damages in terms of a class action suit. In dismissing the appeal, the majority held that all the records requested by the appellants can be disclosed during the discovery stage of the civil proceedings and consequently, "the records requested are not reasonably required to exercise the right of the appellants to claim damages from the respondent."[71] The decision of the Court in this case was consistent with the principle established in the UNITAS case that PAIA should not be held as a tool or mechanism for pre-action discovery. According to the Court:

> It is necessary to avoid the unwelcome spectre of applications under the PAIA being brought to obtain premature discovery. It seems to me that a rule of thumb which will avoid this is to enquire whether, in the context of future litigation to exercise the right relied on, the records requested are reasonably required to formulate a claim. This seems to me to have been the implicit test applied in Unitas Hospital. If needed to formulate a claim, it can be said that they are reasonably required under s 50(1) of the PAIA. As I have said, the appellants do not need the requested records to formulate their claim.[72]

In a dissent to the decision of the majority in the *Mahaeeane* case, Mbatha AJA argued that the appellant's attempt to secure a certification order for a class action did not constitute commencement of civil proceedings, hence the requirement for Section 7 of PAIA had not been satisfied.[73] The minority judgment went further to suggest that access to the requested records sought by the appellants would have enabled them to revise their pleadings or alternatively, opt out of the civil proceedings if the released records showed that the civil litigation was not worth pursuing.[74]

Given the dogged nature the Courts have sought to protect their right to write their rules on how Court proceedings should be governed. It will be useful to explore the balance between the independence of Court administration and its limitation on the right of

• • •

70 (85/2016) [2017] ZASCA 090 (07 June 2017).

71 *Mahaeeane v Anglogold* (85/2016) [2017] ZASCA 090 (07 June 2017) at paragraph 21.

72 *Mahaeeane v Anglogold* (85/2016) [2017] ZASCA 090 (07 June 2017) at paragraph 20.

73 *Mahaeeane v Anglogold* (85/2016) [2017] ZASCA 090 (07 June 2017) at paragraphs 64-66.

74 *Mahaeeane v Anglogold* (85/2016) [2017] ZASCA 090 (07 June 2017) at paragraphs 69-73.

access to information, through an analysis of the justifiability of the limitation in terms of Section 36 of the Constitution.

4 A Section 36 inquiry

To determine whether Section 7 justifiably limits the right of access to information, various considerations come into play.

First, any limitation of a constitutional right must be subject to a law of general application that is also reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom. PAIA is a law of general application which finds its origins in the Constitution and the Bill of Rights. As a result, it is ascertainable, sound in law and satisfies a legitimate expectation which is the realisation of a human right.

For a law to be reasonable and justifiable, it should not arbitrarily deprive a group or class of persons. Section 7 unquestionably does just that. Litigants are excluded from exercising their full right of access to information as a result of another substantive rule which significantly limits their ability to access information.

Is this limitation justifiable? A proportionality inquiry in terms of the Constitution helps to determine whether the limitation is for a "purpose that is reasonable and necessary in a democratic society, which involves a weighing up of competing values."[75] The factors to be taken into account are systematically discussed below.[76]

4.1 The nature of the right

The right of access to information underpins the very foundations of the Constitution, with its preamble seeking to achieve an open and democratic society. The right of access to information is often regarded as a right that unlocks other constitutional rights. For socio-economic rights, access to information helps in the understanding of the availability and allocation of resources for the delivery of social goods. In the exercise of civil and political rights, the right of access to information also plays a significant role. In the Constitutional Court case of *My vote counts v The Speaker of the National Assembly and others*,[77] the applicant, an NGO, had argued that for the exercise of the right to vote, access to the sources of private funding of political parties was necessary. While the majority of the Court dismissed this application, there was recognition by the minority that the right to vote

75 I Currie & J de Waal, *The Bill of Rights handbook* (2008) at 163-188 Juta.

76 I Currie & J de Waal, *The Bill of Rights handbook* (2008) at 163-188 Juta.

77 [2015] ZACC 31.

requires casting an informed vote, and that right loses its value if it is based on insufficient information or misinformation.[78]

It is not only in the case of exercising the right to vote that the Courts have affirmed the centrality of the right of access to information. In the case of *Nova Property Group Holdings v Cobbett*,[79] a media company attempted to use Section 26 of the Companies Act 71 of 2008 to access the register of securities of some companies. Section 26 recognises the right of access to information to support the articulation of the right in Section 32 of the Constitution and PAIA. The Court in this case took an approach where other rules of access to information were rightly seen as complementing PAIA and not a substitution. According to the Court:

> Journalists must be able to have speedy access to information such as the securities register [...] Interference with the ability to access information impedes the freedom of the press. The right to freedom of expression is not limited to the right to speak, but includes the right to receive information and ideas. Preventing the press from reporting fully and accurately, does not only violate the rights of the journalist, but it also violates the rights of all the people who rely on the media to provide them with "information and ideas".[80]

Therefore, the value of the right of access to information is significant for a constitutional democracy which should not be subject to the limitation of an ill-conceived exemption within the enabling law.

4.2 The importance of the purpose of the limitation

One of the limitations of the rules of discovery is that it can only be used for litigation, and publication is not allowed.[81] The rule also applies to all third parties who receive the discovered documents though the Court and the party making discovery may authorise their dissemination, publication or distribution.[82]

• • •

78 *The Speaker of the National Assembly and Others* [2015] ZACC 31 at paragraphs 38-39.

79 *Nova Property Group Holdings Ltd and Others v Cobbett and another [ManG Centre for Investigative Journalism NPC as amicus curiae]* [2016] 3 All SA 32 (SCA).

80 *Nova Property Group Holdings Ltd and Others v Cobbett and another [ManG Centre for Investigative Journalism NPC as amicus curiae]* [2016] 3 All SA 32 (SCA) at paragraph 37.

81 *City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (Sanral) & others* (20786/14) [2015] ZASCA 58 at paragraph 37.

82 *City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (Sanral) & others* (20786/14) [2015] ZASCA 58 at paragraph 23.

The discovery of documents only happens after the pleadings have closed with the aim of allowing the parties to have access to all documentary materials to assess the strength of each other's case. If a party does not use a discovered document in Court, then the discovered documents do not form part of the Court's record. As a result, documents obtained through rules of discovery are not publicly accessible. As argued by Judge Ponnan in the *Sanral* case,

> Discovery impinges upon the right to privacy of the party required to make discovery. The purpose of the rule [rule 53] therefore is to protect, insofar as may be consistent with the proper conduct of the action, the confidentiality of the disclosure [...] those considerations can hardly apply in respect of documents disclosed by a public body in rule 53 proceedings. And, as rule 53 will only ever apply to the disclosure of documents by public bodies, I entertain some doubt as to whether such body can invoke the right to privacy to protect from disclosure documents relied upon by it to make its decisions. That does not mean that public bodies never have a claim to keep their documents confidential. But any claim of confidentiality arises from other interests such as security or perhaps even the privacy rights of persons mentioned in the documents, but not from its right to privacy.[83]

The decision of the SCA in this case recognises the limitations of discovery rules for openness, hence, the admonition for the Court to exercise their powers of regulation in a manner consistent with the Constitution. As a result, the deference to Court rules over the right of access to information in the face of the limitations of the rules, significantly weakens the broad articulation of this right subject only to the grounds of refusals listed under PAIA.

The importance and purpose of the limitation of the right of access to information is safeguard established judicial processes that ensures fairness and equity for disputing parties. While this is worthy of protection, it should not be done by limiting the exercise of another constitutional right. Disputing parties should be able to access records that they would otherwise have been able to access had Section 7 not become applicable. To safeguard judicial processes when disputing parties exercise their right of access to information, the interests of justice should come into play and discussed further below.

4.3 The nature and extent of the limitation

The rules of discovery seek to protect the administration of justice and ensure the procedural process of the Court vests within the inherent powers of the Court. The inherent power of

83 *City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (Sanral) & others* (20786/14) [2015] ZASCA 58 at paragraph 37.

the Court to regulate its own processes comes from Section 173 of the Constitution. In *SABC v NDPP*,[84] the Constitutional Court stated that Section 173

> [...] is a key tool for Courts to ensure their own independence and impartiality [...] A primary purpose for the exercise of that power must be to ensure that proceedings before Courts are fair. It is therefore fitting that the only qualification on the exercise of that power contained in section 173 is that Courts in exercising this power must take into account the interests of justice in a manner consistent with the Constitution.[85]

Further analysis below suggests that the interests of justice have not taken into account the important broad constitutional right of access to information.

4.4 The relation between the limitation and its purpose

Another rule of discovery is Rule 53, which came under scrutiny in *Sanral*.[86] In this case, *Sanral* is responsible for the maintenance and rehabilitation of national roads. In the execution of this mandate, South African National Roads Authority Limited (SANRAL) awarded a tender to a company in respect of the N1/N2 Winelands Paarl Highway Toll Project. The City of Cape Town wanted this award reviewed in terms of Rule 53 of the Uniform Rules of Court. A part of the record was released to the City of Cape Town, however, the "confidential records" were not released and became the cause of dispute between the City of Cape Town and SANRAL. The High Court prohibited the publication of all information from the Rule 53 record submitted to the Court which included the "non-confidential record."[87] According to the High Court, "public access to the content of the Court file in litigious proceedings is permissible only after the matter has been called in open Court."[88]

On appeal to the SCA for the documents submitted to be released, it was held that the "foundational constitutional values of accountability, responsiveness and openness apply to the functioning of the judiciary as much as to other branches of government."[89] The SCA

84 2007 (1) SA 523 (CC).

85 *SABC v NDPP* 2007(1) SA 523 (CC).

86 *City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (Sanral) & others* (20786/14) [2015] ZASCA 58.

87 *City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (Sanral) & others* (20786/14) [2015] ZASCA 58 at paragraph 9.

88 *City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (Sanral) & others* (20786/14) [2015] ZASCA 58 at paragraph 9.

89 *City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (Sanral) & others* (20786/14) [2015] ZASCA 58 at paragraph 16.

stated that "the glare of public scrutiny makes it far less likely that the Courts will act unfairly" and as a result:

> [...] it will be a dangerous thing for all litigants in both civil and criminal matters, for court documents, as a general rule to be inaccessible and unpublishable. For, it may be said that the right to public courts, which is one of long standing, does not belong only to the litigants in any given matter, but to the public at large.[90]

The Court considered the right of open justice to include the right to have access to papers and written arguments as element of participation in the Court proceedings.

Also, in the case of *Arcelormittal v Competition Commission and Others*[91] the Court dealt with a request for documentation in terms of Uniform Rule 35(12), where the Competition Commission alleged that the record was subject to confidentiality, and the matter was remitted to the Competition Tribunal to determine the confidentiality of the matter. The Court held that access to the documents was allowed in terms of the Uniform rules as the affidavit made reference to the document, which Arcelormittal was allowed to request.[92] This confirms the limited nature of rules of discovery which is subject to legal privilege and confidentiality.

Both cases point to the limited scope of access in Section 7. The purpose of Section 7 is to safeguard the independence of the administration of justice from interference. While Section 7 achieves that purpose, there are certainly less restrictive means to achieve the purpose.

4.5 Less restrictive means to achieve the purpose

An effective way of achieving the purpose of Section 7 is to allow the right of access to information in cases where civil or criminal proceedings have commenced but introduce a ground of refusal where the request can be denied if the disclosed record will adversely affect the fair representation of another litigant in a civil or criminal proceeding. This ensures that the public and other litigants are able to exercise their right of access to information and the ground of refusal safeguards the interests of justice that the Courts are diligently aiming to protect.

Conclusion

Several courts have recognised the anomaly of Section 7. Perhaps, the lack of a direct court challenge against the constitutionality of Section 7 of PAIA has led to the continued application

90 *City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (Sanral) & others* (20786/14) [2015] ZASCA 58 at paragraph 18.

91 [2013] JOL 30105 (CAC).

92 *Arcelormittal v Competition Commission and Others* [2013] JOL 30105 (CAC) at paragraphs 55-57.

of Section 7 though several cases that have been considered in this paper have illustrated the oddity of this provision. Section 7 attempts to protect a sound principle of law which is the independence and integrity of Court procedures and ensuring the interests of justice prevail. However, we have sought to show that the objective of Section 7 can be achieved through the introduction of a ground of refusal in PAIA that prevents interference with Court procedures and processes when the release of a record unduly advantages or disadvantages another litigant rather than a blanket exclusion of records in judicial processes from the operation of PAIA.

It remains to be seen whether the constitutionality of Section 7 will eventually become the subject of a legal challenge in the future. There are certainly several reasons as shown in this article to challenge the status quo.

REFERENCES

Books

ADELEKE, F. *The Case for Corporate Transparency in Africa*. Conference paper. Available at: <https://spaa.newark.rutgers.edu/sites/default/files/files/Transparency_Research_Conference/Papers/Adeleke_Fola.pdf>.

FLORINI, A. Introduction: The Battle Over Transparency. In: _____. (Ed.) *The right to know transparency for an open world*. New York: Columbia University Press, 2007

CURRIE, I.; WAAL, J. de. *The Bill of Rights Handbook*. Cape Town: Juta, 2008. p. 163-188.

KLAAREN, J. Chapter eighteen: The right of access to information at age ten. In: SOUTH AFRICAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. *Reflections on democracy and human rights*: a decade of the South African Constitution (Act 108 of 1996). Johannesburg: 2006.

SAHA – SOUTH AFRICAN HISTORY ARCHIVE. *PAIA unpacked*. Johannesburg, 2013.

SOUTH AFRICA. *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996.

Court decisions

Alliance Cash & Carry (Pty) Ltd v Commissioner, South African Revenue Service 2002(1) SA 789 (TPD).

Arcelormittal South Africa Ltd and Another v Competition Commission and Others [2013] JOL 30105 (CAC).

City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited & others (20786/14) [2015] ZASCA 58 para 37.

City of Cape Town v South African National Roads Authority Limited (SANRAL) & others (20786/14) [2015] ZASCA 58.

Clutchco v Davis 2005 (3) SA 486 (SCA).

Industrial Development Corporation of South Africa Ltd v PFE International and others 2012 (2) SA 269 (SCA).

Industrial Development Corporation of South Africa Ltd v PFE International and others [2011] ZASCA 245 para 13.

Ingledew v Financial Services Board 2003 (4) SA 584 (CC).

Inkatha Freedom Party v Truth and Reconciliation Commission 2000 (5) BCLR 534 (C).

Keylite Chemicals v Harmony Gold Mining Company Limited (2007) ZAGPHC 258.

Khala v Minister of Safety and Security 1994 (4) SA 218 (W).

MEC for Roads & Public Works, Eastern Cape & Another v Intertrade (Pty) Ltd 2006 (5) SA 1 (SCA).

My vote counts v The Speaker of the National Assembly and others [2015] ZACC 31.

National Director of Public Prosecutions v King [2010] 3 All SA 304 (SCA) para 39.

Nova Property Group Holdings Ltd and Others v Cobbett and Another [ManG Centre for Investigative Journalism NPC as amicus curiae] [2016] 3 All SA 32 (SCA).

PFE International Inc (BVI) and others v Industrial Development Corporation of SA Ltd 2011 (4) SA 24 (KZD) para 26.

PFE International Inc (BVI) and others v Industrial Development Corporation of South Africa Limited 2013 (1) SA 1 (CC) para 18.

Phato v Attorney-General Eastern Cape 1995 (5) SA 799 (E).

Pienaar v Jordaan (2006) ZAGPHC 173; 2006 (4) SA 436 (SCA).

SABC v NDPP 2007 (1) SA 523 (CC).

Swissborough Diamond Mines (Pty) Ltd and others v Government of the Republic of South Africa 1999 (2) SA 279 (T).

Unitas Hospital v Van Wyk and Another 2006 (4) SA 436 (SCA).

Van Niekerk v Pretoria City Council 1997 (3) SA 839 (T).

Van Wyk v Unitas Hospital and Others 2008 (4) BCLR 442 (CC).

Rashri Baboolal-Frank

LLB (University of KwaZulu-Natal). LLM (University of Cape Town). LLD candidate (University of Pretoria). Advanced Certificate in Alternative Dispute Resolution (*cum laude*) (Arbitration Foundation of Southern Africa) (University of Pretoria). Logical and Critical Thinking (merit) (University of Auckland). Diploma in Proofreading and Editing (College of Media and Publishing, UK). Lecturer, University of Pretoria.

rashri.baboolal@up.ac.za

Fola Adeleke

LLB (University of Cape Town). LLM (University of Cape Town). PhD (University of Witwatersrand). Senior Visiting Researcher, University of the Witwatersrand.

fola.adeleke@wits.ac.za

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recebido: 21.07.2017
Aprovado: 11.10.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201741

O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade*

THE NATURALISTIC CHALLENGE OF A CRIMINAL LAW BASED ON CULPABILITY

Klaus Günther[1]

Tradução

GÜNTHER, Klaus: Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT AM MAIN (Org.). *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2008. p. 71-97.

Tradução do alemão: *Yuri Corrêa da Luz*

Revisão técnica: *Marta Rodriguez de Assis Machado*

1 Goethe-Universität Frankfurt – Alemanha

CC BY-NC

* Versão corrigida e ligeiramente ampliada do artigo publicado sob o título "Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff", na revista *Kritische Justiz*, v. 2, p. 116-132, 2006. Publicado originalmente como: Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT AM MAIN (Org.). *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2008. p. 71-97.

I. Relações dignas de nota

A atual transformação do direito penal em um direito de segurança* pós-preventivo vem sendo acompanhada de um intenso debate sobre o princípio da culpabilidade. Este debate, no entanto, aparece como sendo desencadeado por outros fatores, pois o conceito jurídico-penal de culpabilidade é também objeto das atuais discussões sobre as possíveis implicações das mais recentes descobertas no campo da neurociência. Neste âmbito, proeminentes cientistas alemães como Wolf Singer, Gerhard Roth e Hans Markowitsch, partindo de uma visão fortemente determinista, vêm se posicionando contra o conceito de culpabilidade e contra qualquer pena sobre ele fundada, sustentando que, sendo nossas decisões e ações absolutamente predeterminadas por processos neurológicos, não restaria espaço para o livre-arbítrio; e não sendo livre nossa vontade, então ninguém poderia ser responsabilizado pela ocorrência de um delito (ao menos não no sentido usual, segundo o qual um autor disporia da capacidade plena de agir de forma diversa, de não cometer um crime). Com base nestas considerações, esses autores vêm postulando a abolição do juízo penal de culpabilidade, bem como a substituição das penas nele fundadas por medidas de segurança, ou, quando for cientificamente viável, por intervenções e terapias neuromédicas. Neste contexto, Wolf Singer chega até mesmo a sugerir a utilização de uma nova terminologia para o direito penal, de modo que façamos apenas um uso *formal* da palavra "responsabilidade", sem que nos esqueçamos, contudo, de que, na verdade, estaríamos aqui tratando da ideia de "periculosidade".[1]

Quando a liberdade humana é questionada de maneira tão fundamental, nós acabamos abrindo mão não apenas do conceito de culpabilidade e da pena, mas também do próprio direito como um todo. Isso pode ser demonstrado até mesmo pelos mais simples dos casos. Imaginemos, por exemplo, uma situação em que não apenas o delinquente é incapaz de evitar seu comportamento, como também o é o juiz ou a juíza que sobre ele deveria opinar. Tomado nestes termos, um julgamento não seria fruto de uma decisão livre (ainda que atrelada aos limites ditados pela lei) e, consequentemente, passível de responsabilização; pelo contrário, derivaria de um complexo de processos causais, que não poderiam ser imputados ao julgador. Este exemplo mostra claramente que, diante de qualquer discussão sobre o livre-arbítrio enquanto requisito necessário ou dispensável de cada ramo ou instituto jurídico, o que está em jogo é uma premissa fundamental: o direito pressupõe que os destinatários da

* N.T.: O termo "*Sicherheitsrecht*" é de difícil tradução, pois não possui equivalente adequado em língua portuguesa. Em linhas gerais, trata-se de um conjunto de normas cujo objetivo central é garantir e maximizar a segurança dos cidadãos. Traduzimos por "direito de segurança", e não por "direito da segurança", em vista de evidenciar este ponto.

1 SINGER, Wolf. Grenzen der Intuition: Determinismus oder Freiheit. In: KIESOW, Rainer Maria; OGOREK, Regina; SIMITIS, Spiros (Orgs.). *Summa*. Festschrift für Dieter Simon zum 70 Geburtstag. Frankfurt am Main: 2005. p. 529 ss.

norma possam se controlar e se governar de tal modo que, ao agirem conforme a regra, o façam movidos por suas próprias reflexões e decisões. Dito brevemente: uma das principais características constitutivas do direito consiste no reconhecimento da liberdade de cada pessoa para se determinar conforme ou desconforme as normas. Se não houvesse tal premissa, seria necessário vigiar e controlar sem descanso ou falha o comportamento de todos os indivíduos – mediante um amplo mecanismo de controle, de programas de condicionamento e de técnicas de manipulação. Levando em conta todo esse pano de fundo, é de admirar que o debate sobre as implicações das atuais pesquisas neurocientíficas para a liberdade humana esteja restrito a reflexões feitas no campo do direito penal. Mais ainda, admira-se que esse debate não trate da tendência, há tempos em curso, de transformação política do direito penal em um direito de Segurança. Nas páginas seguintes, analisarei criticamente o desafio naturalístico enfrentado por um direito penal fundado na ideia de culpabilidade, para, em seguida, adentrar nas relações pouco notadas que esse desafio mantém com a atual transformação sofrida pelo direito penal.

II. A CULPABILIDADE PENAL COMO ATRIBUIÇÃO PASSÍVEL DE REFUTAÇÃO

Quando colocados diante dos desafios postos pela neurociência, os penalistas acabam não reagindo de maneira uniforme. Isso porque o conceito jurídico de culpabilidade é, em si, altamente controverso, especialmente no que se refere à questão da presença ou ausência do livre-arbítrio. Essa falta de consenso reflete-se no constante desenvolvimento de novas teorias – ora afirmando o livre-arbítrio, ora negando-o, ora mantendo sobre ele uma posição agnóstica, sempre no intuito de extrair daí possíveis consequências para o direito penal.[2] Tais esforços teóricos, contudo, perdem força diante da constatação de que em nenhuma

2 Recentemente, ver: STRENG, Franz. Herausforderung des strafrechtlichen Schuldbegriffs durch die Hirnforschung? In: KOATSALIS, Leonidas (Org.). *Willensfreiheit*. Determinismus – Indeterminismus. Athen, 2005. p. 61 ss; também MERKEL, Reinhard. Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld: Versuch eines Beitrags zur Ordnung einer verworrenen Debatte. In: *Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass des 70*. Geburtstags von Lothar Philipps, 2005. p. 411 ss; JAKOBS, Günther. Individuum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005. p. 247 ss; HILLENKAMP, Thomas. Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung. *Juristenzeitung*, v. 60, 2005. p. 313 ss. BURKHARDT, Björn. Was ist es, ein Mensch zu sein?. In: ARNOLD, Jörg (Org). *Festschrift für Albin Eser zum 70 Gerburtstag*. München 2005. p. 77 ss; LÜDERSSEN, Klaus. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?. In: GEYER, Christian (Org). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt am Main, 2004. p. 98 ss; SCHIEMANN, Anja. Kann es einen freien Willen geben? Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das Strafrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2056 ss, 2004. Para os posicionamentos da doutrina e dos tratados, ver ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. München, 2006, v. 1, § 19, nota de rodapé 43 [há tradução para o espanhol: ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Madri: Civitas, 1997]; também

ordem jurídica do mundo é possível encontrar uma definição positiva e juridicamente vinculante de culpabilidade. Em lugar nenhum encontramos uma frase como "há culpabilidade do autor quando...". É verdade que a culpabilidade penal, quando tomada em sentido amplo, pressupõe, entre outras coisas, a intencionalidade do agente – em regra definida positivamente pelas noções de dolo ou de culpa.* No entanto, mesmo se assumirmos este ponto, não estamos aqui diante de uma definição conclusiva, imune a qualquer objeção ou exceção que a ponha em xeque. Assim, do mesmo modo como ocorre com a persistente controvérsia em torno da distinção entre dolo eventual e culpa consciente no direito penal alemão (correspondentes às noções de *recklessness* e *negligence* do *common law*), também aqui acaba ganhando prioridade a delimitação negativa de um conceito frente aos casos que o excepcionam. Esse tipo de delimitação aplica-se com muita propriedade à determinação dos elementos que compõem o núcleo originário do conceito de culpabilidade, vale dizer, das circunstâncias que influenciam a própria formação da vontade individualmente reprovável. Mais especificamente: tal forma de delimitação pode ser claramente observada no plano do conceito jurídico-penal de culpabilidade *em sentido estrito*. Neste âmbito, o que encontramos não são senão definições negativas: um autor age culpavelmente** quando determinadas circunstâncias excepcionantes *não* estão presentes. No direito penal alemão, estas circunstâncias seriam, sobretudo: a incapacidade – causada por falta de maturidade (idade inferior a 14 anos) ou por enfermidade – de compreender a ilicitude do ato praticado ou de agir conforme um correto discernimento a esse respeito (cf. §§ 19 e 20 do Código

• • •

SCHILD, Wolfgang. In: _____. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1*, 2. ed. Baden-Baden, 2005, § 20, notas 7- 8.

* N.T.: Em alemão, os termos utilizados neste trecho são "*Vorsatz*" e "*Fahrlässigkeit*". No direito brasileiro, tais termos são traduzidos, respectivamente, como "dolo" e "culpa", daí resultando que, dependendo do tipo de intenção do autor, os crimes podem ser classificados em dolosos e culposos (cf. art. 18 do Código Penal brasileiro). É importante perceber, contudo, que o termo "culpa", aqui, não se relaciona com as ideias de "culpa" e de "culpabilidade", referidas em todas as demais passagens do texto pelo termo alemão "*Schuld*". Este refere-se à possibilidade de imputar individualmente uma pessoa por seu comportamento, possibilidade esta que se vê desafiada quando consideramos as implicações extraídas das novas pesquisas no campo da neurociência. Já o conceito de "culpa" relacionado à noção de "*Fahrlässigkeit*" refere-se à intenção do agente que se comporta com imprudência, imperícia ou negligência. Portanto, em português, o mesmo vocábulo pode fazer referência a duas ideias muito distintas, cada qual dotada, em alemão, de um termo próprio.

** N.T.: O termo "*Schuldhaft*" foi aqui traduzido como "culpavelmente", e não como "culposamente", de modo a evitar que a sentença em questão seja relacionada ao agir a título de culpa (derivado de imprudência, imperícia ou negligência), oposto ao agir a título de dolo – cf. explicação da nota de rodapé anterior. No presente caso, trata-se, portanto, do comportamento que, já analisado nos âmbitos da tipicidade objetiva e da tipicidade subjetiva, bem como no da antijuridicidade, é então verificado no plano da culpabilidade.

Penal Alemão – "StGB"); a falta de consciência de ilicitude, provocada por um erro inevitável (o chamado "erro de proibição", cf. § 17 do StGB); a presença, no momento do fato, de determinadas circunstâncias que tornam inexigível um comportamento em observância ao direito, ou que ao menos tornam compreensível a lesão de determinado bem-jurídico (caso, respectivamente, do chamado "estado de necessidade exculpante" e do excesso na chamada "legítima defesa" – cf. §§ 35 e 33 do StGB); por fim, a genérica inexigibilidade de conduta diversa (vista, por exemplo, em casos de colisão de deveres no âmbito dos crimes omissivos). Estas normas, que definem as circunstâncias que excluem a culpabilidade, não constituem um rol taxativo, tampouco gozam de uma validade transcendental em qualquer lugar ou tempo. Pelo contrário, elas variam consideravelmente, tanto do ponto de vista cultural quanto do histórico. Assim, o estado de necessidade exculpante é visto por algumas ordens jurídicas (como a da *common law* norte-americana) apenas como causa de diminuição de pena (mantendo intacta, portanto, a imputação de culpabilidade), e o marco definidor da maioridade penal oscila sensivelmente até mesmo entre os países da Europa ocidental.

A vantagem de se utilizarem essas definições negativas consiste no fato de que, através delas, o legislador não precisa se vincular a um determinado conceito de culpabilidade, o que lhe evita ter de acatar uma resposta possivelmente problemática à questão do livre-arbítrio. Ao lado dessa razão de ordem pragmática, porém, parece existir ainda uma mais profunda: na medida em que a ausência de uma causa excludente de culpabilidade ou de uma causa de exculpação implica diretamente – e sem necessidade de qualquer fundamento extra – a aceitação de que o autor agiu culpavelmente, torna-se claro que, em direito penal, todo delinquente é tomado por culpável, a não ser que um déficit interno ou externo aponte na direção contrária. No processo penal, o acusado é tido sem mais como culpado, a não ser que circunstâncias específicas tornem questionável tal suposição. Assim, a técnica utilizada pelo legislador (e também pelo precedente no *common law*) consiste em recorrer a um modelo de "regra e exceção", que leva a práxis jurídico-penal a operar com base em um processo de presunção passível de questionamento ou de refutação: a culpabilidade penal é aquilo que, em certo sentido, "sobra" quando nenhuma das exceções legais acima mencionadas estão presentes. Neste sentido é que Herbert L. A. Hart definiu a responsabilização no direito a partir do conceito de *atribuição passível de refutação (anfechtbare Zuschreibung)*.[3]

• • •

3 HART, Herbert. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, p. 171 ss, 1948-1949. Posteriormente, Hart voltou atrás em sua formulação, motivado pelas críticas que se voltaram contra o uso atribuído de seu conceito de ação; cf. HART, Herbert L. A. *Punishment and responsibility*. 2. ed. Oxford, 1988. P. V. Para críticas a este posicionamento, ver: PITCHER, George. Handlung und Verantwortung bei Hart. In: MEGGLE, Georg (Org.). *Analytische Handlungstheorie. Bd. 1*. Frankfurt am Main, 1977. p. 225 ss e GEACH, Peter. Der Askriptivismus. In: MEGGLE, Georg (Org.), op. cit., p. 239 ss. Para consequências jurídico-penais da tese de Hart, ver KUHLEN, Lothar. *Die Objektivität von Rechtsnormen*. Frankfurt am Main, 1978. p. 91-107.

Um agente é culpável sempre que não puder refutar, com base em circunstâncias excepcionais, a responsabilidade que *prima facie* lhe foi atribuída. Desta forma, e assim afirma o discurso leigo, a formação da vontade que levou o autor ao crime torna-se individualmente reprovável e, portanto, torna-se possível culpá-lo por seu ato.[4]

III. A CULPABILIDADE PENAL COMO PRESUNÇÃO DE NORMALIDADE

Quais são as consequências deste simples diagnóstico para o conceito jurídico-penal de culpabilidade? O direito penal e o sistema de justiça criminal operam com uma espécie de presunção de normalidade, que pode ser refutada recorrendo-se a circunstâncias excepcionantes. A regra consiste naquilo que encontramos regularmente na população em determinado período, isto é, naquilo que é tido como "normal". Aquele que não sofre de um dos déficits já mencionados ou não se encontra em uma situação extremamente difícil no momento do ato é tomado como capaz de observar o direito e de evitar a lesão a um bem-jurídico. Se a maioria dos destinatários das normas jurídicas pode agir conforme o direito sob circunstâncias normais, então também o pode o indivíduo. A maioria, assim, eleva suas capacidades médias à condição de padrão geral com base no qual os delinquentes são individualmente avaliados.[5] Isto se aplica tanto às capacidades cognitivas e volitivas gerais de uma pessoa quanto à diferença entre os conflitos que não são mais aceitáveis e os com os quais ainda se pode lidar, sem que se violem bens-jurídicos de outrem. Se o acusado corresponde ao padrão geral, então ele é culpável; se não corresponde, então não há culpabilidade nem legitimidade para puni-lo.

Nós nos comportamos dessa forma também no dia a dia. Se alguém pisa em nossos pés, tomamos espontaneamente a pessoa por responsável e reprovamos seu comportamento. Somente quando temos dúvida perguntamos se essa pessoa teve alguma razão para ter agido dessa forma, ou mesmo se alguma condição excepcional nos levaria a não mais reprová-la. Isso significa, contudo, que em regra tomamos a pessoa em questão como responsável por seus atos. Apenas quanto ela reage com um pedido de desculpas, quando percebemos que ela apenas tropeçou e, até mesmo, quando percebemos por seu comportamento que ela sofre de algum distúrbio psíquico grave, é que nós mudamos nossa orientação – "ela não o fez por querer, ela não o pôde evitar". Nestes casos, haveria uma série de condições que, ao menos por um momento, afetariam fortemente a competência média esperada de alguém

4 TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Kommentar. 52. ed. München, 2005. § 53, nota 28.

5 STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafgesetzbuch Allgemeiner Teil I*. 5. ed. Köln, 2004. § 10, nota 4.

que deve ser capaz de controlar racionalmente seus próprios movimentos corporais. Essa forma quase natural de atribuição social de responsabilidade, da qual nos afastamos apenas em casos excepcionais justificados, rege também o direito penal: "[...] se a culpabilidade penal não requer nenhum fundamento específico, isso é porque a responsabilidade de uma pessoa por seus atos é autoevidente – a não ser que incidam, sobre o caso, determinadas exceções".[6]

IV. O que significa a presunção de normalidade?

Se essa prática parece funcionar bem nas interações sociais do dia a dia, a certeza dessa rotina cotidiana se perde diante de casos difíceis, que exigem um distanciamento momentâneo e alguns questionamentos fundamentais. Algumas perguntas, então, ficam em aberto, principalmente sobre se e como a presunção generalizada de normalidade pode ser justificada e, especialmente, sobre se, a partir dela, devem ser extraídas conclusões a favor ou conclusões contra um conceito de culpabilidade fundado no livre-arbítrio.

Como já mencionado, um breve olhar sobre a lista de exceções à imputação *prima facie* de responsabilidade mostra que, aqui, não se trata de um conjunto taxativo, que compreenderia todos os elementos cuja ausência implica uma atribuição de culpabilidade. A confirmar isso estão tanto a heterogeneidade das condições excepcionantes quanto a variabilidade histórica e cultural dessa lista. Levando esses elementos em conta, não parece ser possível extrair dessas condições um conteúdo positivo para a presunção de normalidade com a qual operamos a atribuição cotidiana de responsabilidade. Parece, portanto, que nós sabemos intuitivamente quando a normalidade *não* deve ser atribuída (por exemplo, na presença de uma enfermidade psíquica), mas que, no entanto, nós não conhecemos todas as condições necessárias e suficientes para a presunção de normalidade em si.

Para além disso, permanece em aberto a questão sobre se a imputação de normalidade baseia-se em uma *regularidade* estatística, em uma *regra* normativa, ou em *ambas*. A favor da tese de que se trata de uma imputação baseada em uma regularidade estatística, menciona-se o fato de que, em condições políticas e sociais normais (isto é, em que não haja extrema desigualdade social, graves conflitos sociais, massiva repressão política combinada com criminalidade estatal etc.), a maior parte da população geralmente comporta-se conforme o direito. É verdade que as pesquisas criminológicas sobre as chamadas "cifras negras" nos ensinam que o número de violações à ordem jurídica é bem maior do que aquele concebido pelas estatísticas criminais produzidas pela administração da justiça. No entanto, é pouco discutível o fato de que ao menos as normas jurídicas elementares parecem, no geral, ser seguidas. Neste plano, é pouco convincente o argumento de que isso acontece, predominantemente,

6 Idem, § 7, nota 28.

não por livre e espontânea vontade das pessoas, mas sim por conta de uma conformação externa e simultânea de comportamentos que, internamente aos atores, apontam em sentidos divergentes; afinal, este só seria o caso se estivéssemos diante de um terrorismo aberto ou de um total controle preventivo estatal, de um forte condicionamento ou de um amplo processo disciplinador da psique dos destinatários das normas. Não sendo este o caso, o conceito de culpabilidade penal funda-se, portanto, sobre o fato de que a maioria dos destinatários das normas dispõe de uma medida mínima de autocontrole e capacidade de compreensão, de modo a que a presunção de normalidade, até aqui, parece legitimar-se apenas com base em elementos empíricos.

Não obstante isso, essa presunção de normalidade possui também um sentido normativo, ao menos sob dois aspectos:

(1) Por um lado, considerar determinada capacidade média como base para imputação de culpabilidade jurídico-penal é, por si só, uma decisão normativamente fundada. Isso fica claro já quando o legislador tem de decidir sob quais condições estamos diante de um caso de inimputabilidade penal* (cf. § 20, StGB), isto é, onde deve se estabelecer a fronteira que separa o normal do anormal. Já em um primeiro filtro da análise da culpabilidade, no qual se verificam as condições biológicas da inimputabilidade (os chamados componentes biológico-psicológicos),[7] o que conta não é apenas o atual estado do conhecimento médico-científico sobre doenças ou distúrbios físicos e psíquicos – capazes de intervir a ponto de nos permitir seguir à análise em um segundo filtro, no qual perguntamos sobre a real capacidade de compreensão e de controle de que dispunha o autor no momento da infração. Na realidade, o conhecimento médico-científico esbarra em uma política criminal normativamente orientada, que decide, com base em seus próprios critérios, que paradigma médico de doenças e distúrbios deve ser incorporado ao âmbito de verificação da imputabilidade. Isso ficou exemplarmente claro nos debates da comissão parlamentar de Reforma de 1975,** nos quais se discutia se o acima referido primeiro filtro do § 20 deveria ser desenhado como

* N.T.: O termo usado no original é *Schuldunfähigkeit*, traduzível literalmente como "incapacidade de culpabilidade". Optamos pelo termo "inimputabilidade", posto que, no debate brasileiro, este é o conceito usado para se referir aos casos em que, por déficits biológicos ou psíquicos, uma pessoa não é vista como alguém cujo comportamento pode ser tido como culpável e, portanto, penalmente imputável. Tal é a equivalência destes dois termos que o art. 26 do Código Penal brasileiro, ao tratar dos chamados "inimputáveis", corresponde, em linhas gerais, àquilo que o Código Penal alemão, em seus §§ 19 e 20, define como casos de "incapacidade de culpabilidade".

7 LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25. ed. Munique: C.H. Beck, 2004. § 20 Rn. 1 e seguintes.

** N.T.: O autor faz, aqui, referência à grande Reforma do Código Penal alemão, conduzida durante as décadas de 1950, 1960 e 1970. Em 1953 e 1954, o Ministro da Justiça Thomas Dehler, seguido por seu sucessor

"um gargalo estreito ou um largo portão de entrada". Se o portão de entrada para o primeiro filtro fosse desenhado com grande amplitude, afirmavam alguns especialistas, surgiria então o perigo de "rompimento da represa" – isto é, precisaríamos tomar *mais* autores por inimputáveis do que seria desejável *do ponto de vista político-criminal*. Afirmava-se, por exemplo, que os efeitos preventivo-gerais usualmente atribuídos à pena acabariam perdendo força se potenciais infratores pudessem contar com uma alta probabilidade de declaração de inimputabilidade em um processo.[8] Richard Lange manifestou esse temor sem nenhuma cerimônia: se desenhado amplamente, esse primeiro filtro se tornaria uma espécie de "porta de entrada para os associais".[9] Sob este receio, o primeiro filtro previsto no § 20 do StGB foi então mantido como um gargalo estreito. Diante deste caso, percebe-se que apenas a constatação empírica de determinada deficiência ou de determinado distúrbio não é capaz de fornecer uma resposta suficiente para a pergunta acerca da imputabilidade de um autor. Mesmo quando perversões derivadas de desigualdades sociais incidam intensamente na psique do delinquente, impedindo-o de controlar seus atos – o que representa sensível restrição à sua liberdade, ainda que ele tenha capacidade de compreensão sobre o ilícito –, ele pode acabar sendo tomado por imputável, porque a sociedade, *por razões normativas*, assim o quer. Até mesmo os corrompidos socialmente podem se controlar (assim afirma o mote normativo) e pertencem, por isso, ao amplo grupo dos "normais", dentro do qual um delito pode ser imputado a alguém com fundamento em sua culpabilidade.[10] Além disso, a pena fundada na culpabilidade deve ser capaz de enviar uma mensagem de prevenção geral a todos os potenciais delinquentes que se encontram em uma situação semelhante àquela do imputado, afirmando que também eles devem se controlar, se não quiserem se arriscar a sofrer as consequências nocivas da responsabilização jurídico-penal.

(2) Por outro lado, este sentido normativo da presunção de normalidade mostra-se também na aplicação do direito ao caso concreto. Do fato empírico de que determinadas

• • •

Fritz Neumayer, constitui uma comissão para a redação de um novo Código Penal para a República Federal da Alemanha. Tal comissão, composta por 24 membros, entre professores, políticos e membros do Judiciário, redigiu uma série de projetos de modificação legais, que influenciaram sensivelmente tanto mudanças na Parte Geral quanto mudanças na Parte Especial do Código Penal então vigente naquele país.

8 Argumento este que parece muito duvidoso, tendo em vista as consequências em regra esperadas do tratamento de inimputáveis (através de sua condução a um estabelecimento psiquiátrico – cf. § 63, *StGB*).

9 Citado por SCHILD, Wolfgang. Op. cit., § 20 Rn. 21, onde também se encontra um breve panorama sobre a história da Reforma.

10 Para mais detalhes, ver GÜNTHER, Klaus. Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens. In: LÜDERSSEN, Klaus (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Legitimationen. Baden-Baden: Nomos, 1998. v. 1, p. 319 ss.

capacidades são encontradas na maioria da população, nós extraímos implicitamente uma norma que exige do indivíduo um comportamento de acordo com esse padrão majoritário. Dito brevemente: se a maioria dos destinatários das normas *pode* se controlar e *pode* evitar se comportar ilicitamente, então também o *deve* o indivíduo. Assim, da capacidade média e geral acabamos extraindo implicitamente um dever dirigido ao cidadão individualmente considerado. Já em 1910, Eduard Kohlrausch resumia esta ideia: "portanto, em cada julgamento no qual a culpa por um ato é imputada a um autor, existe uma generalização do caso, uma equiparação entre o acontecimento concreto e um acontecimento normal (o que não significa outra coisa senão um acontecimento esperado ou exigido)".[11] Independentemente da duvidosa legitimidade desta derivação de um "dever" a partir de um "poder" – que para o infrator significa, como nota corretamente Kohlrausch, "você pode, logo você deve" –, fato é que daí também não se pode obter qualquer resposta para a pergunta sobre se o delinquente, no caso concreto, era efetivamente capaz de evitar a violação da norma.

Diante do exposto, tanto o lado empírico quanto o lado normativo da presunção de normalidade deixam claro que esta não se sustenta apenas de maneira contrafática. Capacidade de compreensão e capacidade de autocontrole são qualidades encontradas na maioria dos destinatários das normas, de modo que estes se comportam, em regra, conforme o direito. Quem pertence a essa maioria, dispondo dessas capacidades, e apesar disso viola bens jurídicos alheios, é tratado de acordo com tal condição – isto é, como uma pessoa cujas capacidades não foram usadas como se podia e se devia. Nisto funda-se a possibilidade de se imputar culpabilidade penal. Uma pessoa pode, contudo, questionar essa imputação, afirmando dispor de condições que justifiquem um tratamento excepcional. No caso das chamadas causas de exclusão de culpabilidade (menoridade penal, inimputabilidade e erro de proibição inevitável), o autor é retirado total ou parcialmente do grupo majoritário dos capazes, ao passo que, no caso das chamadas causas de exculpação (estado de necessidade exculpante, excesso na legítima defesa e colisão de deveres), a pessoa mantém-se neste grupo, pois se trata, aqui, de circunstâncias que apenas dificultam o comportamento conforme o direito. É verdade que também estas últimas circunstâncias acabam tendo como consequência a negativa de culpabilidade; no entanto, isto não se deve ao fato de que o autor, no momento da infração, sofresse de um total déficit de normalidade.[12]

• • •

11 KOHLRAUSCH, Eduard. Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung. In: *Festgabe für Karl Güterbock*. Berlin, 1910. p. 3 ss (especialmente p. 25). Uma versão atual deste argumento pode ser encontrada em JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. AlIgemeiner Teil. 5. ed. Berlim, Duncker & Humblot, 1996. § 39, III [há tradução para o espanhol: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Albolote: Comares, 2002].

12 Por fim, resta ainda a possibilidade de diminuição de pena, como ocorre nos §§ 21, 213, 17, 35 e nas razões determinantes para o cálculo de pena previstas no § 46, StGB. Sobre a diferenciação entre causas

V. Presunção de normalidade e livre-arbítrio

Portanto, para a ciência do direito penal em sua controvérsia com a neurociência, a pergunta decisiva deveria ser a seguinte: as capacidades que, por razões empíricas e normativas, são consideradas "normais" na maioria das pessoas podem ser interpretadas como livre-arbítrio? Ou formulado de maneira inversa: as pessoas dotadas de capacidades normais não seriam tão determinadas quanto as que delas não dispõem? Nos debates jurídico-penais, podemos encontrar tanto posições deterministas quanto posições indeterministas e posições agnósticas a respeito destas perguntas.

Von Liszt definia a imputabilidade como sendo o reflexo de uma espécie normal de determinação, fundada na percepção e em motivos para ação (por ex.: valores religiosos e morais, bem como a ameaça da pena): "imputável é todo ser humano mentalmente são e maduro, sem qualquer distúrbio de consciência. A essência da imputabilidade é formada, nestes termos, tanto por uma espécie normal de percepção quanto por uma motivação normal para o agir".[13] De acordo com Von Liszt, portanto, o imputável é em seu comportamento tão determinado quanto o inimputável, sendo que a diferença entre eles consiste apenas no tipo e na forma de determinação incidente sobre o primeiro, que é tida como normal, ao passo que a determinação que age sobre o último afasta-se sensivelmente do campo da normalidade. O imputável pertence à parcela dos homens capaz de ser determinada causalmente por valores, normas e ameaças de pena – dessa forma, se ele, em um caso particular, tiver sido mais fortemente motivado em direção a um comportamento desviante, seria este um motivo para lhe atribuir a autoria da infração e para apená-lo com fins preventivo-especiais.[14] Como muitos outros deterministas, também Von Liszt dispõe de um forte argumento contra o indeterminismo, isto é, contra a tese que defende a existência de um livre-arbítrio absoluto: se nosso comportamento não fosse determinado por absolutamente nada, se a liberdade fosse possível apenas e tão somente de forma não condicionada, então todos os nossos atos

• • •

de exclusão de culpabilidade e circunstâncias exculpantes, ver JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., § 43, II; contrariamente, ver ROXIN, Claus. Op. cit., § 19 Rn. 56 ss (que, crítico desta diferenciação, afirma que, tanto em um caso quanto em outro, o determinante é que a pena, por razões de prevenção geral, não seria necessária). Sobre isso, ver com a exposição detalhada de WÜRFEL, Christine. In: _____. *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2008. p. 335 ss.

13 LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 13. ed. Berlim, 1903. p. 163 ss.

14 Von Liszt sustenta em seu ensaio "A imputabilidade penal – uma réplica". (*ZStW*, 18 (1898), p. 229 ss, especialmente p. 258): "Nós também podemos dizer: este crime é determinável através da ameaça de pena – ainda que ele, de fato, não o tenha sido nos casos em que a infração é cometida. Com isso nós queremos dizer que a maioria dos homens comuns fica intimidada pela possibilidade de sofrer uma pena, e que estes homens não são essencialmente diferentes dos demais. É sobre essa *semelhança* entre criminosos e homens comuns que nós fundamos nossos prognósticos e nossos juízos valorativos".

seriam apenas um fruto do acaso. Aceitar isso, no entanto, implicaria tornar uma pessoa responsável pelo acaso, o que acabaria por contradizer muito mais nossas intuições do que pressupor que somos efetivamente determinados.

No rumo diametralmente oposto ao tomado por Von Liszt, seguindo em direção a um indeterminismo, encontramos uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof – "BGH"*) de 1952, versando sobre um caso de erro de proibição. Nela, sustenta-se que o fundamento para o juízo de culpabilidade estaria "na autodeterminação livre, responsável e moral de que dispõe o ser humano e que o torna capaz de se decidir a favor da legalidade e contra a ilegalidade".[15] Com isso, afirmava-se que, no momento do ato, o autor teria tido a liberdade de agir de modo diverso, isto é, de evitar cometer a infração e, portanto, teria tido a possibilidade de observar o direito. Esta tentativa do Superior Tribunal de definir positivamente o conceito jurídico-penal de culpabilidade, contudo, acabou não indo muito longe. Os juízes continuaram sem verificar se, em cada caso concreto, todos os elementos do conceito de culpabilidade postos na definição do Tribunal estavam ou não presentes no acusado. Isso também sequer poderia ser diferente, posto que se sabia ser impossível provar que um autor, no momento do ato, efetivamente poderia ter agido de outro modo – assim a principal crítica ao posicionamento do BGH (feita, por ex., por Paul Bockelmann e Arthur Kaufmann).[16] Independentemente disso, com essa definição positiva também não é possível pôr fim à controvérsia científica em torno do conceito de culpabilidade e de sua relação com o livre-arbítrio. Isso porque, se entendermos a definição do Tribunal nos termos de um forte indeterminismo, grandes problemas surgem imediatamente: afinal, a tese segundo a qual uma pessoa, sob condições idênticas às do fato ilícito, poderia ter agido de forma diversa da que agiu, não apenas não pode ser comprovada, como também faz com que o fato ocorrido seja visto como mera obra do acaso. E se concebemos a "liberdade" como um agir sem causas e condicionamentos, então nem mesmo em um sentido fraco seria lícito imputar o agente, afirmando ser ele causalmente responsável pelo que aconteceu.[17]

• • •

15 Decisões do Superior Tribunal de Justiça em matéria penal. *BGHSt*, v. 2, 194 (200).

16 BOCKELMANN, Paul. Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit. *ZStW*, v. 75, p. 372 ss, 1963; KAUFMANN, Arthur. Das Schuldprinzip. 2. ed. Heidelberg, 1976. Anexo, p. 263 ss; do mesmo autor, também: Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht. *JURA*, p. 225 ss, 1986. Para uma história crítica da recepção deste julgado do BGH e para seus impactos na jurisprudência que lhe seguiu, ver NEUMANN, Ulfrid. Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs – Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum. In: ROXIN, Claus; WIDMAIER, Gunther (Org.) *50 Jahre Bundesgerichtshof* – Festgabe aus der Wissenschaft. Munique, 2000. V. IV, p. 83 ss.

17 Ver, sobre isso, SCHELLING, Friedrich W. Philosophische Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und damit zusammenhängende Gegenstände. In: *Ausgewählte Werke,* Schriften von 1806-1813. Darmstadt, 1976. p. 275 ss (especialmente p. 327): "[...] e se a liberdade não pode ser salva senão

Diante desta contradição, muitos autores acabam adotando um posicionamento agnóstico, procurando então definir o conceito jurídico-penal de forma que ele fique aberto tanto para posturas deterministas quanto para posturas indeterministas. Neste sentido, Roxin – que declaradamente se reconhece como agnóstico – sustenta que "a culpabilidade deve ser entendida como agir ilícito apesar da idoneidade do autor para ser destinatário de normas".[18,*] Com isto não se quer dizer mais do que a capacidade psíquica de uma pessoa para se controlar, isto é, para reagir psiquicamente a normas de modo a incluí-las em seu mecanismo de ação. Também aqui, contudo, reencontramos o questionável argumento da força normativa do fático, principalmente quando Roxin estabelece que essa capacidade de autocontrole "estaria, na maioria dos casos, presente nos adultos saudáveis".[19] Quem fosse assim constituído deveria ser tratado como livre, e este seria "um posicionamento normativo cujo valor social independe da problemática do livre-arbítrio, tanto a apresentada pela teoria do conhecimento como a posta pelas ciências naturais".[20] A vantagem dessa posição é que ela deixa claro que a decisão sobre a *normalidade* ou *anormalidade* de uma determinação é, acima de tudo, uma decisão *normativa*, que se mede por valorações sociais acerca da normalidade e da liberdade. E essa vantagem pode ser tanto maior quanto mais profunda-

como completo acaso, então ela não deve ser salva de forma alguma". O mesmo argumento desempenha já no século XIX um papel central nos debates jurídico-penais com o hegelianismo (entre outros, *Merkel* contra *Hälschner*); sobre isso, GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main, 2005. p. 14 ss. Sobre a controvérsia filosófica em torno da liberdade condicionada e da liberdade incondicionada, ver com detalhes BIERI, Peter. *Das Handwerk der Freiheit*. Munique; Viena, 2001. p. 165 ss.

18 ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. Op. cit., § 19, Rn. 36.

* N.T.: A expressão utilizada neste trecho é "*unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit*". Como nota Luís Greco, "*Ansprechbarkeit*" é o substantivo derivado do adjetivo "*ansprechbar*", que pode ser traduzido como qualidade daquele com quem se pode falar, isto é, aptidão de que dispõe aquele capaz de ser destinatário de uma mensagem. Quando transposto para o discurso jurídico-penal, o termo é de difícil tradução. Miguel Diaz e Garcia Conlledo, quando da tradução do *Tratado* de Roxin para o espanhol, utilizaram-se do termo "*asequibilidad normativa*" (cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General, op. cit., p. 802). Já Juarez Cirino dos Santos traduziu a expressão como "dirigibilidade normativa" (cf. SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 212). Estamos, no entanto, de acordo com Luis Greco, segundo o qual estas duas tentativas pouco dão conta de explicitar corretamente a ideia contida na expressão original do alemão. Esta, quando inserida no contexto tratado por Roxin, procura se referir à uma aptidão empiricamente verificável para ser destinatário de uma mensagem normativa, fato este que nos levou a acompanhar a proposta de Greco de traduzir o termo como "idoneidade para ser destinatário de normas" (cf. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 87).

19 ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. Op. cit. § 19, Rn. 36.

20 Idem, § 27.

mente a liberdade marcar a autocompreensão da sociedade e as instituições sobre ela fundadas. Esta linha argumentativa, contudo, permanece exposta a uma relevante objeção: para um determinista consequente, continua em aberto saber qual é a vantagem de se perceber o caráter normativo dessa decisão sobre a normalidade, no momento em que o livre-arbítrio passa a ser visto pela neurociência como uma completa ilusão.[21]

Essa deficiência acabou levando alguns autores a desvincularem o conceito de culpabilidade de qualquer referência à liberdade e definirem-no exclusivamente com base em critérios normativos ou funcionais.[22] Como culpável, então, *é tido* todo delinquente cuja punição for necessária para se alcançar determinado fim socialmente desejado – seja ele a intimidação de potenciais futuros infratores, seja ele o reestabelecimento ou o fortalecimento da confiança da coletividade na validade das normas jurídicas e na inviolabilidade dos bens jurídicos. Aquele que, sob circunstâncias internas e externas normais, comete um delito, estaria afetando os que, sob as mesmas condições, comportaram-se de acordo com o direito – devendo, por isso, ser tratado como alguém individualmente responsável pela violação jurídica, arcando sozinho com os custos de sua infração. Todo o sentido da responsabilização jurídico-penal ou da atribuição de culpa esgota-se neste contexto. A possibilidade de uma sociedade ser afetada por violações de normas – e em que medida isso ocorre – passa a depender de suas condições funcionais enquanto sistema comunicativo, bem como de suas decisões fundadas normativamente. Tomar, por exemplo, a falta (inevitável) de conhecimento sobre a ilicitude como uma excludente de culpabilidade constitui uma decisão relativamente recente – posto que, durante muitos séculos, valeu a regra contrária, segundo a qual o desconhecimento não afasta a aplicação da pena *(errar iuris nocet)*. O reconhecimento de tal "erro de proibição" como uma causa excludente de culpabilidade deriva, portanto, não de uma descoberta da neurociência, mas sim de uma consideração normativa, segundo a qual uma infração assim cometida é inofensiva para o funcionamento de uma sociedade moderna, não veiculando nenhum sentido comunicativo capaz de afetá-la. Nesta mesma linha, mas na direção contrária, uma sociedade pode também decidir tomar por culpável um delinquente pessoalmente muito afetado e em uma situação de perigo, se isto for tido como necessário para o

21 Ver sobre essa objeção PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit?* Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung. 2. ed. Frankfurt am Main 2005. p. 235.

22 Ver, exemplarmente, JAKOBS, Günther. Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit. In: HEINRICH, Dieter (Org.). *Aspekte der Freiheit*. Regensburg, 1982. p. 69 ss. Em seu mais recente ensaio, intitulado "Individuum und Person" e no qual encontramos um posicionamento crítico frente aos desafios e questionamentos postos pela neurociência, Jakobs volta a se permitir o uso do termo "liberdade" (e até mesmo do termo "livre-arbítrio"), fazendo-o, no entanto, exclusivamente no plano do significado e da imputação constituída através do sistema comunicativo da sociedade (ver JAKOBS, Günther. Individuum und Person. Op. cit., p. 257 e 261 ss).

funcionamento do sistema – por exemplo, não reconhecendo como um caso de estado de necessidade exculpante a ação de soldados ou de bombeiros, por serem estes obrigados a suportar grandes riscos (cf. § 35, StGB), ou exculpando por excesso de legítima defesa apenas as pessoas que ultrapassam o limite em razão de medo ou pânico, mas não aquelas que o fazem por raiva ou fúria em níveis socialmente inaceitáveis.

Com desvinculação da culpabilidade em relação à liberdade, atingimos um estado no qual aquela é sustentada apenas por seu "valor" ou por sua função social. Em 1910, Eduard Kohlrausch caracterizou essa forma de presunção generalizada de capacidade média para cada delinquente individual em uma famosa expressão, segundo a qual, "com isso, a capacidade individual torna-se uma ficção necessária ao Estado".[23] O fundamento dessa ficção residiria não mais na liberdade da pessoa, mas sim nos fins e nas exigências funcionais do Estado e da sociedade a serem alcançados e satisfeitos pela imputação de responsabilidade. Tomado nestes termos, enquanto mera ficção puramente vinculada a fins, o conceito jurídico-penal de culpabilidade pode ser defendido mesmo se entendermos que o comportamento humano é, de fato, causalmente determinado. Afinal, não seria a liberdade que daria conteúdo a esse conceito, mas sim sua finalidade social. Kohlrausch, no entanto, deixou bem claro o que isso significa para o indivíduo delinquente: "[...] o autor torna-se vítima da coletividade, ele passa a ter de sofrer no interesse dela".[24]

Seja como for, também nesta concepção a irresolúvel questão da liberdade parece ressurgir como visitante não convidada. E isso em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, a sociedade não pode a seu bel-prazer "tornar vítimas" os seus delinquentes. Se assim o fosse, seria preciso, por razões de intimidação, punir com maior intensidade o autor de uma morte causada por imprudência no trânsito do que o autor de um homicídio doloso. Este exemplo mostra que também uma pena funcional deve ser capaz de manter uma relação de adequação com o fato e com o grau de culpabilidade do indivíduo. Quem viola bens jurídicos alheios em uma situação difícil, mas ainda assim culpável, merece uma punição menor do que aquele que, por exemplo, age por puro interesse próprio. Contudo, esta proporcionalidade entre fato, culpa e pena não se deixa determinar sem que seja feita referência ao grau de liberdade e de envolvimento interno do delinquente quando da execução de seu ato.[25] Desta forma, o conceito jurídico-penal de culpabilidade acaba funcionando também como limite normativo para penas com funções preventivas. Por conta disso é que Roxin

23 KOHLRAUSCH, Eduard. Op. cit., p. 26.

24 Idem.

25 Ver, para detalhes, GÜNTHER, Klaus. Voluntary action and criminal responsibility. In: MAASEN, Sabine; PRINZ, Wolfgang; ROTH, Gerhard (Org.). *Voluntary action*. Brains, minds, and society. Oxford, 2003. p.263 ss.

atribui ao conceito de culpabilidade não o papel de ficção necessária ao Estado, mas sim o de pressuposto de liberdade voltado à proteção do cidadão contra excessos preventivos da pena estatal.[26]

Em segundo lugar, a dependência do conceito de culpabilidade em relação a seu valor social deixa claro que a determinação do "se" e do "como" da culpa penal constitui uma decisão que requer fundamentação social, isto é, uma decisão que para o legislador é *política*. Neste ponto, contudo, seria necessário trazer à baila a pergunta que Roxin deixou de fazer: *quem*, com base em que *critérios*, em que *fóruns* e mediante que *procedimentos* deve ser tido como competente para definir a fronteira entre o normal e o desviante? Certamente, para esta pergunta existem muitas respostas possíveis – que podem, por sua vez, ser agrupadas de acordo com seu grau de compatibilidade com a ideia de liberdade, a depender de se esta resposta é dada por um Estado autoritário, por uma sociedade de classes ou por um Estado democrático de direito. Em 1898, von Liszt ainda podia afirmar: "[...] *nós*, a classe dominante, determinamos hoje quem deve ser apenado e quem não deve. *Nós* tomamos os deficientes mentais como penalmente inimputáveis".[27] No entanto, se o conceito jurídico-penal tem alguma função social e qual é esta função, isso é algo que depende da própria sociedade e de seu conjunto de valores. Se a liberdade pertence a este conjunto, então o conceito de culpabilidade não pode entrar em contradição com ela. Concebido neste sentido, percebe-se que no conceito de culpabilidade está refletida a própria autocompreensão normativa da sociedade. Em uma democracia fundada sobre direitos humanos fundamentais e constituída nos termos de um Estado de direito, os cidadãos e as cidadãs são titulares tanto de direitos subjetivos de liberdade quanto de direitos de participação política com os quais eles próprios se entregam a uma ordem livre. Esses direitos sequer poderiam ser reciprocamente reconhecidos, se não fosse também reciprocamente atribuída a cada pessoa certa normalidade no que tange à sua capacidade de compreensão e de autocontrole, atributos estes com base nos quais cada um pode exigir do outro a fundamentação de suas pretensões, bem como pode avaliá-las, refutá-las, adotá-las para si e tomá-las como pauta de suas ações. Os cidadãos estariam se contradizendo se, por um lado (p. ex. no âmbito da liberdade de expressão ou da de contratar), aceitassem atribuir a si mesmos esta normalidade, mas, por outro (p. ex. no âmbito do conceito de culpabilidade), tornassem a negá-la. Disso decorre que essa presunção de normalidade não pode ser a mera expressão da autocompreensão fática da classe dominante, à qual se submeteria o indivíduo delinquente através de sua punição fundada em culpabilidade; pelo contrário, essa presunção deve, em si, tornar-se um tema de crítica e de legitimação públicas por parte de todos os envolvidos – envolvidos estes

26 ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. Op. cit., § 19 Rn. 49.

27 LISTZ, Franz von. Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit. Op. cit., p. 256.

que devem, por sua vez, também fazer uso dessa presunção de normalidade quando de sua participação em um debate público.[28] As capacidades de compreensão e de autocontrole constituem, portanto, tanto tema como *medium* desse processo de legitimação pública. Em suma: tanto a presunção de normalidade de compreensão e de autocontrole, praticada na atribuição de culpabilidade, quanto a definição sobre as condições que a excepcionam e em que medida isso deve acontecer, são questões que apenas podem resultar de um processo de crítica e de legitimação públicas.

VI. Três caminhos para lidar com as conjecturas da neurociência

Os exemplos acima referidos mostram que um conceito de culpabilidade invariavelmente orientado pela ideia de liberdade não se deixa afastar nem por posições deterministas, nem por posições agnósticas. Nesta situação, restam para o direito penal e para a ciência jurídico-penal, fundamentalmente, três formas de lidar com os argumentos e as conclusões fortemente deterministas da neurociência. Esses caminhos foram seguidos também no passado, em diferentes medidas e com maiores ou menores implicações, no âmbito de controvérsias similares perante posições marcadas pelo determinismo:

(1) O primeiro dos caminhos consiste em deixar tudo como está, procedendo-se apenas a uma revisão – com base nos atuais conhecimentos da neurociência e das demais ciências naturais – dos critérios constantes do § 20 do Código Penal Alemão para a verificação da existência ou inexistência de distúrbios capazes de afetar a capacidade de compreensão e de autocontrole do acusado. Seguindo por este caminho, o direito penal não se desconecta da prática cotidiana de atribuição de liberdade e de responsabilidade, tal como inicialmente mencionada quando tratamos do modelo de "regra e exceção" presente em nossa sociedade. Esta saída ainda garante que a imputação jurídico-penal faça uso da mesma linguagem de atribuição praticada em nosso cotidiano, independentemente de nos considerarmos ou não seres em alguma medida determinados. Tomado nestes termos, o direito penal apenas elabora e formaliza os critérios de imputação e os procedimentos através dos quais se decide sobre a culpa do delinquente. Conta a favor deste caminho o fato de que ele coincide tanto com nossa autocompreensão socialmente praticada como com as estruturas, as instituições e os princípios básicos que constituem uma sociedade organizada de forma justa e composta de

28 Sobre este ponto, ver GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Op. cit.; Do mesmo autor, ver também Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, v. 2, p. 143 ss, 1994. Ver ainda KINDHÄUSER, Urs. Rechtstreue als Schuldkategorie. *ZStW*, v. 107, p. 701 ss, 1995 [há tradução para o espanhol publicada como La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad, na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, p. 9-52, n. 72, 2008].

cidadãos e cidadãs livres e iguais (como uma Constituição e seus direitos fundamentais, a democracia representativa, tribunais independentes, direitos de propriedade e liberdade de contratar). Neste sentido, as controvérsias envolvendo o determinismo, que se repetem ao menos desde o Iluminismo com cada mudança paradigmática das ciências naturais (da física à biologia, passando pela psicologia), teriam sido capazes de alterar apenas perifericamente o direito penal fundado na ideia de culpabilidade, não conseguindo, contudo, atingi-lo em seu centro. Esta opção (que em realidade é uma não opção) apresenta, no entanto, uma desvantagem: ela requer que a autocompreensão da sociedade e sua práxis de imputação cotidiana não se deixem influenciar pelos postulados da neurociência. O que hoje os proeminentes representantes dessa ciência pretendem é, porém, justamente o contrário – eles querem criar uma nova figura, um novo paradigma de ser humano.[29] E não por acaso eles escolheram a pena fundada em culpabilidade como oportunidade exemplar para realizar esse projeto.

(2) O segundo caminho consiste em se engajar nas controvérsias travadas entre a neurociência e a filosofia em torno do indeterminismo e do determinismo, com o objetivo de, eventualmente, revisarmos o conceito de culpabilidade. Neste plano, os conceitos dogmático-penais de problemática interpretação no âmbito da presunção de normalidade mostram-se como reflexo de debates filosóficos envolvendo o livre-arbítrio.[30] Nestes debates, por sua vez, encontramos diferentes tipos de argumentação, de versões mais estritas e versões mais flexíveis de determinismo e de indeterminismo, a conceitos de liberdade compatíveis com teses deterministas. Por um lado, uma argumentação estritamente determinista estaria obrigada a abrir mão tanto de nossa autocompreensão cotidiana acerca da liberdade, como das estruturas, das instituições e dos princípios que sobre ela estão fundados (entre eles não apenas o direito penal fundado na culpabilidade, mas também o próprio direito como um todo!). Mesmo que nós quiséssemos seguir por esse caminho, guiados pelo apelo dos resultados das pesquisas neurocientíficas, parece questionável, porém, a premissa de que nós *somos capazes* de objetivar de forma absoluta nossas relações sociais simbolicamente estruturadas e comunicativamente reproduzidas (entre as quais estão, inclusive, as ações dos neurocientistas em seus papéis de participantes de uma *scientific community* que orienta nossas concepções de verdade). Em outras palavras, parece duvidoso que consigamos nos compreender (!) duradouramente como objetos exclusivamente físicos, capazes de observar a nós mesmos e aos outros e de nos comunicar sobre nós mesmos e sobre os outros em uma linguagem

29 Sobre isso, ver, entre outros, Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Himforschung. *Gehirn und Geist*, v. 3, p. 30-37, 2004.

30 Ver, sobretudo, as contribuições da Filosofia do Espírito. De forma resumida e introdutória, STURMA, Dieter. *Philosophie des Geistes*. Leipzig, 2005; também PAUEN, Michael. *Grundprobleme der Philosophie des Geistes*. 2. ed. Frankfurt am Main, 2001; ver ainda BECKERMANN, Ansgar. *Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes*. 2. ed. Berlim; Nova York, 2001.

de observadores, sem que, com isso, nós nos deixemos de nos compreender como seres capazes de agir, de questionar e de aprender.[31] Por outro lado, uma argumentação estritamente indeterminista precisaria comprovar que existe uma espécie de hiato no mundo causalmente fechado da natureza, dentro do qual uma ação poderia ser realizada livremente sem que nenhuma causa lhe desse origem.[32] Mas, neste caso, a liberdade não seria diferente do acaso – pelo qual ninguém pode ser juridicamente responsável. A saída consistiria, então, na adoção de um conceito metafísico de liberdade, absolutamente desconectado da causalidade natural; contudo, com ele também não se poderia explicar por que o mundo dos espíritos livres seria capaz de causar algo no mundo da natureza sem que, com isso, ele próprio se tornasse parte dela. Diante destas considerações, o caminho mais promissor parece ser seguido por aqueles que não negam que nós vivemos em um mundo determinado e causalmente cerrado, mas que descrevem o tipo e os termos dessa determinação do ser humano por sua própria mente, de forma mais ambiciosa e complexa do que o fazem os neurocientistas. A determinação *normal*, à qual o direito penal está atrelado quando da atribuição de culpabilidade feita em termos de um modelo de "regra e exceção", seria então decifrada pela filosofia de forma mais detalhada do que por Von Liszt e seus(as) seguidores(as). Fundamentalmente, trata-se aqui da tese segundo a qual o agir livre é determinado por *razões* que, é verdade, surgem no âmbito de uma cadeia de causa e efeito, mas que, por outro lado, não se resumem completamente a esta, nem constituem seu mero epifenômeno – estando, portanto, para as relações causais assim como a fumaça está para o fogo. Esta tese acaba sendo decomposta em diferentes variantes parcialmente controversas. Assim, uma primeira variante afirma que a liberdade consistiria na capacidade de que dispõe uma pessoa para seguir seus objetivos de longo prazo e de se estabelecer contra fortes impulsos ou costumes profundamente arraigados; tal pessoa não teria seus atos completamente determinados por uma situação desencadeadora e, dependendo do quanto ela conseguisse se autodeterminar e se controlar, ela poderia então ser vista como autora responsável por suas ações.[33] Outras propostas chamam ainda a atenção para os diferentes contextos em que fazemos uso, por um

31 WINGERT, Lutz. Grenzen der naturalistischen Selbstobjektivierung. In: STURMA, Dieter (Org.). *Philosophie und Neurowissenschaften*. Frankfurt am Main, 2006. p. 240 ss.

32 Ao menos se permitindo partir desta hipótese (com a consequência de inverter o ônus da prova para os neurocientistas e, assim, proteger o conceito de culpabilidade), ver LÜDERSSEN, Klaus. Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie – Einfluß der modernen Himforschung auf das Strafrecht?. In: *Aktuelle Anthropologie, Jubiläumsband der wissenschaftlichen Gesellschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main*. Stuttgart, 2005. p. 187 ss.

33 Neste sentido, a partir de uma visão cognitivo-psicológica, GOSCHKE, Thomas. Vom freien Willen zur Selbstdetermination. Kognitive und volitionale Mechanismen der intentionalen Handlungssteuerung. *Psychologische Rundschau*, p. 186 ss, 2004.

lado, de explicações naturalísticas com base em leis causais e, por outro, de atribuição de responsabilidade a pessoas atuantes; esses jogos de linguagem poderiam conviver sem conflitos apenas porque cada um deles desempenharia uma função distinta.[34] Naturalmente, permaneceria em aberto saber se a especificidade própria das razões e dos motivos para se agir não se perderia no momento em que os concebemos apenas como um tipo mais complexo de causalidade. É verdade que, possivelmente, os cérebros precisem ser programados culturalmente para responder a razões; contudo, não devemos esquecer que as pessoas se movimentam no plano das razões de modo diverso aos *cérebros* em suas relações de causa e efeito.[35] Finalmente, há ainda aqueles que procuram sustentar sua visão em uma suposta inevitabilidade da experiência subjetiva de liberdade, para cuja existência existiriam tanto razões epistemológicas quanto causas neurobiológicas. As consequências dessa tese para o conceito jurídico-penal de culpabilidade são algo ainda indefinido; no entanto, provavelmente não derivaria daí nenhuma revisão fundamental.[36]

(3) O terceiro e último caminho consiste em extrair das teses fortemente deterministas formuladas pela neurociência a consequência radical de abolir do direito penal o conceito de culpabilidade, substituí-lo por categorias neurocientíficas, e pôr fim também à pena, de modo que, em seu lugar, intervenham sobre os indivíduos perigosos medidas de proteção da sociedade.

VII. Implicações da hipótese estritamente determinista

As implicações decorrentes de se seguir por este terceiro caminho são, contudo, temidas por grande parte dos neurocientistas.[37] A maioria deles se define como representante de um humanismo iluminista que quer libertar os seres humanos dos efeitos nocivos de uma ilusão, algo parecido com a luta contra a caça às bruxas do início da era moderna. Partilhar de um juízo de culpabilidade centrado na ideia de livre-arbítrio seria, neste sentido, tão equivocado quanto

• • •

34 WILLASCHECK, Marcus. Der freie Wille – Eine Tatsache des praktischen Lebens. *Forschung Frankfurt*, v. 4, (*Geist und Gehirn*). p. 51 ss, 2005.

35 Ver, sobre isso, WINGERT, Lutz. Gründe zählen. Über einige Schwierigkeiten des Bionaturalismus. In: GEYER, Christian (Org.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt am Main, 2004. p. 194 ss; também HABERMAS, Jürgen. Freiheit und Determinismus. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, p. 187 ss, 2005; ver ainda GÜNTHER, Klaus. Grund, der sich begründet. Oder: Was es heißt, eine Person zu sein. *Neue Rundschau*, p. 66 ss, 2003.

36 Para o mais recente posicionamento fazendo referência à inevitabilidade da experiência de liberdade e às suas implicações para o conceito de culpabilidade, ver BURKHARDT, Björn. Op. cit.

37 Assim, por exemplo, Gerhard Roth, em sua discussão travada com Klaus Günther. (*Bild der Wissenschaft. Caderno 3*, 2005).

acreditar que determinadas pessoas são dotadas de poderes malignos ou tomadas por maldições capazes de espalhar o mal no mundo. A pena fundada em culpabilidade apareceria, assim, como algo tão injusto quanto a pena de morte na fogueira imposta na Idade Média. Obviamente, o combate à caça às bruxas não foi exclusivamente conduzido por cientistas, nele se engajando, também, juristas que questionavam a legitimidade daquele tipo de prática. Mesmo depois, sempre houve operadores do direito (é verdade que constantemente influenciados por uma esfera pública crítica e esclarecida) lutando contra ilusões e presunções não comprovadas no âmbito do direito penal. Sob *esta* perspectiva, a neurociência e a ciência jurídico-penal crítica uniram suas forças e *trabalham conjuntamente* desde o Iluminismo. O § 20 do Código Penal alemão permaneceria como que sob a reserva de que os mais recentes descobrimentos da medicina não conduzam à revisão das premissas com as quais nós presumimos liberdade onde ela não existiria.

Contudo, é preciso perceber que essa crítica contínua a um limitado direito penal fundado na ideia de culpabilidade alimenta-se do convencimento de que só os agentes que agem livremente merecem a pena – e que, por isso, seria injusto ainda atribuir culpabilidade e impor pena a alguém que não tivesse liberdade no momento da conduta. Isto também vale para as teorias sociocriminológicas e psicocriminológicas que, surgidas nos anos 1960 e 1970, explicavam o fenômeno do crime fazendo referência à desigualdade social, a déficits de socialização ou distúrbios narcisistas no desenvolvimento psicológico, ocorridos no início da infância. Também essas teorias argumentavam em termos de um determinismo psíquico ou social apenas nos casos mais drásticos – posto que, em regra, tratava-se da tarefa de reconhecer e de modificar as condições sociais e psicológicas capazes de inibir, de reduzir ou de deformar *a liberdade*. Não é por acaso que a neurociência da atualidade vem acompanhada de uma política criminal que busca as causas e os motivos da criminalidade exclusivamente no delinquente, voltando-se contra qualquer explicação sociológica ou psicológica desse fenômeno.[38] É verdade que temos bons motivos para questionar se a pena, tomada como imposição de um mal e de um sofrimento por parte do Estado, é capaz de portar o significado e de atingir os fins perseguidos por esta política criminal.[39] De qualquer forma, até mesmo essa crítica da pena argumenta a favor da liberdade e da justiça que seriam violadas quando a sanção não pode

• • •

38 Sobre isso, ver KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie*. 3. ed. Bern, 2001. § 21. Para detalhes sobre esta polêmica dirigida às explicações sociológicas, ver exemplarmente BARKOW, Jerome. H.; COSMIDES, Leda; TOOBY, John (Org.). *The adapted mind* – Evolutionary psychology and the generation of culture. Nova York; Oxford, 1992.

39 GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe I. *West End – Neue Zeitschrift für Sozialforschung,* p. 117 ss, 2004. A parte II deste ensaio foi publicada em 2005, no caderno 1 dessa mesma revista, p. 131-141 [ambos os artigos foram traduzidos para o português, publicados na coletânea PÜSCHEL, Flávia Portela; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Teoria da responsabilidade*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009].

ser justificada. Em oposição a tudo isso, o humanismo esclarecido dos neurocientistas vai, contudo, mais além: o que se questiona é a própria possibilidade de formular uma justificação.

Neste momento separam-se os caminhos da neurociência e da ciência jurídico-penal crítica. Se o próprio paradigma de homem livre é renegado, então realmente ninguém mais pode ser penalizado. E se a pena não pode mais se fundar sobre um juízo de culpabilidade, então restaria como fim da sanção somente a proteção da coletividade. A partir de então, seria necessária a incidência de medidas de segurança no lugar da imposição de pena, como hoje ocorre com autores reincidentes e perigosos nas detenções preventivas, que podem até mesmo ser impostas retroativamente. Essas exigências de proteção da coletividade poderiam, ainda, variar fortemente, a depender das condições sociais e do clima político do momento. Dependendo de quão ameaçada a coletividade se sentisse diante de um infrator, a pena poderia ser maior ou menor. Uma pequena infração, cometida por um autor altamente perigoso, exigiria, assim, uma medida mais intensiva do que aquela requerida no caso de um crime grave cometido por um autor praticamente inofensivo. Além disso, a coletividade poderia acabar desenvolvendo demandas por segurança cuja legitimidade se apresenta como altamente questionável. Não faz muito tempo que, na antiga União Soviética, dissidentes políticos foram processados penalmente e tomados como inimputáveis, para que, então, pudessem ser internados como "loucos" em um estabelecimento psiquiátrico.[40] A característica de "periculosidade" deveria ser atribuída a uma pessoa cuja ação consista na violação de uma lei penal de caráter racista? Deve ser tomado como "perigoso", sendo inclusive eventualmente submetido a terapias e exames neurológicos, o presidente de um conselho de administração que, ao decidir a favor do pagamento de uma grande compensação, contribui sensivelmente para a dissolução da diretoria de uma empresa em crescimento no ramo de vendas e que, por isso, acaba sendo processado pela violação de um dever de fidelidade patrimonial, dever este que se mostra juridicamente indeterminado e de questionável validade (cf. § 266 do Código Penal alemão, tipo penal que criminaliza a "infidelidade patrimonial" – *Untreue*)?

Todas estas questões acerca da legitimidade das demandas por segurança não podem, contudo, ser propostas se partirmos de uma visão de mundo determinista. Nesse tipo de contexto, o paradigma de homem livre está tão pouco pressuposto no momento de determinação dos fins da pena quanto o está no momento de escolha dos indivíduos perigosos que devem ser apenados. Quando a pena não serve mais à proteção de liberdades iguais juridicamente garantidas, que outros fins restam? Provavelmente, sequer seria lícito falarmos de "fins", na medida em que esse termo pressupõe, implicitamente, algo determinado pela escolha e pela decisão das pessoas. Em lugar desta, encontraríamos apenas e tão somente o mero interesse de sobrevivência de uma maioria frente a uma minoria (melhor dizendo: de uma maioria

40 Sobre isso, conferir o filme *Gorki Park*, de Michael Apted.

de cérebros frente a uma minoria de cérebros). A definição de comportamentos como delituosos dependeria, então, do grupo que tenha se estabelecido como hegemônico em um determinado grupo de seres humanos (neurologicamente considerados). Vistas sob esta perspectiva, tanto a pena como a medida de segurança contra indivíduos perigosos não seriam nada mais que instrumentos de uma luta pela subsistência. Justo seria, então, aquilo que um grupo hegemônico usa para se proteger – justo seria o direito do mais forte. No entanto, ao menos desde Platão esta situação é vista como o oposto da Justiça.[41] Diante disso, o que acaba se mostrando como uma ilusão é o próprio humanismo encampado pelos neurocientistas críticos do direito penal.

VIII. Breve perspectiva para o futuro: o conceito de culpabilidade em um direito penal pós-preventivo

Apesar dos mencionados esforços de revisão do atual paradigma de homem livre, provavelmente os recentes desafios postos por uma neurociência marcada pelo determinismo não alterarão substantivamente nem o direito penal nem a práxis do sistema de justiça criminal. É possível que esta controvérsia esgote-se por si só, sem que, ao final, seja possível determinar qual dos dois lados da disputa trinfou do ponto de vista argumentativo. Na realidade, o direito penal da atualidade encontra-se em um acelerado processo de transformação que, porém, nada tem que ver com argumentos neurocientíficos, ocorrendo, pelo contrário, por conta de exigências político-criminais por segurança. Nesta perspectiva, o conceito jurídico-penal de culpabilidade vem se tornando absolutamente obsoleto, pois o delinquente vem sendo considerado por sua periculosidade perante os interesses de uma maioria que goza de amplas liberdades econômicas.

O combate legislativo à criminalidade organizada e à criminalidade econômica, bem como a luta contra graves delitos sexuais e contra o terrorismo internacional, acabou deslocando o equilíbrio existente entre liberdade e segurança, típico de um Estado de direito, dando clara preponderância a este último lado da balança. O direito penal ainda desempenha um papel secundário na arquitetura nacional (e cada vez mais global) de segurança, arquitetura esta que, além dele, toma como peças centrais tanto o uso de aparatos militares e de inteligência como o de mecanismos de prevenção policial.[42] Alguns exemplos disso podem ser vistos: no emprego de instrumentos de espionagem e de inteligência nos procedimentos de persecução

41 Ver, por exemplo, PLATÃO. Gorgias. 482d ss. In: _____. *Sämtliche Werke*. Organizado por Karlheinz von Hülser. Frankfurt am Main, 1991. V. II, p. 287 ss.

42 Sobre isso, GÜNTHER, Klaus. World citizens between freedom and security. *Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory*, n. 12, p. 379 ss, 2005 [há tradução para o português publicada

penal (agentes disfarçados e agentes infiltrados,* pequenas e grandes escutas ambientais e gravações telefônicas); na cooperação entre funcionários do Ministério Público, da polícia, dos tribunais superiores e da defesa militar, conjuntamente com esforços transnacionais em nível intergovernamental; na criminalização de perigos meramente abstratos, incidindo já em um momento prévio à efetiva lesão de um bem-jurídico (e verificável, por exemplo, nos §§ 129a e 129b do Código Penal alemão); na ampliação do uso de prisões provisórias, bem como na nova possibilidade de sua aplicação retroativa. Neste contexto, o direito penal limitado pelo princípio da culpabilidade, típico do *Welfare State*, orientado à prevenção, torna-se, então, um direito penal pós-preventivo exclusivamente voltado à garantia de segurança e à proteção global do sistema.[43] Esse direito penal pós-preventivo retira os delinquentes da práxis cotidiana de presunção de capacidades de compreensão e autocontrole, capaz de ser refutada em casos excepcionais. A determinação diferencial entre o comportamento normal e o anormal torna-se obsoleta, pois o combate a perigos intervém *muito antes* de que ela possa ser feita. O direito penal de outrora podia deixar para a maioria dos destinatários da norma e para suas capacidades a tarefa de se preocuparem com a observância média da ordem jurídica. Neste contexto, se ocorresse uma lesão a um bem-jurídico, a seu autor seria atribuída, mediante razões e a pretensão de validade do direito, uma idoneidade para ser destinatário de normas. Se o destinatário dessa atribuição não pudesse refutá-la com base em uma razão excepcional, então o direito penal poderia acusá-lo – em nome de uma coletividade "normal", na qual o próprio delinquente estaria inserido – de que, em razão de suas capacidades de compreensão e de autocontrole, ele poderia ter agido de modo diverso ao que agiu, comportando-se da forma que todos esperam uns dos outros. No lugar deste modelo, vem ganhando espaço a luta preventiva contra comportamentos perigosos. Trata-se, agora, de procurar, com base em uma perspectiva *ex ante*, o momento mais embrionário no qual se pode intervir de modo a obstaculizar um mecanismo de causa e efeito apto a, com alguma probabilidade, gerar algum dano. Neste contexto, não importa mais se aqueles que se envolveram nesse mecanismo agiram ou não de maneira culpável – nesse momento, já seria muito tarde para evitar o dano. Para se garantir segurança, é necessária uma intervenção mais preventiva –

• • •

como "Cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança" na *Revista Novos Estudos*, n. 83, p. 11-25, 2009]; ver também FRANKERBERG, Günter. Kritik des Bekämpfungsrechts. *Kritische Justiz*, p. 370 ss, 2005.

* N.T.: o termo utilizado é "*V-Leute*", passível de tradução literal pela expressão "pessoas-V". Trata-se da sigla para "*Verbindungs-Person*" ("pessoas conectadas", "pessoas que fazem a conexão") ou "*Vertrauens-Person*" ("pessoas nas quais se confia"), termos que se referem a pessoas de um serviço de inteligência infiltradas e disfarçadas para agirem como informantes. Optamos pela expressão "agentes infiltrados", em vista de melhor evidenciar este papel.

43 ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie* – Eine Grundlegung zum Strafrecht. 3. ed. Munique, 2005. § 6D.

mediante, por exemplo, de um agente disfarçado que, como *agent provocateur* em um experimento, testa se determinada pessoa pode ser vista como uma fonte relevante de perigo, ou por meio de um especialista em tortura que, empregando fatores causalmente estimulantes, põe sob pressão alguém tido como fonte de informação, a fim de evitar a ocorrência de danos ameaçadores. Quando os seres humanos são tomados somente como potenciais fontes de perigo sujeitas à vigilância estatal, interessam apenas aquelas circunstâncias determinadoras de comportamento, das quais podemos extrair algum prognóstico acerca de potenciais danos. É esta a lógica da prisão preventiva. Ela se baseia não mais na capacidade natural de compreensão e de autocontrole das pessoas – cujo uso equivocado é imputado também como erro pessoal –, mas sim em indicadores que, para além das acima mencionadas capacidades, reconhecem – ou talvez apenas presumam – disposições comportamentais portadoras de perigo. O indivíduo perigoso é tomado, assim, como mero complexo de conexões perigosas, no qual o Estado intervém por meio de contrafatores causais, quando não por meio do simples encarceramento em nome da proteção da coletividade contra futuros atos criminosos. Esse processo não é conduzido unicamente pelo Estado, o sendo também por uma ampla maioria que acredita ter seu modo de vida livre ameaçado por indivíduos e organizações perigosas.

Jakobs chamou essa despersonalização dos delinquentes (potenciais) de "direito penal do inimigo".[44] Ao contrário do que ocorre no direito penal do cidadão, que toma o delinquente como pessoa, o inimigo seria interceptado já em um estágio prévio à lesão de um bem jurídico e combatido em razão de sua periculosidade.[45] A qualidade de pessoa, de que dispõe todo cidadão, consiste precisamente no fato de que dele é normativamente esperado um comportamento orientado pelo código lícito/ilícito, e que essa expectativa é também cognitivamente garantida, na medida em que, no geral, ele se comporta em conformidade com ela. Neste contexto, a lesão individual de uma norma aparece apenas como erro – imputável a título de culpa.[46] Estes são, em resumo, os componentes fáticos e normativos da presunção de normalidade, já acima mencionados, e que estão na base do conceito jurídico-penal de

• • •

44 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. In: HSU, Yiu-hsiu (Org.). *Foundations and limits of criminal law and criminal procedure*, o.O, 2003. p. 41 ss (reimpresso em HRRS, 2004, Caderno 3. p. 88 ss. Disponível em: <www.hrr-strafrccht.de>.) [Há tradução para o português publicada na coletânea JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007]. Aqui interessa apenas o diagnóstico de Jakobs acerca de um direito penal do inimigo, e não a controvérsia, iniciada por suas manifestações, sobre se esta figura não seria, a princípio, "pejorativa". Em outras palavras, aqui não interessa a pergunta sobre se o direito penal do inimigo não seria também uma teoria justificadora e legitimadora.

45 Idem, p. 53.

46 Idem, p. 50.

culpabilidade. Ao inimigo são negados tais componentes, posto que ele não é reconhecido como pessoa livre.

Ao final deste percurso, pode parecer surpresa o fato de que os neurocientistas, com suas exigências político-criminais de abolição do conceito de culpabilidade, acabaram dando suporte para a transformação de um direito penal do cidadão em um direito penal do inimigo.[47] Cada qual a partir de uma perspectiva diferente, tanto a revisão neurocientífica do paradigma de homem livre quanto a moderna política criminal de segurança acabaram chegando ao mesmo resultado: o delinquente não deveria mais ser tomado como uma pessoa dotada de liberdade e de capacidade de compreensão e autocontrole, mas sim deveria ser visto como um feixe de causas e efeitos sobre o qual o próprio Estado deveria intervir causalmente, em vista de alcançar determinados fins. Diante do exposto, constitui uma trágica ironia, pouco explorada pela neurociência, o fato de que seus representantes aceitem de forma tão submissa este resultado e o defendam em nome de uma forma mais humana de lidar com aqueles que cometeram uma infração penal.

Klaus Günther
Professor de Teoria do Direito e Direito Penal na Goethe-Universität, em Frankfurt, Alemanha.
k.guenther@jur.uni-frankfurt.de

47 Sobre este paralelo, ver LÜDERSSEN, Klaus. In: _____. *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Op. cit., p. 405 ss.

V. 13 N. 3
SET-DEZ 2017

ISSN 2317-6172

FGV DIREITO SP

28

ISSN 2317-6172
9 772317 617004