V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

29

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Revista DIREITO GV

ISSN 2317-6172

V. 14 N. 1 JAN-ABR 2018

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. 14 n. 1 JAN-ABR 2018

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, LEILA GIOVANA IZIDORO E MAYARA LUIZA PEREIRA

PREPARAÇÃO E REVISÃO DE TEXTOS

CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS E DENISE KATCHUIAN DOGNINI

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 **: 7**

ARTIGOS / ARTICLES

PESQUISA JURÍDICA NO MESTRADO PROFISSIONAL
RESEARCH FOR PROFESSIONAL MASTER PROGRAM IN LAW
MARIO ENGLER PINTO JUNIOR**: 27**

A FILOSOFIA ANALÍTICA DO DIREITO É ETNOGRAFICAMENTE LIMITADA?
IS ANALYTIC JURISPRUDENCE ETHNOGRAPHICALLY LIMITED?
VALDENOR MONTEIRO BRITO JÚNIOR**: 49**

ENTRE O AFETO E A SANÇÃO: UMA CRÍTICA À ABORDAGEM PUNITIVA DA ALIENAÇÃO PARENTAL
BETWEEN AFFECTION AND PENALTY: A CRITIQUE OF THE PUNITIVE APPROACH TO PARENTAL ALIENATION
HELENA CAMPOS REFOSCO E MARTHA MARIA GUIDA FERNANDES**: 79**

CRITICAL REMARKS ON THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S INTERPRETATION OF ARTICLE 3(G) OF THE "DEFINITION OF AGGRESSION" (UNGA RESOLUTION 3314/1974)
REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA SOBRE O ARTIGO 3(G) DA "DEFINIÇÃO DE AGRESSÃO" (RESOLUÇÃO 3314/1974 DA AGNU)
TACIANO SCHEIDT ZIMMERMANN**: 99**

IDENTIDADE ÉTNICA, ÍNDIOS E DIREITO PENAL NO BRASIL: PARADOXOS INSUSTENTÁVEIS
ETHNIC IDENTITY, INDIGENOUS AND CRIMINAL LAW IN BRAZIL: UNSUSTAINABLE PARADOXES
DAIZE FERNANDA WAGNER**: 123**

EL DERECHO AL NOMBRE EN RELACIÓN CON LA IDENTIDAD DE GÉNERO DENTRO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO DEL ESTADO DE COSTA RICA
THE RIGHT TO A NAME IN RELATION TO GENDER IDENTITY WITHIN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: THE CASE OF THE STATE OF COSTA RICA
EDUARDO J. ARRUBIA**: 148**

FRAGMENTACIÓN NORMATIVA Y ASIMETRÍAS EN LA OMC:
¿MARAÑA DE NORMAS O MARGEN DE MANIOBRA?
LEGAL FRAGMENTATION AND ASYMMETRIES IN THE WTO: SPAGHETTI BOWL OR POLICY SPACE?
JULIANA PEIXOTO BATISTA**: 169**

¿CRISIS DE IDENTIDAD DEL JUICIO PENAL?
IDENTITY CRISIS OF THE CRIMINAL TRIAL?
ENRIQUE LETELIER LOYOLA**: 192**

TRADUÇÕES / TRANSLATIONS

DIREITO COMO RAZÃO INSTITUCIONALIZADA? SOBRE A CONCEPÇÃO
TEÓRICO-DISCURSIVA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY
LAW AS INSTITUTIONALIZED REASON? ON THE ALEXY'S DISCOURSE-THEORETIC CONCEPTION OF LAW
CARSTEN BÄCKER**: 222**

PONDERAÇÃO – A CARREIRA JURÍDICA DE UM CONCEITO ESTRANHO AO DIREITO
OU: RIGIDEZ NORMATIVA E PONDERAÇÃO EM TRANSFORMAÇÃO FUNCIONAL
BALANCING – THE LEGAL CAREER OF A NON-LEGAL CONCEPT OR:
NORMATIVE RIGOR AND BALANCING IN STRUCTURAL CHANGE
JOACHIM RÜCKERT**: 240**

RESENHA / REVIEW

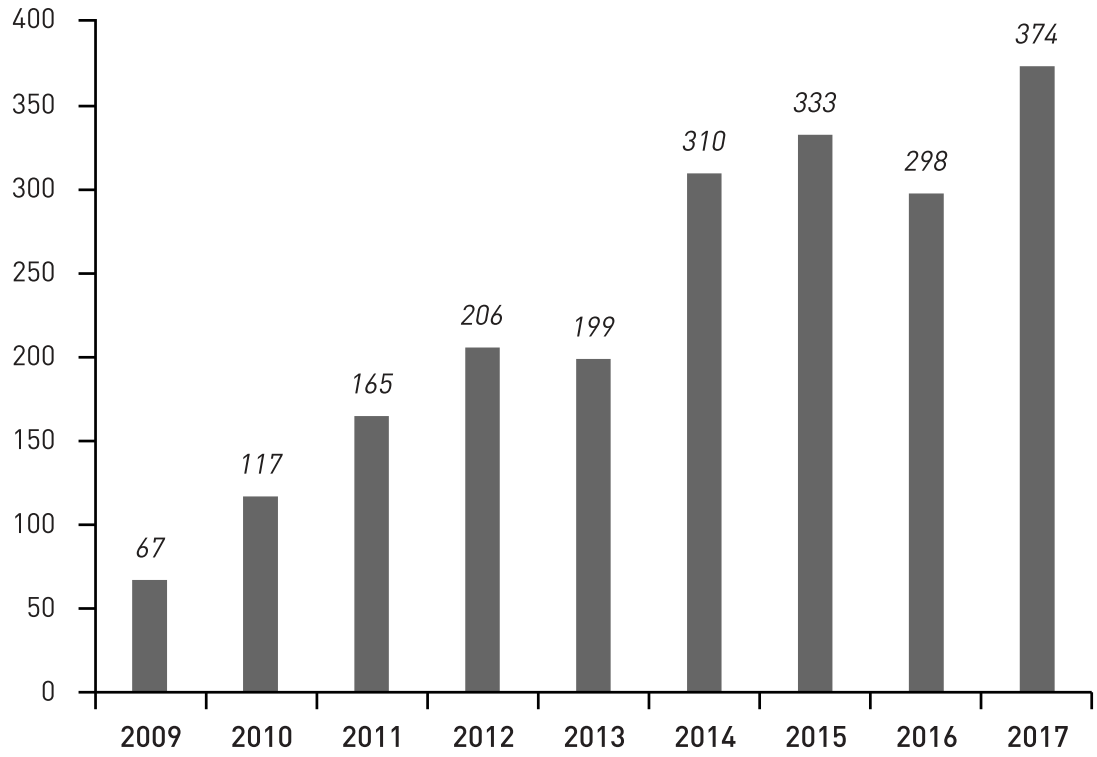
O DIREITO COMO REVELADOR DAS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS
CONTEMPORÂNEAS: A ABORDAGEM SOCIOPOLÍTICA DE JACQUES COMMAILLE
LAW AS A REVELATOR OF CONTEMPORARY SOCIAL TRANSFORMATIONS:
THE SOCIOPOLITICAL APPROACH OF JACQUES COMMAILLE
ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO**: 268**

Revista Direito GV em números:
Balanço de 2017 e perspectivas para 2018

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201801

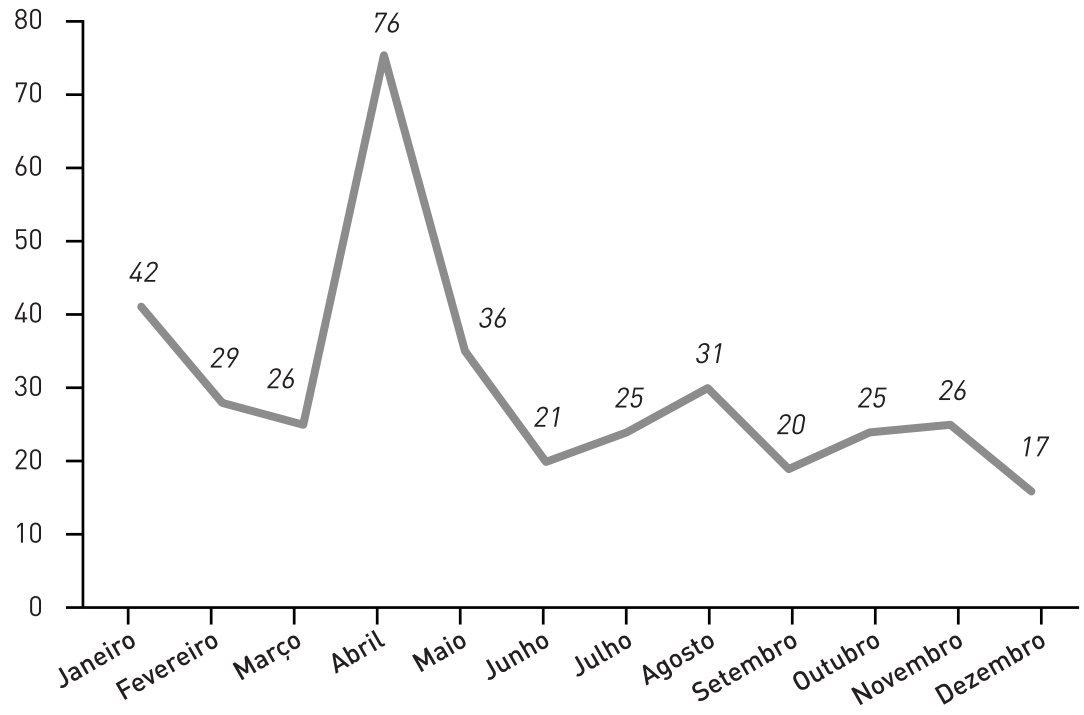
É com satisfação que apresentamos o primeiro número da **Revista Direito GV** em 2018 (v. 14, n. 1, jan.-abr. 2018). Como fizemos no ano passado, gostaríamos de aproveitar o primeiro editorial do ano para apresentar um balanço de 2017[1] e algumas reflexões sobre o processo de avaliação de artigos, as quais esperamos que sirvam de guia para autoras, autores e pareceristas ao longo de 2018.

Gráfico 1 – **Número de artigos recebidos por ano** (2009-2017)



1 Agradeço à assistente editorial, Juliana Silva Pasqua, pela coleta e preparação dos dados aqui apresentados.

GRÁFICO 2 – **NÚMERO DE ARTIGOS SUBMETIDOS POR MÊS** (2017)



Em 2016, havíamos experimentado uma ligeira queda no número de submissões, possivelmente ocasionada por um conjunto de fatores: a implementação do sistema ScholarOne, as mudanças na política editorial e a aplicação mais rígida das regras formais de submissão.

Já no ano de 2017, tivemos um aumento significativo no número de submissões de artigos, como se pode ver no gráfico acima. Um dos fatores para esse aumento pode ter sido o lançamento da chamada especial, com o tema "Empresas e Direitos Humanos", em parceria com editoras-convidadas e com a ONU Brasil.[2] Como resultado, nos meses de março e abril, recebemos 64 artigos dentro dessa temática e, para 2018, estamos preparando a publicação de um dossiê especial com os textos aprovados.

A quantidade de artigos recebidos nos alegra, pois acabamos de completar dois anos de implementação de nosso sistema *online* de gestão de manuscritos (ScholarOne) e acreditamos que esse mecanismo tenha facilitado todo o processo editorial.

Como novidade para 2018, e com o apoio do SciELO, teremos a implementação das interfaces em português e espanhol no sistema de submissão. Por enquanto, o sistema pode ser acessado apenas em inglês, com parte das instruções traduzidas ao português por nossa equipe editorial.

2 Documento disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/chamada_especial_empresas_e_dhs_rdgv.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

Esperamos que o sistema multi-idioma simplifique ainda mais a submissão dos artigos e o acompanhamento do processo de avaliação e, especialmente, que facilite aos pareceristas o preenchimento dos formulários de avaliação.

Além disso, a partir de agora passamos a exibir o número ORCID de todos os autores e autoras. O ORCID é um identificador de pesquisadores e pesquisadoras que funciona como um perfil ou currículo. Ele distingue homônimos e permite algumas opções de interoperabilidade, por exemplo, o estabelecimento de links entre o portal do SciELO e os registros dos autores e das autoras (PACKER, 2018).

Outra notícia positiva diz respeito aos nossos prazos de avaliação. Os Critérios SciELO indicam que a duração média de avaliação deve ser de 180 dias (SCIELO, 2017). Em 2016, nossa média era de 200 dias, mas em 2017 conseguimos uma redução, ainda que pequena, para 177 dias em média.

Compreendemos que, no total, nosso tempo de avaliação ainda deve ser bastante aprimorado, pois é importante para autores e autoras que sua produção possa ser avaliada e eventualmente publicada de forma rápida. Em 2018, este será um dos nossos principais focos de atuação.

Entretanto, a par das expectativas de quem submete o artigo, existe um complexo processo de gestão editorial. Esse processo é composto por decisões editoriais sobre a viabilidade de publicação do texto, a busca de pareceristas, o tempo de espera pelos pareceres, a eventual necessidade de novos pareceres, a rodada de devolução de pareceres e de modificações nos artigos, de novas decisões editoriais e, eventualmente, de novos pareceres sobre a versão modificada do artigo. Além de acompanhar o longo processo de cada artigo, a equipe editorial fica atenta para a totalidade de textos em avaliação, o que ajuda a pautar suas decisões.

A fase de avaliação por pareceristas costuma ser a mais longa de todo o nosso processo. A média de tempo para a entrega de um parecer é de 22 dias. Apesar de esse tempo não ser longo, a fase de avaliação se torna mais demorada, ora porque nem sempre os pareceristas respondem aos convites, ora porque, por vezes, concordam em fazer o parecer mas acabam não conseguindo entregá-lo. Ao longo de 2017, realizamos 365 convites para pareceristas, os quais resultaram em 200 pareceres.

Percebemos que essas dificuldades de contato podem ocorrer por diversos motivos – a filtragem dos e-mails de convite e de lembretes para a caixa de spam, a falta de disponibilidade ou o surgimento de outros compromissos dentro do prazo estabelecido para o envio final. Reconhecemos que esses profissionais realizam um trabalho minucioso e de forma voluntária e gratuita, que se soma a todas as atividades profissionais com as quais já se encontram comprometidos. É por

isso que compreendemos a necessidade de se valorizar o papel deles na avaliação e deixamos novamente registrado o nosso agradecimento.

A respeito da origem dos autores que enviam os artigos para avaliação, cabem-nos alguns comentários. O estado com maior número de autores em 2017 – cerca de 22% dos textos submetidos – foi São Paulo. Em seguida, vêm os estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná e Distrito Federal.

TABELA 1 – **AUTORES POR ESTADO** (2017)

ESTADO	NÚMERO DE AUTORES	PERCENTUAL DE AUTORES
ACRE	1	0,18%
ALAGOAS	1	0,18%
AMAPÁ	4	0,73%
AMAZONAS	1	0,18%
BAHIA	21	3,82%
CEARÁ	23	4,18%
DISTRITO FEDERAL	36	6,55%
ESPÍRITO SANTO	21	3,82%
GOIÁS	5	0,91%
MARANHÃO	11	2,00%
MATO GROSSO	4	0,73%
MATO GROSSO DO SUL	6	1,09%
MINAS GERAIS	52	9,45%
PARÁ	19	3,45%
PARAÍBA	7	1,27%

PARANÁ	37	6,73%
PERNAMBUCO	18	3,27%
PIAUÍ	3	0,55%
RIO DE JANEIRO	32	5,82%
RIO GRANDE DO NORTE	9	1,64%
RIO GRANDE DO SUL	50	9,09%
RONDÔNIA	0	0,00%
RORAIMA	1	0,18%
SANTA CATARINA	19	3,45%
SÃO PAULO	122	22,18%
SERGIPE	4	0,73%
TOCANTINS	2	0,36%
* *ESTRANGEIROS*	41	7,45%
TOTAL	**550**	

Vale lembrar que as regras de exogenia impostas aos periódicos do estrato A na avaliação Qualis/Capes limitam a 25% do total o número de artigos provenientes do estado da federação em que se encontra a sede da Revista, isto é, São Paulo (BRASIL, 2016, p. 4). Por essa razão, e porque a maior parte de nossas submissões vem do próprio estado de São Paulo, a régua de avaliação para esses artigos será sempre bastante rígida.

Em relação aos artigos estrangeiros, tivemos ligeiro aumento no número de submissões, que passaram a representar 5,08% do total de textos recebidos. Além disso, notamos um discreto aumento na variedade de países: em 2016, recebemos textos de 9 países; em 2017, esse número subiu para 12.

TABELA 2 – **ARTIGOS POR PAÍS** (2017)

PAÍS DE ORIGEM DO AUTOR	NÚMERO DE ARTIGOS	PERCENTUAL DE ARTIGOS
ALEMANHA	1	0,27%
ÁFRICA DO SUL	1	0,27%
ARGENTINA	2	0,53%
BRASIL	355	94,92%
CANADÁ	1	0,27%
CHILE	3	0,80%
FRANÇA	1	0,27%
ITÁLIA	2	0,53%
JAPÃO	1	0,27%
MÉXICO	1	0,27%
PORTUGAL	5	1,34%
SUÉCIA	1	0,27%
TOTAL	**374**	

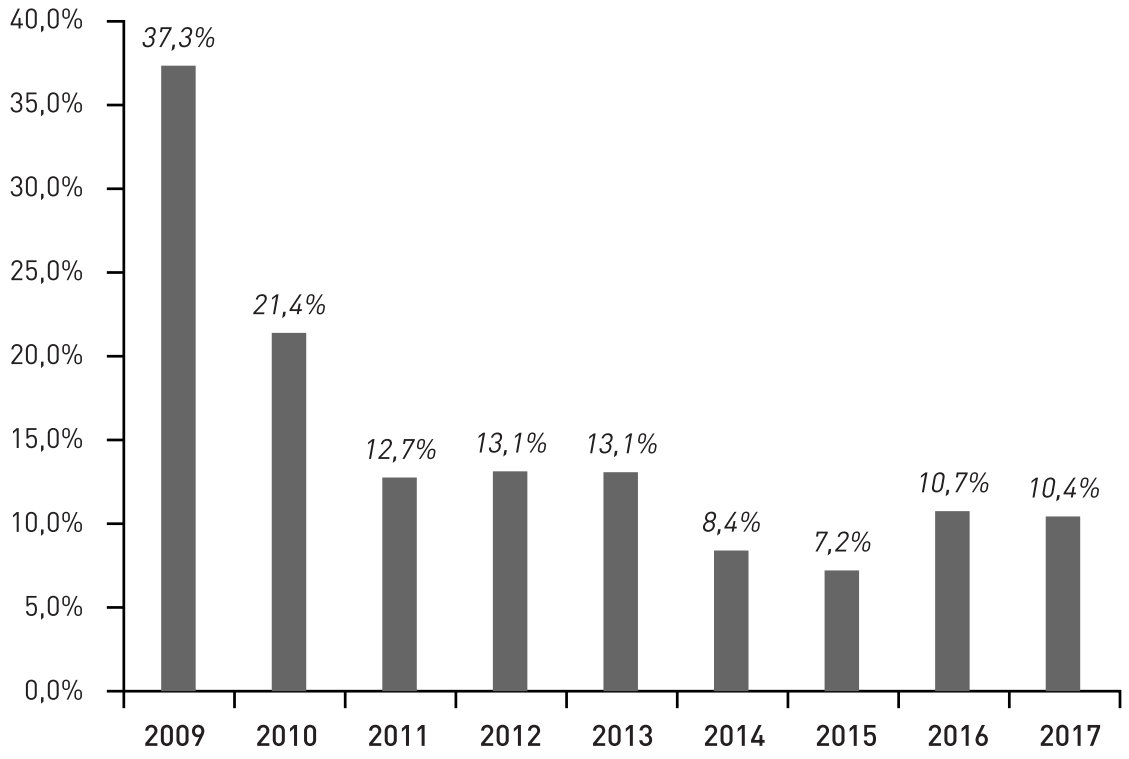
Ainda temos um grande trabalho a ser feito no que diz respeito à internacionalização de nossa Revista. Um dos nossos objetivos é receber mais contribuições de autores estrangeiros que aqui desejem publicar, e cujas pesquisas sejam interessantes à Academia brasileira. Outro objetivo é a internacionalização de nosso corpo de pareceristas, buscando especialistas de instituições estrangeiras que possam trazer contribuições valiosas aos artigos avaliados.

Ainda no âmbito da internacionalização, outro desafio é o recebimento de artigos em inglês e espanhol, a fim de possibilitar maior circulação do conhecimento publicado na Revista. Por um lado, reconhecemos que grande parte da produção em Direito no Brasil é escrita em português e desperta interesse apenas nos meios nacionais, por tratar de nossas especificidades, como já argumentamos em outros editoriais (BARBIERI, 2016, 2017). Entretanto, em temas

oportunos, é interessante sempre contar com contribuições em inglês e espanhol, independentemente da nacionalidade dos autores.

Apesar do aumento de submissões, a relação entre o número de artigos publicados e os recebidos se manteve semelhante (10,4%). Essa manutenção se deve, em grande medida, ao aumento no número de textos publicados: de 32 em 2016, para 39 em 2017.

GRÁFICO 3 – **NÚMERO DE ARTIGOS RECEBIDOS *VS.* PUBLICADOS POR ANO** (2009-2017)



Ao mesmo tempo, esses dados apontam para nossas altas taxas de rejeição de artigos. Isso ocorre primordialmente em virtude das deficiências dos próprios artigos. Nossos dados mostram que – na fase de *desk review* – aproximadamente 70% do total de artigos submetidos não atende aos requisitos mínimos, tanto formais quanto de conteúdo. Ou seja, não têm condições sequer de passar à fase de avaliação por pares. Grande parte dos textos recebidos tem problemas graves como ausência de pergunta de pesquisa, de justificativa e de metodologia empregada. Outro fator importante para a rejeição de muitos artigos é a ausência de inovação, a falta de contribuição argumentativa original do autor ou autora, limitando-se a apresentar panoramas temáticos e revisões bibliográficas em temas amplamente consolidados. Embora esses textos possam ter valor, sua publicação não é nosso objetivo editorial.

Todas as decisões editoriais em fase de *desk review* buscam avaliar os artigos recebidos com justeza e transparência, considerando não apenas as particularidades de cada artigo, como também

a totalidade de artigos avaliados no momento e a viabilidade de sua publicação. São decisões editoriais difíceis e que tornam o trabalho de Editoria essencialmente acadêmico, e não de mera gestão de textos e de pessoas envolvidas na avaliação.

Passada a fase de *desk review*, é possível apontar outros desafios e tendências. Um deles é a alta frequência de pareceres positivos ou que sugerem alterações no artigo, mas que são, essencialmente, vazios. Pareceres vazios são aqueles em que há uma sugestão de decisão, mas nenhum comentário relevante sobre o que motivou tal conclusão. É um parecer que não explica suas razões, portanto pouco ajuda a Editoria da Revista ou o autor ou autora a melhorar o texto. Nesses casos, torna-se necessária a solicitação de outro parecer, o que tende a gerar atrasos na avaliação.

Outro desafio são os artigos considerados abaixo da média do conjunto em avaliação no momento, mas cujo parecer é positivo ou parcialmente positivo. Esses textos podem ser rejeitados em uma avaliação comparada com textos mais bem avaliados, mais profundos, mais ricos em detalhes ou mais inovadores e originais. Trata-se de uma decisão editorial, que não implica demérito.[3]

Para proceder a essa avaliação, a equipe editorial precisa ter a visão da totalidade dos artigos e das possibilidades de publicação, além de avaliar criticamente a qualidade do parecer exarado, para solicitar um terceiro parecer, caso ainda restem dúvidas. Isto porque os pareceristas mantêm padrões diferentes de avaliação. Por exemplo, recebemos pareceres muito rigorosos sobre artigos já bem desenvolvidos e pareceres menos críticos a artigos que ainda precisariam de uma grande reelaboração, por uma simples diferença de estilo ou dedicação de quem faz o parecer.[4] Assim, a Editoria sempre tem um papel ativo, buscando equilibrar essas avaliações, inserindo-as no panorama geral da Revista e considerando as diretrizes de boas práticas e ética em publicação do Committee on Publication Ethics (COPE, 2011), as regras de avaliação Qualis/Capes e as orientações sobre difusão da pesquisa da plataforma SciELO.

Por fim, considerando os desafios constantemente assumidos para permanecermos um periódico de referência nacional e internacional, temos de agradecer à comunidade acadêmica que colabora com a nossa Revista. Autoras, autores e pareceristas desempenham papel essencial para

3 "*Editors are in a powerful position by making decisions on publications, which makes it very important that this process is as fair and unbiased as possible, and is in accordance with the academic vision of the particular journal*" (KLEINERT; WAGER, 2011).

4 "Uma função fundamental do editor é *verificar o conteúdo e a consistência dos pareceres*, *reconhecendo e respeitando a contribuição do parecerista*, mas buscando *garantir uma avaliação equitativa e sem abusos*. Por certo, uma premissa básica do processo editorial é assegurar um tratamento paritário entre os autores" (VASCONCELLOS, 2017, p. 12, grifos do autor).

que nosso periódico tenha repercussão e possa contribuir para o debate acadêmico no âmbito do Direito. De nossa parte, buscamos sempre aprimorar nosso trabalho e seguimos para mais um ano, contando com essa colaboração.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Editorial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 266-271, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n2/1808-2432-rdgv-12-2-0266.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. Editorial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 386-389, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0386.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Considerações sobre Qualis Periódicos*: Direito. Brasília, 2016. Disponível em: <http://capes.gov.br/images/documentos/Qualis_periodicos_2016/Direito_Qualis_.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

COPE – Committee on Publication Ethics. *Code of conduct and best practice guidelines for journal editors*. Version 4. Reino Unido, 2011. Disponível em: <https://publicationethics.org/files/Code%20of%20Conduct_2.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

KLEINERT, Sabine; WAGER, Elizabeth. Responsible research publication: international standards for editors. A position statement developed at the 2nd World Conference on Research Integrity, Singapore, July 22-24, 2010. In: MAYER, Tony; STENECK, Nicholas (Ed.). *Promoting research integrity in a global environment*. Singapura: World Scientific Publishing, 2012. p. 317-328. Disponível em: <https://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

PACKER, Abel Laerte et al. Os Critérios de indexação do SciELO alinham-se com a comunicação na ciência aberta [online]. *SciELO em Perspectiva*, 2018. Disponível em: <http://blog.scielo.org/blog/2018/01/10/os-criterios-de-indexacao-do-scielo-alinham-se-com-a-comunicacao-na-ciencia-aberta/>. Acesso em: 23 mar. 2018.

SCIELO. *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos científicos na Coleção SciELO Brasil*. São Paulo, out. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/avaliacao/Criterios_SciELO_Brasil_versao_revisada_atualizada_outubro_20171206.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n .1, p. 9-17, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/34>. Acesso em: 23 mar. 2018.

Catarina Helena Cortada Barbieri

https://orcid.org/0000-0002-0332-7063

Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil

Editora-chefe da Revista Direito GV.
Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

catarina.barbieri@fgv.br

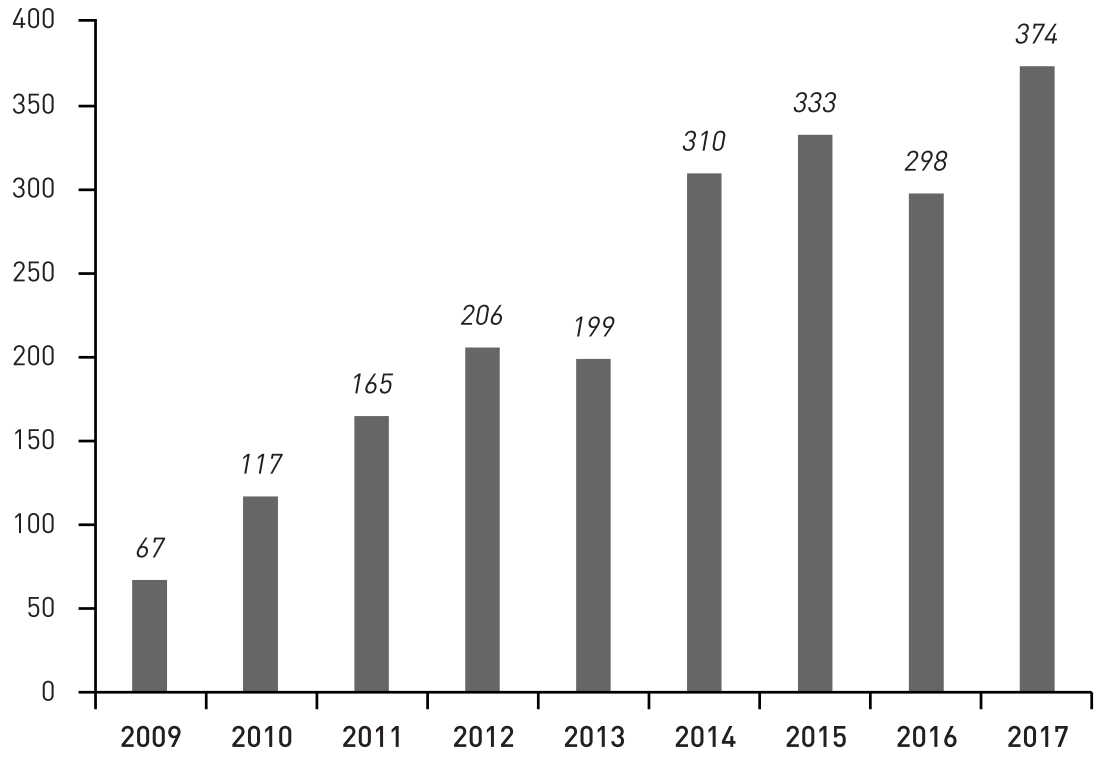
CC BY-NC

Direito GV Law Review in numbers:
A balance sheet of 2017 activities and perspectives for 2018

http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201801

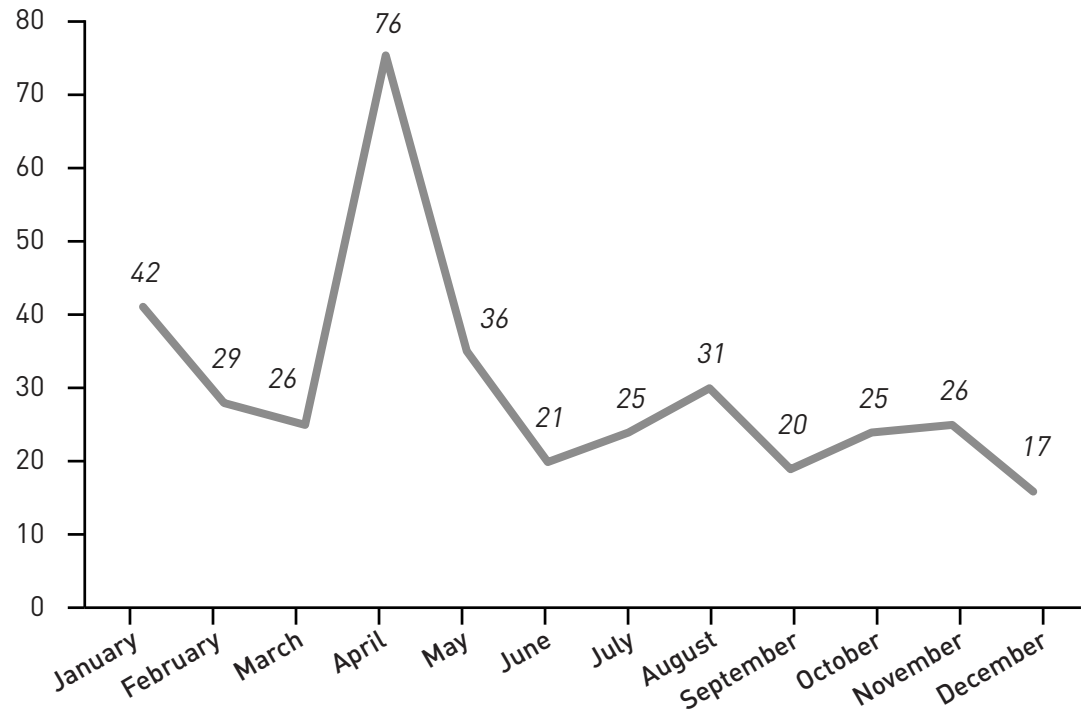
We are pleased to present the first 2018 issue of **Direito GV Law Review** (v. 14, n. 1, Jan.-Apr. 2018). In the first editorial of the year, we would like to include a review of 2017,[1] as well as some reflections on the process of evaluating articles, which we hope will serve as a guide for authors and reviewers throughout 2018.

Graph 1 – **Number of articles received per year**



1 I would like to thank the editorial assistant, Juliana Silva Pasqua, for the collection and preparation of the data presented here.

GRAPH 2 – **NUMBER OF ARTICLES SUBMITTED PER MONTH**



We had experienced a slight drop in the number of submissions in 2016, possibly due to some factors, as the implementation of the ScholarOne system, the changes in editorial policy, and the stricter enforcement of formal submission rules.

As early as 2017, the number of submissions has significantly increased, as can be seen in the graph above, which may be the result of the launching of the special call, with the theme "Business and Human Rights", in partnership with invited publishers and the UN Brazil.[2] As a result, in March and April, 64 articles within this theme were sent and, by 2018, we are preparing a special dossier with the texts approved.

We are very satisfied with the number of articles received, considering that ScholarOne (online manuscript management system) has been implemented only two years ago, and we believe that this mechanism has expedited the editorial process as a whole. There will be even more innovation in the submission system in 2018, as the operation of a new multi-language interface in Portuguese and Spanish, that will count on the support of SciELO. For now, the system can only be accessed in English, have some of the instructions been translated into Portuguese by our editorial team.

2 Available at: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/chamada_especial_empresas_e_dhs_rdgv.pdf>. Accessed: Mar. 23, 2018.

We hope that the multi-language system will simplify the submission of articles and the follow-up of the evaluation process, and we especially believe that it will easy the completion of the evaluation forms by the referees. In addition, our system now displays the ORCID number of all authors. ORCID is an identifier of researchers that works as a profile or curriculum. It is able to distinguish homonyms, and allows some interoperability options, for example, links between the SciELO website and the authors registers (PACKER, 2018).

Our deadlines for evaluation are the matter of more positive news. By the SciELO criteria, the average duration of evaluation should be 180 days (SCIELO, 2017). In 2016, we had a 200 days average, but in 2017 we achieved a decrement, albeit small, to 177 days.

In our opinion, our evaluation time could still be greatly improved, because it is important for authors that their production can be promptly evaluated and eventually published. This will be one of our main focuses of action in 2018.

However, there is a complex process of editorial management that goes along with the expectations of those who submit the article. The process consists of editorial decisions on the feasibility of publication of the text, the search for referees, the waiting time for opinions, the possible need for new opinions, the round of feedback and changes in articles, new editorial decisions and possibly new opinions on the amended version of the article. Besides following the lengthy process of each article, the editorial team is also attentive to all texts in evaluation, which helps to guide their decisions.

The peer review phase is often the longest in our entire process. The average time for delivering an opinion is 22 days. Although it is not a too long time, the evaluation phase becomes more time consuming, sometimes because the reviewers do not always respond to the invitations, sometimes because they sometimes agree to make the point but they do not succeed in delivering it. Throughout 2017, 365 invitations for referees has been made, resulting in 200 opinions.

We realize that these difficulties can occur for a variety of reasons – emails and reminders could be filtered to the spam box, unavailability, or other commitments within the deadline for the final submission. We recognize that these professionals perform a thorough and voluntary work, which is in addition to all the professional activities with which they are already committed to. That is why we understand the need to appreciate their role in the evaluation and we again assert our recognition.

Some comments have to be made regarding the origin of the authors who submit the articles for evaluation. São Paulo was the State with the highest number of authors in 2017 – about 22%

of the texts submitted. Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná and the Federal District [Distrito Federal] comes next.

TABLE 1 – **AUTHORS BY STATE** (2017)

STATE	NUMBER OF AUTHORS	RATE (%)
ACRE	1	0,18%
ALAGOAS	1	0,18%
AMAPÁ	4	0,73%
AMAZONAS	1	0,18%
BAHIA	21	3,82%
CEARÁ	23	4,18%
DISTRITO FEDERAL	36	6,55%
ESPÍRITO SANTO	21	3,82%
GOIÁS	5	0,91%
MARANHÃO	11	2,00%
MATO GROSSO	4	0,73%
MATO GROSSO DO SUL	6	1,09%
MINAS GERAIS	52	9,45%
PARÁ	19	3,45%
PARAÍBA	7	1,27%
PARANÁ	37	6,73%
PERNAMBUCO	18	3,27%
PIAUÍ	3	0,55%

RIO DE JANEIRO	32	5,82%
RIO GRANDE DO NORTE	9	1,64%
RIO GRANDE DO SUL	50	9,09%
RONDÔNIA	0	0,00%
RORAIMA	1	0,18%
SANTA CATARINA	19	3,45%
SÃO PAULO	122	22,18%
SERGIPE	4	0,73%
TOCANTINS	2	0,36%
* *FOREIGNERS*	41	7,45%
TOTAL	**550**	

It should be remarked that Qualis/Capes imposes some rules of exogeny on the journals of stratum A. One of these rules dictates that number of articles coming from the State of the federation where the journal headquarters are located the number can not exceed 25% of the total (BRASIL, 2016, p. 4). For this reason, and because most of our submissions come from the State of São Paulo itself, the evaluation rule for these articles will always be very rigid.

In relation to foreign articles, we had a slight increase in the number of submissions, which now represent 5.08% of the total texts received. In addition, we noticed a modest increase in the variety of countries: in 2016, we received texts from 9 countries; in 2017, that number rose to 12.

TABLE 2 – **ARTICLES BY COUNTRY** (2017)

COUNTRY OF THE AUTHOR	NUMBER OF ARTICLES	RATE (%)
ARGENTINA	2	0,53%
BRAZIL	355	94,92%
CANADA	1	0,27%
CHILE	3	0,80%
FRANCE	1	0,27%
GERMANY	1	0,27%
ITALY	2	0,53%
JAPAN	1	0,27%
MEXICO	1	0,27%
PORTUGAL	5	1,34%
SOUTH AFRICA	1	0,27%
SWEDEN	1	0,27%
TOTAL	**374**	

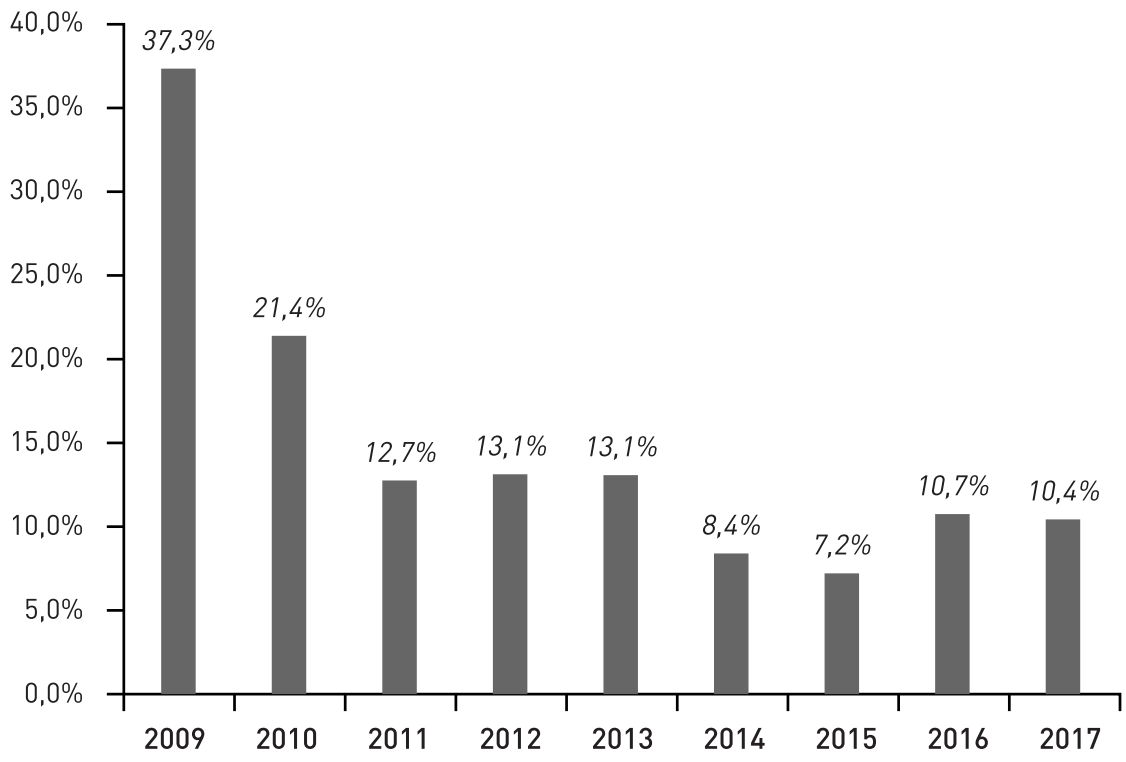
There is still a lot of work on the internationalization of our journal. One of our goals is to receive more contributions from foreign authors who wish to publish here, and whose research is interesting to the Brazilian Academy. Another objective is the internationalization of our body of referees, for what we shall seek specialists from foreign institutions who can bring valuable contributions to the evaluated articles.

Still in the scope of internationalization, another challenge is the reception of articles in English and Spanish, in order to allow a greater circulation of the knowledge published in the journal. On the one hand, as we have already argued in other editorials (BARBIERI, 2016, 2017), we recognize that a great part of law production in Brazil is written in Portuguese and arouses interest only in national media, because it addresses our specificities. However, in opportune

themes, it is always interesting to have contributions in English and Spanish, regardless of the authors' nationality.

Despite the increase in submissions, the ratio between the number of articles published and those received remained similar (10.4%). This maintenance is due in large part to the increase in the number of published texts: from 32 in 2016 to 39 in 2017.

GRAPH 3 – **RATE OF ARTICLES RECEIVED *VS.* PUBLISHED PER YEAR** (2009-2017)



At the same time, these data point to our high rates of item rejection. This is primarily due to the shortcomings of the articles themselves. Our data show that approximately 70% of the total submitted articles in the desk review phase do not meet the minimum formal and content requirements. That is, they can not even go through the peer review phase. Most of the texts received have serious problems such as the absence of a research question, justification and methodology employed. Another important factor for the rejection of many articles is the lack of innovation, the lack of original argumentative contribution, limiting the author to presenting thematic panoramas and bibliographical revisions in broadly consolidated subjects. However, much value these texts may have, they are restrained by our editorial policy.

All editorial decisions in desk review phase seek to evaluate the articles received with fairness and transparency, considering not only the particularities of each article, but also the totality of

articles evaluated at the time, and the feasibility of their publication. These difficult editorial decisions shape the publishing work in an academic pattern, rather than mere management of texts.

After the desk review phase, it is possible to point out other challenges and trends, such as the frequency of void positive opinions or suggestions of changes in the article. Void opinions are those that suggests a decision, without any relevant commentary on what grounds it. Since this kind of opinion it is not self-explanatory, hardly contribute to text improvement. In these cases, another opinion is needed, which tends prolong the evaluation process.

Another challenge is the articles considered below the average of the set under evaluation at the moment, but whose opinion is positive or partially positive. These texts can be rejected in an evaluation compared to texts that are better evaluated, deeper, richer in detail or more innovative and original. It is an editorial decision, which does not imply demerit.[3]

In order to carry out this evaluation, the editorial team needs to examine all articles and publication possibilities, as well as critically evaluate the quality of the published opinion, to request a third opinion if there are still doubts. This is because reviewers have different standards of evaluation. For example, a difference in style or dedication of the opinion-taker may result in very strict opinions on already well-developed articles or less critical opinions on articles that would need a major reworking.[4] Thus, the staff plays always an active role, seeking to balance these evaluations and inserting them in the general panorama of the journal, as well as considering the guidelines of good practices and ethics in publication of the Committee on Publication Ethics (COPE, 2011), the Qualis/Capes evaluation rules, and the guidelines on diffusion of the SciELO platform research.

Finally, contemplating the constant challenges we must face to remain a national and international reference publication, we shall thank the academic community that collaborates with our journal. Authors and referees are essential for the repercussion of our journal and its contribution to the academic debate in the field of Law. We look forward to improving our work and keeping up for another year, always relying on their collaboration.

3 "Editors are in a powerful position by making decisions on publications, which makes it very important that this process is as fair and unbiased as possible, and is in accordance with the academic vision of the particular journal" (KLEINERT; WAGER, 2011).

4 A key role of the editor is *to check the content and consistency of the opinions, recognizing and respecting the contribution of the reviewer*, but seeking to *ensure a fair evaluation without abuse*. Certainly, a basic premise of the editorial process is to ensure parity among authors (VASCONCELLOS, 2017, p. 12).

REFERENCES

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Editorial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 266-271, 2016. Available at: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n2/1808-2432-rdgv-12-2-0266.pdf>. Accessed: Mar. 23, 2018.

_____. Editorial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 386-389, 2017. Available at: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0386.pdf>. Accessed: Mar. 23, 2018.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Considerações sobre Qualis Periódicos*: Direito. Brasília, 2016. Available at: <http://capes.gov.br/images/documentos/Qualis_periodicos_2016/Direito_Qualis_.pdf>. Accessed: Mar. 23, 2018.

COPE – Committee on Publication Ethics. *Code of conduct and best practice guidelines for journal editors*. Version 4. United Kingdom, 2011. Available at: <https://publicationethics.org/files/Code%20of%20Conduct_2.pdf>. Accessed: Mar. 23, 2018.

KLEINERT, Sabine; WAGER, Elizabeth. Responsible research publication: international standards for editors. A position statement developed at the 2nd World Conference on Research Integrity, Singapore, July 22-24, 2010. In: MAYER, Tony; STENECK, Nicholas (Ed.). *Promoting research integrity in a global environment*. Singapore: World Scientific Publishing, 2012. p. 317-328. Available at: <https://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf>. Accessed: Mar. 23, 2018.

PACKER, Abel Laerte et al. Os Critérios de indexação do SciELO alinham-se com a comunicação na ciência aberta [online]. *SciELO em Perspectiva*, 2018. Available at: <http://blog.scielo.org/blog/2018/01/10/os-criterios-de-indexacao-do-scielo-alinham-se-com-a-comunicacao-na-ciencia-aberta/>. Accessed: Mar. 23, 2018.

SCIELO. *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos científicos na Coleção SciELO Brasil*. São Paulo, Oct. 2017. Available at: <http://www.scielo.br/avaliacao/Criterios_SciELO_Brasil_versao_revisada_atualizada_outubro_20171206.pdf>. Accessed: Mar. 23, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n .1, p. 9-17, 2017. Available at: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/34>. Accessed: Mar. 23, 2018.

Catarina Helena Cortada Barbieri

https://orcid.org/0000-0002-0332-7063

Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brazil

Editor-in-Chief of Direito GV Law Review.

Professor at the São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas. Master's and Doctor degrees in Law from Universidade de São Paulo.

catarina.barbieri@fgv.br

CC BY-NC

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 17.11.2017
Aprovado: 27.11.2017

ARTIGO CONVIDADO

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201802

Pesquisa jurídica no mestrado profissional

RESEARCH FOR PROFESSIONAL MASTER PROGRAM IN LAW

Mario Engler Pinto Junior[1]

Resumo

O artigo sintetiza o estado da arte das reflexões havidas na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP), com o propósito de definir o modelo de pesquisa considerado adequado ao mestrado profissional e alinhado com as exigências regulatórias da CAPES. Parte-se da premissa de que as demandas que recaem atualmente sobre os profissionais do direito não se limitam à emissão de juízos de legalidade, mas também envolvem juízos de conveniência juridicamente embasados, dentro de contextos complexos e multidisciplinares. Além do conhecimento de base doutrinária e dogmática, o profissional deve ser capaz de compreender o contexto fático relevante, ter capacidade analítica e senso crítico, combinado com visão estratégica e postura propositiva. A pesquisa no mestrado profissional representa uma oportunidade de aprendizado e qualificação do aluno nesse sentido, embora não deva se restringir a isso. Espera-se que o trabalho de conclusão de curso contribua para geração de conhecimento jurídico novo e imediatamente aplicável. Para isso, a pesquisa deve adotar como ponto de partida questões práticas cuja solução possa ser aprimorada. O modelo idealizado pela FGV Direito SP admite três formatos básicos: (i) trabalho exploratório sobre práticas jurídicas; (ii) resolução de problema; e (iii) estudo de caso. Em todos eles estão presentes as seguintes etapas: (i) apreensão da realidade e contextualização fática (funcionamento do mundo real e práticas usualmente adotadas); (ii) reflexão jurídica com proposta de posicionamento hermenêutico (enquadramento jurídico e questões sensíveis); (iii) análise e avaliação crítica da situação (pontos fortes e pontos fracos; principais riscos); (iv) recomendações de conduta ou ação prática (como agir e com que cautelas).

Palavras-chave

Mestrado profissional; pesquisa jurídica aplicada; multidisciplinariedade; resolução de problema; trabalho exploratório; estudo de caso.

Abstract

The article presents the state of art of the discussions that took place within the FGV São Paulo Law School, concerning the desirable research model for the professional master program, considering also the regulatory framework set by CAPES. The proposal assumes that successful lawyers must be able not only to answer questions about the applicable law, but also address legal strategies in complex and multidisciplinary contexts. Besides the dogmatic and doctrinal knowledge, lawyers must be aware of the relevant facts, must have strong analytical capacity and criticize sense, combined with strategic vision and constructive approach. The research activity in the professional master program represents an important learning opportunity for the students. The program also expects that the students' research could generate new and applicable knowledge in the Law field. To fulfill that purpose, the research must adopt as starting point a practical problem with a capable solution. The research model developed by FGV São Paulo Law School embraces three different alternatives: (i) exploratory work on usual practices in the Law field; (ii) solution of legal problems; and (iii) case study. All three alternatives have in common the following stages: (i) understanding the reality and fact contexts; (ii) discussion of the applicable law, relevant

1 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-1018-200X

CC BY-NC

precedents and doctrinal opinions; (iii) analyses and assessment of the whole situation; and (iv) recommendation of practical action.

Keywords
Professional master program; applied research in Law; problem solving; exploratory research work; case study.

Introdução

Leituras tradicionais associam a atividade do profissional na área do direito à solução de questões sobre permissão, obrigatoriedade ou proibição de condutas. A prática jurídica contemporânea, contudo, não se limita a aferir a licitude ou a ilicitude de comportamentos. Ela também demanda juízos de fato, de valor, de equidade, de probabilidade, de conveniência e de estratégia. O profissional qualificado precisará lidar com questões sobre como agir, as alternativas disponíveis, os limites e possibilidades, os riscos e como podem ser mitigados, qual a melhor prática.[1] O enfrentamento desses problemas pressupõe conhecimentos multidisciplinares e domínio da realidade concreta, sem dispensar, no entanto, o raciocínio jurídico de base doutrinária e dogmática.[2]

O conhecimento mais amplo, de caráter multidisciplinar, é demandado tanto de advogados do setor privado (estruturação de negócios, gestão tributária, estratégia contenciosa) quanto do setor público (formulação de políticas públicas, sistemas de tributação, modelagem de licitações e contratos, propostas legislativas e regulatórias).[3] O mesmo se diga de magistrados que precisam decidir casos difíceis (*hard cases*), em que não existem normas jurídicas aplicáveis *prima facie*.[4] Nessas situações, a construção da solução adequada e a compreensão do cenário mais amplo do litígio pressupõem o manejo de saberes que transcendem o campo estrito do direito.

1 Essa mudança de perfil do profissional da área jurídica já era apontada há mais de duas décadas por James C. Freund (1992).

2 A noção de dogmática mais difundida no Brasil parece ser, hoje, aquela apresentada em Ferraz Junior (2011). As ideias desse autor seriam lembradas em um conhecido debate inaugurado por Nobre (2005). Reagindo às indicações de Nobre, Martins-Costa (2005). Sobre esse debate, bem como sobre os pontos de contato e divergência entre as noções de doutrina e dogmática, cf. Silva Filho (2016, p. 171-181).

3 E isso também vale para as profissões acadêmicas. cf. Jamin (2012).

4 Empregamos a expressão "casos difíceis", aqui, em um sentido mais abrangente do que aquele popularizado por Dworkin (1978) em seu conhecido *Modelo de regras i*.

O domínio isolado da teoria e da dogmática jurídica não parece mais dar conta das demandas atuais.[5] Não basta ao profissional conhecer as fontes formais do direito e ser capaz de apresentar proposições hipotéticas a partir do ordenamento jurídico. Ele também precisa conhecer a realidade concreta e compreender o contexto das condutas regradas e as consequências (psicológicas, econômicas, sociais) das soluções propostas.[6] No mundo real, a identificação dos fatos relevantes demanda do jurista um esforço adicional de compressão, organização e avaliação, eventualmente com auxílio de lentes externas ao direito.

O profissional mais qualificado deve ser capaz de fazer leituras substantivas e contextualizadas do direito.[7] O direito é cada vez mais orientado por princípios, valores e objetivos, e não simplesmente por regras e procedimentos. São exemplos disso (i) as cláusulas gerais do direito privado, como boa-fé, função social, abuso de direito, equivalência das prestações; (ii) os postulados de direito público sobre proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, equidade, justiça social; (iii) os usos e costumes nas relações empresariais, e não apenas os tipos legais; (iv) a prevalência do escopo negocial ou da essência econômica no planejamento tributário; (v) os conceitos indeterminados que orientam o direito concorrencial no controle de estruturas e na repressão a condutas violadoras da ordem econômica; (vi) o direito concursal baseado em prognósticos econômicos refletidos no plano de recuperação judicial; (vii) as novas teorias do direito penal e do direito administrativo que priorizam a substância sobre a forma, assim como a ampliação do uso da delação premiada e do acordo de leniência (PINTO JUNIOR; SILVA FILHO, 2016).

Para transitar nesse ambiente, em que as fronteiras disciplinares internas e externas ao direito perderam rigidez, o profissional de ponta precisa saber dialogar com outras áreas do conhecimento e entender sua racionalidade e seus conceitos elementares.[8] Além da abertura ao diálogo multidisciplinar, o profissional deve possuir outras competências e habilidades, como visão estratégica, senso crítico, rigor intelectual, capacidade analítica, trânsito internacional e formulação de juízos éticos.[9]

• • •

5 Referimo-nos à teoria tendo em vista especialmente a *teoria geral do direito* desenvolvida a partir do século XIX na Europa. Para um panorama, cf. Bergel (2012).

6 A importância do conhecimento multidisciplinar, para avaliar as consequências da norma jurídica no momento de sua aplicação, é destacada por Pargendler e Salama (2013).

7 Não pretendemos abraçar aqui, particularmente no que toca ao direito dos contratos, uma leitura contextualista (em contraste com o novo formalismo). Cf. Mitchell C. (2013) e Morgan (2013). Um confronto entre as leituras de Mitchell e Morgan é feito por Gava (2014).

8 Referimo-nos aqui à distinção entre interdisciplinaridade interna (entre as disciplinas *jurídicas*) e externa (entre o direito e outras disciplinas acadêmicas). Essa distinção é apresentada em Silva Filho (2016, p. 189-193).

9 Esse tema é subexplorado no Brasil. Uma referência central no debate norte-americano é Rhode (2013).

Embora o conhecimento prático não se limite a isso, as competências e habilidades auxiliam o profissional do direito a solucionar problemas complexos ou tomar decisões em contextos cercados de incertezas fáticas e jurídicas. Tais aptidões não são necessariamente inatas ou adquiridas somente pela experiência prática em ambiente real de trabalho. Ao contrário, podem ser desenvolvidas por meio de treinamento, capacitação e outras atividades pedagógicas devidamente orientadas, sobretudo em programas de mestrado profissional.[10] Em outras palavras, a prática do direito pode ser formalizada, discutida e criticada em sala de aula, assim como a teoria pode ser assimilada e empregada na prática jurídica.

A pesquisa jurídica profissional pretende não só contribuir para o aprimoramento da capacidade analítica do aluno, mas também propiciar a oferta de conhecimento prático sistematizado para o conjunto da comunidade jurídica. A academia e o meio profissional podem se beneficiar mutuamente dessa empreitada. A academia terá facilitado o acesso a informações sobre práticas e soluções jurídicas de domínio restrito dos profissionais do direito, com o propósito de produzir pesquisas de caráter teórico ou empírico. Já os profissionais passarão a contar com trabalhos mais qualificados de caráter aplicado, capazes de contribuir para resolução de problemas concretos.[11]

O modelo de pesquisa jurídica profissional não dispensa, mas pressupõe a reflexão teórica, desde que combinada com propostas de ação prática. Ela diz respeito preferencialmente a uma prática que o aluno já conheça, ou então a um caso concreto cujas informações estejam acessíveis. Só assim será possível construir a ponte entre teoria jurídica e prática profissional.

A prática é ao mesmo tempo o ponto de partida e o ponto de chegada da pesquisa, embora o segundo esteja situado em plano mais elevado do que o primeiro. O meio de elevação entre ambos é o percurso reflexivo do pesquisador, que toma consciência da prática que lhe é familiar, para então resgatar o seu embasamento teórico e torná-la mais qualificada sob o ponto de vista jurídico. O resultado final será o compartilhamento com a comunidade profissional e acadêmica, de uma prática mais consciente, refinada e fundamentada juridicamente.[12]

10 Sobre a origem da ideia de mestrado profissional no Brasil e a resistência da área do direito à sua implementação, cf. Pinto Junior e Silva Filho (2015); cf. ainda o texto de Roesler, Maués e Santos (2015).

11 A distinção entre campos práticos (típicos daquilo que, no Brasil, chamamos de ciências sociais aplicadas), teóricos (típicos das humanidades) e empíricos (típicos das ciências sociais) é traçada por Siems e Síthigh (2012).

12 Para maior aprofundamento sobre as peculiaridades da pesquisa profissional, recomenda-se consultar a obra conjunta de Fox, Martin e Green (2007). Embora os conceitos e exemplos apresentados pelos autores estejam associados às áreas de educação e saúde pública, existe bastante simetria com o campo do direito. Ainda segundo os autores, a pesquisa desenvolvida no ambiente profissional (*action research*) oferece alguns riscos que precisam ser controlados; porém o resultado final pode contribuir fortemente para gerar mudanças favoráveis nas práticas profissionais, em benefício do conjunto da sociedade.

1 Teoria, doutrina e empiria

A pesquisa jurídica pode ter base dogmática ou empírica. Alternativamente, também pode tratar de temas teóricos (não necessariamente dogmáticos), a exemplo da discussão sobre o que é o direito e quais seus fundamentos filosóficos (HART, 1994).[13]

A pesquisa puramente dogmática utiliza um referencial interno ao direito e privilegia a abordagem conceitual. Fica circunscrita ao campo jurídico e não dialoga com outras disciplinas. Quando muito, toma referências da linguística e da história. A pesquisa dogmática pode se limitar ao discurso sobre a apreensão da norma (tomada em abstrato) e sua interpretação, independentemente da relevância aplicativa dessa reflexão. Importa, aqui, chegar à verdade, e não ao entendimento útil.

Para ter caráter aplicado, a pesquisa que parte do referencial normativo precisa necessariamente chegar à ação concreta, com o propósito de qualificá-la juridicamente e formular recomendações de alcance prático aos profissionais do direito.

A doutrina passa pela dogmática, mas não se reduz a ela. A doutrina procura fornecer razões predominantemente jurídicas para a ação concreta (isto é, para os comportamentos dotados de sentido) (LOPES, 2009), podendo ainda incorporar elementos estratégicos (RHEE, 2012, p. 155-157). Entre outras coisas, cabe à doutrina discutir a melhor interpretação da norma jurídica válida, buscando o convencimento alheio. Isso não significa, porém, que a doutrina seja totalmente arbitrária, ou que na argumentação jurídica caiba qualquer razão. O fato de não existir uma única resposta certa para determinada questão jurídica não significa que qualquer resposta seja aceitável. Sempre será possível estabelecer um leque de soluções válidas, a partir de um critério interno ao direito.

A pesquisa com aspirações doutrinárias pode adotar uma abordagem predominantemente descritiva ou explanatória do direito posto, mas também pode assumir caráter prescritivo. As descrições e explicações não veiculam relações de causalidade típicas das ciências naturais, mas sim relações de imputação de efeitos ou consequências jurídicas. A atividade descritiva é suficiente para explicar o comando legal suscetível de entendimento direto. Todavia, quando o texto da norma se mostra ambíguo, torna-se necessário acrescentar o elemento argumentativo para determinar seu correto sentido e seu alcance, levando em conta inclusive a coerência do sistema jurídico. A solução de casos difíceis pode demandar ainda o recurso a argumentos extralegais ou metajurídicos.

O trabalho doutrinário pode se restringir à sustentação do melhor entendimento sobre a aplicação de algum comando legal (argumentação *de lege lata*), ou avançar para proposições sobre como o direito deveria tratar determinado assunto (argumentação *de lege ferenda*)

13 *E.g.* Hart (1994, p. 1), lembrando que "[p]oucas questões sobre a sociedade humana foram formuladas com tanta persistência, e respondidas por pensadores sérios de formas tão diversas, estranhas ou mesmo paradoxais quanto a questão 'o que é direito?'".

(COURTIS, 2006). Também é possível atribuir à doutrina um papel mais amplo, que abranja o discurso sobre a prática jurídica no contexto da realidade concreta (aqui estão as chamadas melhores práticas) (RIBEIRO, 2011). É justamente esse último componente que caracteriza a pesquisa profissional de base doutrinária.

2 O papel dos métodos empíricos na pesquisa profissional

A pesquisa exclusivamente empírica adota critérios acadêmicos pouco familiares aos juristas (ainda que diga respeito a disposições jurídicas ou a comportamentos juridicamente qualificados), tomando de empréstimo a metodologia das ciências sociais (sociologia, antropologia, psicologia, economia, finanças etc.). Em alguns casos, disposições legislativas ou comportamentos sociais são assumidos como coisas, e não como textos ou ações que veiculam sentidos próprios (DURKHEIM, 1998).

Trata-se de investigar o "direito em ação", o funcionamento das instituições ou os efeitos produzidos por determinada norma jurídica no ambiente social ou econômico. Isso não quer dizer, porém, que toda pesquisa empírica em direito tenha caráter prático ou aplicado. Quer dizer apenas que a empiria prioriza a observação da realidade fática subjacente ao direito, e não a interpretação e aplicação do direito para solução de problemas práticos.

A pesquisa exclusivamente empírica pede ainda um olhar neutro sobre os fenômenos sociais ou econômicos, deixando de lado as preocupações de natureza prescritiva. Quando a empiria se torna um fim em si mesmo, o resultado da pesquisa corre o risco de perder a relevância aplicativa para resolução de questões propriamente jurídicas. No entanto, a descrição e a explanação também podem avançar para a prescrição, a exemplo da recomendação para adoção de práticas específicas. A pesquisa empírica que combina descrição, crítica propositiva e sugestões de conduta passa a ter caráter aplicado.

A doutrina tradicional privilegia o enfoque abstrato das questões jurídicas, deixando em segundo plano a realidade fática e as questões aplicativas. Prefere tratar de problemas hermenêuticos, em detrimento de problemas de qualificação jurídica de fatos concretos ou de comportamentos complexos (LIMA; BAPTISTA, 2014).[14] A doutrina também pode se valer de métodos empíricos para conhecer e dialogar com o contexto fático, de modo a construir soluções jurídicas mais completas e conectadas com o mundo real. Nesse caso, a empiria terá papel coadjuvante, contribuindo para desvendar a realidade relevante à compreensão da norma

14 Os autores lembram que "[os] discursos produzidos pela dogmática – baseados em opiniões, em vez de dados, ou evidências – ainda sustentam a produção 'teórica' do Direito, embora não encontrem qualquer correspondência empírica. Isso tem como consequência o fato de que ter leis, livros e manuais de Direito não é suficiente para construir uma percepção adequada do campo jurídico e tampouco permite entender a lógica do nosso sistema judiciário" (LIMA; BAPTISTA, 2014, p. 13).

jurídica e à solução do problema hermenêutico. Trata-se de uma doutrina mais transparente e contextualizada (SMITH, 2007).[15]

Em outras palavras, é sempre possível fazer da investigação empírica uma ferramenta útil para informar a doutrina sobre aspectos importantes da realidade a ser considerada na aplicação do direito (KOROBKIN, 2015). Os achados empíricos não esgotam o trabalho de pesquisa, mas servem de substrato fático para contextualizar e enriquecer a reflexão jurídica. Tampouco se faz indispensável que a pesquisa empírica observe o mesmo rigor metodológico das ciências sociais aplicadas. Para a pesquisa jurídica profissional, basta que os fatos sejam apreendidos a partir da experiência própria do pesquisador, combinando com o uso da chamada empiria pervasiva.[16]

As pesquisas puramente quantitativas para determinar inferências, a exemplo de questionários (*surveys*), possuem menos espaço no mestrado profissional, na medida em que exigem domínio de métodos estatísticos dificilmente manejáveis pelos profissionais do direito. Além disso, a aspiração de estabelecer juízos de fato metodologicamente robustos pode negligenciar o componente jurídico-propositivo da pesquisa.

3 Combinação de abordagens teórica e prática

Nem sempre a doutrina consegue fazer a ponte entre teoria e prática, sobretudo quando ignora a realidade concreta e adota postura exclusivamente dogmática, em que o direito posto passa a ser o principal objeto de estudo, se não o único.[17] O saber prático voltado à resolução de problemas complexos no campo jurídico é de caráter tácito e, como regra, não se encontra adequadamente formalizado. Esse conhecimento pertence aos profissionais mais experientes, que nem sempre estão dispostos a divulgá-lo de forma espontânea.[18]

• • •

15 Cf. Smith (2007, p. 10-12), apresentando as ideias de *transparência* e *proximidade com os fatos* para julgar o que chama de teorias do contrato.

16 Lynn Lopucki (2015) chama atenção para o risco de esvaziamento da utilidade prática da pesquisa empírica dotada de máximo rigor metodológico, quando não leva em conta as questões que realmente interessam aos profissionais do direito. Na visão do autor, as preocupações empíricas são muito bem-vindas nas pesquisas jurídicas, mas não precisam se transformar em obsessão metodológica. A realização de um número reduzido de entrevistas com atores relevantes, para conhecer determinadas práticas de mercado, é melhor do que nenhum tipo de investigação sobre o assunto.

17 Não queremos sugerir que a alternativa ao que chamamos de "postura exclusivamente dogmática" seja adoção de um viés realista que, com diferentes matizes, predominou na Europa, nos Estados Unidos e mesmo no Brasil nas quatro primeiras décadas do século XX. Cf. Duguit (1908); Ehrlich (1967); Pound (1921); Silveira (1946); e Vianna (1987).

18 Nos Estados Unidos, a American Bar Association (ABA) desempenha um papel fundamental na formalização de práticas típicas da advocacia contenciosa, sobretudo por meio da edição de periódicos voltados

Arranjos contratuais e societários mais sofisticados não seguem a tipicidade legal, embora possam contar com tipicidade social quando reflitam práticas usuais de mercado (VASCONCELOS, 1995). Daí por que não podem ser estudados apenas por meio da consulta às fontes formais do direito, ao repositório de decisões judiciais ou a textos doutrinários clássicos (que normalmente se reportam à legislação e às decisões judiciais).

De outra parte, muitos negócios não geram disputas e, quando geram, não são necessariamente submetidas ao Poder Judiciário. Tais desavenças costumam ser resolvidas por mecanismos contratuais de autotutela (RUBIN, 1995), acordo reservado ou arbitragem (MARTINS-COSTA; NITSCHKE, 2012). A dificuldade de acesso a instrumentos contratuais, combinada com o sigilo do acordo ou do procedimento arbitral, dificulta a obtenção de informações autorizadas para fins de pesquisa jurídica. Daí resulta que as decisões judiciais (ou arbitrais, quando publicadas) dão conta apenas de uma parte da realidade relevante ao direito, que não abrange necessariamente a advocacia consultiva e estratégica.

As decisões administrativas e judiciais em matéria tributária cobrem um espectro maior da realidade concreta, até porque a opção pela via litigiosa acaba predominando em face da dificuldade de utilização de mecanismos privados de solução de disputas com o poder público. No entanto, essa jurisprudência também não é capaz de revelar o conjunto da prática tributária, porquanto existem operações e estratégias de gestão que não passaram pelo escrutínio da fiscalização ou, quando fiscalizadas, não ensejam autuação. Há ainda a possibilidade de contribuinte autuado não impugnar exigência fiscal, preferindo simplesmente satisfazê-la mediante pagamento. Esses casos não são captados pelo acervo de julgados e interpretações da autoridade tributária.

O tipo ideal de pesquisa no mestrado profissional deve cumprir as seguintes etapas: (i) apreensão da realidade e contextualização fática (funcionamento do mundo real e práticas usualmente adotadas); (ii) reflexão jurídica com proposta de posicionamento hermenêutico (enquadramento jurídico e questões sensíveis); (iii) análise e avaliação crítica da situação (pontos fortes e pontos fracos; principais riscos); (iv) recomendações de conduta ou ação prática (como agir e com que cautelas).

A compreensão de modelos negociais, estruturas tributárias, soluções regulatórias e políticas públicas exige o amplo conhecimento do contexto fático em que são adotadas. Relativamente ao direito tributário (que tende a ser mais hermético do que o direito dos negócios), o aprimoramento da capacidade analítica do pesquisador pressupõe a visão abrangente e qualificada do fenômeno da tributação. O pesquisador precisa ir além dos argumentos jurídicos lógico-formais e procurar entender a racionalidade das soluções privadas e das políticas de tributação.

• • •

para o público profissional como o *Business Lawyer*. Um excelente exemplo pode ser encontrado em West (2014).

A combinação de abordagens teórica e prática propicia a análise jurídica informada por visão estratégica e preocupação multidisciplinar. A relevância aplicativa do conhecimento jurídico produzido decorre de sua utilidade prática imediata para resolver problemas pertinentes ao exercício profissional. Nesse particular, devem ser priorizadas sugestões de condutas em face do direito posto, e apenas complementarmente propostas de demandem alterações constitucional, legislativa e regulatória.

No mestrado profissional, a pergunta de pesquisa mais relevante é o "como", e não simplesmente "o que", ou mesmo o "por que". Para isso, não basta identificar a legislação aplicável, explicar o regime jurídico vigente, discutir a natureza jurídica ou o fundamento teórico, apontar o entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalecente, ou ainda descrever a realidade. Essas abordagens representam apenas uma parte do percurso, e não o objetivo final da pesquisa. No fundo, o resultado do trabalho de investigação precisa responder a questões dinâmicas sobre como agir e com que cautelas, qual a melhor estratégia, quais os riscos jurídicos e como podem ser mitigados. Naturalmente, para elaborar respostas fundamentas, é necessário enfrentar primeiro indagações mais específicas, que muitas vezes constituem o foco central da pesquisa realizada em outros cursos ou programas universitários.[19]

4 O rigor acadêmico na pesquisa jurídica profissional

O rigor acadêmico (ou científico em sentido amplo)[20] não é pressuposto do trabalho produzido em atendimento a demandas profissionais, ainda que sua carência possa ser, em alguns casos, criticada.[21] No ambiente profissional, não costumam ser encaradas como desvio ético

• • •

19 O trabalho de conclusão de curso de graduação em direito pode se limitar a responder perguntas sobre (i) o que é isso; (ii) qual a legislação aplicável; (iii) qual o entendimento jurídico. Já a monografia do curso de pós-graduação *lato sensu* deveria incorporar indagações sobre (i) para que serve; (ii) como funciona; (iii) qual o regime jurídico. Relativamente à dissertação de mestrado acadêmico, espera-se que enfrente questões sobre: (i) o que acontece; (ii) por que é assim; (iii) qual a teoria ou fundamentação jurídica.

20 Para um mapeamento dos usos da ideia de ciência no direito, *vide* Hoecke (2011).

21 Entendemos que isso não pode ser afirmado em relação aos pareceres, trabalhos que, embora contratados, devem ser construídos a partir de certos cânones acadêmicos. Um parecer – pensamos, aqui, particularmente nos pareceres solicitados em procedimentos contenciosos – deve *oferecer* uma resposta correta, mas seu papel não é *convencer*, *a qualquer custo*, um árbitro ou juiz de que determinada resposta é correta. O convencimento é sua consequência, não sua função. Além disso, o parecer deve contar com uma etapa preparatória, de avaliação da possibilidade de atendimento aos interesses do escritório ou profissional que o contrata. É nessa etapa que sua parcialidade deve ser alinhada com seu caráter acadêmico. O parecer será sim parcial, mas apenas na medida em que sua orientação for compatível com algo que o parecerista possa sustentar no âmbito acadêmico. Sobre o tema, cf. Martins-Costa (2005, p. 43-44).

posturas (i) caracterizadas como parciais ou enviesadas; (ii) comprometidas com a defesa de determinados interesses; (iii) que descrevam a realidade destacando pontos positivos e encobrindo pontos negativos; (iv) que invoquem argumentos de autoridade sem questioná-los; ou (v) que mencionem apenas precedentes judiciais favoráveis (ainda que existam outros em sentido contrário).

Já o trabalho produzido no âmbito da academia não deve incorporar propósitos de arrebatamento e convencimento típicos da retórica persuasiva. O pesquisador não pode se deixar levar pelo capricho ou entusiasmo pessoal de demonstrar a superioridade da opinião emitida ou da solução aventada. Ao contrário, deve (i) assumir posição imparcial e crítica; (ii) apontar, discutir e refutar os argumentos contrários; (iii) revelar as limitações e fragilidades do posicionamento proposto e da conduta sugerida; (iv) adotar linguagem sóbria, sem argumentos incisivos; (v) evitar exageros no uso de adjetivos, advérbios, afirmações categóricas ou demasiadamente enfáticas. O pesquisador deve ainda manter-se aberto a mudanças de rumo durante o curso da pesquisa, sem se sentir vinculado ao roteiro inicialmente traçado ou às respostas que considerava mais prováveis.

É equivocado supor que o direito possa ser pesquisado da mesma forma que as ciências naturais. Nas ciências naturais, os objetos são encontrados na natureza, cabendo ao pesquisador analisá-los sem interagir com eles. A interação pode significar perda de isenção do pesquisador ou contaminação do objeto. No direito é diferente, na medida em que o pesquisador contribui com a definição do seu objeto de pesquisa. Essa definição é necessariamente subjetiva, pois aqueles que pesquisam em direito também contribuem para definir o que é o direito.

Na área jurídica, o chamado referencial teórico ou arcabouço conceitual compreende o direito aplicável nas suas várias expressões ou fontes reconhecidas (e não apenas formulações teóricas ou doutrinárias). Conquanto o referencial teórico seja igualmente importante na pesquisa profissional, isso não significa que o objetivo principal consista na crítica ou refinamento das teorias ou correntes doutrinárias existentes, tampouco na formulação de novas proposições teóricas (embora isso possa até ocorrer de forma incidental). A pesquisa profissional visa essencialmente a solucionar problemas relacionados com a prática jurídica, a partir da aplicação das teorias e opiniões doutrinárias já conhecidas, escolhendo aquela que se mostre mais adequada ao caso concreto, mediante justificativa fundamentada.

Nada impede que a pesquisa profissional se oriente por um marco teórico específico. Raramente o pesquisador poderá prescindir da doutrina ou teoria jurídica. Isso não significa, porém, que deva enfrentar os desacordos formados em torno do arcabouço conceitual por ela adotado (LUQUE SÁNCHEZ; RATTI, 2012). Basta que proponha uma abordagem devidamente fundamentada e teoricamente consistente para resolver o problema, discutir a prática jurídica ou criticar o caso estudado, a partir de referências teóricas ou práticas bem definidas. De resto, é possível – e mesmo recorrente – que profissionais-pesquisadores orientados pela prática cheguem a proposições similares a partir de marcos teóricos conflitantes (SUNSTEIN, 1995, p. 1.735-1.736).

A pesquisa jurídica profissional dotada de rigor acadêmico ou científico tampouco pode se limitar a sistematizar intuições. É necessário argumentar juridicamente e demonstrar faticamente as afirmações ou proposições apresentadas. Isso não quer dizer que um posicionamento jurídico ou uma prática profissional somente sejam aceitos como corretos ou verdadeiros, se estiverem ancorados em alguma opinião doutrinária autoritativa ou estudo empírico metodologicamente robusto. A experiência própria do pesquisador também pode servir como fonte de pesquisa, ainda que seja altamente recomendável validá-la e complementá-la com outros métodos ou técnicas de investigação.

O pesquisador não deve reverência a doutrinadores renomados (melhor doutrina), tampouco está vinculado a decisões judiciais reiteradas (jurisprudência consolidada). O pesquisador pode desafiar o entendimento ou conhecimento estabelecido sobre determinado assunto e propor novos olhares ou soluções. O importante é que o faça de forma fundamentada e com base em informações oriundas de fontes confiáveis devidamente explicitadas, ainda que não tenham validade estatística ou abrangência universal.

As atividades de estudar e pesquisar são coisas distintas. O estudo incrementa o conhecimento ou a técnica do estudioso sobre determinado assunto. O trabalho de compilação afinal produzido serve para demonstrar o domínio de determinado conteúdo, dispensado o componente propositivo ou a produção de conhecimento novo. Isso não quer dizer que o ganho resultante dessa empreitada seja exclusivamente pessoal, porquanto também pode gerar externalidades positivas, na medida em que propicia o aprimoramento profissional e a melhoria da produtividade do indivíduo, em benefício do conjunto da sociedade. Não traz, porém, ganho social direto ou imediato. Já a verdadeira pesquisa na área jurídica deve gerar alguma inovação (ainda que incremental), ou organizar conhecimento já existente para facilitar sua compreensão. Se adequadamente divulgada ou implementada, a pesquisa traz ganho social direto ou imediato.

A pesquisa jurídica, quando realizada por profissionais-pesquisadores no âmbito da academia, não é necessariamente menos rigorosa do que a pesquisa jurídica puramente acadêmica, fruto do trabalho de pesquisadores-profissionais. Basta que a pesquisa aplicada adote métodos e técnicas de investigação considerados adequados para o fim a que se destina, ainda que esses métodos e técnicas não sejam os mesmos da pesquisa acadêmica nas ciências sociais.[22]

• • •

22 Vem crescendo no meio acadêmico a aceitação de desenhos de pesquisa mais flexíveis, sobretudo quando tenham por objetivo avaliar e transformar práticas profissionais. Nesses casos, a exigência de rigor científico dos métodos e técnicas de investigação precisa ser relativizada. Trata-se de conhecer melhor o funcionamento do mundo real para propor soluções a problemas que afetam parcelas relevantes da sociedade, sem a pretensão de estabelecer relações causais baseadas em estudos estatísticos metodologicamente robustos (cf. ROBSON, 2002, p. 3-15).

Para que alcance credibilidade acadêmica, a opinião emitida pelo pesquisador deve ser ao mesmo tempo (i) informada (considera contexto fático, ordenamento jurídico e possíveis consequências); (ii) fundamentada (utiliza argumentação jurídica consistente e contextualizada); (iii) ponderada (abrangente, equilibrada e sóbria); e (iv) desinteressada (neutra e imparcial).

Não é necessário (nem desejável) que o pesquisador seja alguém completamente alheio à prática profissional (ou ao caso concreto) que será objeto de reflexão e análise. A pesquisa profissional pretende essencialmente qualificar o conhecimento prático já detido pelo aluno, por meio de sua sistematização, resgate do embasamento teórico, avaliação crítica e recomendações de conduta. Quem está em melhor posição para desempenhar esse papel é justamente o profissional que possua vivência prática ou experiência concreta sobre o assunto pesquisado. Para preservar a credibilidade da pesquisa e mitigar o risco de enviesamento, o trabalho de conclusão deve explicitar a relação precedente do pesquisador com o objeto da pesquisa. Com isso, o público-alvo poderá atribuir ao trabalho o valor acadêmico que julgar adequado, à vista do envolvimento pessoal do pesquisador expressamente declarado.

No âmbito da pesquisa jurídica profissional, emergem pelo menos três modalidades básicas que atendem às diretrizes acima anunciadas. São elas: (i) o trabalho exploratório sobre práticas jurídicas; (ii) a resolução de problemas; e (iii) o estudo de caso. Os tópicos seguintes tratarão separadamente de cada uma das modalidades.

5 Trabalho exploratório sobre práticas jurídicas

A pesquisa profissional pode assumir caráter exploratório e adotar como objeto a reflexão sobre práticas jurídicas. A prática a ser pesquisada deve ser preferencialmente do conhecimento prévio do pesquisador, pois isso facilita a coleta de dados e a identificação das questões-chave.

Nada impede, porém, que o aluno resolva pesquisar sobre algum tema cuja realidade fática lhe seja desconhecida ou permaneça alheia à sua experiência profissional. Nesse caso, o pesquisador deve estar preparado a despender esforço adicional, uma vez que precisará reunir informações fidedignas e suficientes para descrever, explicar e sistematizar a prática jurídica objeto do trabalho reflexivo. Precisará ainda desenvolver uma matriz analítica capaz de subsidiar juízos críticos. Finalmente, deverá estar suficientemente seguro para apresentar alternativas de ação prática que façam sentido a quem já milite na área.

Para dar conta disso tudo, o aluno dificilmente escapará da necessidade de realizar pesquisa de campo, notadamente por meio de entrevistas de atores relevantes, detentores de experiência prática sobre o tema pesquisado. Na maioria das vezes, a prática investigada não estará retratada, de forma confiável e abrangente, em textos doutrinários já publicados. Eventualmente, poderá constar de trabalhos empíricos produzidos com rigor acadêmico em outras áreas do conhecimento.

O trabalho exploratório sobre práticas jurídicas deve cumprir as quatro etapas básicas que caracterizam a pesquisa profissional. Incialmente, o pesquisador deve buscar a apreensão da realidade e a contextualização fática. Para isso, deve elucidar o conteúdo da prática pesquisada, o campo de aplicação, as soluções usualmente adotadas e possíveis variações.

O passo seguinte consiste na reflexão sobre as práticas constadas, mediante a identificação do regime jurídico aplicável, das questões controversas ou com potencial de problematização, e dos entendimentos relevantes (doutrinários, administrativos e judiciais) diretamente aplicáveis. Com isso, o pesquisador terá condições de desenvolver a fundamentação jurídica adequada para qualificar a prática, sem prejuízo de também apontar suas fragilidades e limitações.

O trabalho deve então avançar para a análise e avaliação crítica da prática descrita e qualificada juridicamente. As ponderações precisam indicar, entre outras coisas, os pontos fortes e os pontos fracos, os limites e possibilidades, os fatores que influenciam a tomada de decisão, os principais riscos e como podem ser mitigados.

A quarta fase deve ser necessariamente propositiva, sugerindo cursos de ação aos profissionais do direito (como agir e com que cautelas). Em caráter complementar, pode-se ainda formular propostas *de lege ferenda* para adequação do marco legal ou regulatório, sem prejuízo das necessárias proposições *de lege lata*.

No caso do mestrado profissional da FGV Direito SP, as práticas pesquisadas podem consistir em (i) arranjos contratuais e societários; (ii) cláusulas específicas de negócios jurídicos; (iii) formas de contratação no setor público: (iv) estruturação de projetos de infraestrutura; (v) modelos regulatórios; (vi) políticas públicas com impacto na atividade empresarial; (vii) incidências tributárias em setores ou transações específicas; (viii) modelos de gestão ou governança tributária; (xi) políticas de tributação e técnicas de arrecadação.

6 Resolução de problemas

A pesquisa profissional também pode ser orientada pela resolução de problemas que tenham densidade jurídica e relevância prática. A densidade jurídica pressupõe a inserção do objeto da pesquisa no campo próprio do direito, não se limitando ao enfoque sociológico, econômico ou político (sem prejuízo da interface com leituras típicas desses campos). A relevância prática estará evidenciada sempre que o resultado da pesquisa for útil para orientar a ação de profissionais do direito. A formulação do problema também é importante para delimitar o escopo da pesquisa, evitando que o trabalho se transforme em narrativa descompromissada, discurso genérico ou dissertação sem objetivos claros.

Ao circunscrever o objeto da pesquisa jurídica a temas pertinentes à prática profissional, ficam excluídos os trabalhos que priorizem a discussão sobre modelos institucionais ou diretrizes de política pública (*policy papers*), a exemplo da redefinição do papel do Estado, da concepção da reforma tributária ideal ou da oportunidade de novo Código

Comercial.[23] Propostas dessa natureza somente fazem sentido no mestrado profissional quando tiverem impacto direto na prática. É o que ocorre, por exemplo, quando a pesquisa formula sugestões *de lege ferenda* para resolver questões concretas.

O problema de pesquisa não é exatamente a mesma coisa que a hipótese de pesquisa. O problema pode admitir alternativas de soluções que serão testadas ou avaliadas no curso da pesquisa. Pode ainda tomar múltiplas questões que demandam respostas fundamentadas, a ponto de compor uma solução integral. Por sua vez, as hipóteses são explicações preliminares ou provisórias, que serão testadas durante o percurso da pesquisa, visando à sua confirmação ou refutação.[24] Na pesquisa acadêmica, a hipótese funciona como o ponto de partida, cujo destino final ainda é incerto.

A pesquisa profissional pode dispensar a formulação de uma hipótese inicial, atendo-se apenas à resolução do problema proposto (ainda que as alternativas de solução sejam previamente anunciadas pelo pesquisador).[25] Não basta ao pesquisador refutar a solução inicial aventada (como faria com a hipótese na pesquisa puramente acadêmica). Ele precisa construir a melhor solução e justificá-la de modo satisfatório.

Em outras palavras, o pesquisador deve emitir um juízo de conveniência dentro de uma moldura legal mais ampla, e não simplesmente sustentar um posicionamento hermenêutico ou afirmar a licitude ou ilicitude de determinada conduta. Não se trata, portanto, de partir da teoria para, por meio da prática, alargar, estreitar, endossar ou abandonar uma proposição teórica. Trata-se de partir de um problema concreto para, por meio da teoria, propor reformas ou aprimoramentos práticos.

A pesquisa profissional pode ser orientada pela resolução de um problema hermenêutico ou prático. No primeiro caso, a conclusão conterá uma proposta de posicionamento jurídico com recomendação de ação prática. No segundo caso, haverá uma proposta de ação prática juridicamente embasada. Em ambos, o componente prescritivo é necessário. A descrição dos fatos, a explanação da legislação vigente, a invocação de entendimentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais possuem função instrumental. São úteis apenas na

23 Não por acaso, esses são temas perenes (cf. SOUSA, 1950, BAER; KERSTENETZKY; VILLELA, 1973; e COELHO, 2011).

24 A ideia de "hipótese" é tão antiga quanto o pensamento científico moderno, mas ganhou particular reconhecimento na filosofia na ciência com a divulgação das ideias de Karl Popper a partir da década de 1930. Para Popper, o caráter científico de uma proposição residiria em sua possibilidade de negação: uma proposição seria científica na medida em que fosse *falseável*. Cf. Popper (2002).

25 A inadequação do modelo hipótese-demonstração para a pesquisa jurídica aplicada é mencionada por Lopucki (2015). Para o autor, o objetivo principal da pesquisa jurídica deveria ser a descoberta e o avanço do conhecimento, e não apenas o teste de hipóteses com a mesma sofisticação metodológica utilizada nas ciências sociais.

medida em que sirvam para subsidiar respostas às perguntas relevantes sob o ponto de vista prático (*v.g.,* como agir e com que cautelas, qual a estratégia ideal, o que funciona, quais as lições apreendidas).

Tampouco a pesquisa profissional deve ficar adstrita a definições conceituais ou classificações tipológicas. Esse exercício mental é importante quando dele decorram consequências práticas, vale dizer, quando sirva para identificar padrões de conduta ou distinguir situações fáticas, com vistas à imputação de consequências jurídicas (CARRIÓ, 1990). O ato de definir ou classificar pode contribuir para resolver o problema formulado ou qualificar a prática pesquisada, mas não se confunde com a própria solução ou conclusão propositiva.

São exemplos de problemas juridicamente relevantes, que demandam propostas de ação prática: (i) em que medida o contrato pode dispor sobre regras de interpretação e distribuição do ônus da prova; quando e como convém fazê-lo; (ii) qual o enquadramento jurídico e o campo de aplicação das chamadas condições precedentes; (iii) quando faz sentido o contrato de sociedade limitada prever a aplicação subsidiária do regime jurídico da sociedade anônima, com fundamento no artigo 1.053 do Código Civil; (iv) em que circunstâncias pode ser atribuída a responsabilidade tributária a outra empresa do mesmo grupo econômico? Como mitigar o risco daí decorrente; (v) como estruturar um plano de opções de compra de ações conciliando eficiência tributária e segurança jurídica; (vi) qual a melhor estratégia para impedir a sonegação fiscal em determinado setor da atividade econômica.

7 Estudo de caso

A pesquisa jurídica profissional pode ainda se inspirar em um caso real já ocorrido, passível de análise e problematização. Embora o ponto de partida seja diferente em relação ao problema concreto, o resultado final busca igualmente uma recomendação de ação prática. O problema concreto pode ensejar uma solução inovadora, enquanto o estudo de caso pressupõe a avaliação crítica de uma solução já adotada, com sugestões de aprimoramento (proposições contrafáticas) ou de alargamento do campo de aplicação (proposições abrangentes) (MITCHELL G., 2004). Os dois percursos demandam uma conclusão propositiva.

O estudo de caso induz forçosamente uma abordagem qualitativa, e não quantitativa. Pressupõe o acesso do pesquisador às informações essenciais, incluindo a documentação básica, ainda que de caráter reservado, e a possibilidade de manter interlocução com atores relevantes diretamente envolvidos (por meio, por exemplo, de entrevistas). A atenção do pesquisador deve se voltar para a solução adotada no caso concreto e sua fundamentação jurídica.

O caso pode se apresentar de forma desorganizada (fatos brutos sem problematização ou questionamentos predefinidos), ou já ter sido relatado e discutido por terceiros (com risco de incompletude na apreensão dos fatos e parcialidade do julgamento). O pesquisador deve organizar e completar a descrição fática, identificar as questões relevantes (estratégicas e

jurídicas), analisar e avaliar criticamente, enunciar as lições apreendidas com potencial de generalização e propor aprimoramentos na solução adotada.

O estudo de caso combina bem com o modelo de pesquisa profissional. Isso porque propicia a abordagem integrada de aspectos estratégicos e jurídicos, assim como a discussão de questões dogmáticas devidamente contextualizadas (e não apenas no plano teórico-abstrato). Permite simultaneamente compreender a relevância do problema jurídico e a lógica da solução adotada. Possibilita ainda criticar com imparcialidade decisões judiciais ou administrativas, mostrando eventuais equívocos conceituais ou de percepção da realidade concreta, indicando caminhos alternativos. Trata-se de uma abordagem retrospectiva sobre uma situação real conflituosa, ou apenas problemática. A necessidade de contextualização fática impõe a conexão com a realidade.

O estudo de caso aprofunda a compreensão da realidade e desenvolve a capacidade de avaliação crítica. No entanto, necessita de matriz analítica e problematização jurídica. O trabalho não deve se limitar à mera narrativa ou descrição dos fatos. Além do componente descritivo, precisa estar presente a análise qualificada e a postura propositiva. O objetivo central do estudo não é o relato do caso em si, mas a exploração dos problemas que podem ser respondidos por seu intermédio ou, em outras palavras, os ensinamentos que podem ser dele extraídos para o futuro.

Analisar o caso na área jurídica não equivale simplesmente à interpretação dos achados na pesquisa empírica das ciências sociais. Tampouco pressupõe um conflito judicializado ou parecer de autoridade (decisão judicial ou administrativa), nem se limita a comentário de jurisprudência ou crítica de decisão judicial. O estudo de caso pode consistir na análise de negócio jurídico, transação específica, operação societária, projeto de infraestrutura, tratamento tributário ou política pública. Quando o caso envolve uma situação conflituosa já resolvida, cabe ao pesquisador investigar de forma mais ampla o contexto fático e os argumentos utilizados pelas partes envolvidas, pois esses elementos nem sempre estarão incorporados no relatório da decisão proferida.

O estudo de caso pode mostrar o que funciona ou não funciona em determinados contextos (ou o que deu certo e o que deu errado), ainda que não assegure o domínio completo das explicações causais. A utilidade do caso analisado decorre justamente do componente prescritivo para guiar a ação dos profissionais do direito (o deve ser feito em termos de organização, gestão ou decisão), e não apenas do componente explicativo (o que exatamente determinou o resultado final).

Trata-se de função equiparável ao precedente jurisprudencial ou às melhores práticas, cujo escopo não é enunciar a única solução possível, mas oferecer uma opção viável (ou desejável) dentro do leque de alternativas aceitáveis. O maior desafio da pesquisa jurídica baseada no estudo de caso consiste justamente na formulação de ensinamentos que possam ser aproveitados por outros profissionais expostos a problemas parecidos (i.e., um guia sobre como agir em situações semelhantes).

As perspectivas de análise do caso pesquisado podem abranger: (i) os principais desafios e como foram equacionados (identificação dos pontos-chave); (ii) adequação, limites, fragilidades e potencialidades da solução adotada (pontos fortes e pontos fracos); (iii) os fatores relevantes para tomada de decisão (compreensão do contexto fático e percepção de interesses); (iv) os principais riscos e formas de mitigação (constatação e valoração); (v) comparação com soluções alternativas (análise comparativa sobre vantagens e desvantagens); (vi) correspondência com práticas usuais de mercado (inserção do caso em contexto mais amplo); (vii) aderência ao ordenamento jurídico e questões sensíveis (confronto com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais; possíveis controvérsias).

8 O formato do trabalho de conclusão

O trabalho de conclusão no mestrado profissional admite diferentes formatos, incluindo a chamada dissertação.[26] Todavia, a apresentação de uma dissertação tradicional corre o risco de induzir o aluno a adotar o modelo de digressão teórica extensiva, em detrimento do enfoque concentrado na análise e solução de questões específicas. A abordagem descritiva ou explanatória, tendo por objeto o ordenamento jurídico ou a realidade concreta, dificilmente produzirá conhecimento passível de apropriação imediata pelos profissionais.

O texto tampouco deve assumir o perfil de "apontamentos", "reflexões iniciais" ou "delineamentos básicos". Não bastam especulações difusas; é necessário construir um raciocínio estruturado para sustentar juízos de fato e posições jurídicas, apresentando ao final alternativas de ação prática.

O trabalho também não se resume à produção de um texto elegante e bem escrito, que tenha dispensado a pesquisa prévia conduzida com rigor acadêmico. A verdadeira pesquisa não prescinde dos componentes investigativo e reflexivo. O texto produzido serve basicamente para registrar e divulgar os achados, a análise e a reflexão do pesquisador.

O mestrado profissional deve dar preferência a trabalhos com profundidade vertical, em detrimento da extensão horizontal. Na sua versão mais evoluída, o produto final da

• • •

26 Portaria Capes 17/2009, art. 7º, VIII, § 3º: "O trabalho de conclusão final do curso poderá ser apresentado em diferentes formatos, tais como dissertação, revisão sistemática e aprofundada da literatura, artigo, patente, registros de propriedade intelectual, projetos técnicos, publicações tecnológicas; desenvolvimento de aplicativos, de materiais didáticos e instrucionais e de produtos, processos e técnicas; produção de programas de mídia, editoria, composições, concertos, relatórios finais de pesquisa, softwares, estudos de caso, relatório técnico com regras de sigilo, manual de operação técnica, protocolo experimental ou de aplicação em serviços, proposta de intervenção em procedimentos clínicos ou de serviço pertinente, projeto de aplicação ou adequação tecnológica, protótipos para desenvolvimento ou produção de instrumentos, equipamentos e kits, projetos de inovação tecnológica, produção artística, sem prejuízo de outros formatos, de acordo com a natureza da área e a finalidade do curso, desde que previamente propostos e aprovados pela Capes".

pesquisa deveria estar refletido em pelo menos um artigo acadêmico pronto e acabado, passível de ser publicado em periódicos qualificados com impacto no meio profissional. No entanto, nem sempre será possível o trabalho alcançar de imediato o objetivo ideal, antes de passar por um período mais longo de maturação e ser submetido ao crivo da banca examinadora. É nesse momento que o trabalho receberá críticas e contribuições adicionais, especialmente por parte dos membros externos que não acompanharam o percurso de pesquisa do aluno.

Afigura-se mais prudente orientar o aluno a produzir um trabalho de conclusão que supere o tamanho desejável para um artigo acadêmico. A diferença da extensão decorrerá, assim, de indicações metodológicas e explanações que podem ser omitidas na versão do texto que vier a ser submetida a publicação. É importante, porém, que o texto já contenha as informações básicas, o detalhamento metodológico, as referências doutrinárias e jurisprudenciais, as reflexões jurídicas e os elementos de pesquisa necessários à produção posterior da versão consolidada.

Após a aprovação pela banca examinadora, o trabalho passará por novo processo de depuração e lapidação, para se transformar finalmente em um ou mais artigos publicáveis, que reflitam a essência do objeto pesquisado e dos resultados obtidos, dentro das dimensões aceitáveis para esse gênero.

Conclusão

O desafio de construir a identidade própria do mestrado profissional em direito passa pela definição do modelo de pesquisa que o diferencie dos programas acadêmicos. O resultado da pesquisa deve simultaneamente atender a exigências mínimas de rigor acadêmico e produzir impacto no meio profissional.

Apresentou-se aqui uma proposta básica de pesquisa que combina quatro dimensões (i) apreensão da realidade e contextualização fática; (ii) reflexão jurídica e proposta de posicionamento hermenêutico; (iii) análise e avaliação crítica; e (iv) recomendações de conduta ou ação prática.

O modelo idealizado permite pelo menos três abordagens distintas, embora todas elas voltadas à obtenção do mesmo resultado propositivo: (i) trabalho exploratório sobre práticas jurídicas; (ii) resolução de problema; e (iii) estudo de caso.

Nesse contexto, teoria e empiria desempenham uma função instrumental, pois são apenas meios para qualificar a pesquisa, e não pontos de chegada. Em outras palavras, não basta que o trabalho de investigação apresente proposições teóricas ou constatações fáticas. As proposições e constatações somente terão valia se também forem úteis para orientar práticas jurídicas ou condutas profissionais.

Para que tenha caráter aplicado, a pesquisa deve orientar explicitamente os profissionais do direito sobre como agir e com que cautelas. Tanto melhor se as orientações contiverem soluções jurídicas inovadoras.

NOTA DE AGRADECIMENTO

O autor agradece as valiosas contribuições de Osny da Silva Filho para a produção deste texto. O artigo sintetiza em grande parte as reflexões e discussões havidas entre ambos, motivadas pelo desejo de elaborar uma proposta de pesquisa jurídica para o mestrado profissional. Não obstante isso, as afirmações e posicionamentos aqui adotados são de responsabilidade exclusiva do autor.

REFERÊNCIAS

BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac; VILLELA, Annibal Villanova. As modificações do papel do Estado na economia brasileira. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 3, 1973.

BERGEL, Jean-Louis. *Théorie generale du droit*. Paris: Dalloz, 2012.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeldo-Perrot, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O futuro do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COURTIS, Christian. El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmatica. In: _____. *Observar la ley*. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006.

DUGUIT, Léon. *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*. Paris: Felix Alcan, 1908.

DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*, Paris: Puf, 1998.

DWORKIN, Ronald. The model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, v. 35, 1967.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FOX, Mark; MARTIN, Peter; GREEN, Gill. *Doing practitioner research*. London: Sage, 2007.

FREUND, James C. *Advise and invent:* the lawyer as counselor-strategist and other essays. New Jersey: Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1992.

GAVA, John. What we know about contract law and transacting in the marketplace. *Adelaide Law Review*, v. 35, n. 2, 2014.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HOECKE, Mark Van. Legal doctrine: which kind of method for what kind of discipline? In: HOECKE, Mark Van (Org.). *Methodologies of legal research:* which kind of method for what kind of discipline? Portland: Hart, 2011.

JAMIN, Christophe. *La cuisine du droit*. L'Ecole de Droit de Science Po: une expérimentation française. Paris: Lextenso, 2012.

KOROBKIN, Russel. Pesquisa empírica em direito contratual: possibilidades e problemas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito,* v. 2, n. 1, 2015.

LIMA, Roberto Kant; BAPTISTA, Bárbara Gomes Luppeti. Como a antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico,* Brasília: UnB, I, p. 9-37, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Da teoria da norma à teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Orgs.). *Norma, moralidade e interpretação*. Temas de filosofia política e do direito. Porto Alegre: Linus, 2009.

LOPUCKI, Lynn M. Disciplining legal scholarship. *Tulane Law Review*, v. 90, 2015.

LUQUE SÁNCHEZ, Pau; RATTI, Giovanni Battista. *Acordes y desacuerdos:* cómo y por qué los juristas discrepan. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O que é pesquisa em direito? [comunicação 1.1]. In: VVAA. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista de Arbitragem*, v. 2, 2012.

MITCHELL, Catherine. *Contract law and contract practice.* Bridging the gap between legal reasoning and commercial expectation. Oxford: Hart, 2013.

MITCHELL, Gregory. Case studies, counterfactuals, and causal explanations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 152, 2004.

MORGAN, Jonathan. *Contract law minimalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

NOBRE, Marcos Severino. O que é pesquisa em direito? [comunicação 1]. In: VVAA. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Saraiva, 2005.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno M. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 262, 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler; SILVA FILHO, Osny da. *Lei Anticorrupção:* contexto, questões sensíveis e relações com a governança corporativa. 2016 (em elaboração).

_____. Pesquisa e prática jurídica no Brasil. *Jota*, 8 maio 2015. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ensino-pesquisa-e-pratica-juridica-no-brasil-08052015>. Acesso em: 20 fev. 2018.

POPPER, Karl Raimund. *The logic of scientific discovery*. London: Routledge, 2002.

POUND, Roscoe. *The spirit of the common law*. Francestown: Marshall Jones, 1921.

RHEE, Robert J. *Essential concepts of business for lawyers*. New York: Kluwer, 2012.

RHODE, Deborah L. *Lawyers as leaders*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs.* Melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

ROBSON, Colin. *Real world research*. 2. ed. Blackwell Publishing, 2002.

ROESLER, Claudia; MAUÉS, Antonio; SANTOS, Gustavo Ferreira. Construção do mestrado profissional em Direito no Brasil é um desafio. *Consultor Jurídico*, 20 abr. 2015. Disponível em: <http:// www.conjur.

com.br/2015-abr-20/construcao-mestrado-profissional-direito-desafio>. Acesso em: 27 maio 2015.

RUBIN, Edward L. The nonjudicial life of contract: beyond the shadow of the law. *Northwestern Law Review*, v. 90, 1995.

SIEMS, Mathias; SÍTHIGH, Daithí Mac. Mapping legal research. *The Cambridge Law Journal*, v. 71, 2012.

SILVA FILHO, Osny da. *Direito dos contratos e doutrina contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

SILVEIRA, Alípio. *O fator politico-social na interpretacao das leis*. São Paulo: Tipografia Paulista, 1946.

SMITH, Stephen. *Contract theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Notas ao projeto de reforma do imposto de renda* (1947). In: _____. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements. *Harvard Law Review*, v. 108, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. São Paulo: Edusp, 1987. v. 1.

WEST, Glenn D. That pesky little thing called fraud: an examination of buyers' insistence upon (and sellers' too ready acceptance of) undefined "fraud carve-outs" in acquisition agreements. *The Business Lawyer*, v. 69, 2014.

Mario Engler Pinto Junior

Professor e Coordenador do Mestrado Profissional da FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial pela USP. Procurador do Estado de São Paulo (aposentado).

mario.engler@fgv.br

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 11.06.2016
Aprovado: 28.11.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201803

A filosofia analítica do Direito é etnograficamente limitada?

IS ANALYTIC JURISPRUDENCE ETHNOGRAPHICALLY LIMITED?

Valdenor Monteiro Brito Júnior[1]

Resumo

Este artigo pretende apresentar o potencial caráter *WEIRD – Western, Educated, Industrialized, Rich and Democratic* – das intuições usadas na filosofia analítica do Direito, fornecendo evidência à crítica feita pela Teoria Naturalizada do Direito de Brian Leiter sobre a limitação etnográfica do recurso às intuições dentro da teoria jurídica. Essas intuições sobre o Direito advêm de um estilo de raciocínio situado no extremo fim analítico da escala "analítico x holístico" que não corresponde ao padrão da humanidade, não produzindo inferências universalizáveis sobre o conceito de Direito.

Palavras-chave

Filosofia analítica do Direito; intuições; Leiter; limitação etnográfica; Teoria Naturalizada do Direito.

Abstract

This article aims to present the WEIRD character – acronym to Western, Educated, Industrialized, Rich and Democratic – of the central intuitions used by Analytic Jurisprudence, providing evidence to the critique made by Leiter's Naturalized Jurisprudence in relation to ethnographic constraints of the Jurisprudence. We conclude that the intuitions about Law used by the Analytic Jurisprudence match a style of thinking situated at the extreme analytic end of the "analytic x holistic" scale that doesn't correspond to the pattern of all human populations, and do not allow universal inferences about the concept of Law.

Keywords

Analytic Jurisprudence; intuitions; Leiter; ethnographic constraints; Naturalized Jurisprudence.

1 Universidade Federal de Santa Catarina
Florianópolis – SC – Brasil
https://orcid.org/0000-0003-0256-5075

CC BY-NC

Introdução

O objetivo do presente artigo é apresentar o caráter *WEIRD* – acrônimo para *Western, Educated, Industrialized, Rich and Democratic* (Ocidental, Educado, Industrializado, Rico e Democrático) – das intuições que são a base central para a análise conceitual realizada pela filosofia analítica do Direito.

Primeiro, explica-se o recurso às intuições empregado pela análise conceitual na filosofia analítica do Direito, conhecida por expoentes como Herbert Hart e Joseph Raz, e são abordadas as críticas feitas por John Finnis, no livro *Lei natural e direitos naturais* (2007), e Brian Leiter, no livro *Naturalizing jurisprudence* (2007), à arbitrariedade do ponto focal escolhido e das intuições selecionadas por esses teóricos. Aqui, o objetivo específico será contextualizar o problema discutido no presente artigo.

Em seguida, é exposto o argumento apresentado por Joseph Henrich, Steven Heine e Ara Norenzaryan no artigo "The weirdest people in the world?" (2010a), segundo o qual pesquisas nas ciências comportamentais que são baseadas em amostras de populações *WEIRD* não permitem inferências universalizáveis acerca da psicologia humana padrão. Aqui, o objetivo específico será apresentar o problema da desviância comportamental e cognitiva de populações ocidentais.

Analisa-se, então, a diferença descrita por Clifford Geertz entre três sensibilidades jurídicas não ocidentais e a ocidental, no modo como raciocinam a relação entre fatos e leis. A hipótese é que essa diferença pode ser explicada pela variação no espectro de estilo de pensamento analítico x holístico entre diferentes populações humanas. Nesse ponto, o objetivo específico será argumentar que a combinação desses dois tipos de pesquisa – um de caráter qualitativo e um de caráter quantitativo – gera uma evidência *prima facie* de que a filosofia analítica do Direito nos moldes atualmente praticados recorre a intuições etnograficamente limitadas.

A partir dessa discussão, será possível questionar o papel que as intuições desempenham na filosofia analítica do Direito. O ponto é metodológico: essa metodologia de apelo às intuições pode garantir a universalidade para uma Teoria do Direito que se pretenda geral em escopo? É esta a pergunta que nos propomos a discutir neste artigo.

1 O recurso às intuições na filosofia analítica do Direito

A filosofia analítica do Direito, desde pelo menos a obra de Herbert L. A. Hart, tem recorrido aos métodos da análise conceitual e do recurso às intuições para elucidar a natureza do Direito como fenômeno geral. Mais especificamente, essa metodologia é a predominante na chamada *general jurisprudence* (Teoria Geral do Direito), que teoriza sobre o fenômeno jurídico tal como ele é, sem vinculação a uma cultura jurídica específica e, nesse sentido, pretendendo universalidade.

No prefácio de *O conceito de direito*, Hart (2009, p. IX) comenta que "o jurista verá o livro como um ensaio sobre a teoria analítica do direito, já que seu objetivo é elucidar a estrutura

geral do pensamento jurídico" e que o leitor perceberia que "levantei, em muitos passos, indagações que dizem respeito ao significado das palavras". Ele espera que, da análise dos conceitos, seja possível entender o fenômeno real por trás do conceito:

> Apesar de sua preocupação com a análise, o livro pode também ser encarado como um ensaio de sociologia descritiva, pois a ideia de que a investigação sobre os significados das palavras lança luz apenas sobre estas é falsa. Muitas distinções importantes entre tipos de situações ou relações sociais, que não são óbvias à primeira vista, podem ser elucidadas mediante um exame dos usos convencionais das expressões conexas e da maneira como estas dependem de um contexto social, que permanece ele próprio frequentemente implícito. Neste campo de estudo, é especialmente verdadeira a afirmação de que podemos utilizar, como disse o prof. J. L. Austin, "uma consciência mais aguda das palavras para aguçar nossa percepção dos fenômenos" (HART, 2009, p. X).

Hart (2009, p. 7-17) define três problemas que obstam uma conclusão definitiva à discussão sobre o conceito do Direito: (1) o fato de que "sua existência significa que certos tipos de comportamento humano já não são opcionais, mas, em certo sentido, obrigatórios"; (2) a relação próxima entre o Direito e a moral, pois "ambos compartilham um mesmo vocabulário" e todos os sistemas jurídicos "reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais"; (3) o fato de o Direito ser (ou não) composto de normas, no que consistem essas normas, e qual é a distinção entre um comportamento em conformidade com as normas e um comportamento habitual meramente convergente.

Essas questões parecem exigir uma definição do Direito que nos esclareça seu conceito e permita respondê-las. Nisso, busca-se uma fórmula que permita tanto traduzir a palavra em termos bem conhecidos, como indicar o tipo de coisa referenciada pela palavra (HART, 2009, p. 18). A dívida com Austin é clara:

> [...] não estamos olhando apenas para as palavras [...] mas também para as realidades a respeito das quais falamos utilizando palavras. Estamos usando uma consciência mais aguçada das palavras para apurar nossa percepção dos fenômenos (AUSTIN, 1956-1957, p. 8 apud HART, 2009, p. 19).[1]

Nota-se, portanto, que o método explorado por Hart para chegar a suas conclusões é a análise conceitual, feita a partir de um caso que todas as pessoas instruídas poderiam tomar

1 AUSTIN, J. L. A plea for excuses: the presidential address. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 57, p. 1-30, 1956-1957.

como uma instância clara do conceito "Direito", que seria o *modern municipal legal system* (ou seja, o sistema jurídico moderno específico de um país, que engloba tanto sistemas *common law* como *civil law*; cf. PERRY, 1998, p. 433-434). A partir dessa análise, seria possível verificar se outros potenciais casos também seriam abrangidos pelo mesmo conceito e seus desdobramentos analíticos (PERRY, 1998, p. 432).

Assim, apesar de Hart (2009, p. 309) pretender que sua teoria jurídica seja geral, no sentido de não se vincular a nenhuma cultura jurídica específica, pode-se dizer que esse conceito geral tem uma gênese local: começa com o conhecimento comum a pessoas instruídas em sociedades modernas sobre uma instituição central nelas e atrelada a outra instituição específica de invenção histórica recente, que é o Estado (PERRY, 1998, p. 432).

Alguém poderia pensar que Hart adota um método descritivo-explanatório (já que ele mesmo denomina seu livro de um ensaio de "sociologia descritiva" no prefácio [HART, 2009, p. X]) em vez da análise conceitual. Contudo, ele não sustenta suas reivindicações (como a de que todo sistema jurídico tem uma norma de reconhecimento) como previsões empíricas e não avalia a correção de sua teoria pelos critérios de avaliação teórica usados na ciência (PERRY, 1998, p. 436-437).

A determinação da instância clara de um conceito repousa sobre aquilo que as pessoas já veem como sendo casos incontroversos da extensão do conceito. Assim, a análise conceitual está relacionada ao recurso das intuições que as pessoas, mais especificamente os filósofos profissionais, têm acesso quanto aos conceitos que pretendem investigar.

Uma importante qualificação desse ponto sobre a generalidade pretendida por Hart para sua análise do conceito de Direito deve ser feita aqui. Para entender a metodologia de Hart, a influência relevante é a filosofia da linguagem ordinária, com a centralidade que esta confere à análise linguística. Postema (2011, p. 264) salienta que Hart endossou essa forma de fazer filosofia com base na obra de J. L. Austin (mas também indiretamente do segundo Wittgeinstein, por intermédio de seu contemporâneo Frederick Waissmann). Schauer (2006, p. 854-856) ressalta a amizade e intercâmbio filosófico entre Hart e Austin em Oxford, e como a filosofia da linguagem ordinária levou o primeiro a entender a tarefa da teoria jurídica em termos essencialmente filosóficos, em um estilo analítico e focado na linguagem.

A filosofia da linguagem ordinária pode ser definida como um movimento da filosofia linguística que prioriza o uso ordinário da linguagem no tratamento de problemas filosóficos. Enquanto costumeiramente a filosofia da linguagem ordinária seja chamada apenas de filosofia linguística, é possível considerar um sentido mais amplo desta que incorpora toda visão que foca sobre a linguagem como chave para o conteúdo ("problemas linguísticos") e método ("análise linguística") da disciplina da filosofia como um todo, na qual se incluiria tanto a filosofia da linguagem ordinária quanto o positivismo lógico (PARKER-RYAN, 2012). Os principais pontos articulados pela filosofia da linguagem ordinária são que os problemas filosóficos surgem por intermédio de um uso não ordinário da linguagem (como na metafísica) e que é tarefa própria da filosofia examinar o uso ordinário, por meio da análise linguística,

de modo a evitar e mesmo dissolver esses problemas, considerando-se que o significado linguístico reside em seu uso. Dessa concepção origina-se a vocação antimetafísica[2] dessa forma de fazer filosofia (PARKER-RYAN, 2012).

Um conceito importante nessa seara é o de semelhança de família, introduzido pelo segundo Wittgeinstein, em que alguns conceitos e categorias não podem ser entendidos em termos de condições necessárias e suficientes, mas satisfazem uma variedade de critérios diferentes e sobrepostos (BIX, 2005, p. 74). Ou seja, há conceitos para os quais não há algo em comum entre todas as suas instâncias. Bix (2005, p. 74) aponta que Hart sugeriu em *O conceito de direito* (2009) que essa noção de semelhança de família seria relevante na compreensão de termos jurídicos e que o próprio conceito de Direito seria assim mais bem entendido, contudo, no mesmo livro, ele oferece o que parece ser um conjunto de condições necessárias e suficientes para o conceito.

Essa tensão é importante para o que aponto no presente artigo, porque poderíamos entender que, ao apelar para a noção de semelhança de família, Hart não pretendia o tipo de universalidade para sua análise que sugeri anteriormente. Contudo, como dito, existe uma tensão em que Hart também abre espaço à interpretação de que sua reivindicação era de universalidade em um sentido robusto.

Perry salienta o aspecto em que Hart abre espaço à interpretação de universalidade, enquanto outros teóricos, tais como Bix, tendem a uma interpretação mais em linha à de semelhança de família para a posição teórica hartiana. Então, meu uso da crítica feita por Perry pode ser entendido como controverso. Para dar um exemplo, talvez a tensão possa ser resolvida se entendermos que Hart, por focar sobre os sistemas jurídicos mais maduros ou sofisticados nos quais pelo menos alguns de seus membros os aceitam como oferecendo razões para ação que não sejam apenas a de evitar sanções (BIX, 2005, p. 83), não veria problemas na análise feita por ele ser restrita apenas ao "*modern municipal legal system*" ou o Direito estatal.

Penso que há algumas respostas possíveis para esse ponto.[3] A crítica que pretendo fazer aqui é voltada a esse tipo de interpretação de Hart, em termos de oferecer condições necessárias e suficientes para o conceito de Direito com base em intuições que envolvem um caso muito específico desse fenômeno. Isso é relevante, porque, enquanto Hart de fato manteve sua adesão à filosofia da linguagem ordinária, a filosofia analítica do Direito que o sucedeu

2 Para Parker-Ryan (2012), a filosofia da linguagem ordinária não rejeita a metafísica em si como sem significado (tal como o positivismo lógico o fazia), mas como um uso não ordinário da linguagem que gera disputas apenas linguísticas, não reais (no sentido de sobre fatos).

3 Neste ponto, agradeço ao primeiro parecerista pelas sugestões efetuadas e pelo apontamento sobre interpretações alternativas do propósito de Hart.

já não mais se compromete com esse entendimento da empreitada filosófica. Assim, em termos contemporâneos, a parte em que Hart parece oferecer condições necessárias e suficientes exerce maior influência do que a parte mais relativa ao tratamento como semelhança de família. Mesmo se supuséssemos que Hart não teria problemas em aceitar que está fazendo uma teoria etnograficamente limitada do Direito, a filosofia analítica do Direito que o sucedeu e que ainda incorpora muitas de suas ideias encontra problema nisso.

A crítica de John Finnis incide em como essa instância clara, ou "caso central" como ele o denomina, é selecionada, criticando não apenas Hart, mas também teorias posteriores como a de Joseph Raz. Finnis (2007, p. 25-26) destaca que Hart dá prioridade explanatória às preocupações e avaliações, logo, à linguagem, das pessoas que têm um ponto de vista interno sobre o Direito, que usam as regras jurídicas como padrões para avaliação do comportamento próprio e alheio.

A caracterização do conceito de Direito para Hart seria dada por um sistema jurídico cujas regras secundárias emergem a fim de remediar os defeitos de um regime pré-jurídico composto apenas de regras primárias (FINNIS, 2007, p. 20-21; cf. HART, 2009, p. 118-138, 250-258). Disso fica claro que Hart tem em mente como caso central ou caso modelo aqueles ordenamentos jurídicos onde esteja bem delimitada a distinção entre: (1) regras secundárias e primárias; (2) o Direito e a moral (e, presumivelmente, a religião).

É preciso recordar que a distinção entre regras primárias e secundárias para Hart é crucial para sua caracterização do conceito de Direito: regras primárias são aquelas que regulam o comportamento, ao passo que regras secundárias dizem respeito às regras primárias, como suas condições de adjudicação, de validade e de modificação (HART, 2009, p. 105-106). A passagem de um sistema apenas de regras primárias para uma união entre normas primárias e secundárias perfaz a emergência do Direito. Desse modo, como falado anteriormente, Hart concentra-se em sistemas jurídicos maduros, nos quais certo nível de institucionalização e oficialização já foi alcançado.

Já em relação a Raz, Finnis (2007, p. 26) comenta que há duas perspectivas selecionadas ao longo da obra daquele teórico, o "ponto de vista do homem comum" e "o ponto de vista jurídico", sendo este último o das pessoas que acreditam na validade das normas e as seguem, especialmente do juiz como juiz.

Para Finnis, a caracterização do conceito feita por Raz é de um sistema de métodos para resolver disputas com autoridade, por meio de normas que fornecem tanto orientação obrigatória para instituições primárias que resolvem as disputas como orientam o comportamento individual avaliável por aquelas instituições. Isso significa que não há sistema jurídico sem a autoridade do Direito, que decide em caráter definitivo, pois é essa autoridade que pretende dar a estrutura geral para a condução de todos os aspectos da vida social (FINNIS, 2007, p. 21; cf. também RAZ, 1999, p. 136-139, 141, 154). Não será possível entrar em maiores detalhes aqui sobre a proposta de Raz, mas o ponto destacado por Finnis diz respeito ao papel central que Raz dá à noção de autoridade em sua análise sobre o Direito: a autoridade

do Direito significa que este pretende oferecer razões para ação que excluam quaisquer outras razões, assim pretendendo ser a instância última sobre as questões práticas da vida social sujeitas à regulação jurídica (ver RAZ, 1999, p. 141-146).

Finnis prossegue considerando que Raz tem em mente como caso central ou caso modelo aqueles ordenamentos jurídicos nos quais não somente as regras secundárias e primárias e sua distinção sejam bem delimitadas, mas também as fronteiras entre o Direito e a moral (e, presumivelmente, a religião) estejam bem demarcadas. Sua postura vai além disso: o caso central é caracterizado por aquele no qual as normas jurídicas que comandam os cidadãos aplicam-se obrigatoriamente às instituições primárias que resolvem as disputas entre eles, portanto, um Estado de Direito.

Da comparação entre Hart e Raz, tal como exposta por Finnis, segue-se que o Estado de Direito, que é o caso central para Raz, seria um caso particular dos sistemas jurídicos maduros que são o caso central de Hart. Portanto, vê-se que dois dos maiores teóricos do Direito assumem diferentes casos centrais com base nos quais iniciar a análise conceitual, enquanto reste claro que em ambos há uma proeminência dada ao Direito estatal. Se essa seleção do caso central determina em grande medida as análises subsequentes, seria preciso perguntar pelo critério utilizado para selecioná-lo.

Finnis (2007, p. 22-23) entende que essa seleção do caso central pela filosofia analítica do Direito é arbitrária, na medida em que essas diferenças de descrição do fenômeno jurídico correspondem a diferenças de opinião entre os teóricos descritivos a respeito do que é importante e significativo no campo dos dados e da experiência com a qual todos eles estão familiarizados. Ou seja, ao contrário da pretensa neutralidade da descrição assumida dentro de teorias que se pretendem puramente descritivas, encontramos uma dimensão avaliativa indispensável e inevitável, mas que não é abordada adequadamente.

Em seu entender, o critério de seleção do caso central e do significado focal pelo teórico descritivo precisa ser um ponto de vista prático, pelo qual se avalia a importância ou o alcance das semelhanças e diferenças no assunto, inquirindo o que seria considerado importante ou significativo nesse campo por aqueles cujas preocupações e atividades criam ou constituem o assunto (FINNIS, 2007, p. 25). Assim, para Finnis, a dimensão avaliativa ganha em objetividade pela adoção da razoabilidade prática como norte.

Hart e Raz estariam cientes disso, mas teriam falhado em especificar o ponto de vista específico entre os vários possíveis dentro do ponto de vista "interno" (Hart) ou "jurídico" (Raz) mais geral que precisa ser assumido como caso central. O caso central que, para Finnis, precisa conter o tipo de consideração que faz constituir o Direito como um tipo significativamente diferenciado de ordem social. Nem todas as perspectivas mais específicas nesses pontos de vista mais gerais fazem isso, citando como exemplos o mero desejo de proceder como os outros ou o autointeresse no longo prazo (FINNIS, 2007, p. 26-27).

O problema que Finnis encontra nas visões de Hart e Raz, em suma, seria duplo: (1) a ausência de uma discussão explícita sobre o aspecto necessariamente avaliativo que existiria

em selecionar um caso central para fins da análise conceitual pretendida por ambos, o que traria à tona um problema de arbitrariedade nessa seleção; (2) meramente priorizar o ponto de vista da pessoa que aceita o Direito como gerador de obrigações para si mesma, considerando a situação de sistemas jurídicos sofisticados e/ou do Estado de Direito, não é suficiente, porque essa aceitação pode vir de diversas motivações, e algumas destas não permitem diferenciar o Direito de outras formas de organizar a sociedade.

A solução encontrada por Finnis (2007, p. 27) seria a de que o caso central deve ser o ponto de vista de um compromisso, como requisito de razoabilidade prática, com o estabelecimento e a manutenção de uma ordem jurídica que seja distinta de uma ordem discricionária ou estaticamente consuetudinária. Isso implica que, no caso central, as obrigações jurídicas podem ser tratadas como obrigações também morais. Em outras palavras, a busca pelo Direito justo seria o paradigma do Direito que pessoas em toda parte valorizam quando se comprometem com a manutenção da ordem jurídica. Portanto, para Finnis, a Teoria do Direito Natural seria a resposta, assumindo-se a impossibilidade de uma descrição moralmente neutra do fenômeno jurídico.

Outra crítica ao método empregado por Hart e Raz advém da própria Teoria Descritiva do Direito. Nesta, há uma distinção entre duas metodologias: (1) conceitual: se engaja na análise das intuições para descobrir as verdades (analíticas) sobre o Direito; e (2) empírica: se baseia em conhecimentos antropológicos e sociológicos para descobrir as verdades (sintéticas) sobre o Direito (TAMANAHA, 2011).

A Teoria Naturalizada do Direito (*Naturalized Jurisprudence*), de Brian Leiter (2007), é um exemplo de teoria jurídica descritiva de tipo empírico, em vez de conceitual, desenvolvendo o naturalismo metodológico para dentro da teoria jurídica. Leiter discute o argumento de Finnis e, embora concorde com o problema da arbitrariedade no recurso às intuições como empregado na teoria descritiva conceitual, considera que a solução para isso se encontra no uso de métodos empíricos. Vejamos mais detalhadamente como seu argumento é construído.

Leiter (2007, p. 166-168) entende que Finnis coloca um desafio relevante ao positivismo jurídico analítico, mas que ele comete um *non sequitur* quando passa de uma "verdade trivial" – avaliações sobre o que é mais importante e central são indispensáveis ao teórico descritivo – para uma tese mais substantiva – a tese de que essa avaliação implica decidir quais são os verdadeiros requisitos da razoabilidade prática. A adesão a valores epistêmicos, que especificam os *desiderata* acerca da verdade almejados na construção e na seleção das teorias (adequação probatória, simplicidade, conservadorismo metodológico, consiliência etc.), serve à obtenção do conhecimento e é o único tipo de avaliação necessária para a teoria descritiva do Direito. Nesse sentido, entende que a teoria do Direito precisa ser descritiva, mas que as duas principais formas de argumentação usadas pela teoria descritiva – a análise dos conceitos e o apelo às intuições – são epistemologicamente falhas (LEITER, 2007, p. 175).

Em relação às intuições, Leiter (2007, p. 178) recorre ao estudo pioneiro em filosofia experimental de Jonathan Weinberg, Shaun Nichols e Stephen Stich, "Normativity and Epistemic

Intuitions" (2001), no qual estes teriam apresentado que determinadas intuições filosóficas são relativas ao *background* cultural/étnico (como euro-americanos, americanos de origem oriental e indianos diferiam em relação a elas) e *status* socioeconômico (como pessoas de diferentes *status* socioeconômicos diferiam em relação a elas). Esse estudo em específico diz respeito às intuições sobre os contraexemplos de Gettier à análise do conhecimento como "crença verdadeira justificada".[4] Leiter entende que esse estudo demonstrou que a análise conceitual feita por Gettier reflete apenas fatos meramente etnográficos sobre intuições epistêmicas de certos grupos socioeconômicos e em certas culturas (LEITER, 2007, p. 178). Etnia e *status* socioeconômico não são fatores relativos à verdade (*truth-tracking factors*) das proposições, e se intuições epistêmicas variam com esses fatores, então juízos sobre os casos de Gettier variariam com fatores que não são relativos à verdade das proposições.

Recentemente foi produzida evidência de que as intuições epistêmicas não variam entre culturas e grupos socioeconômicos (MACHERY et al., 2016; SEYEDSAYAMDOST, 2015; KIM; YUAN, 2015; NAGEL; SAN JUAN; MAR, 2013), o que contraria o estudo citado por Leiter. Isso significa que não podemos recorrer ao estudo original sobre intuições especificamente epistêmicas, para inferir que é provável que intuições jurídicas ou jusfilosóficas sejam relativas a fatores que não rastreiam a verdade. Entretanto, isso não enfraquece o ponto geral sobre a necessidade de verificar empiricamente se as intuições variam conforme fatores que não rastreiam a verdade, uma vez que é bem apoiado pela evidência que esses fatores influenciam pelo menos algumas intuições filosoficamente relevantes, enquanto permaneça obscura a extensão em que variáveis demográficas e maneiras de apresentação influenciam os juízos induzidos por experimentos de pensamento (MACHERY; O'NEILL, 2014, p. XVII).

Em suma, temos que o argumento de Brian Leiter contra o recurso às intuições dentro da Teoria Descritiva do Direito é notadamente empírico: o uso de intuições etnograficamente limitadas dentro dos argumentos filosóficos significa que tais argumentos dependem de um fator não relativo à verdade para serem tidos como intuitivos. Esse fator não relativo à verdade é o pertencimento a certa população étnica/cultural, do qual depende a força intuitiva em que um argumento pode estar ancorado. Desse modo, tais argumentos não podem ser verdadeiros em razão de estarem apoiados nessas intuições. Perceba-se ainda que as conclusões baseadas nessas intuições podem ser verdadeiras, mas não em razão das intuições usadas, que são objeto da crítica feita por Leiter.

• • •

4 A análise de Gettier (1963) consistiu da formulação de dois casos hipotéticos nos quais não estaríamos dispostos a atribuir conhecimento ao agente mesmo enquanto pudéssemos sustentar que ele tinha uma crença, que essa crença era verdadeira e que essa crença era justificada. Isso ocorre porque o agente "evitou ter uma crença falsa simplesmente por meio de uma espécie de 'sorte' que parece incompatível com a ideia de se possuir conhecimento" (FUMERTON, 2014, p. 47). Dessa forma, esses casos hipotéticos serviriam como contraexemplos a uma análise do conceito de "conhecimento" como "crença verdadeira justificada".

Dado o desafio fornecido por Leiter, é preciso que nos perguntemos se temos razões fortes o suficiente para considerar que a filosofia analítica do Direito utiliza intuições etnograficamente relativas, para além de simples indícios genéricos que sugerem isso.

2 Limites epistêmicos às inferências possíveis a partir de amostras compostas exclusivamente de populações *WEIRD*

Joseph Henrich, Steven Heine e Ara Norenzayan no artigo "The weirdest people in the world?" (2010a) trouxeram uma importante contribuição para a discussão metodológica na pesquisa das ciências comportamentais. Ao artigo seguiram-se 28 comentários por vários pesquisadores. A resposta dos autores foi denominada "Beyond WEIRD: Towards a broad-based behavioral science" (2010b). No início do artigo, descrevem brevemente dois povos caçadores-coletores de Nova Guiné, os Etoro e os Kaluli; os primeiros fazem um ritual de passagem em que meninos jovens recebem sêmen de um homem mais velho na boca, ao passo que os segundos pensam que o correto é fazê-los receber o sêmen no ânus. São ritos de passagem de inseminação do juvenil (*boy-inseminating practices*) praticados em sociedades tradicionais da Melanésia e da Austrália aborígene, vistas muitas vezes como sociedades "exóticas", contudo,

> [...] *this target article is not about these peoples. It is about a truly unusual group: people from Western, Educated, Industrialized, Rich, and Democratic (WEIRD) societies. In particular, it is about theWestern, and more specifically American, undergraduates who form the bulk of the database in the experimental branches of psychology, cognitive science, and economics, as well as allied fields (hereafter collectively labeled the"behavioral sciences"). Given that scientific knowledge about human psychology is largely based on findings from this subpopulation, we ask just how representative are these typical subjects in light of the available comparative database. How justified are researchers in assuming a species-level generality for their findings? Here, we review the evidence regarding howWEIRD people compare with other populations* (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 61).

Como se nota, o uso do acrônimo *WEIRD* é um trocadilho com o termo *weird*, que em inglês significa "esquisito" ou "estranho". A população de países ocidentais, educados, industrializados, ricos e democráticos é mais *outlier* do que seus membros estão acostumados a pensar de si mesmos. Para os cientistas comportamentais, seria realmente mais justificável reivindicar generalidade – no âmbito da espécie humana – para resultados experimentais com amostras dessas populações do que fazê-lo com base em amostras de populações supostamente "exóticas" da Polinésia?

Ainda que sejam contrários ao interpretativismo e ao relativismo cultural, os autores questionam a capacidade atual de distinguir entre esses aspectos universais e aqueles que

são mais contingentes (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 62-63), porque a maior parte da pesquisa é realizada com amostras muito limitadas:

> *A recent analysis of the top journals in six subdisciplines of psychology from 2003 to 2007 revealed that 68% of subjects came from the United States, and a full 96% of subjects were fromWestern industrialized countries, specifically those in North America and Europe, as well as Australia and Israel (Arnett 2008). [...] In the Journal of Personality and Social Psychology, the premier journal in social psychology – the subdiscipline of psychology that should (arguably) be the most attentive to questions about the subjects' backgrounds – 67% of the American samples (and 80% of the samples from other countries) were composed solely of undergraduates in psychology courses (Arnett 2008). In other words, a randomly selected American undergraduate is more than 4,000 times more likely to be a research participant than is a randomly selected person from outside of theWest* (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 63).

É válido generalizar a partir uma amostra limitada da humanidade para toda a espécie quando: (1) houver boas razões empíricas para acreditar que existe pouca variabilidade entre diversas populações em um domínio particular, de forma que a escolha da amostra utilizada seja indiferente; e (2) na presença de grande variabilidade, houver um argumento consistente de que aquela amostra encontra-se próxima do centro da distribuição humana para determinado traço, pois o padrão inferido a partir da amostra estaria ao menos na vizinhança da tendência central da espécie (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 64). Mas seria seguro fazê-lo com base em amostras *WEIRD*?

Os autores compilam as evidências empíricas organizadas segundo os seguintes contrastes: (1) entre sociedades industrializadas e sociedades de pequena escala (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 64-69); (2) entre sociedades ocidentais[5] e não ocidentais (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 69-74); (3) entre os americanos dos Estados Unidos contemporâneo e o resto do Ocidente (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, 74-76); (4) entre os sujeitos experimentais americanos típicos dos Estados Unidos contemporâneo, que são altamente escolarizados por serem universitários, e outros americanos (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 76-78).

Na seção que contrasta sociedades industrializadas e sociedades de pequena escala, eles revisam evidências para variações substantivas nas áreas de percepção visual, equidade e cooperação em tomada de decisão econômica, e raciocínio da psicologia do senso comum para categorizar seres vivos (*folkbiological reasoning*) e cognição espacial. Quanto às semelhanças,

5 "Ocidental" se refere aos países do noroeste da Europa (Reino Unido, França, Alemanha, Suíça, Holanda etc.) e aos de ascendência britânica, como os Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália (HENRICH; HEINE; NORENZARYAN, 2010a, p. 83, nota n. 7).

abordam evidências sobre universalidade de algumas ilusões perceptuais, percepção das cores, expressão emocional, desempenho na tarefa de falsa crença (*false belief tasks*), raciocínio numérico "análogo" (*analog numeracy*), relacionamentos sociais e essencialismo psicológico.

Na seção que contrasta sociedades ocidentais e não ocidentais, eles revisam evidências para variações substantivas nas áreas de "tomada de decisão social" (equidade, cooperação e punição), autoconceitos independentes *versus* interdependentes (e as motivações associadas), raciocínio analítico *versus* holístico, e raciocínio moral, sendo que falam brevemente da cognição espacial revisada na seção anterior. Quanto às semelhanças, abordam evidências sobre preferências em relação aos parceiros sexuais, estrutura da personalidade e punição dos "caronistas" (*free-riders*) na cooperação social.

Como esta seção é de especial importância para o argumento apresentado em relação à filosofia analítica do Direito, relativo ao caráter potencialmente *WEIRD* (portanto, etnograficamente limitado) das intuições empregadas nela, conforme será desenvolvido abaixo com mais detalhes, é válido destacar a consideração dos autores:

> *Although robust patterns have emerged among people from industrialized societies,Westerners emerge as unusual – frequent global outliers – on several key dimensions.The experiments reviewed are numerous, arise from different disciplines, use diverse methods, and are often part of systematically comparable data sets created by unified projects. Many of these differences are not merely differences in the magnitude of effects but often show qualitative differences, involving effect reversals or novel phenomena such as allocentric spatial reasoning and antisocial punishment* (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 74).

Na seção que contrasta americanos e o resto do Ocidente, eles revisam evidências para variações relevantes nas áreas de individualismo psicológico e fenômenos psicológicos relacionados. Quanto às semelhanças, identificam a inexistência de qualquer programa de pesquisa (exceto pelas semelhanças já traçadas nos tópicos anteriores) que tenham buscado demonstrá-las de modo específico.

Na seção que contrasta sujeitos experimentais típicos (americanos altamente escolarizados contemporâneos) e outros americanos, eles revisam evidências para variações relevantes ao considerar os americanos altamente escolarizados comparados aos outros americanos, conforme achados de psicologia social e de economia comportamental, incluindo a comparação de diferentes subpopulações de crianças americanas e o contraste entre americanos contemporâneos e as prévias gerações de americanos. Quanto às semelhanças, tendo em vista a escassez de estudos mais diretos, abordam algumas meta-análises que indiretamente permitem abordar a questão, como a respeito da relação entre estilos de atribuição e depressão, e as relações entre intenções, atitudes e normas.

A ordem não é ocasional. (1) *Pessoas em sociedades industrializadas e pessoas em sociedades de pequena escala* guardam mais diferenças entre si do que (2) *ocidentais e não ocidentais*, que

por sua vez são mais diferentes entre si do que (3) *americanos e outros ocidentais*, que por sua vez diferenciam-se mais entre si do que os (4) *americanos altamente escolarizados (sujeitos experimentais típicos) e outros americanos*.

Para a discussão acerca da filosofia analítica do Direito, percebe-se a princípio que os contrastes relevantes seriam o 1 e o 2. Contudo, as variações encontradas tendo em vista o fator "industrialização" são cognitivas ou perceptuais, não diretamente relacionadas com o raciocínio e/ou comportamento jurídico, com exceção da equidade e cooperação em tomada de decisão econômica, que é uma variável comportamental relevante. No entanto, as variações relativas ao fator "origem ocidental" são: (1) variações cognitivas que dizem respeito diretamente ao raciocínio jurídico, como autoconceitos independentes *versus* interdependentes (e seu aspecto motivacional) e o raciocínio analítico *versus* holístico; (2) variações comportamentais que dizem respeito diretamente ao comportamento jurídico, como a "tomada de decisão social" e o raciocínio moral. Portanto, é plausível pensar que este segundo contraste seja o mais esclarecedor para compreender o aspecto *WEIRD* da filosofia analítica do Direito.

Voltando ao artigo, estes achados são discutidos ao final (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 78-81), nos seguintes tópicos: (1) variação pronunciada de populações é lugar-comum nas ciências comportamentais; (2) sujeitos *WEIRD* frequentemente podem ser a pior população da qual fazer generalizações; (3) tópicos de pesquisa têm sido limitados por dependerem substancialmente de populações *WEIRD*; (4) estudar crianças e primatas é crucial, mas não uma substituição do trabalho comparativo; (5) entender a diversidade humana é crucial para construir teorias evolucionistas do comportamento humano; (6) uso exclusivo de amostras *WEIRD* é justificado quando buscando prova existencial, isto é, de que dado fenômeno existe.

Diante desse quadro, são feitas as recomendações pertinentes no sentido de maior trabalho comparativo, maior discussão sobre a possibilidade de inferência generalizável de um achado, ampliação de amostras pela cooperação entre diversos sujeitos institucionais (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 81-82).

Edouard Machery (2010), em seu comentário ao artigo "The weirdest people in the world?", defende que, para avaliação do significado dos achados interculturais do artigo comentado, é preciso um melhor entendimento das causas da variação em performance em testes experimentais entre culturas, pois de causas diferentes seguem diferentes conclusões:

> (1) Se a causa for diferentes modos de conceitualizar a tarefa experimental, isso significa que, ao controlar por essa diferente conceitualização, o desempenho em diferentes populações desapareceria, porque não haveria reais diferenças psicológicas explicando esses resultados diferentes, mas apenas diferentes interpretações da tarefa.
>
> (2) Se a causa for mecanismos evoluídos de domínio específico projetados para interagir com o ambiente ecológico, social e cultural e produzir fenótipos psicológicos localmente

> adaptativos, isso significa que a interação entre processos universais e ambientes locais gera variação psicológica genuína. Contudo, isso enfraquece a ideia de que a mente ocidental é peculiar, pois as diferenças psicológicas entre culturas surgiriam de uma mesma dotação psicológica.
>
> (3) Se a causa for mecanismos de aprendizado geral, transmissão cultural, e assim por diante, isso significa que a variação não resulta meramente da interação entre uma dotação psicológica básica e os ambientes locais, de modo que estudar sujeitos experimentais americanos, por exemplo, não revelaria as propriedades universais da mente, mas apenas a psicologia dos americanos (MACHERY, 2010, p. 101-102).

Para exemplificar esse terceiro tipo de explicação, o autor utiliza o exemplo da variação intercultural em intuições semânticas (MACHERY, 2011). Os filósofos da linguagem ignoraram a possibilidade de que as intuições semânticas – sobre as quais as teorias da referência são baseadas – devam variar entre culturas. Enquanto americanos tendem a ver a referência dos nomes próprios como determinadas por conexões históricas e causais entre esses nomes e indivíduos particulares, chineses têm maior probabilidade de ver a referência como determinada pela informação que os interlocutores associam a esses nomes (DEUTSCH et al., 2010; MACHERY et al., 2004). Estudos posteriores sugeriram que americanos são muito mais passíveis de realizar o primeiro tipo de intuição que outras populações ocidentais, como a de participantes franceses (MACHERY; STICH, 2012; MACHERY; OLIVOLA; DE BLANC, 2009).

Stephen Stich (2010), em seu comentário intitulado "Philosophy and WEIRD intuition" argumenta que, se a maioria dos filósofos hoje é composta de indivíduos *WEIRD*, altamente educados, do sexo masculino, e tem se baseado em julgamentos intuitivos como evidência a favor ou contra teorias filosóficas, é plausível sugerir que essas pessoas devam ter intuições que diferem das de outros grupos, o que pode ser testado empiricamente.

Stich (2010) apresenta evidências para três áreas da filosofia – epistemologia, ética e filosofia da linguagem – em que intuições dos filósofos divergem das de outras pessoas, ao longo da dimensão dessa diferença (seja o caráter *WEIRD*, o de ser altamente escolarizado, ou o de ser do sexo masculino).

As que mais teriam relação com a presente investigação dizem respeito às diferenças em experimentos de pensamento (os quais são comuns na filosofia analítica do Direito) entre ocidentais e não ocidentais.

Estudantes americanos de ascendência europeia e estudantes americanos de ascendência asiática do Extremo Oriente têm intuições epistêmicas diferentes sobre uma variedade de experimentos de pensamento que desempenham um papel central na filosofia contemporânea (WEINBERG; NICHOLS; STICH, 2001; NICHOLS; STICH; WEINBERG, 2003).

Americanos de ascendência europeia e chineses de Hong Kong têm diferentes intuições sobre um experimento de pensamento central na teoria filosófica da referência (MACHERY

et al., 2004), achados estes que foram reforçados por Deutsch et al. (2010). Além disso, Machery, Olivola e De Blanc (2009) incluem um informe preliminar de estudos adicionais na Mongólia, na Índia e na França.

Ao responder acerca desses comentários, na resposta intitulada "Beyond WEIRD: Towards a broad-based behavioral science", Henrich, Heine e Norenzayan (2010b, p. 112) demonstram sua concordância. Eles salientam que esses achados, se corroborados ao longo do tempo, sugerem que importantes elementos da teorização filosófica e da análise conceitual são enraizados em intuições "de senso comum" de caráter local que não se estendem ao resto da humanidade.

3 O contraste entre três sensibilidades jurídicas não ocidentais e a ocidental como efeito da variação em estilo geral de pensamento entre essas populações

O antropólogo cultural Clifford Geertz (1997), no ensaio "O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa", descreve como três sensibilidades jurídicas não ocidentais diferem da ocidental no modo como raciocinam a relação entre fatos e leis.

Para Geertz (1997, p. 249), o Direito e a etnografia são semelhantes por serem artesanatos locais que funcionam à luz do saber local, descobrindo princípios gerais em fatos paroquiais. O que os une seria a sensibilidade ao caso individual, singular. E uma das investigações mais importantes que existiriam na seara da antropologia legal é "o eterno debate sobre o conteúdo do direito" (GEERTZ, 1997, p. 250).

Mas Geertz (1997, p. 251) critica a limitada inserção da sensibilidade jurídica na etnografia e da sensibilidade etnográfica no Direito, o que resulta em debates limitados. Para corrigir isso, defende um método que não seja uma mera tentativa de unir o estudo do Direito à Antropologia, mas que busque temas específicos de análise que estejam no caminho entre as duas disciplinas. Isso permitiria um ir e vir hermenêutico que não subordina nenhuma dessas disciplinas à outra, mas sim possibilita a interação entre elas na formulação das questões pertinentes a cada uma (GEERTZ, 1997, p. 253). Seguindo essa metodologia, o autor aborda o relacionamento entre fatos e leis.

A perspectiva ocidental baseada em uma separação entre determinadas regras que separam o certo do errado (fenômeno do julgamento) e métodos para diferenciar o real do irreal (fenômeno das provas) seria apenas uma entre as várias maneiras de executar a tarefa que cabe ao Direito (GEERTZ, 1997, p. 260-261).

A adjudicação é uma questão de representar situações concretas em uma linguagem de consequências específicas que é também uma linguagem de coerência geral: a defesa de um caso envolve não só organizar a evidência para provar um argumento, mas também a descrição de uma série de eventos e uma concepção geral do mundo que se apoiam mutuamente (GEERTZ, 1997, p. 261). Portanto, para Geertz (1997, p. 261), o Direito precisa unir a

estrutura "se-então" da existência com os eventos que compõem o "como-portanto" da experiência, ambos à luz do saber local. Trata-se de elucidar estruturas de significado mais gerais que moldam o pensar do significado da relação entre fatos e leis (GEERTZ, 1997, p. 272).

Geertz (1997, p. 274) descreve três sensibilidades jurídicas bem distintas da ocidental – a islâmica, a índica e a do Direito costumeiro que existe na parte malaia da Malásia-Polinésia (civilizações de língua austronésia do Sudeste Asiático; GEERTZ, 1997, p. 277) – em sua conexão com visões sobre o que é a realidade.

Para fazê-lo, três termos relativos à lei são analisados: *haqq*, que significa "verdade" e muitas outras coisas mais, para os islâmicos; *dharma*, que significa "dever" e muitas outras coisas mais, para os índicos; e *adat*, que significa "prática" e muitas outras coisas mais, para os malaios" (GEERTZ, 1997, p. 275). As conclusões que ele delineia sobre cada uma, em síntese, são que:

> (1) O Direito islâmico, por meio do conceito de *haqq*, representa o correto e o real como um conjunto de imperativos a serem respondidos (GEERTZ, 1997, p. 281). Essa identidade do correto e do real permeia a sensibilidade jurídica islâmica concretamente nos processos de deliberação e nos procedimentos. Assim, a adjudicação pressuporá fatos normativos (GEERTZ, 1997, p. 284), pelos quais a própria lei acaba sendo tratada como um fato (GEERTZ, 1997, p. 298). Isso envolve uma prática testemunhal que se baseia no caráter (ou valor) atribuído de antemão à testemunha como confiável, sendo esse juízo de confiabilidade antecedente à questão da acurácia no relato dos acontecimentos relevantes à adjudicação (GEERTZ, 1997, p. 285-293).
>
> (2) O Direito índico, por meio do conceito de *dharma*, entende o direito e a obrigação como relativos à posição na ordem social, e a posição na ordem social é definida transcendentalmente (GEERTZ, 1997, p. 297). Aqui o fato seria transformado em uma espécie de lei pela noção de que é o código que regulamenta a pessoa, que define o que essa pessoa é (GEERTZ, 1997, p. 298), e isso implica determinar a autenticidade de um fato mediante uma categorização do tipo moral (GEERTZ, 1997, p. 309).
>
> (3) O Direito costumeiro malaio, por meio do conceito de *adat*, entende a adjudicação da justiça como harmonia espiritual, alcançada como em um procedimento consensual, expressão de um acordo social exibido publicamente, de tal sorte que o julgamento mais normaliza a conduta do que sistematiza direitos (GEERTZ, 1997, p. 317). Isso faz do processo público uma seara eminentemente discursiva com um exame detalhado de formas (semelhante ao da etiqueta no Ocidente), elaboradas para obter o consenso em uma comunidade (GEERTZ, 1997, p. 319). Aqui a busca da verdade torna-se uma tarefa retórica pautada na aproximação de pontos de vista pelo uso persuasivo de palavras sancionadas (GEERTZ, 1997, p. 321).

Essas três formas descritas de sensibilidade jurídica, enquanto divirjam em importantes aspectos, têm em comum o fato de não separar fatos e leis como a sensibilidade jurídica ocidental o faz. Em uma os fatos são normativos, em outra as leis são factuais, e, na última, fatos e leis são condicionados a um processo de normalização da conduta pelo consenso social.

Em seu livro *A interpretação das culturas* (2008), a visão metodológica de Geertz fica mais clara, e esta condiciona de maneiras importantes sua abordagem:

> O conceito de cultura que eu defendo, e cuja utilidade os ensaios abaixo tentam demonstrar, é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado (GEERTZ, 2008, p. 4).

Sua abordagem enfatiza mais a etnografia qualitativa do que a quantitativa ao tratar do estudo etnográfico como uma descrição densa de estruturas de significação (GEERTZ, 2008, p. 7). Isso é distinto da ênfase de Henrich, Heine e Norenzayan (2010b, p. 114) em uma etnografia baseada em protocolos de pesquisa sistêmicos, quantitativos e replicáveis, que quantifiquem os aspectos teoricamente relevantes da vida, inclusive integrando técnicas experimentais, para além das entrevistas em profundidade e da observação dos participantes.

Aqui presumirei que o resultado das observações etnográficas feitas por Geertz esteja correto: essas três sensibilidades jurídicas não ocidentais distinguem-se da sensibilidade jurídica ocidental pela ausência de elaboração precisa da distinção entre fatos e leis. Contudo, endossando a posição de Henrich, Heine e Norenzayan quanto à natureza quantitativa da ciência comportamental, penso que a diferença descrita por Geertz é explicada não por estruturas de significado qualitativamente diferentes entre si, mas pela variação psicológica no estilo de raciocínio analítico *versus* holístico, conforme quantificável em uma escala contínua. Aqui isso é postulado como uma hipótese a respeito da variável subjacente à diferença analisada por Geertz.

Para entender melhor o que se pretende afirmar aqui, é preciso estabelecer de que modo a conexão proposta entre o estilo de raciocínio e a análise de Geertz pode ser traçada. Se essa variação entre as diferentes populações ocorrer na mesma direção de Geertz, isso corroboraria a observação feita por ele sobre as diferenças entre Ocidente e não Ocidente no raciocínio jurídico, enquanto inadequadamente tenha entendido que os símbolos manejados seriam causas, em vez de efeitos. O ponto é que um raciocínio analítico prediz uma categorização mais rígida entre conceitos, enquanto o holístico prediz o contrário, ao mesmo tempo que há correlação de ambos com diferentes orientações em relação à sociedade, conforme se verá melhor a seguir.

O pensamento holístico envolve uma orientação para o contexto ou campo como um todo, incluindo atenção aos relacionamentos entre um objeto focal e o campo, e uma preferência por explicar e predizer eventos com base nessas relações (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 72). Além disso, é relacionado com autoconceitos interdependentes, pelos quais as pessoas se concebem como seres interpessoais entrelaçados com outros em redes de caráter social, com obrigações baseadas em papéis em relação aos outros (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 70, 72).

O pensamento analítico envolve um distanciamento dos objetos em relação aos contextos, uma tendência a focar nos atributos dos objetos e uma preferência por usar regras categóricas para explicar e predizer o comportamento (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 72). Além disso, é relacionado com autoconceitos independentes, pelos quais as pessoas se concebem como indivíduos autônomos que consistem de partes componentes, como atitudes, traços de personalidade e habilidades (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 70, 72).

Essa distinção está relacionada à diferença entre dois sistemas de raciocínio na mente humana. Um deles é associativo, cujas computações refletem similaridade e contiguidade temporal (por exemplo, se dois estímulos compartilham semelhanças perceptuais e ocorrem ao mesmo tempo). O outro se baseia em sistemas representacionais simbólicos e abstratos, cujas computações refletem uma estrutura baseada em regra (NEISSER, 1963; SLOMAN, 1996; HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 72). O Quadro 1 esclarece os detalhes dessa diferenciação.

QUADRO 1 – **CARACTERIZAÇÃO DE DUAS FORMAS DE RACIOCÍNIO**

CARACTERÍSTICA	SISTEMA ASSOCIATIVO	SISTEMA BASEADO EM REGRAS
PRINCÍPIOS DE OPERAÇÃO	SIMILARIDADE E CONTIGUIDADE	MANIPULAÇÕES SIMBÓLICAS
FONTES DE CONHECIMENTO	EXPERIÊNCIA PESSOAL	LINGUAGEM, CULTURA E SISTEMAS FORMAIS
NATUREZA DA REPRESENTAÇÃO E UNIDADES BÁSICAS	CONCEITOS CONCRETOS E GENÉRICOS, IMAGENS, ESTEREÓTIPOS E CONJUNTOS DE CARACTERES	CONCEITOS ABSTRATOS, CONCRETOS E GENÉRICOS, CARACTERES ABSTRAÍDOS, SÍMBOLOS COMPOSICIONAIS
RELAÇÕES	a) ASSOCIAÇÕES b) RESTRIÇÕES FLEXÍVEIS (*SOFT CONSTRAINTS*)	a) CAUSAL, LÓGICO E HIERÁRQUICO b) RESTRIÇÕES RÍGIDAS (*HARD CONSTRAINTS*)

NATUREZA DO PROCESSAMENTO	a) REPRODUTIVO, MAS CAPAZ DE GENERALIZAÇÃO BASEADA EM SIMILARIDADE b) COMPUTAÇÃO GERAL DE CARACTERES E SATISFAÇÃO DE RESTRIÇÃO c) AUTOMÁTICO	a) PRODUTIVO E SISTEMÁTICO b) ABSTRAÇÃO DOS CARACTERES RELEVANTES c) ESTRATÉGICO
FUNÇÕES COGNITIVAS ILUSTRATIVAS	INTUIÇÃO, FANTASIA, CRIATIVIDADE, IMAGINAÇÃO, RECONHECIMENTO, VISUAL MEMÓRIA ASSOCIATIVA	DELIBERAÇÃO, EXPLICAÇÃO, ANÁLISE FORMAL, VERIFICAÇÃO, ATRIBUIÇÃO DE PROPÓSITO, MEMÓRIA ESTRATÉGICA

Fonte: SLOMAN, 1996, p. 7; tradução livre.

Enquanto ambos os sistemas cognitivos estejam disponíveis em todos os adultos mentalmente sadios, fatores como diferentes ambientes, experiências e rotinas culturais encorajam mais a utilização de um sistema em relação ao outro. Isso faz surgirem diferenças entre as populações no uso dessas diversas estratégias cognitivas para resolver problemas idênticos (HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 72).

Grande parte dos estudos contrasta populações ocidentais (americanos, canadenses, europeus da Europa Ocidental) e asiáticas do Extremo Oriente (chineses, japoneses, coreanos) quanto ao uso relativo de cada uma dessas formas de raciocínio (NISBETT, 2003; PENG; NISBETT, 1999). Contudo, também há evidência crescente sobre outras populações não ocidentais, como árabes, malaios e russos (NORENZAYAN; CHOI; PENG, 2007), bem como fazendeiros de subsistência na África e na América do Sul e forrageadores sedentários (NORENZAYAN; CHOI; PENG, 2007; WITKIN; BERRY, 1975). Em suma, as linhas de evidência apresentadas por Henrich, Heine e Norenzayan (2010a), além das já citadas, são cinco:

> (1) Evidência derivada do *Rod & Frame Test* do *Embedded Figures Test* e do *Framed Line Test* – Em relação aos dois primeiros testes, Witkin e Berry (1975) compilaram os resultados do desempenho de populações forrageadoras migrantes e sedentárias (do Ártico, Austrália e África), de agricultores sedentários e de ocidentais industrializados. Apenas ocidentais e forrageadores migrantes consistentemente emergiram no final do espectro do "independente em relação ao campo" (analítico). O resultado de estudos usando os três testes (JI; NISBETT; ZHANG, 2004; KUHNEN et al., 2001; KITAYAMA; DUFFY; KAWAMURA, 2003) apresentou que ocidentais estão no extremo fim do espectro do "independente de campo", comparado aos asiáticos do Extremo Oriente, malaios e russos "dependentes

de campo". Canadenses apresentam menos processamento dependente de campo que chineses, que foram menos dependentes de campo que árabes (NORENZAYAN; CHOI; PENG, 2007; ZEBIAN; DENNY, 2001).

(2) Diferenças em padrões de memória, atenção e ativação cerebral – A rememoração de asiáticos do Extremo Oriente para objetos é pior que a de americanos se o pano de fundo tiver sido mudado, indicando que eles estão prestando mais atenção para o campo (MASUDA; NISBETT, 2001). Mensurada a atenção por movimentos do olho, americanos olham fixamente nos objetos focais mais tempo que os asiáticos do Extremo Oriente, enquanto estes olham fixamente para o pano de fundo mais que os americanos (CHUA; BOLAND; NISBETT, 2005). A ativação cerebral é diferente entre ocidentais e asiáticos do Extremo Oriente quando desempenhando tarefas cognitivas idênticas, na direção predita (GUTCHESS et al., 2006; HEDDEN et al., 2008).

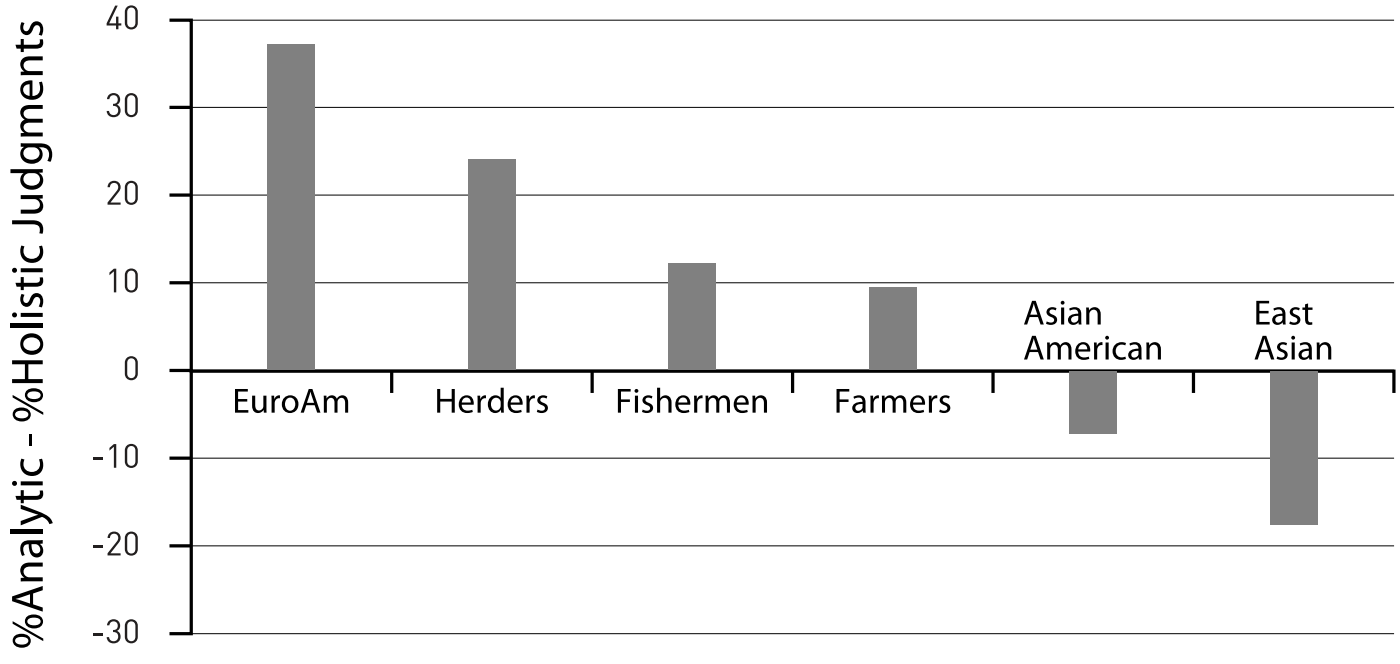
(3) A não universalidade do chamado "erro de atribuição fundamental" – A tendência de ignorar informação situacional em favor de informação disposicional, ao se fazerem fortes atribuições sobre a disposição de uma pessoa mesmo quando há limites situacionais demandantes, foi denominada de "erro de atribuição fundamental" (ROSS; AMABILE; STEINMETZ, 1977), por sua observação frequente nos sujeitos dos estudos clássicos, que eram ocidentais (ROSS; AMABILE; STEINMETZ, 1977; JONES; HARRIS, 1967). Mas trabalho experimental comparativo mostrou que asiáticos do Extremo Oriente são mais propensos que americanos a inferir que comportamentos são fortemente controlados pela situação (MIYAMOTO; KITAYAMA, 2002; MORRIS; PENG, 1994; NORENZAYAN; CHOI; NISBETT, 2002; VAN BOVEN; KAMADA; GILOVITCH, 1999), em especial quando a informação situacional é salientada (CHOI; NISBETT, 1998). Há achados paralelos com russos (GROSSMAN; VARNUM, 2011). De fato, populações ocidentais (americanas e euro-australianas) endossam fortemente a noção de que traços de personalidade permanecem estáveis ao longo do tempo e prediz comportamento, enquanto populações não ocidentais (asiáticos australianos, chineses malásios, filipinos, japoneses, mexicanos e malaios) endossam mais fortemente crenças contextuais sobre a personalidade, como que traços não descrevem uma pessoa tão bem quanto seus papéis ou deveres (CHURCH et al., 2006). Portanto, o "erro de atribuição fundamental" não é universal.

(4) Resultados experimentais de uso de regras *versus* relações de similaridade para raciocínio e categorização – Sujeitos chineses são mais propensos a agrupar objetos que compartilham um relacionamento funcional (como lápis e notebook) ou contextual (como céu e luz solar), enquanto americanos são mais propensos a agrupar objetos se eles pertencem a uma categoria definida por uma regra simples (como notebook e revista; JI;

NISBETT; ZHANG, 2004). Estudantes (GROSSMANN, 2010) e fazendeiros de pequena escala (LURIA, 1976) russos tendem a agrupar objetos de acordo com suas funções práticas. Fazendeiros de subsistência Mapuche e Sangu, no Chile e na Tanzânia, respectivamente, seguem o padrão chinês, ainda que exagerado em direção ao raciocínio holístico (NORENZAYAN; HENRICH; MCELREATH, 2008).

(5) Tendências de agrupamento de objetos conforme regras determinísticas *versus* semelhança: asiáticos do Extremo Oriente são mais propensos a agrupar objetos se eles compartilham uma forte semelhança de família, enquanto americanos são mais propensos a agrupá-los se puderem ser atribuídos a um grupo sob o fundamento de uma regra determinística (NORENZAYAN et al., 2002). Quando comparados aos resultados (USKUL; KITAYAMA; NISBETT, 2008) sobre comunidades pescadoras, pastoras e de cultivo de chá na costa do Mar Negro, na Turquia, usados os mesmos estímulos, é evidente que euro-americanos estão de novo no extremo, conforme o Gráfico 1.

GRÁFICO 1 – **PROPORÇÕES DE JULGAMENTOS HOLÍSTICO *VERSUS* ANALÍTICO**[6]



Fonte: HENRICH; HEINE; NORENZAYAN, 2010a, p. 73.

6 O gráfico é uma adaptação de resultados encontrados em dois estudos – Norenzayan et al. (2002) e Uskul, Kitayama e Nisbett (2008) – feita por Henrich, Heine e Norenzayan (2010a). O primeiro estudo comparava

As populações ocidentais estão no extremo fim do raciocínio analítico em relação às outras populações humanas, muitas das quais tendem ao raciocínio holístico. A separação da sensibilidade jurídica ocidental entre fatos e leis é expressão de um esforço de delimitação abstrata de dois conceitos tratados como separados, dentro de uma visão de mundo que enfatiza a autonomia dos sujeitos em relação ao contexto, enquanto as sensibilidades jurídicas não ocidentais descritas por Geertz não fazem essa separação, por tratarem fatos e leis como interdependentes, dentro de uma visão de mundo que enfatiza a inserção da pessoa em uma rede de papéis sociais que a constituem.

Portanto, é possível que a variação descrita por Geertz seja causada ou explicada por essa variação no raciocínio analítico *versus* holístico, que determina que diferentes populações ao redor do mundo tenham diferentes modos de entender intuitivamente os conceitos pertinentes ao seu sistema jurídico, como a relação entre fatos e leis.

Alguns esclarecimentos devem ser feitos em relação a esse ponto que conecta o trabalho de Geertz e a pesquisa sobre raciocínio analítico *versus* holístico com o argumento avançado em relação à filosofia analítica do Direito.

Em primeiro lugar, o objetivo de articular Geertz com a pesquisa mais recente está relacionado com o fato de que, enquanto o modo de pesquisa qualitativa de Geertz já implica a existência de intuições jurídicas entre diferentes populações humanas ao longo de uma contraposição entre ocidental e oriental, ainda não se encontra o mesmo dentro da pesquisa quantitativa como preconizada por Henrich, Heine e Norenzayan. Entretanto, os resultados mais gerais desse último tipo de pesquisa, como representados pela discussão sobre variância em raciocínio analítico *versus* holístico ao longo da mesma contraposição entre ocidental e oriental, vão na mesma direção que o trabalho de Geertz.

Em segundo lugar, é necessário qualificar em que sentido podemos dizer que a pesquisa sobre variância em raciocínio analítico *versus* holístico reforça as conclusões de Geertz. Não quero dizer com isso que está demonstrado que as observações de Geertz estão corretas ou que é essa variância que explica as observações feitas por Geertz. O ponto aqui é mais delicado: o que Geertz observou é aquilo que seria de esperar se houvesse a variância em raciocínio analítico *versus* holístico na direção encontrada. Nesse sentido, a variância é uma potencial explicação para a observação feita por Geertz. Isso pode ser estabelecido

• • •

amostras euro-americanas (*EuroAm*), americanos descendentes de asiáticos do leste asiático (*Asian American*), e asiáticos do leste asiático como tal (*East Asian*), enquanto o segundo estudo comparava comunidades pescadoras (*Firshermen*), pastoras (*Herders*) e de cultivo de chá (*Farmers*) na costa do Mar Negro, na Turquia. A comparação feita diz respeito à proporção de julgamentos analíticos versus holísticos (*%Analytic-%Holistic Judgments*) sob a tarefa cognitiva analisada nos estudos mencionados, sendo que os escores positivos indicam um viés relativo na direção de juízos baseados em regra (isto é, analíticos), enquanto os escores negativos indicam um viés relativo na direção de juízos baseados em semelhanças de família (isto é, holísticos).

ao nível teórico em que estamos trabalhando no presente artigo, que não se dedica a introduzir nenhum novo achado empírico, mas apenas analisar a consistência teórica entre os achados discutidos aqui.

Em terceiro lugar, não se pretende afirmar que o questionamento a uma distinção rígida sobre fatos e leis não possa ser efetuado em populações ocidentais. Para mencionar um exemplo, é um ponto bem discutido na literatura jurídica se realmente pode ser feita uma distinção analítica entre questões de fato e questões de Direito, costumeiramente usadas em sistemas processuais.[7] Contudo, o objetivo aqui não é determinar com que frequência filósofos analíticos do Direito recorrem a uma distinção rígida entre fato e norma, mas sim que dentro dessa seara há uma diferenciação entre intuições jurídicas de diversas culturas. Talvez essas intuições não sejam as mais relevantes para o trabalho do filósofo analítico do Direito, o que é um ponto que pode ser concedido. Mas a evidência de que há variância nesse tipo de intuição jurídica (sobre a distinção entre fato e norma) é uma evidência para a possibilidade de que haja uma variância mais generalizada em termos de outras intuições jurídicas também, sugerindo, portanto, que o recurso às intuições jurídicas não pode supor *a priori* sua universalidade. Além disso, nosso ponto não é determinar quais dessas intuições seriam melhores ou resolver a questão substantiva sobre se há uma distinção rígida ou não entre fatos e normas no contexto jurídico. O ponto é metodológico, como se destacará adiante.

Em quarto lugar, a relação feita entre esse tipo de pesquisa empírica e o apontado em relação à filosofia analítica do Direito. Mesmo que o tipo de filosofia experimental robusta acerca das intuições jurídicas almejada por Leiter ainda não seja realizado e resultados mais conclusivos ainda não estejam disponíveis, já temos indícios de que a variância esperada por Leiter realmente existe,[8] quando são consideradas diferentes culturas (nesse caso, via uma contraposição entre populações ocidentais *WEIRD* e populações orientais). Isso significa que já há alguma evidência, melhor do que aquela mencionada por Leiter (que dizia respeito a pesquisas sobre intuições epistêmicas, em relação às quais pesquisas posteriores não replicaram os resultados), de que as intuições jurídicas utilizadas pelos filósofos analíticos do Direito são etnograficamente limitadas, pelo fato de a maioria delas advir de populações *WEIRD*. Essa evidência *prima facie* lança dúvidas sobre em que medida a filosofia analítica do Direito pode pretender universalidade em suas análises.

• • •

7 Para um exemplo desse tipo de literatura, *vide* Smith (2009).

8 Note-se aqui que não é necessário que cheguemos a mostrar que filósofos do Direito nessas outras populações também produzem análises diferentes. A reivindicação dos filósofos analíticos do Direito é que eles estão atendendo às intuições do homem comum acerca do fenômeno jurídico. Se a discussão feita aqui estiver correta, temos razões para esperar que as intuições do homem comum divirjam entre diferentes culturas, o que já é suficiente para afastar que uma metodologia baseada em intuições de um contexto cultural bem específico tenha reivindicação adequada ou garantida à universalidade.

Em quinto lugar, o objetivo do argumento não é demonstrar que as análises efetuadas na filosofia analítica do Direito sejam incorretas. Talvez elas não o sejam; contudo, o apelo a intuições etnograficamente limitadas não pode ser a base para sua correção, mesmo se elas forem verdadeiras. Portanto, o ponto aqui pretende ser metodológico: a crítica feita é a de que o método utilizado, dada a evidência discutida, não garante a universalidade necessária[9-10] para uma Teoria do Direito que se pretenda geral.

Conclusão

As evidências existentes para considerar as populações *WEIRD* desviantes em relação ao padrão da psicologia humana para vários aspectos mensuráveis da variação perceptual, cognitiva ou comportamental são significativas e conclusivas para que constatemos que não é possível, em geral, fazer inferências universalizáveis de estudos experimentais com amostras colhidas exclusivamente nessas populações.

O mesmo é verdadeiro em relação a uma variação cognitiva de particular importância para a compreensão do Direito, que é a variação em raciocínio analítico *versus* holístico, na qual a posição comparativa das populações *WEIRD* é a do extremo fim voltado para o analítico.

No caso aqui analisado, sugere-se que populações com raciocínio mais orientado ao analítico tendem a elaborar a relação entre fatos e leis de modo diferente que populações com raciocínio mais orientado ao holístico, na medida em que seus institutos jurídicos continuam acompanhando o tradicional maior uso do raciocínio holístico (o que pode ser reduzido, por exemplo, com a adoção de padrões jurídicos ocidentais). Nada obsta que outras intuições acerca do Direito sigam a mesma diferenciação.

Isso significa que não é possível fazer inferências universalizáveis sobre a realidade por trás do conceito do Direito com base em intuições sobre o fenômeno jurídico de filósofos *WEIRD* (em especial aquelas moldadas por seu maior uso do raciocínio analítico) para a humanidade como um todo, pois não há motivos para esperar que essas intuições correspondam

• • •

9 Talvez alguns filósofos do Direito na linha analítica não tenham problemas com esse resultado, e poderiam estar contentes com uma teoria sobre o Direito que fosse *WEIRD*. Se algumas interpretações sobre Hart estiverem corretas, talvez fosse o caso do próprio Hart. Não entraremos nesse mérito aqui. Basta notar que isso seria um problema para uma grande parte dos filósofos analíticos do Direito contemporâneos e, sob bases independentes, pode ser considerado um problema para qualquer teoria sobre o Direito que pretenda elucidar sua natureza em todos os lugares e todos os tempos.

10 Outro ponto a ser destacado é que não se pretende alegar a impossibilidade de que os filósofos analíticos do Direito possam acomodar essas críticas. Mas para isso é necessário reconhecer os limites de uma metodologia baseada em intuições dada a evidência *prima facie*, mesmo que não conclusiva, de que esse método não garante universalidade das conclusões.

às intuições-padrão ou intuições médias prevalentes entre as pessoas comuns da nossa espécie. Se a evidência apontada aqui for confirmada de maneira mais específica em relação às intuições jurídicas, será possível afirmar que a filosofia analítica do Direito é *WEIRD*.

Deve-se destacar também que esse argumento não depende de que os filósofos do Direito tenham de seguir as mesmas intuições prerreflexivas da pessoa comum dentro de populações *WEIRD*. Mesmo que as intuições dos filósofos do Direito sejam mais elaboradas que as da pessoa média de sua população, ainda são intuições trabalhadas com base no substrato psicológico prevalente nessa população. Acrescentar a desviância psicológica do teórico jurídico médio em relação ao padrão de sua população – que já é desviante em relação ao padrão da humanidade – apenas aprofunda o problema das intuições desviantes. Contudo, também é uma questão interessante para uma teoria que se baseia nas intuições das pessoas comuns saber o quanto ela de fato reflete ou não as intuições médias da própria população em que se fundamenta. Esse é um tema interessante para adicional investigação empírica.

Não obstante, uma possibilidade é que se possa argumentar em favor da correção das intuições trabalhadas a partir do substrato psicológico dessa população desviante, por exemplo, ao considerar que o raciocínio filosófico com base em um estilo de pensar analítico é epistemicamente mais confiável. O presente trabalho não entra no mérito da possibilidade de tal argumento, mas sugere que um argumento do tipo é necessário caso se pretenda justificar a universalidade das inferências feitas a partir de intuições etnograficamente limitadas que sejam moldadas por um maior raciocínio analítico.

Sem esse argumento, os filósofos analíticos, ao recorrer a esse tipo de intuições, ou restringem sua aplicabilidade ao Direito existente em populações *WEIRD*, ou precisam previamente realizar um levantamento etnográfico das intuições humanas sobre o Direito para descobrir qual é a real diversidade existente nelas e, assim, possam proceder a uma avaliação explícita dos méritos e deméritos delas.

Outra saída, no espírito da Teoria Descritiva do Direito de tipo empírico de modo geral e da Teoria Naturalizada do Direito em particular, seria que os filósofos analíticos do Direito retificassem seu método para fazer uma real "sociologia descritiva" (na expressão de Hart), que explique o fenômeno jurídico independentemente das intuições das diferentes populações. A partir de tal método, poderiam recorrer àqueles conceitos e atributos gerais sobre o Direito que apareçam não nas intuições de uma população específica, mas nas hipóteses científicas que melhor explicam o comportamento social humano de forma intercultural. É o caminho para uma teorização filosófica sobre o fenômeno jurídico que pretenda fazer inferências realmente universalizáveis acerca dos atributos gerais do fenômeno jurídico.

REFERÊNCIAS

BIX, Brian. Some reflections on methodology in jurisprudence. In: CÁCERES, Enrique; FLORES, Imer B.; SALDAÑQ, Javier; VILLANUEVA, Enrique (Eds.). *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. UNAM, 2005.

CHOI, Ichoi; NISBETT, Richard. E. Situational salience and cultural differences in correspondence bias and the actor-observer bias. *Personality and Social Psychology Bulletin*, n. 24, p. 949-960, 1998.

CHUA, Hanna Faye; BOLAND, Julie E.; NISBETT, Richard. E. Cultural variation in eye movements during scene perception. *Proceedings of the National Academy of Sciences USA*, n. 102, p. 12629-12633, 2005.

CHURCH, A. Timothy et al. Implicit theories and self-perceptions of traitedness across cultures: Toward integration of cultural and trait psychology perspectives. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, v. 37, n. 6, p. 694-716, 2006.

DEUTSCH, Max et al. Speaker's reference and cross-cultural semantics. In: BIANCHI, Andrea (Ed.). *On reference*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

FARREL, Ian A. H.L.A. Hart and the methodology of jurisprudence. *Texas Law Review*, v. 84, n. 983, 2006.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Unisinos: São Leopoldo, 2007.

FUMERTON, Richard. *Epistemologia*. Petrópolis: Vozes, 2014.

GEERTZ, Clifford. *O saber local*: novos ensaios em antropologia interpretativa. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *A Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GETTIER, Edmund. Is justified true belief knowledge? *Analysis*, v. 23, p. 121-123,1963.

GROSSMAN, Igor. *Categorization differences between Americans and Russians.* University of Michigan, 2010 (não publicado).

GROSSMANN, Igor; VARNUM, Michael E. W. Social class, culture, and cognition. *Social Psychological and Personality Science*, v. 2, n. 1, p. 81-89, 2011.

GUTCHESS, Angela. H. et al. Cultural differences in neural function associated with object processing. *Cognitive, Affective and Behavioral Neuroscience*, v. 6, p. 102-109, 2006.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEDDEN, Trey et al. Cultural influences on neural substrates of attentional control. *Psychological Science,* v. 19, n. 1, p. 12-17, 2008.

HENRICH, Joseph; HEINE, Steven J.; NORENZAYAN, Ara. The weirdest people in the world? *Behavioral and Brain Sciences*, v. 33, p. 61-83, 2010a.

HEINE, Steven J.; NORENZAYAN, Ara. Beyond WEIRD: Towards a broad-based behavioral science. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 33, p. 111-122, 2010b.

JI, Li Jun; NISBETT, Richard E.; ZHANG, Zhiyong. Is it culture or is it language? Examination of language effects in cross-cultural research on categorization. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 87, p. 57-65, 2004.

JONES, Edward E.; HARRIS, Victor A. The attribution of attitudes. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 3, p. 1-24, 1967.

KIM, Minsun; YUAN, Yuan. No cross-cultural differences in the Gettier car case intuition: A replication study of Weinberg et al. *Episteme*, v. 12. n. 3, p. 355-361, 2015.

KITAYAMA, Shinobu; DUFFY, Sean; KAWAMURA, Tadashi. Perceiving an object and its context in different cultures: A cultural look at new look. *Psychological Science*, v. 14, p. 201-206, 2003.

KUHNEN, Ulrich et al. Cross-cultural variations in identifying embedded figures – Comparisons from the United States, Germany, Russia, and Malaysia. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, v. 32, n. 3, p. 365-371, 2001.

LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence:* essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy. Oxford University Press: New York, 2007.

LURIA, Alexander Romanovich. *Cognitive development:* its cultural and social foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1976.

MACHERY, Edouard. Explaining why experimental behavior varies across cultures: A missing step in "The weirdest people in the world?" *Behavioral and Brain Sciences*, v. 33, p. 101-102, 2010.

_____. Variation in intuitions about reference and ontological disagreements. In: HALES, S. D. (Ed.). *A companion to relativism*. Oxford: Blackwell, 2011.

MACHERY, Edouard; O'NEILL, Elizabeth. Introduction: experimental philosophy: what is it good for? In: _____. (Ed.). *Current controversies in experimental philosophy*. New York: Routledge, 2014.

MACHERY, Edouard; OLIVOLA, Cristopher Y.; DE BLANC, Molly. Linguistic and metalinguistic intuitions in the philosophy of language. *Analysis*, v. 69, p. 689-694, 2009.

MACHERY, Edouard; STICH, Stephen P. The role of experiment. In: FARA, D. G.; RUSSELL, G. (Org.). *The Routledge companion to philosophy of language*. Routledge: New York, 2012.

MACHERY, Edouard et al. Semantics, cross-cultural style. *Cognition*, v. 92, p. B1-12, 2004.

MACHERY, Edouard et al. Gettier across cultures. *Noûs,* v. 50, n. 4, 2016.

MASUDA, Takahiko; NISBETT, Richard E. Attending holistically versus analytically: Comparing the context sensitivity of Japanese and Americans. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 81, p. 992-934, 2001.

MIYAMOTO, Yuri; KITAYAMA, Shinobu. Cultural variation in correspondence bias: the critical role of attitude diagnosticity of socially constrained behavior. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 83, p. 1239-1248, 2002.

MORRIS, Michael; PENG, Kaiping. Culture and cause: American and Chinese attributions for social and physical events. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 67, p. 949-971, 1994.

NAGEL, Jennifer; SAN JUAN, Valerie; MAR, Raymond A. Lay denial of knowledge for justified true beliefs. *Cognition,* v. 129, p. 652-661, 2013.

NEISSER, Ulric. The multiplicity of thought. *British Journal of Psychology*, v. 54, p. 1-14, 1963.

NICHOLS, Shaun; STICH, Stephen; WEINBERG, Jonathan. Meta-skepticism: meditations on ethno-epistemology. In: LUPER, S. (Org.). *The skeptics*. Aldershot: Ashgate, 2003. p. 227-247.

NISBETT, Richard E. *The geography of thought:* how Asians and Westerners think differently... and why. Free Press: New York, 2003.

NORENZAYAN, Ara; CHOI, Incheol; PENG, Kaiping. Cognition and perception. In: COHEN, S. K. D. *Handbook of cultural psychology*. Guilford Press: New York, 2007. p. 569-594.

NORENZAYAN, Ara; CHOI, Incheol; NISBETT, Richard E. Cultural similarities and differences in social inference: Evidence from behavioral predictions and lay theories of behavior. *Personality*

and Social Psychology Bulletin, v. 28, n. 1, p. 109-120, 2002.

NORENZAYAN, Ara; HENRICH, Joseph; MCELREATH, Richard. *More Chinese than the Chinese*. University of British Columbia, 2008 (não publicado).

NORENZAYAN, Ara et al. Cultural preferences for formal versus intuitive reasoning. *Cognitive Science*, v. 26, n. 5, p. 653-684, 2002.

PARKER-RYAN, Sally. Ordinary language philosophy. *Internet Encyclopedia of Philosophy,* 2012. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/ord-lang/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

PENG, Kaiping; NISBETT, Richard. E. Culture, dialectics, and reasoning about contradiction. *American Psychologist*, v. 54, n. 9, p. 741-754, 1999.

PERRY, Stephen. Hart's methodological positivism. *Legal Theory*, v. 4, n. 4, p. 427-467, 1998.

POSTEMA, Gerald. *Legal philosophy in Twentieth Century:* the Common Law World. New York: Springer, 2011 (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 11).

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. New York: Oxford University Press, 1999.

ROSS, Lee D.; AMABILE, Teresa M.; STEINMETZ, Janina L. Social roles, social control, and biases in social-perception processes. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 35, p. 485-494, 1977.

SCHAUER, Frederick. (Re)taking Hart. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 852-883, 2006.

SEYEDSAYAMDOST, Hamid. On normativity and epistemic intuitions: failure of replication. *Episteme*, v. 12, n. 1, p. 95-116, 2015.

SLOMAN, Steven. The empirical case for two systems of reasoning. *Psychological Bulletin*, v. 119, p. 22-30, 1996.

SMITH, Joseph Wayne. The analytic distinction between questions of law and questions of fact. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 34, p. 69-102, 2009.

STICH, Stephen. Philosophy and WEIRD intuition. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 33, p. 110-111, 2010.

TAMANAHA, Brian. What is "general" jurisprudence? A critique of universalistic claims by philosophical concepts of law. *Transnational Legal Theory*, v. 2, n. 3, p. 287- 308, 2011.

USKUL, Ayse K.; KITAYAMA, Shinobu; NISBETT, Richard. E. Ecocultural basis of cognition: Farmers and fishermen are more holistic than herders. *Proceedings of the National Academy of Sciences USA*, v. 105, n. 25, p. 8552-8556, 2008.

VAN BOVEN, Leaf; KAMADA, Akiko; GILOVICH, Thomas. The perceiver as perceived: everyday intuitions about the correspondence bias. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 77, p. 1188-1199, 1999.

WEINBERG, Jonathan; NICHOLS, Shaun; STICH, Stephen. Normativity and epistemic intuitions. *Philosophical Topics*, v. 29, n. 1 & 2, p. 429-460, 2001.

WITKIN, Herman. A.; BERRY, John W. Psychological differentiation in cross-cultural perspective. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, v. 6, n. 1, p. 5-78, 1975.

ZEBIAN, Samar; DENNY, J. Peter. Integrative cognitive style in Middle Eastern and Western groups. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, v. 32, p. 58-75, 2001.

Valdenor Monteiro Brito Júnior

Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

valdenormb@hotmail.com

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 30.06.2016
Aprovado: 27.11.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201804

Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental

BETWEEN AFFECTION AND PENALTY: A CRITIQUE OF THE PUNITIVE APPROACH TO PARENTAL ALIENATION

Helena Campos Refosco[1] *e Martha Maria Guida Fernandes*[2]

Resumo

Este artigo pretende, a par de desenvolver um pensamento crítico em relação ao conceito e à abordagem da alienação parental no Brasil, demonstrar que o Acompanhamento Terapêutico ("AT"), atendimento psicológico clínico que atua no campo social do indivíduo, pode auxiliar na solução de questões complexas que envolvem as famílias em situação de elevada litigiosidade. Este trabalho reúne os saberes do Direito e da Psicanálise numa abordagem interdisciplinar que visa melhor atender às demandas da família e do Judiciário. Trata-se, em um primeiro momento, de estudo crítico, à luz do diálogo entre o Direito e a Psicanálise, da legislação brasileira atual e da maneira como vem sendo aplicada. Em um segundo momento, o trabalho assume um caráter normativo, propositivo, ao sugerir, independentemente de reforma legislativa, uma mudança profunda de postura do Judiciário diante da alienação parental. Este artigo propõe que o acompanhamento psicológico seja proporcionado a toda a família por meio do AT, e que o Acompanhante Terapêutico facilite a efetivação das visitas. A melhor interpretação da Lei de Alienação Parental rejeita a abordagem repressiva do fenômeno e recomenda uma abordagem relacional, tal como preconiza a Psicanálise.

Palavras-chave

Alienação parental; acompanhamento psicológico; direito de visita; acompanhamento terapêutico; Direito e Psicanálise.

Abstract

This article has a twofold objective. First, it intends to develop critical thinking regarding both the concept of and the legal approach to parental alienation in Brazil. Second, it aims to demonstrate that Therapeutic Companionship ("TC"), i.e., psychological support provided in social settings, can be an effective tool in dealing with complex issues arising from disputes in high-conflict families. Moreover, our work makes an interdisciplinary use of Law and Psychoanalysis in order to meet the demands of the family and the judiciary. In fact, it is in light of establishing a dialogue between Law and Psychoanalysis that we have elaborated our critique of the current Brazilian legislation and case law. Going a step further, the article takes on a normative, propositional character to suggest how the Brazilian judicial attitude might change. Therefore, the work presents new ways of dealing with parental alienation that, if implemented, should obviate legislative reform. Our idea, under the umbrella of TC, is to provide psychological support to the whole family, as well as to facilitate visitation. The best interpretation of the Parental Alienation Law would reject a repressive or punitive orientation in favor of a relational one, as proposed by Psychoanalysis.

Keywords

Parental alienation; psychological counseling; visitation rights; therapeutic companionship; Law and Psychoanalysis.

1 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
São Paulo – SP – Brasil
Supremo Tribunal Federal
Brasília – DF – Brasil
https://orcid.org/0000-0001-9973-3682

2 Psicanalista
São Paulo – SP – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-8845-8678

CC BY-NC

Introdução

Uma das mais importantes questões nos atuais litígios familiares que se apresentam perante o Poder Judiciário diz respeito às acusações de alienação parental, bem como às inúmeras dificuldades que enfrenta a Justiça para solucionar questões vitais do dia a dia da família, tais como a forma de realização das visitas (BLANK; NEY, 2006, p. 135; BRUCH, 2001a; SOUSA, 2010, p. 40; GROENINGA, 2008, p. 122; LEITE, 2015, p. 307; RAND, 2010). Desde a edição da Lei n. 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), a prática de atos que possam configurar alienação parental é passível de repressão judicial.[1] Dentre as alternativas previstas em lei, sobressai a possibilidade de determinação de acompanhamento psicológico (art. 6º, inciso IV). A relevância da medida é evidente, porque a alienação parental, apesar de conceituada em lei, é essencialmente um fenômeno psíquico. No entanto, as incertezas a respeito do acompanhamento psicológico dificultam a aplicação efetiva da medida: ela deve destinar-se apenas a um de seus integrantes ou à família toda? Deve ser livre a escolha do psicólogo, mesmo quando a providência for imposta por decisão judicial? Cabe pronunciamento do juiz sobre a frequência e a duração adequadas da medida? Deve haver fiscalização ou supervisão pelo juízo? Quem deve arcar com os custos desse recurso? Sem respostas concretas a estas perguntas, a medida carece de efetividade, incapaz de modificar a dinâmica familiar. Diante desse problema clássico que é o da efetividade da lei, este trabalho pretende, valendo-se de uma análise interdisciplinar e ressaltando a importância do acompanhamento psicológico, propor uma forma inovadora de utilização desta medida, por meio do Acompanhamento Terapêutico. Ao inserir o AT no rol de possibilidades do juízo, este artigo objetiva também oferecer mais um recurso para aquela que é, possivelmente, a maior dificuldade com que se depara o Judiciário nas situações de grave litígio familiar: a efetivação das visitas.

Com efeito, num cenário de elevada litigiosidade, os entraves às visitas são vários: recusa dos filhos, brigas e discussões no momento de buscar e levar as crianças, e denúncias de abusos (SILVA, 2009, p. 62). As soluções comuns não evitam a perpetuação do conflito nem impossibilitam a cristalização do trauma familiar – são elas: (i) visitas assistidas por pessoa de confiança de uma das partes, (ii) busca e apreensão dos filhos e (iii) visitas assistidas em visitário, com equipe multidisciplinar designada pelo juiz. Por meio da solução proposta no presente trabalho, o momento da visita poderia tornar-se também uma oportunidade de apoio psicológico para a família, contribuindo para a elaboração psicológica do conflito.

Vislumbra-se, portanto, um duplo ganho com a adoção do AT: realização do acompanhamento psicológico e das visitas. A família e seus integrantes seriam poupados de uma dupla interferência judicial: (i) quando da determinação de acompanhamento psicológico e (ii)

1 A conceituação e a crítica da alienação parental serão feitas adiante no item 1 deste trabalho.

quando da dificuldade para a efetivação das visitas. A contribuição para as duas questões ficaria concentrada em uma única intervenção.

Na exposição dos fundamentos para a proposta aqui formulada, pretende-se trilhar o seguinte caminho:

(i) primeiro, um exame crítico da alienação parental, a partir da ideia de corresponsabilização dos integrantes da família pela situação de litigiosidade familiar;

(ii) a contextualização do acompanhamento psicológico nesse cenário;

(iii) a apresentação do AT como possibilidade de dupla reestruturação: das visitas e dos vínculos paterno-filiais;

(iv) uma tentativa de resposta às indagações práticas formuladas nesta introdução acerca do funcionamento do AT como ferramenta de combate à alienação parental;

(v) apresentação das conclusões.

Pretende-se discutir sobre como lidar com a suspeita de alienação parental, fornecer subsídios para a atividade judicial desenvolvida em varas de Direito de Família e contribuir para a promoção do acesso à justiça. Em suma, espera-se ofertar uma nova possibilidade de manejo do conflito familiar.

1 Conceito e crítica da síndrome da alienação parental

O conceito legal de alienação parental[2] inspirou-se nos estudos do psiquiatra estadunidense Richard Alan Gardner, que na década de 1980 criou o termo Síndrome de Alienação Parental ("SAP") (BROCKHAUSEN, 2011; SOUSA, 2010; DIAS, 2006). Segundo ele, a elevada litigância entre os pais após o divórcio e a disputa pela guarda dos filhos são os maiores desencadeantes da síndrome e as crianças, a despeito de seu histórico anterior de bons vínculos afetivos com seus pais, passam a recusar o contato e a denegrir, sem motivos justificáveis, uma de suas figuras parentais (GARDNER, 2001). Para Gardner, a SAP seria uma desordem psiquiátrica constituída pela soma de programação mental da criança por um dos genitores

2 Conforme previsto no artigo 2º da Lei n.12.318/2010, "[a] alienação parental é a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este" (BRASIL, 2010).

– em geral a mãe – para denegrir o outro – em geral o pai – e pelas contribuições da própria criança em suporte à campanha de difamação do genitor alienado (GARDNER, 1987).

O contexto em que o conceito de alienação parental foi cunhado por ele nos Estados Unidos foi o de mudança do papel da mulher no ambiente profissional e familiar (ADAMS, 2006, p. 324). Esta mesma transição do papel da mulher vem sendo vivenciada no Brasil desde a segunda metade do século XX (KEHL, 2003), o que contribui para que essa temática esteja tão presente nos processos judiciais.

Do ponto de vista de Gardner, a maior incidência da prática de alienação parental constituiria uma reação da mulher à perda de poder simbólico, provocada pela criação da doutrina do melhor interesse da criança, bem como pela adoção do modelo de guarda compartilhada. O papel da alegação de abuso (sobretudo sexual) perpetrado pelo pai seria o de mover o fiel da balança judicial em favor da mãe. Em outras palavras, a "descoberta" da SAP passou a constituir uma interpretação paralela à do abuso perpetrado pelo pai, contrapondo a ele um possível abuso psicológico perpetrado pela mãe (ADAMS, 2006, p. 325-326).

Gardner diferenciava três níveis de alienação, de leve a severa, e propunha intervenções legais de acordo com o nível no caso concreto. Defendia que a terapia familiar poderia funcionar para casos de alienação leve a moderada, mas que no caso de alienações severas apenas a mudança de guarda seria suficiente para minorar os efeitos da SAP (GARDNER, 1987). Ele privilegiou o modelo médico em detrimento das formas de interação entre os membros da família, mesmo tendo reconhecido que a problemática sobre a SAP envolvia todo o grupo familiar (SOUSA, 2010).

Não obstante o mérito de Gardner de ter instaurado o importante debate sobre a alienação parental (BRUCH, 2001a, p. 540; SOUSA, 2010), as críticas às suas propostas têm sido contundentes. Autoras feministas ressaltam que seu trabalho está embasado no estereótipo da "mulher rejeitada" – e ressentida – que continua implícito na disseminação do conceito e que dá credibilidade à narrativa de alienação parental, reforçando também o estereótipo (ADAMS, 2006); que a teoria concentra-se excessivamente em apurar se o genitor querido (em geral a mãe) e a criança estão mentindo, e pouco em verificar se o genitor hostilizado deu causa à aversão (BRUCH, 2001a, p. 529); ou ainda que a utilização da teoria em juízo, sem que esta goze do respaldo científico necessário, tem sido prejudicial às mães, especialmente quando o pai não guardião tem mais recursos financeiros do que a mãe guardiã (BRUCH, 2001a, p. 540). Outras críticas enfatizam a tautologia do conceito de SAP; a inutilidade do conceito para solução de conflitos familiares; a radicalidade das recomendações de Gardner ante evidências da existência de SAP, sobretudo no que tange à inversão da guarda da criança;[3] o foco exclusivo e excessivamente simplista em apenas um dos pais;

3 Vale esclarecer, como fazem Hironaka e Monaco, que "[t]ambém o não guardião pode ser o genitor alienador, na tentativa de forçar uma situação de convivência insuportável entre o guardião e a criança,

o exagero em várias de suas proposições, sobretudo quanto à real frequência de imputações falsas por um dos genitores e de ocorrência da alienação parental.[4]

Vale ressaltar que a palavra "alienação parental" não está na DSM-5[5] nem integra a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), da Organização Mundial da Saúde. No entanto, a DSM-5 adotou conceitos como: "criança afetada pela relação parental conflituosa" e "abuso psicológico da criança". Esta opção da DSM-5 abre espaço para identificar os conflitos familiares e suas dinâmicas, inclusive a alienação parental, mas prudentemente evita a estigmatização ínsita ao conceito de "alienação parental". Como afirma Giselle Groeninga, caracterizar o fenômeno da alienação parental como uma síndrome "é uma desvantagem, pois [...] traz uma confusão metodológica, e pode dar margem a preconceitos e a juízos de valor que não cabem em uma análise científica e na busca da verdade das relações que deve se dar no Judiciário" (GROENINGA, 2008, p. 123).

A este trabalho interessa desenvolver a crítica psicanalítica à alienação parental. A psicanálise, "procedimento para a investigação de processos mentais que são inacessíveis por qualquer outro modo" (FREUD, 1980, p. 287), questiona o maniqueísmo das concepções que atribuem a apenas um dos guardiões a responsabilidade pela grave litigiosidade familiar. Nesse sentido, a crítica deste trabalho endossa a feita por Janet Johnston e Joan Kelly, que propõem o modelo da "criança alienada", retirando a ênfase de Gardner no papel causal do genitor guardião (JOHNSTON; KELLY, 2001). Tamara Brockhausen também enfatiza que a qualidade do vínculo da criança com o genitor alienado pode amenizar ou até mesmo evitar o desencadeamento da síndrome da alienação parental (BROCKHAUSEN, 2011, p. 46). Nesta visão, os vínculos (i.e., a inter-relação entre as pessoas) são sempre relevantes e o sujeito, protagonista do seu percurso. Portanto, "[p]ara a compreensão dos comportamentos dos membros de uma família, e de seus sintomas, é necessária a compreensão das relações interpessoais, das normas que organizam a família e do contexto social e cultural ao qual essa família pertence" (BARBOSA; CASTRO, 2013, p. 59).

• • •

dando início a um procedimento tendente à reversão da guarda judicialmente estabelecida" (HIRONAKA; MONACO, 2010, p. 539).

4 Corroborando as mencionadas críticas, ver: BRUCH, 2001b; JOHNSTON; KELLY, 2001; SOUSA, 2010 e BARBOSA; CASTRO, 2013. Em sentido contrário, refutando-as, ver: BERNS, 2001; GARDNER, 2001; RAND, 2010. Independentemente da posição que se adote quanto a esta questão específica, vale notar a importância de entender o lugar dado à mulher no contexto familiar pela Constituição, pelas leis e pela Justiça (BAINES; RUBIO-MARÍN, 2005, p. 19).

5 Trata-se da 5ª edição do *Manual de diagnóstico e estatística dos transtornos mentais*, atualizada pela Associação Americana de Psiquiatria no ano de 2013.

Isso implica dizer que a dinâmica familiar é objeto de construção conjunta pelos envolvidos, inclusive no contexto de alienação parental.[6] As fragilidades parentais de ambos os genitores, os recursos pessoais dos filhos e as interações dos membros dessa família são decisivos para a sua ocorrência. Como fragilidades dos pais alienados que contribuem para a rejeição da criança, podem ser apontadas as seguintes características: passividade ante a exacerbação do conflito; contrarrejeição ante uma percebida rejeição pela criança; estilo parental ríspido e excessivamente rígido; imaturidade e egocentrismo; comportamento demandante e crítico; pouca empatia pela criança (JOHNSTON; KELLY, 2001, p. 258-259). Assim, a alienação parental não decorre, exclusivamente, da conduta do genitor alienador, mas da dinâmica familiar e suas inter-relações (CAMPBELL; JOHNSTON, 1999). Por isso, o estudo das relações familiares, da conjugalidade e da parentalidade é fundamental para a compreensão dos processos de subjetivação e funcionamento da dinâmica familiar (FÉRES-CARNEIRO; MAGALHÃES, 2011, p. 161).

Dessa forma, é limitante falar na existência de um "culpado" quando a família está em conflito e em sofrimento. Nos dizeres de Blank e Ney, "*[n]either the medical nor legal systems are efficient at working in gray areas of human complexities [...]. The dynamics and nuances of the situation are either ignored, lost, or forced into the simplistic dichotomies and oppositions*" (BLANK; NEY, 2006, p. 141). Apontar um único responsável tende a cindir a família, a potencializar e tornar crônico o conflito, causando retrocesso no caminho do desenvolvimento maturacional dos seus membros, que passam a depender do Judiciário para as deliberações familiares. Giselle Groeninga alerta para a inadequação de a lei seguir o modelo das relações dicotômicas – "e não o das complementares – como devem ser as relações familiares" (GROENINGA, 2011, p. 12). Já Ramos e Shine lembram que: "[...] um olhar que não procura provas, mas sim uma compreensão geral, é que torna o psicólogo diferente e capaz de contribuir com o Judiciário" (RAMOS; SHINE, 1999, p. 110).

A psicanálise valoriza o lugar da família como promotora de saúde e também de patologias entre os seus membros. Para autores psicanalistas, as disfunções na família podem ocasionar sintomas nos seus integrantes. Segundo Gomes "as pessoas não adoecem; são os vínculos afetivos, o elo entre o 'eu' e o 'tu', a ligação dos elementos familiares, que se tornam enfermos" (GOMES, 1987, p. 18). Portanto, o trabalho do Judiciário não deve se centrar na cura e na sanção do culpado, mas sim na melhoria dos vínculos. Define-se o vínculo como sendo o "inconsciente em sua maior densidade: é o que dá pertencimento e estabelece uma descontinuidade e uma continuidade entre os seus. Esta última se constrói na fantasia como defesa ante a percepção de descontínuo" (BERENSTEIN; PUGET, 2004-2005). Barbosa e

6 Esta corresponsabilidade decorre da coautoria que envolve os personagens pai-mãe-filho na dinâmica familiar, de forma que, em níveis diferentes e assimétricos, mãe, pai e filho constituem e são constituídos no discurso do outro. Cf. SOLIS-PONTON; LEBOVICI, 2006, p. 25.

Castro apontam que se deve buscar nas situações de litígio uma reflexão da dinâmica familiar com vistas não somente à mudança de padrões promotores de sofrimento, mas ao resgate de competência e capacidade de auto-organização familiar (BARBOSA; CASTRO, 2013, p. 67).

Destarte, é sobre a família que deve recair o peso do problema, e não apenas sobre o "alienador". Este não deve ser tratado como a Medeia de Eurípedes, a quem é atribuído um papel protagonista. Na versão de Eurípedes, Medeia comete filicídio como forma de vingar-se de Jasão, seu marido, que lhe foi infiel e a abandonou. Com efeito, "na sua tragédia, o filicídio corresponde a um gesto desesperado e voluntário que tem como objetivo vingar a infidelidade do um marido hipócrita e merecedor de castigo" (FERREIRA, 1997, p. 66). É interessante, porém, que o mito revela também a indiferença de Jasão, que não parece se preocupar com a segurança de seus filhos em Corinto.

Também não se deve tratar a criança como doente e portadora de uma síndrome, porque, conforme leciona Celso Gutfreind, "entendemos o sintoma dos menores como a sinalização de que algo não está bem na interação com os maiores" (GUTFREIND, 2010, p. 57). Deve-se, ao contrário, enxergar o drama familiar e tratar a família, para, assim, melhorar as relações que lhes são ínsitas.

2 Importância do acompanhamento psicológico

Ao adotar integralmente o conceito de Richard Gardner, a lei parece atribuir a dinâmica de alta litigiosidade ao genitor "alienador", prevendo medidas de combate de alienação parental que se assemelham a sanções,[7] além de estabelecer a responsabilização civil ou criminal do alienador. Tais medidas são:

> I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
> II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
> III - estipular multa ao alienador;
> IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
> V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
> VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
> VII - declarar a suspensão da autoridade parental. (BRASIL, 2010)

Dentre as medidas legais, o acompanhamento psicológico é o que mais se afasta do viés repressivo ou punitivo. Pode ter um efeito transformador, pois a hipótese da alienação parental aponta sempre para um sofrimento psíquico, que encontra na escuta terapêutica e

7 Art. 6º da Lei n. 12.318/2010.

no acolhimento da dor (funções básicas do manejo do acompanhamento psicológico) a possibilidade de o sujeito se implicar na construção da sua história e dos seus vínculos e, consequentemente, por eles se responsabilizar.

Dessa forma, o acompanhamento psicológico possibilita um novo olhar da família sobre a sua dinâmica e litigiosidade, e assim se revela mais transformador do que as demais medidas que, embora sejam importantes no universo social e operacional familiar, não interferem na subjetividade do sujeito nem nos seus vínculos. Corrobora a afirmação de maior adequação do acompanhamento psicológico o fato de que os efeitos colaterais de algumas das medidas podem ser muito traumáticos e desestruturantes, em especial os das sanções drásticas, tais como a inversão da guarda ou a suspensão da autoridade parental (BRUCH, 2001b, p. 389; JOHNSTON; KELLY, 2001). No entanto, outras medidas podem ser pouco efetivas, tais como a imposição de multa ou a advertência. Importa destacar que qualquer medida tomada contra um dos pais trará repercussões e consequências na vida dos filhos (GUTFREIND, 2010).

A imposição do acompanhamento psicológico apenas ao "alienador" agrava a cisão familiar, reforçando a dicotomia vítimas-algozes. Advogados, membros do Poder Judiciário e terapeutas individuais que estimulam a polarização das partes e adotam a defesa rígida de um dos lados terminam por contribuir para a consolidação de um discurso de rejeição (JOHNSTON; KELLY, 2001, p. 256-257). Além disso, a imposição unilateral do acompanhamento psicológico reduz o potencial transformador dessa ferramenta, porque, na visão dos envolvidos, quem precisa de "tratamento" é sempre o outro, e aquele a quem é destinado o acompanhamento psicológico tende a sentir-se injustiçado. Outrossim, no contexto do litígio, reconhecer e aceitar a indicação de terapia pode ser interpretado como evidência de "problemas psicológicos", o que pode fragilizar uma das partes na disputa judicial. Como sintetiza Féres-Carneiro, "não adianta tratar uma criança ou um adolescente se não tratarmos os pais, se não tratarmos a família" (FÉRES-CARNEIRO, 2012, p. 67).

Essa visão alternativa, portanto, aponta para uma outra forma de manejo do acompanhamento psicológico, em que toda a família é convocada a comprometer-se com o seu percurso, sua dor e sua fragilidade. Para tanto, é imprescindível que toda a família esteja envolvida, submetendo todos os membros ao acompanhamento psicológico. Com isso, busca-se obstar a petrificação dos discursos e a patologização da criança, superando-se a lógica adversarial do conflito familiar judicializado.

A prática judiciária brasileira, contudo, despreza essa crítica: em regra, as determinações de acompanhamento psicológico voltam-se ao alienador e à criança ou adolescente alienados,[8] patologizando-os e excluindo o terceiro dessa tríade familiar, isto é, do conjunto de

8 Neste sentido, cite-se, exemplificativamente: TJ-RS, AC n. 70062154182-RS, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, julgamento: 26 nov. 2014, *DJ*, 1º dez. 2014.

funções (materna e paterna) e suas relações com os filhos, com todas as suas variantes possíveis: mãe-pai+bebê; mãe-bebê+pai; pai-bebê+mãe: mãe-bebê-pai. Nesse sentido, tais funções não são exclusivas de pai e mãe.

3 Ferramenta reestruturante: o acompanhante terapêutico

O acompanhamento terapêutico é uma modalidade de atendimento psicológico clínico que prescinde de espaços circunscritos e predeterminados para exercer sua função terapêutica. A clínica do Acompanhante Terapêutico não se dá em consultórios e instituições, mas em espaços públicos, na casa dos pacientes e até mesmo nas ruas. É um dispositivo situado no campo da saúde mental que se inscreve no contexto do cotidiano (PORTO, 2015).

Sua origem remonta à Reforma Psiquiátrica que buscava a desinstitucionalização do paciente psiquiátrico. No Brasil, o AT começou a ser utilizado no final dos anos 1970 (PORTO, 2015) – nessa época, foi concebido como uma forma de tratamento de pacientes psicóticos, visando reintegrá-los na sociedade e na família. Sua indicação se dava por meio do psiquiatra e sua função era complementar à intervenção médica. Seu trabalho era de suporte e de mediação das relações médico-paciente, família-paciente, sociedade-paciente.

Atualmente, o AT atende a uma demanda maior do que a psiquiátrica, engajando um profissional que acompanha sujeitos em crise e com problemas sociais, independentemente de sua estrutura psíquica e de sua idade. A dinâmica do AT é a de uma presença ativa e atenta, que propicia a escuta terapêutica e o cenário transferencial. Busca proporcionar melhor e maior organização na vida dos seus pacientes, sendo uma instância de acolhimento e de sustentação de todos os componentes das relações sociais. O acompanhante terapêutico pode ser visto como alguém próximo o suficiente para entender a situação do outro empaticamente, mantendo, porém, a distância necessária para auxiliar terapeuticamente o seu cliente.

4 O AT nas Varas de Família

A construção histórica do AT como uma ferramenta de apoio à autoridade médica e à família também pode ser aproveitada no universo jurídico, como suporte à decisão do juiz, à avaliação do perito e à dinâmica familiar fragilizada. Para tanto, é necessária a elaboração de um projeto terapêutico.

O projeto terapêutico do AT é sempre singular, construído especificamente para cada acompanhado, de acordo com o que é subjetivamente importante para o caso, inclusive quanto à duração e à frequência. O fundamental é que o Acompanhante Terapêutico esteja presente nos dias de visitas e que tenha encontros individuais com o pai e a mãe, podendo assim cumprir seu duplo papel: dar suporte às visitas assistidas e apoio psicológico à família em crise.

Como a família participará de um dispositivo terapêutico, a construção de uma relação de confiança com o Acompanhante Terapêutico é essencial. Buscando favorecer esta relação de confiança, o Acompanhante Terapêutico pode ser escolhido pela própria família ou nomeado pelo juízo. Em qualquer hipótese, ele deve fazer parte de uma equipe de Acompanhantes Terapêuticos, engajados em encontros regulares e supervisionados. Esse suporte auxiliará no atendimento e também numa eventual substituição do profissional, visando a não comprometer a regularidade das visitas. Como as visitas ocorrem normalmente aos finais de semana, é previsível a necessidade eventual de substituição do Acompanhante Terapêutico.

As estratégias de atuação devem ser construídas conjuntamente pelo Acompanhante Terapêutico e pelo perito-psicólogo nomeado pela Justiça.[9]

Como a percepção da imparcialidade do Acompanhante Terapêutico é fundamental para o sucesso de seu trabalho, recomenda-se que todos os envolvidos no litígio familiar arquem com a sua remuneração. Assim, evita-se a falsa impressão de que o Acompanhante Terapêutico foi "contratado" apenas por quem o remunera, e que, em contrapartida pela sua remuneração, poderá beneficiá-lo.

Fundamental também que o Acompanhante Terapêutico, e apenas ele, seja o terceiro na visita assistida. Não se deve permitir a indicação de outras pessoas de confiança das partes para acompanhar a visita, pois esta é a função do Acompanhante Terapêutico, e é nesse exercício que ele constrói a relação de confiança.

O recurso ao AT no Judiciário, com a finalidade de suporte terapêutico e de acompanhamento das visitas, é novo, porém não inédito. O presente artigo inspira-se em dois casos reais contemporâneos que tramitaram na Justiça paulista, nos quais, em razão da elevada litigância entre os pais, as visitas estavam inviabilizadas e o recurso ao AT permitiu que elas fossem retomadas, proporcionando às famílias, ainda, o acompanhamento psicológico vincular.

Em um dos processos, a mãe havia contratado um Acompanhante Terapêutico para prestar atendimento ao seu filho. O trabalho do Acompanhante Terapêutico consistia em atender o menor e também ocasionalmente ouvir as queixas maternas. Por sugestão da perita, acolhida

• • •

9 Este trabalho não ignora a necessidade de aprofundar o debate sobre a dinâmica de interação, no âmbito do processo judicial, entre o perito e o Acompanhante Terapêutico, tanto em sua dimensão estritamente técnico-processual quanto em seus aspectos ético-psicológicos. Entretanto, as limitações inerentes a este artigo impedem que esse tema seja devidamente desenvolvido. Apenas a título de uma breve antecipação do que poderia ser um outro trabalho, cabe esclarecer que, tendo em vista o objetivo primordial do papel do Acompanhante Terapêutico, que é o de contribuir para a melhoria da dinâmica familiar, a sua cooperação com o perito psicólogo, além de não implicar nenhum conflito ético, seria altamente recomendável. É importante também registrar que esse trabalho técnico deve ser realizado segundo os parâmetros da Resolução n. 7/2003 do Conselho Federal de Psicologia e de outras normas dos Conselhos Regionais de Psicologia e dos Tribunais locais, como, no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, da Portaria n. 9.277/2016.

pelo juízo, o Acompanhante Terapêutico passou a realizar o acompanhamento psicológico de toda a família, e não mais apenas do menino, utilizando para tanto o período das visitas. No início, o profissional permanecia com pai e filho durante todo o período das visitas, mas depois, tendo auxiliado na reparação do vínculo, ele participava apenas dos primeiros minutos das visitas. Houve contato constante entre perito e Acompanhante Terapêutico, bem como audiências judiciais, nas quais as dificuldades eram abordadas. A melhora da comunicação e da intimidade entre pai e filho foi visível e constatada por todos os envolvidos. O pai passou também a contribuir economicamente para o pagamento dos honorários do Acompanhante Terapêutico.

No segundo caso, o pai e os filhos não se viam havia alguns meses, pois as visitas estavam inviabilizadas em razão das dificuldades práticas decorrentes de outro conflito: a proibição judicial de o pai manter contato e se aproximar da mãe por força de medida protetiva da Lei n. 11.340/2006 (Lei da Violência Doméstica). O perito judicial propôs que as visitas fossem assistidas pelo Acompanhante Terapêutico, o que foi implementado. As visitas voltaram a ocorrer, pois o Acompanhante Terapêutico passou a intermediar a comunicação entre os pais, operacionalizando a escolha dos locais e dos horários mais adequados. O Acompanhante Terapêutico fazia-se presente tanto no momento em que as crianças eram entregues ao pai, no início das visitas, quanto na restituição delas ao lar materno, evitando conflitos que pudessem ocorrer naqueles instantes delicados. Nesse caso, também houve uma melhora perceptível nas relações familiares. Portanto, mesmo no contexto extremamente adverso do conflito direto entre pai e mãe, e ainda na vigência da referida medida protetiva, o Acompanhante Terapêutico conseguiu viabilizar a retomada das visitas do pai a seu filho e a melhora geral das relações na família como um todo.

Não há notícias de projetos semelhantes no país. A dificuldade de pesquisa relacionada ao segredo de justiça dos processos que envolvem disputas familiares pode ter contribuído para a menor difusão deste tipo de projeto no Poder Judiciário. Em termos de estudo comparado, foi possível localizar iniciativa semelhante na Argentina, onde, desde 2008, uma equipe de profissionais vem construindo um modelo de atuação do Acompanhante Terapêutico Judicial (GIGANTE et al., 2012). Lá este profissional é remunerado após cada visita por ambos os genitores, em partes iguais, e participa de todas as visitas. Antes de começar o seu trabalho, o Acompanhante Terapêutico Judicial faz uma entrevista prévia com cada um dos pais, na qual esclarece sua função e seus cuidados. Sua nomeação ocorre por determinação judicial, e seu nome é escolhido por consenso dentre opções que compõem uma lista encaminhada aos advogados.

5 Visitas facilitadas pelo Acompanhante Terapêutico

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê o direito que toda criança ou adolescente tem de ser "criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da

presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes" (BRASIL, 1990). O artigo 1.589 do Código Civil dispõe que "[o] pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação", e seu parágrafo único determina que "[o] direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente" (BRASIL, 2002). Dada a importância da visitação para a saudável manutenção dos vínculos familiares, pode-se dizer que a matéria foi tratada de forma lacônica pelo legislador (LEITE, 2015, p. 128), sobretudo porque, como pondera Eduardo de Oliveira Leite, "[...] o descontentamento das crianças e os recursos empregados pelos genitores para frustrar o direito de visita deveriam ser o centro de toda a atenção do Poder Judiciário." (LEITE, 2015, p. 138).

A regulamentação das visitas visa a atender aos interesses dos pais e também dos filhos menores, garantindo-se seu direito de crescer e desenvolver-se em ambiente de convivência familiar saudável, harmoniosa e equilibrada. Ante o claro propósito da lei de permitir uma convivência positiva com ambos os pais, é compreensível que a efetivação das visitas nas famílias que enfrentam grave litigiosidade seja um desafio para profissionais do direito que atuam na área da família. Determinados comportamentos típicos tornam especialmente difícil a tarefa de efetivar as visitas de forma positiva para a criança. Por parte dos guardiães, condutas como exigir supervisão das visitas, alegar razões para cancelar as visitas quando existem ordens de visitação, contatar a criança por via telefônica de forma insistente durante o horário de visitas, mudar de cidade, estado ou país são alguns dos complicadores das visitas (FONSECA, 2009, p. 54; JOHNSTON; KELLY, 2001, p. 258). Na realidade, "as hostilidades que cercam a visitação só tendem a piorar a situação dos filhos (diretamente) e a dos pais (indiretamente)", podendo tornar a visitação "um suplício" (LEITE, 2015, p. 136).

As resistências dos filhos são especialmente desafiadoras para o Poder Judiciário, que busca também preservar a autonomia das escolhas das pessoas e tem dificuldade de lidar com recusas peremptórias dos filhos ao contato com um dos pais (JOHNSTON; KELLY, 2001, p. 265). Diante de situações tais como recusas de entrega dos filhos ou recusas destes a deixar o lar do guardião, fugas e denúncias de abusos, as ferramentas coercitivas tradicionais não funcionam adequadamente. Dentre as opções, as mais comuns são, como já se disse: (i) busca e apreensão dos filhos;[10] (ii) a visita realizada em visitário público; e (iii) as visitas assistidas por pessoa de confiança de uma das partes.[11]

10 Nesse sentido: TJ-RS, Agravo de Instrumento n. 70043033505, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, *DJ*, 18 ago. 2011. Note-se que a busca e apreensão de pessoas foi mantida, no novo Código de Processo Civil, no artigo 536, parágrafos 1º e 2º.

11 Nesse sentido: TJ-RS, Agravo de Instrumento n. 70059974980, Sétima Câmara Cível, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. *DJ*, 4 jul. 2014.

A busca e apreensão dos filhos é muitas vezes uma opção traumática, já que é difícil, no curso de sua execução, respeitar os direitos constitucionais de crianças e adolescentes à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, tal como preconizados no artigo 227 da Constituição. Havendo ordem de busca e apreensão, os filhos são retirados do guardião por uma via coercitiva, inclusive com possibilidade de auxílio de força policial, o que implica sofrimento psíquico à criança.

A opção de encaminhamento da família ao visitário público não está disponível em todas as cidades. Na comarca de São Paulo, onde existe o Centro de Visitas Assistidas do Tribunal de Justiça (CEVAT), este recurso vem sendo utilizado. À vista do artigo 151 do ECA,[12] o CEVAT foi estruturado pelo Provimento n. 1.107/2006 do Conselho Superior da Magistratura, substituído pelo Provimento n. 2.403/2017. Acompanham as visitas dois assistentes sociais e dois psicólogos judiciários, que trabalham em regime de plantão de quatro horas, em quatro períodos: sábados e domingos, das 9 às 13 horas e das 13 às 17 horas.

Apesar de sua boa estruturação, visitários são, por essência, locais rígidos; tendem a ser cansativos para pais e filhos, pois não há variação no local da visita, as opções de lazer em seu interior são limitadas e faltam contatos com amigos e outros parentes do visitante. No estado de São Paulo, no curso de alguns anos de existência do CEVAT, não foi criado nenhum outro visitário.

Embora no CEVAT existam profissionais da área da psicologia e do serviço social para oferecer assistência, esta se limita a uma supervisão e minimização de danos e riscos, sem construção nem escuta terapêuticas. A assistência é um mero monitoramento, não contribuindo para o diálogo e para a elaboração emocional. Soma-se a esta limitação uma outra: a ausência de vínculo entre os profissionais e as famílias que são atendidas no visitário.

A terceira opção mencionada é a visita assistida por alguém da confiança de uma das partes. A dificuldade desta alternativa consiste em que, na visita assistida por terceiros descompromissados com a escuta clínica, o convidado a participar geralmente funciona como um "olheiro" da outra parte, levando informações que muitas vezes fomentam o conflito. Assim, na maioria das vezes, a visita deixa de ser uma oportunidade de solução do conflito, passando a agravá-lo.

O AT pode ser uma nova ferramenta de facilitação das visitas, com ganhos significativos em relação às três alternativas citadas acima. Isso porque, além de operacionalizar a visita, o Acompanhante Terapêutico atua como uma possibilidade de escuta e de elaboração emocional,

12 Conforme o artigo 151 do ECA, "[c]ompete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico" (BRASIL, 1990).

criando o espaço de diálogo que Sidney Shine (2003) aponta como essencial para evitar o prolongamento do conflito na Justiça.

Sua atuação nas visitas, como um representante do Judiciário, confirma a importância dos papéis de cada membro da família e cuida para que os filhos não sejam porta-vozes das dificuldades dos seus pais. Sua presença é fundamental, sobretudo, na retirada e na entrega das crianças, pois diminui a possibilidade de intercorrências, protege as crianças e evita o desgaste no relacionamento dos genitores.

Com o auxílio do Acompanhante Terapêutico, o local das visitas não precisa ser predeterminado pelo juízo. Como o seu trabalho não tem um enquadramento espacial rígido, as visitas podem e devem realizar-se em locais variados, até para que sejam espaços mais propícios e interessantes para o fortalecimento das relações entre filhos e pais. Elas podem ser realizadas tanto em locais públicos quanto privados, conforme os acordos e desejos das partes.

O AT vem se desenvolvendo para atender situações cada vez mais diversas, adaptando sua organização e configuração (PORTO, 2015). A formação profissional do Acompanhante Terapêutico é voltada para a escuta clínica, e sua prática cria oportunidades de trabalhar e reinventar as relações intra e intersubjetivas, o que possibilita tanto aos filhos quanto aos pais novos parâmetros e possibilidades de relacionamento.

Justifica-se, portanto, a inserção do AT como um recurso de auxílio às visitas em casos de famílias em situação de grave litigiosidade. Dessa forma, ele cumpre seu duplo papel: operacionalizar as visitas e proporcionar o lugar de escuta e elaboração emocional.

6 Indagações práticas

Para funcionalidade deste trabalho, é importante responder às questões que podem surgir quando da nomeação do Acompanhante Terapêutico e que perpassam a sua escolha, o tempo de duração do acompanhamento psicológico, o seu custo, dentre outras. Neste item, serão apresentadas respostas a indagações formuladas na introdução deste artigo.

Como já se disse, o acompanhamento psicológico deve destinar-se a toda a família e por isso é com ela que o Acompanhante Terapêutico deve desenvolver um vínculo de confiança. Confiança, porém, não se confunde com confidencialidade: se o Acompanhante Terapêutico vier a perceber em algum dos pais eventuais resistências às visitas ou à colaboração para que pais e filhos tenham uma relação saudável, elas devem ser relatadas ao juízo e ao perito, em relatórios que deverão ser elaborados durante o período de acompanhamento.

Sendo o acompanhamento psicológico imposto, como deverá ser feita a escolha do Acompanhante Terapêutico? Na família em litígio, a entrada do Acompanhante Terapêutico se dá por indicação do juízo (juiz e/ou perito). Esta indicação não é o mesmo que nomeação, pois o contrato se dá entre as partes e com autorização delas. Assim, não há necessidade de cadastro na Vara, depósito de honorários pela via judicial nem vinculação a um único Acompanhante Terapêutico, pois, pertencendo ele a um grupo de Acompanhantes Terapêuticos,

remanejamentos internos pontuais são possíveis.[13] Outrossim, a escolha do Acompanhante Terapêutico pode recair sobre alguém que já tivesse vínculo com as partes.

Não há frequência nem duração aprioristicamente definidas para o acompanhamento psicológico, pois cada família tem suas peculiaridades. Sugere-se que o acompanhamento psicológico integre as visitas, sendo sua frequência igual à daquelas. Porém, no curso do AT, todos (pai, mãe e filhos) devem ter horários individuais de atendimento, além dos horários de acompanhamento nas visitas, pois dessa forma efetivam-se também o acolhimento e a escuta a cada um dos integrantes da família, benefício que se soma à efetivação das visitas e facilita a elaboração psíquica da situação vivida.

É recomendável que haja audiências judiciais periódicas, pelo menos semestrais, para que o juízo tenha condições de acompanhar a evolução da dinâmica familiar. No que tange à avaliação semestral, a proposta é análoga à do artigo 4º do Provimento n. 2.403/2017 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Da audiência devem participar o perito e o Acompanhante Terapêutico responsáveis pelo caso. Esta é a forma de supervisão direta do acompanhamento psicológico pelo juízo, com o propósito de verificar se os seus objetivos – a melhora das relações familiares e a proteção prioritária dos direitos dos filhos – estão sendo gradativamente atingidos. Indiretamente, a supervisão judicial deve dar-se pelo contato do perito com o Acompanhante Terapêutico, cabendo àquele, sem prejuízo do recurso ao juízo, auxiliar o Acompanhante Terapêutico quando das dificuldades que normalmente surgem em um processo de reestruturação familiar.

Antes das audiências semestrais, o Acompanhante Terapêutico deve fornecer ao juízo relatórios do seu acompanhamento, que devem conter os avanços e eventuais dificuldades encontradas. Os relatórios podem ainda ser solicitados pelo juízo a qualquer tempo, ou ser elaborados por iniciativa do próprio Acompanhante Terapêutico, sempre que achar conveniente comunicar algum fato no processo.

Quanto à duração da medida, releva notar que todos os envolvidos devem ser informados de que o acompanhamento psicológico judicial terá um fim, ainda que não se possa precisá-lo durante as fases iniciais. As audiências semestrais são um momento propício para reavaliar e definir prazos. O processo não deve ser arquivado durante o procedimento, devendo permanecer na Secretaria Judiciária de modo a facilitar a consulta e reavaliação.

A família em situação de grande litigiosidade demanda um prazo para que suas relações sejam restabelecidas e para que se desvincule totalmente do contencioso jurídico. O

13 Como o AT se dá preferencialmente no universo social, em especial nos finais de semana, é comum a formação de grupos de Acompanhantes Terapêuticos, para pontualmente compartilhar a demanda, bem como para discutir os casos. São exemplos os grupos ATenda, Roda Rua, Instituto A Casa, dentre outros. Diante dessa conformação, é possível pensar em substituições pontuais, sem prejuízo do trabalho.

processo demandará acompanhamento mesmo após a sentença. De maneira nenhuma isto significa procrastinação; na realidade, a proposta é justamente a de preparar a família para, de uma vez por todas, deixar de frequentar os tribunais. A proposta visa evitar a perplexidade que causa o término prematuro – e por vezes fugaz – de alguns processos judiciais, que vêm se reapresentar sob novas vestes porque não solucionados de fato (BLANK; NEY, 2006, p. 142).

Os custos do AT devem ser, em princípio, arcados pelas próprias famílias. Neste caso, conforme já foi dito, o ideal é que ambos os pais remunerem o serviço do Acompanhante Terapêutico. Como a percepção da imparcialidade do Acompanhante Terapêutico é fundamental para o sucesso da dinâmica, deve-se insistir na dupla responsabilização pela despesa. Ressalte-se que não se ignora a crítica às determinações que impliquem custos iguais a genitores que tenham poder econômico desigual (BRUCH, 2001a, p. 543); para contornar esta dificuldade sem incidir na responsabilização unilateral pela despesa, é possível combinar percentuais diferentes de acordo com o poder econômico da parte.

Em sociedades extremamente desiguais como a brasileira, torna-se fundamental assegurar que recursos inovadores como esse não fiquem adstritos às classes mais ricas, garantindo-se às famílias necessitadas o acesso gratuito ao AT. Como é sabido, isso já ocorre em outras situações no âmbito do sistema de Justiça, como, por exemplo, a perícia, a conciliação e a mediação. Mesmo sem inovações legislativas, a gratuidade do AT seria possível mediante a aplicação analógica das regras relativas às perícias (art. 95, § 3º, do Código de Processo Civil) ou às conciliações e mediações (art. 169, §§ 1º e 2º, do Código de Processos Civil). Para além do subsídio estatal, a legislação permite a abertura do processo judicial ao trabalho voluntário – um enorme potencial de parcerias entre, de um lado, o Judiciário e, de outro, segmentos da sociedade civil organizada, do terceiro setor e da universidade.

Conclusão

Este artigo procurou demonstrar que:

(i) o acompanhamento psicológico voltado a toda a família e levado a cabo pelo Acompanhante Terapêutico pode vir a ser uma excelente medida de combate à alienação parental, em razão da reestruturação intra e intersubjetiva que é capaz de promover;

(ii) em comparação com as opções jurídicas atualmente existentes, a proposta do acompanhamento das visitas pelo Acompanhante Terapêutico mostra-se menos conflitiva e com maior potencial de integração e desinstitucionalização da família.

Propôs-se uma revisão do conceito de alienação parental, por meio do instrumental teórico da psicanálise, enfatizando a importância dos vínculos familiares e a responsabilidade de

cada sujeito na sua construção. Isso justifica que o acompanhamento psicológico seja voltado a toda a família, e não apenas a parte dos indivíduos que a compõem.

A Lei de Alienação Parental representa um avanço no sistema jurídico brasileiro ao tratar diretamente do problema das famílias em situação de grave litigiosidade. Sua aplicação nos casos concretos ainda apresenta desafios tanto sob o ponto de vista do Direito quanto sob o ponto de vista da Psicologia. Este trabalho pretende ser uma contribuição interdisciplinar para responder a alguns desses desafios. Trata-se, afinal, de uma releitura de ferramentas já existentes para o aperfeiçoamento do sistema judicial, de modo a propiciar às famílias em litígio, com o auxílio dos conhecimentos teóricos da Psicanálise, o efetivo acesso à justiça.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Agradecemos a Jean-Paul Veiga da Rocha e a Sidney Shine pelas valorosas contribuições. A responsabilidade por eventuais equívocos deste artigo é exclusiva das autoras.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Michele A. Framing contests in child custody disputes: Parental alienation syndrome, child abuse, gender, and fathers' rights. *Family Law Quarterly*, v. 40, n. 2, p. 315-338, 2006.

BAINES, Beverley; RUBIO-MARÍN, Ruth. *The gender of constitutional jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BARBOSA, Luciana de Paula Gonçalves; CASTRO, Beatriz Chaves Ros de. *Alienação parental*: Um retrato dos processos e das famílias em situação de litígio. Brasília: Liber Livro, 2013.

BERENSTEIN, Isidoro; PUGET, Janine. *Curso de Psicoanalisis de família*, Nível I e II, promovido pelo Campus Virtual da APDEBA (2004-2005).

BERNS, Sandra Spelman. Parents behaving badly: Parental alienation syndrome in the Family Court-magic bullet or poisoned chalice. *Australian Journal of Family Law*, v. 15, n. 3, p. 191-214, 2001.

BLANK, G. Kim; NEY, Tara. The (de) construction of conflict in divorce litigation: A discursive critique of "parental alienation syndrome" and "the alienated child". *Family Court Review,* v. 44, n. 1, p. 135-148, 2006.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *D.O.U.*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *D.O.U.*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. *D.O.U.*, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BROCKHAUSEN, Tamara. *SAP e psicanálise no campo psicojurídico*: de um amor exaltado ao dom do amor. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

BRUCH, Carol S. Parental alienation syndrome and parental alienation: Getting it wrong in child custody cases. *Family Law Quarterly*, v. 35, n. 3, p. 527-552, 2001a.

_____. Parental alienation syndrome: Junk science in child custody determinations. *European Journal of Law Reform*, v. 3, n. 3, p. 383-404, 2001b.

CAMPBELL, Linda E. G.; JOHNSTON, Janet R. *Impasses of divorce*: the dynamics and resolution of family conflict. New York: Simon and Schuster, 1999.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso. *Jus Navigandi*, v. 10, n. 1, p. 1, 2006.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. Alienação parental: uma leitura psicológica. In: APASE (Org.). *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião*: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2012.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha; MAGALHÃES, Andrea Seixas. *Casal e família*: conjugalidade, parentalidade e psicoterapia. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

FERREIRA, Luísa de Nazaré. A Fúria de Medeia. *Humanitas*, v. 49, p. 61-84, 1997.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. *Revista do Centro de Apoio Operacional Cível*, v. 25, n. 11, p. 49-60, 2009.

FREUD, Sigmund. Dois Verbetes de Enciclopédia. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Tradução J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1980. v. 18.

GARDNER, Richard A. *The parental alienation syndrome and the differentiation between fabricated and genuine child sex abuse*. Cresskill: Creative Therapeutics, 1987.

_____. *Therapeutic interventions for children with parental alienation syndrome*. Cresskill: Creative Therapeutics, 2001.

GIGANTE, Costanza et al. Acompañamiento terapêutico en el âmbito judicial. In: DRAGOTTO, Pablo A.; FRANK, Maria Laura (Comp.). *Acompañantes*: conceptualizaciones del acompañamiento terapêutico como dispositivo en el campo de la salud mental. Córdoba: Brujas, 2012. p. 219-236.

GOMES, José Carlos Vitor. *Manual de psicoterapia familiar*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GROENINGA, Giselle Camara. *Direito a convivencia entre pais e filhos*: analise interdisciplinar com vistas a eficacia e sensibilizacao de suas relacoes no Poder Judiciario. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo, 2011.

_____. O fenômeno alienação parental. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Eds.). *Direito de família*: processo, teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUTFREIND, Celso. *Narrar, ser mãe, ser pai & outros ensaios sobre a parentalidade*. Rio de Janeiro: Difel, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Ed.). *Direito das famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JOHNSTON, Janet R.; KELLY, Joan B. The alienated child: A reformulation of parental alienation syndrome. *Family Court Review*, v. 39, n. 3, p. 249-266, 2001.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle C.; PEREIRA, Rodrigo C. (Orgs.). *Direito de família e psicanálise*: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 163-173.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Alienação parental*: do mito à realidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PORTO, Maurício. *Acompanhamento terapêutico*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2015.

RAMOS, Magdalena; SHINE, Sidney Kiyoshi. A família em litígio. In: RAMOS, Magdalena (Ed.). *Casal e família como paciente*. São Paulo: Editora Escuta, 1999.

RAND, Deirdre C. Parental alienation critics and the politics of science. *The American Journal of Family Therapy*, v. 39, n. 1, p. 48-71, 2010.

SHINE, Sidney Kiyoshi. *A espada de Salomão*: a psicologia e a disputa de guarda de filhos. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

SILVA, Iracema Jandira Oliveira da. A síndrome da alienação parental e o titular do direito de visita. *Revista do Centro de Apoio Operacional Cível*, v. 25, n. 11, p. 61-84, 2009.

SOLIS-PONTON, Letícia; LEBOVICI, Serge. Diálogo Letícia Solis-Ponton e Serge Lebovici. In: SOLIS-PONTON, Letícia (Org.). *Ser pai, ser mãe – parentalidade*: um desafio para o terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006. p. 20-27.

SOUSA, Analicia Martins de. *Síndrome da alienação parental*: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

Helena Campos Refosco

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), aprovada com louvor. Bacharel em Direito pela mesma universidade. Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito de Harvard (2015/2016). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, convocada como Juíza Auxiliar do Ministro Ricardo Lewandowski no Supremo Tribunal Federal.

helenarefosco@alumni.usp.br

Martha Maria Guida Fernandes

Psicóloga graduada pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Psicanalista. Perita e Assistente Técnica da Psicologia em Vara de Família e Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

mrf.fernandes@uol.com.br

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Received: 06.23.2016
Approved: 11.23.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201805

Critical remarks on the International Court of Justice's interpretation of Article 3(g) of the "Definition of Aggression" (UNGA Resolution 3314/1974)

REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA SOBRE O ARTIGO 3(G) DA "DEFINIÇÃO DE AGRESSÃO" (RESOLUÇÃO 3314/1974 DA AGNU)

Taciano Scheidt Zimmermann[1]

Abstract
The purpose of this paper is to examine whether and to what extent the Article 3(g) of the General Assembly Definition of Aggression (Resolution 3314/1974 XXIX) can be interpreted using the case-law of the International Court of Justice. Three judgments delivered by the Court are analyzed: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) and Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Special attention is given to the connection between international norms on the use of force and the law of international responsibility, as well as to the meaning and status attributed by the Court to the expressions "sending" and "substantial involvement," both present in Article 3(g).

Keywords
Aggression; non-state actors; International Court of Justice; international responsibility; attribution of conduct.

Resumo
O objetivo deste artigo é examinar se e em que medida o Artigo 3 (g) da Resolução 3314 (XXIX), da Assembleia Geral das Nações Unidas: Definição de Agressão, pode ser interpretado com base na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça. São analisados três julgamentos proferidos pelo Tribunal: Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua contra Estados Unidos da América), Atividades armadas no território do Congo (República Democrática do Congo contra Uganda) e Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina contra Sérvia e Montenegro). Confere-se especial atenção à conexão entre as normas internacionais sobre o uso da força e a lei da responsabilidade internacional, bem como o significado e o status atribuídos pelo Tribunal às expressões "envio" e "envolvimento substancial", ambos presentes no Artigo 3 (g).

Palavras-chave
Agressão; atores não estatais; Corte Internacional de Justiça; responsabilidade internacional; atribuição de conduta.

1 Universidade Federal de Santa Catarina
Florianópolis – SC – Brazil
https://orcid.org/0000-0002-3361-0919

CC BY-NC

Introduction

In 1974, the General Assembly of the United Nations adopted the Resolution 3314/1974 (XXIX)[1] on the "Definition of Aggression,"[2] which was meant to serve as guidance to the Security Council (SC) in its task of "determining, in accordance with the Charter, the existence of an act of aggression" (art. 4). Even though it has "scarcely ever been used for its primary purpose" (WILMHURST, 2008, p. 1), the text, or at least some of its provisions, proved significantly relevant in a few cases brought before the International Court of Justice. Article 3(g) is one of these provisions, that has its own history of interpretation by the Court.

The 1974 Definition of Aggression was established in a combination of an abstract element with an illustrative list of acts that could, accordingly, qualify as acts of aggression. Among these acts, there was Article 3(g), which stated that "the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above [such as invasion or attack, bombardment, blockade of ports or coasts, etc.], or its substantial involvement therein" (UNITED NATIONS, 1974) could constitute an act of aggression. Achieving consensus on this non-State actor[3] provision was "one of the major difficulties" of the process, which culminated in the narrowing of some earlier proposals in order "to limit the text to 'sending' organized groups, rather than organizing and supporting them" (WILMHURST, 2008, p. 2).

In spite of the somewhat successful attempts to restrict the scope of Article 3(g), some of the crucial terms agreed upon still had an open meaning,[4] in particular expressions such as "sending" and "substantial involvement."Therefore, the task of interpreting and clarifying the content of Article 3(g) in light of specific cases was left to the judges. The purpose of this paper, hence, is to examine whether the case law of the International Court of Justice (ICJ) can be used to interpret Article 3(g) of the 1974 Definition of Aggression, as well as to what extent it can be done.

This is a relevant legal question in our days. Non-State actors are increasingly playing key roles in contemporary armed conflicts and interacting with States in complex ways in

1 Available at: <http://www.un-documents.net/a29r3314.htm>. Accessed: Oct. 7, 2017.

2 "Aggression is an old concept in international law meaning, in essence, State conduct that either initiates war against another State or brings about a situation in which the victim is (or may be) driven to war" (DINSTEIN, 2009, para. 1). See also: ZEMANEK, 2009; WESTRA, 2007; WRIGHT, 1935.

3 On the concept, see: D'ASPREMONT, 2011; CLAPHAM, 2010.

4 As noted in the Dissenting Opinion of Judge Schwebel in the Case *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986. (ICJ, 1986a, para. 168).

these contexts, such as in Syria, Iraq, Libya, Yemen, Ukraine, and others. It is important to know whether the Definition of Aggression can be applied in cases like these, and when it can be applied. Furthermore, the recent adoption of Article 8 *bis* by the International Criminal Court in the 2010 Kampala Conference,[5] as an amendment to the Rome Statute, explicitly relied on the General Assembly's Definition of Aggression, as the point of reference to determine what kind of acts can qualify as aggression for criminal purposes. Future practice in this area of international criminal law is likely to build on the ICJ's interpretation of the Resolution, making it even more necessary to study and discuss the topic more thoroughly.

That said, in order to answer the proposed question, I will revisit three judgments of the ICJ that directly address the issue, in order to explore possible inconsistencies of the Court's findings on the interpretation of Article 3(g). In analyzing such findings, I intend to show that the Court has developed a restrictive approach to the matter, especially because it resorted to rules of international responsibility[6] – which possess strict criteria for attribution of conduct – to interpret Article 3(g). I will deal with some questions, which remain unsettled and may require further reflection, such as the relationship between the law of the use of force and the law of international responsibility. Furthermore, I will inspect as whether the support provided by a State to an armed band can amount to an act of aggression, and in what degree it can be done, and, finally, the relevance and applicability of the *substantial involvement* criterion of Article 3(g).

1 Preliminary notes on the Definition of Aggression

After decades of "fruitless wrangling" (FERENCZ, 1999, p. 347) among States and experts, permeated by numerous commissions and reports,[7] the UN approved a "generally recognized" (SAYAPIN, 2014, p. 104) definition of aggression in its Resolution 3314/1974 (XXIX). The General Assembly's purpose, since the 1950's, was to define aggression "as accurately as possible," in order to "formulate essential directives" for the organs that would be called upon to determine which party is guilty of an attack (UNITED NATIONS, 1950, item 72). As directives, they were not to be legally binding, but should serve as guidance, mainly for the work of the Security Council. Nevertheless, as a legal view endorsed by the majority of States, the UN Definition of Aggression would certainly have normative relevance for the International Court of Justice.

• • •

5 See: COALITION..., 2010.

6 Particularly to Article 8 of the *Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Act*s of the International Law Commission.

7 For example: UN Doc. A/2322 (1952).

In the process of searching for a definition, there were different views of what should be legally defined an act of aggression. On the one hand, there were those proposing that every act of war by a State (i.e., any use of military force), if not justified by self-defense or authorized by the Security Council, should be considered an aggression. From this perspective, a general, abstract definition of aggression was the best way forward. Their implicit formula was this: all unlawful exercise of violence is war, and all war is aggression. Scelle (1936, p. 379) upheld this view: "The criterion of war and the criterion of aggression are one."[8] This reasoning contributed to the strengthening the general prohibition of the use of force that had been established in international law in the Kellogg-Briand Pact (1928) and, later, in the UN Charter (1945). A "purely objective" criterion of defining war was sought, for "if we introduce here any subjective elements, notably the will to make war, there is no longer [...] any security" (SCELLE, 1936, p. 377). In other words, if a distinction were to be made between acts of war and acts of aggression, it would become too difficult to find a clear criterion to distinguish them.

On the other hand, an enumerative definition was advocated for. Moving away from the idea of a general concept, the thought here was to define in a precise and concrete manner which warfare acts could amount to aggression. An imagined scale of acts, according to their gravity, was behind this view: acts of aggression were supposed to be of greater consequences than the mere use of military force. By describing the specific acts that would fall under the scope of aggression, the expectation was that States would not be able to come up so easily with excuses to avoid the norm. This perspective drew basically on a Convention for the Definition of Aggression[9] signed in 1933 by the Soviet Union and some other neighboring States, which stipulated that, in a given dispute, the first State to commit one of a list of five specific and grave acts of war[10] should be deemed the aggressor. The Convention also stated that "no political, military, economic or other considerations" (Article III) could serve as an excuse or justification for the acts there forbidden.

This fundamental disagreement illustrates how defining aggression was a complex task, especially because of the ethical, political, and sociological difficulties involved (STONE,

8 For a similar position, see: ALFARO, 1951.

9 Available at: <http://heninen.net/sopimus/1933_e.htm>. Accessed: Oct. 2, 2017.

10 These acts were: "(1) Declaration of war upon another State; (2) Invasion by its armed forces, with or without a declaration of war, of the territory of another State; (3) attack by its land, naval or air forces, with or without a declaration of war, on the territory, vessels or aircraft of another State; (4) Naval blockade of the coasts or ports of another State; (5) Provision of support to armed bands formed in its territory which have invaded the territory of another State, or refusal, notwithstanding the request of the invaded State, to take, in its own territory, all the measures in its power to deprive those bands of all assistance or protection" (CONVENTION..., 1933).

1958, p. 91). One of the main dilemmas surrounding the approaches was that, if the definition were drafted too flexibly, it could allow for multiple interpretations by States, creating room for political excuses; however, if were formulated too rigidly, the competent organs could not be able to use it in light of the ever-changing techniques and contexts of aggression. Thus, a delicate balance was needed. In this scenario, despite controversies among countries (STONE, 1958, p. 52 *et seq*), the drafting of the 1974 Definition of Aggression resulted in a blended approach: a combination of an abstract element with an illustrative list of acts of aggression. In this architecture, the general part was "provided to supplement the 'open ended' list of aggression situations" (STONE, 1958, p. 57), and the application of the concept would have to consider both aspects.

The resulting text was a set of mutual compromises, which were noticeable in the careful wording of its provisions. Article 1 of the Resolution – the abstract part – established that "aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations" (UNITED NATIONS, 1974). It was essentially a reproduction of Article 2(4) of the UN Charter, except for the word *sovereignty*. Article 2, successively, instituted a principle according to which "the First use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute *prima facie* evidence of an act of aggression," but conceded, at the same time, that the Security Council could conclude differently if justified by "other relevant circumstances" (UNITED NATIONS, 1974). Therefore, a good margin for discretion was left to the competent organ when deciding upon a particular case.

In the enumerative part of the definition, several specific acts were described.[11] One of the most sensitive issues, in this section, was the hypothesis of vicarious aggression – the use of force by a State through irregular groups. It was defined in Article 3, paragraph *g*, as "the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which

11 The acts were: "(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof, (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State; (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State; (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State; […]" (UNITED NATIONS, 1974).

carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein" (UNITED NATIONS, 1974). *Sending* irregular groups or being *substantially involved in it* became the criteria to ascertain vicarious aggression by a State. In fact, a similar paragraph was already present in the Soviet definition of 1933. The old document, however, referred to this kind of indirect aggression more broadly,[12] as encompassing the *provision of support* to armed bands or even the *simple refusal* by the host State[13] to take measures to neutralize them.

In the negotiations at the UN, the three main proposals submitted by States to the Sixth Committee considered indirect aggression in a different way. The Soviet Union submitted a draft, defining vicarious aggression as "the use by a State of armed force by sending armed bands, mercenaries, terrorists or saboteurs to the territory of another State and engagement in other forms of subversive activity involving the use of armed force with the aim of promoting an internal upheaval in another State" (UNITED NATIONS, 1972, p. 8). Another Six-Power proposal[14] included a more open definition, characterizing indirect aggression as:

> (6) Organizing, supporting or directing armed bands or irregular or volunteer forces that make incursions or infiltrate into another State;
> (7) Organizing, supporting or directing violent civil strife or acts of terrorism in another State; or
> (8) Organizing, supporting or directing subversive activities aimed at the violent overthrow of the Government of another State. (UNITED NATIONS, 1972, p. 12).

Lastly, there was a Thirteen-Power draft,[15] which did not include indirect aggression in its list of specific acts. Instead, a separated article was inserted:

> 7. When a State is a victim in its own territory of subversive and/or terrorist acts by irregular, volunteer or armed bands organized or supported by another State, it may take all reasonable and adequate steps to safeguard its existence and its institutions,

• • •

12 As "the provision of support to armed bands formed in its territory which have invaded the territory of another State, or refusal, notwithstanding the request of the invaded State, to take, in its own territory, all the measures in its power to deprive those bands of all assistance or protection" (CONVENTION..., 1933).

13 The "host State" is the one from whose territory irregular groups plan and launch their attacks.

14 The countries were: Australia, Canada, Italy, Japan, United Kingdom, and United States of America.

15 The countries were: Colombia, Cyprus, Ecuador, Ghana, Guyana, Haiti, Iran, Madagascar, Mexico, Spain, Uganda, Uruguay, and Yugoslavia.

> without having recourse to the right of individual or collective self-defence against the other State under Article 51 of the Charter; [...] (UNITED NATIONS, 1972, p. 10).

This last draft adopted a more radical perspective: not only did it exclude indirect aggression from the concept of aggression, but also expressly ruled out the right of self-defence against it. It was seen by Julius Stone (1977, p. 89) to be "at odds with the Charter and general international law," and ended up being rejected. The other two proposals were, in the end, significantly altered. In the final text, the aggression through non-State actors was described in the acts of *sending* an armed group that carries out acts of armed force against another State, or *being substantially involved* in these operations. The introduction of imprecise criteria ("substantial involvement") created a potential slippery slope for interpreters. Therefore, the task of concretely determining what could or could not be considered indirect aggression was essentially left to the competent organs.

Yet, despite being conceived as a guidance, the Resolution was not visibly incorporated in the practice of the Security Council. The reasons for it are probably more political than legal. After all, the Council's assessment of an act of aggression is fundamentally influenced by the interests of its Permanent Members, not by legal directives or norms (SAYAPIN, 2014, p. 109) – and, in fact, being a political organ, it is not supposed to be different. However, this is not the situation of the International Court of Justice, which is a judicial body mandated with the application of international legal norms in the handling of disputes. In some of its judgments, Resolution 3314/1974 was thoroughly discussed, and Article 3(g) was even declared by the Court as customary law.

Lately, the Definition of Aggression has recently come to the forefront of international law, in 2010, with the adoption of Article 8 *bis* of the Rome Statute. Having established the parameters for the crime of aggression in international law, the provision made explicit reference to UNGA Resolution 3314/1974. It could certainly be discussed whether the international community spared a good opportunity, in 2010, to review and improve its definition of aggression,[16] after more than thirty years of its adoption. However, the old definition was reaffirmed and is currently stamped on a binding treaty of international law. Thus, it is highly probable that the International Criminal Court, when exercising jurisdiction over this crime, will draw on the ICJ's interpretations on the issue, or at least establish a dialogue with them.

2 The Court's interpretation of Article 3(g) in the Nicaragua Case

Twelve years after the adoption of the Definition of Aggression by the General Assembly,

16 For a reflection on some of the shortcomings of the Article, see: SCHEFFER, 2017.

the International Court of Justice had its first opportunity to interpret Article 3(g) in its 1986 Judgment on the Merits of the *Nicaragua Case* (ICJ, 1986a). In the occasion, the relevant question put before it, relating to Article 3(g), was the involvement of the United States in the paramilitary activities carried out by the *contras* on the territory of Nicaragua and the legal consequences derived thereof. A twofold approach response was necessary: (i) to assess whether the acts of the *contras* were attributable to the United States under the law of international responsibility, and (ii) to determine the responsibility of the United States for its own acts regarding the support it provided to the Nicaraguan rebels, and whether that conduct could be considered an act of aggression (or armed attack) under Article 3(g).

In its reasoning, the Court detached the question of the attribution to the United States of the acts of the *contras* (violations of humanitarian law, for example) from the question of the responsibility of the United States "for its own conduct vis-à-vis Nicaragua, including conduct related to the acts of the *contras*" (ICJ, 1986a, para. 165). Regarding the first issue, the judges considered that if the United States were to be responsible for any violation of international law committed by the *contras*, "it would in principle have to be proved that that State had *effective control* of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed" (ICJ, 1986a, para. 115, emphasis added). Thus, the Court relied on general rules of international responsibility, particularly a principle of attribution of conduct,[17] to establish a link between *contra*'s acts and the United States. The threshold that had to be met for this attribution to happen was, in the view of the Court, the *effective control* of the *contras* by the United States. However, the judges found that, on the basis of the available evidence, the State did not have the sufficient control (*effective control*) over the insurgents and, therefore, the violations committed by the *contras* could not be attributed to it.

Nevertheless, regarding the second question, the criteria used by the Court to determine the degree of involvement of a State with armed groups that could amount to an act of aggression, were those established in Article 3(g). These criteria would serve to determine the responsibility of the United States for its own conduct, regarding the support they gave to these groups and whether it could be considered an act of aggression (or an armed attack). At that stage, the Court mentioned Resolution 3314 (XXIX):

> [...] an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also "the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force

17 On the principle, see the Article 8 of the ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Available at: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>. Accessed: Oct. 11, 2017.

> against another State of such gravity as to amount to" (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces, "or its substantial involvement therein." This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law. The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces. But the Court does not believe that the concept of "armed attack" includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States. (ICJ, 1986a, para. 195)

There are two important remarks to be made on that passage. The first is that the Court expressly recognized that the text of Article 3(g) of the Resolution "may be taken to reflect customary international law."[18] In theory, the General Assembly Resolution is non-binding; it has been strengthen by the Court recognition, though. The reasons of this conclusion are not clear in the judgment, but are probably related to the wide acceptance and endurance of the respective Resolution, already perceived in 1986. Although the customary character of a norm does not depend on its recognition by the Court, it cannot be denied that an express declaration like this made the case for it far more compelling. Accordingly, in the

• • •

18 A finding with which Judge Schwebel disagreed: "The significance of the Definition of Aggression – or of any definition of aggression – should not be magnified. It is not a treaty text. It is a resolution of the General Assembly which rightly recognizes the supervening force of the United Nations Charter and the supervening authority in matters of aggression of the Security Council. The Definition has its conditions, its flaws, its ambiguities and uncertainties. It is open-ended. [...]. At the same time, the Definition of Aggression is not a resolution of the General Assembly which purports to declare principles of customary international law not regulated by the United Nations Charter. The legal significance of such resolutions is controversial, a controversy which is not relevant for immediate purposes. This resolution rather is an interpretation by the General Assembly of the meaning of the provisions of the United Nations Charter governing the use of armed force – the use of armed force 'in contravention of the Charter.' As such, of itself it is significant. [...] In substance, however, the Court's Judgment – while affirming that the Definition of Aggression reflects customary international law – does dismiss both the import of the Definition of Aggression and the State practice and doctrine which on this paramount point is reflected by the Definition." Dissenting Opinion of Judge Schwebel in the Case *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, 1986. (ICJ, 1986a, para. 168).

Nicaragua case, the Definition of Aggression, or at least its Article 3(g), took a relevant step in the way from soft law to hard law.

The second remark, however, is that the meaning of the expressions of Article 3(g) remained unclear. According to the Court, it was necessary to distinguish between "the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms" (ICJ, 1986a, para. 191). It made a distinction between the simple use of force and armed attack (or aggression). At the end of the judgment, the provision of weapons and the logistical support provided by the U.S. were recognized as a mere unlawful intervention in the affairs of another State – and could eventually be, at maximum, an illicit use of force, but not an act of aggression. According to Dinstein (2009, p. 24), the Court made a "sweeping statement" when it said that it did "not believe" that "assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical *or other support*" (emphasis added) could qualify as an armed attack. Indeed, the broad expression "*or other support*" seems to suggest that a State would never be responsible for committing an armed attack as long as it "limits itself" to providing (any kind of) support to rebels. Judge Jennings contested the *dictum* in his dissenting opinion, and wrote that the Court went "much too far" (ICJ, 1986b, p. 543) when it said that the provision of arms *coupled with logistical or other support* could not be an act of aggression. And he concluded: "[i]f there is added to all this 'other support', it becomes difficult to understand what it is, short of direct attack by a State's own forces, that may not be done apparently without a lawful response in the form of collective self-defence [...]" (ICJ, 1986b, p. 543).[19]

Furthermore, in the above-mentioned passage the Court seems to have avoided analyzing the criterion of "substantial involvement" present in Article 3(g). According to the norm, not just the sending of armed bands by a State would qualify as aggression, but also the State's "substantial involvement therein." Then, it resulted unclear why the degree of support provided by the United States to the *contras* could not be considered – or what degree could be considered – a "substantial involvement" for purposes of Article 3(g). As Judge Schwebel pointed out in his dissenting opinion, quoting Professor Julius Stone, while Article 3(g) "requires there to have been a 'sending' into the target State, it inculpates the host State not merely when that State did the sending, but also when it has a 'substantial involvement therein'" (STONE, 1977, p. 75-76). At the end of the day, if providing arms and logistical support to rebels did not meet the threshold of substantial involvement, it is hard to say what would.[20] The Court apparently understands that, even under Article 3(g), the conduct

19 See also: AREND, A. C.; BECK, 2013. p. 198.

20 According to Judge Schwebel, "The Court's reasoning is open to criticism, in terms of the definition of Aggression and under customary international law – not to speak of the realities of modern warfare.

of the State itself has to go far beyond supporting and organizing groups, i.e., has to be directly involved in the attacks, to constitute itself a "grave form" of the use of force, namely, an act of aggression.

In sum, looking at these two crucial aspects of the judgment, it can be concluded that the Court, in spite of recognizing the customary status of Article 3(g), took a strict interpretation of it. The judges did so by resorting to a broad expression ("or other support") to refer to what would *not* constitute an act of aggression under the provision and by establishing a distinction between the most and the less grave forms of the use of force. This narrowed the scope of application of Article 3(g), instituting a threshold of gravity or involvement that may exclude from indirect aggression the larger part of State acts – a threshold referred by some as "unduly high" (AREND; BECK, 2013, p. 198).

Lastly, on a side theoretical note, I must say that I would hardly classify Article 3(g) as a rule of attribution of conduct, as is Article 8 of the ILC Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts. I do not ignore that there is relevant opinion in favor of it.[21] However, the object of Article 3(g) is that which the Court made clear in the *Nicaragua Case*: the responsibility of the State for *its own conduct* towards armed bands, not the attribution of their acts to the State. It focuses on State conduct. This perspective is in line with the requirement of Article 1 of the 1974 Definition of Aggression, namely, that the act of aggression must be the "use of armed force *by a State*." Thus, the *sending* of an irregular armed group by a State, or the State's *substantial involvement therein* is one of the categories, among others in Article 3, of use of armed force *by a State*. This is why there is no attribution of conduct here. What matters, for the Definition of Aggression, is the act of the State: whether it sent the group or got substantially involved in the action. This note is important because the State that limits itself to *sending* an armed group to another State – whatever that means – should, in theory, be held accountable only for its own act of *sending*. In the absence of "effective control" (attribution test) over the acts of the specific group, the State could not be responsible for the breaches of international law committed by the group

• • •

> Article 3 (g) does not confine its definition of acts that qualify as acts of aggression to the sending of armed bands; rather, it specifies as an act of aggression a State's 'substantial involvement' in the sending of armed bands. That provision is critical to the current case. [...] It is one thing to send; it is another to be 'substantially involved' in the sending." Dissenting Opinion in the Case *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986. (ICJ, 1986a, para. 170).

21 For example: "[...] the 'sending by or on behalf of a State of armed bands..., or...substantial involvement therein' in paragraph (g) must be interpreted as a *lex specialis* threshold for attributing the acts amounting to aggression carried out by the armed bands to the state sending them, thereby maintaining the Article 1 requirement that an act of aggression be a 'use of armed force *by a State*'" (TRAPP, 2015, p. 682-683, emphasis added). See also BRENT, 2009.

members. Nonetheless, as we will see, rules of attribution do have a role in the interpretation of Article 3(g).

3 The Court's interpretation of Article 3(g) in the *DRC vs. Uganda Case*

The second relevant judgment, rendered by the Court in 2005, related to acts of "armed aggression" allegedly perpetrated by Uganda on the territory of the Democratic Republic of the Congo (DRC) (ICJ, 2005a, para. 1). Uganda sought to justify the use of armed force by arguing it was acting in self-defence. The Court, then, had to consider this argument to decide whether the attacks carried out by Uganda on the territory of the DRC violated Article 2(4) and Article 51 of the UN Charter. According to the latter, a prerequisite for the exercise of the right of self-defence is the occurrence of an armed attack.[22] However, these "armed attacks" against which Uganda claimed to have acted in self-defence did not come directly from the armed forces of the DRC, but from an armed group called Allied Democratic Forces (ADF), operating in Congolese territory. Therefore, the situation required an interpretation of Article 3(g) of the Definition of Aggression.

To decide on the self-defence, the Court would have to find whether the government of the DRC had *sent* (or had had a *substantial involvement therein*) the ADF to Uganda, in whose territory the irregular group perpetrated armed attacks. If this could be proved, the argument of self-defence would be accepted, given that the armed attack on Uganda could be legally linked by Article 3(g) to an act of indirect aggression by a State (the DRC). However, the Court found that, despite some documents presented by Uganda, there was no "satisfactory proof" of the involvement of the DRC in these attacks and concluded that "[t]he attacks did not emanate from armed bands or irregulars sent by the DRC or on behalf of the DRC, within the sense of Article 3 (g) of General Assembly resolution 3314 (XXIX)" (ICJ, 2005a, para. 146). In fact, the Court's position was that there was no sufficient evidence to say that the DRC was really providing any form of support to the ADF.

Reversely, the DRC had accused Uganda of financing and offering military and logistical support to irregular armed groups acting in Congolese territory. In fact, the situation was described by the DRC not as mere support, but a "massive engagement of Ugandan troops

22 The Article reads as follows: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence *if an armed attack occurs* against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security" (UNITED NATIONS, 1945, emphasis added).

in favor of irregular forces" (ICJ, 2000, p. 174), especially because both regular troops and irregular groups were stationed, at the same time, on Congolese territory. Thus, in the DRC's viewpoint, Uganda was violating Article 3(g) through its "substantial involvement" with the irregulars. In response, the Court acknowledged that Uganda, in 1998, had "launch[ed] an offensive together with various factions which sought to overthrow the Government of the DRC" (ICJ, 2005a, para. 160), and, in this process, had trained and offered military support to irregular groups. However, the Judges concluded that, on the basis of the available evidence, Uganda did not exercise direction or control over the armed groups, and, therefore, their actions were not attributable to that State (ICJ, 2005a, para. 160). In these circumstances, the Court ruled that Uganda did not perform an act of aggression, but only violations of "certain obligations of international law" (ICJ, 2005a, para. 161), such as the non-use of force.

In its separate opinion, Judge Elaraby criticized this conclusion. He pointed out the customary nature of Article 3(g), which was declared by the Court in the *Nicaragua* case. He also affirmed that the Court should have acted coherently, embarking on "a determination as to whether the egregious use of force by Uganda falls within the customary rule of international law as embodied in General Assembly resolution 3314 (XXIX)" (ICJ, 2005b, para. 17). Considering "the gravity of the factual circumstances" of the case, he could not "appreciate any compelling reason for the Court to refrain from finding that Uganda's actions did indeed amount to aggression" (ICJ, 2005b, para. 20). It is doubtful, however, whether his conclusion would be the same if there were only irregular groups in Congolese territory, i.e., if Ugandan regular troops were not present too.

Hence, in the interpretation of Article 3(g), the Court seems to have overlooked the "substantial involvement" criterion, restricting the interpretative exercise only to the "sending" of armed groups by a State – exactly as it had done in the *Nicaragua* Case. Besides avoiding DRC's allegations to that effect, the judges also sidestepped Uganda's argument that, in Article 3(g), "the phrase 'or its substantial involvement therein' strongly indicates that the formulation extends to the provision of logistical support" (ICJ, 2005c, p. 30)[23] to armed bands. The lack of specific response by the Court can be viewed as an approximation of the two criteria of Article 3(g), meaning that the "sending by or on behalf of" would have the same practical meaning of "substantial involvement therein". In this context, as Trapp has noticed, Article

23 Uganda had argued even further, speaking of a "super-added" pattern of responsibility with regard to non-State actors: "[...] armed attacks by armed bands whose existence is tolerated by the territorial sovereign generate legal responsibility and therefore constitute armed attacks for the purpose of Article 51. And thus, there is a separate, a super-added standard of responsibility, according to which a failure to control the activities of armed bands, creates a susceptibility to action in self-defence by neighbouring States" (ICJ, 2001, p. 194).

3(g), "having been interpreted restrictively by the Court," would "not admit very much less than actual sending" (TRAPP, 2015, p. 683). Indeed, the Court would hardly omit the analysis of the "substantial involvement" criterion – for the second time – due to a lack of diligence. It seems that the test of "substantial involvement" was not (well) received in its case law.

The judgment was also not immune from criticisms in the individual opinions of Judges Kooijmans and Simma. Judge Kooijmans declared that the Court has "missed a chance to fine-tune the position it took 20 years ago in spite of the explicit invitation by one of the Parties to do so," regarding the question "whether the threshold set out in the Nicaragua Judgment is still in conformity with contemporary international law in spite of the fact that that threshold has been subject to increasingly severe criticism ever since it was established in 1986" (ICJ, 2005d, p. 313). Judge Simma, in its turn, criticized the lack of consistency in the Court's interpretation of the use of force by non-State actors, saying that its pronouncements "are problematic less for the things they say than for the questions they leave open, prominently among them the issue of self-defence against armed attacks by non-State actors" (ICJ, 2005e, p. 172-174) – which is inextricably related to the problem of defining vicarious aggression.

Furthermore, in his contribution, Judge Koroma recalled the *Nicaragua* (1986) and *Oil Platforms* (2003) cases and highlighted the Court's view on the differentiation between the gravest forms of the use of force – armed attacks – and less grave acts. His declaration contained a relevant interpretation of that distinction. He argued that it was "necessary to distinguish between a State's massive support for armed groups, including deliberately allowing them access to its territory, and a State's enabling groups of this type to act against another State" (ICJ, 2005f, para. 9). Accordingly, the first hypothesis "could be characterized as an 'armed attack' within the meaning of Article 51" (ICJ, 2005f, para. 9), while the second could not. His Declaration, in this sense, may be a hint of what, short of direct attack or effective control, the Court could eventually consider as an act of aggression in terms of providing support for rebels. In fact, a situation of *massive support* could fall under the scope of Article 3(g), especially because it could be seen as a "substantial involvement" by a State in the actions of an armed group. However, although worth noticing, it is necessary to keep in mind that this is only an individual opinion.

Another topic that should not go unnoticed is the use, by the Court, of the word (non)-"attributable" while interpreting Article 3(g):

> The attacks did not emanate from armed bands or irregulars sent by the DRC or on behalf of the DRC, within the sense of Article 3 (g) of General Assembly resolution 3314 (XXIX) on the definition of aggression, adopted on 14 December 1974. The Court is of the view that, on the evidence before it, even if this series of deplorable attacks could be regarded as cumulative in character, *they still remained non-attributable to the DRC*. (emphasis added) (ICJ, 2005a, para. 146)

The use of this expression raises some hesitations to what seemed already settled by the *Nicaragua* Case. In that judgment, the problem of the *attribution* of the *contras' conduct* to the U.S. was correctly separated from the examination of that State's *own conduct* regarding the support it gave to the *contras*. As said earlier, the former question involves a principle of the law of international responsibility,[24] while the latter is a situation to be assessed under Article 3(g) (i.e., the law of the use of force). In the passage quoted above, however, it seems that Article 3(g) was deemed a norm of attribution. This subtle misinterpretation of the Article's nature, in my opinion, can have deep implications: it can ultimately blur the boundaries between the law of the use of force and the law of international responsibility. As Nicholas Tsagourias (2011, p. 499) has pointed out:

> It is important [...] to elaborate more on the relationship between the law of state responsibility and that on the use of force. [...] [T]he law of state responsibility and the use of force are distinct regimes with different rationales; the former is about the legal consequences that arise from violations of international obligations whereas the latter prescribes the conditions for the lawful use of force. As a result, the use of force regime applies its own set of criteria as to when force can be lawfully used and against whom, which are pertinent to said regime. Even if the use of force regime borrows terms and concepts from the law of state responsibility, such loans are interpreted in the context within which they apply.

Although largely theoretical, the distinction is important and can have practical effects. Article 3(g) is a rule pertaining to the regime of the use of force (primary rules), which applies its own criteria to determine "when force can be lawfully used and against whom." Even if some criteria could have been borrowed from the secondary rules of the responsibility regime,[25] this does not make Article 3(g) a rule of attribution. The threshold for attribution of acts for purposes of responsibility is, in theory, higher than the one required for

24 See Article 8 of the ILC Draft on State Responsibility: "The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct" (ARTICLES..., 2001).

25 Although a large number of scholars (like, for example, TSAGOURIAS, 2011, p. 498) say that the criterion of *effective control* was borrowed from responsibility law to be applied in the determination of the existence of an act of aggression in the Nicaragua case, I am not sure I can agree with this view. The Court made a clear division between these norms, applying, on the one hand, the *effective control* when dealing with attribution and, on the other hand, not clarifying the applicable criteria, or rather making use of the *sending* criterion, when determining the existence of the act of aggression.

the constitution of an act of aggression according to Article 3(g). This is so because of the very nature of the legal regime.

Thus, on the one hand, in order to determine the existence of an act of indirect aggression, Article 3(g) should be analyzed to consider if there is a State that *sent* or was *substantially involved* with the respective armed group. In the affirmative case, there will be an act of aggression, perpetrated *by the State* itself through its *sending* or *substantial involvement therein*. On the other hand, when one is assessing the attribution of *every act* of a non-State actor to a State, be it acts that can amount to aggression or not (like violations of humanitarian law), it is necessary to look at the rules of attribution and, accordingly, to the *effective control* test. If a State exercises *effective control* over a group, *every act* of that group, including an armed attack, can be attributed to that State. On the contrary, if a State does not retain *effective control* but only *sends* the group or involves itself *substantially* in it, there would be no attribution of conduct. In this case, this State would still theoretically be responsible for its own act of aggression according to Article 3(g), materialized in its own conduct of *sending* the group who perpetrated the attack or its *substantial involvement therein*.

In sum, regarding the judgment in question, the Court one more time followed a strict line of interpretation of Article 3(g), avoiding the recognition of any act of aggression by a State without a convincing proof that it has effectively sent or held effective control over the respective non-State actor. The Court's interpretation, in other words, tends to bring the threshold of Article 3(g) closer to the *effective control*.

4 THE *GENOCIDE* CASE: INTERPRETING RULES OF ATTRIBUTION IN RELATION TO ARTICLE 3(G)

Even though Article 3(g) is not a rule of attribution, it is argued that it must be interpreted "in relation to responsibility" (CORTEN, 2010a, p. 21).[26] After all, when the higher threshold of attribution (*effective control*) is met, every act of the group will be attributable to the State and, consequently, an armed attack perpetrated by the controlled group will also be attributable to the controlling State. From a theoretical viewpoint, once the effective control test (higher threshold) is satisfied, one does not have to look at Article 3(g) (lower threshold) to conclude that a State which effectively controlled a group that perpetrated an armed attack committed an act of aggression.

The discussion about the *Genocide* case (2007) is not directly related to the subject of acts of aggression. Rather, the discussion was whether and under which criteria the genocide perpetrated in Srebrenića by an armed group (the Republika Srpska), which was not an organ of a State, could be attributed to the Former Republic of Yugoslavia (FRY), due to its

26 See also CORTEN, 2010b.

alleged involvement therein. This case is relevant due to the fact that it apparently settled an issue that had arisen between the ICJ and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) with respect to the applicable criteria of attribution concerning acts of non-State actors.[27]

In 1986, the ICJ had established the *effective control* test in the *Nicaragua* case to determine the (non-)attribution of the *contra*'s acts to the U.S., as explained earlier. In the *Tadić* case judged in 1995 (ICTY, 1995), while deciding upon the (international or non-international) nature of a conflict for purposes of application of international humanitarian law, the ICTY relied on a different test as the relevant criterion for its decision, namely the *overall control* test. In fact, the ICTY recognized and accepted the *effective control* requirement, but only with regard to acts of individuals and not in the case of an organized group or a military or paramilitary unit, for which it considered that an *overall control* should be sufficient in terms of attribution of conduct.[28] Nevertheless, the ICJ revisited the question in 2007 and rejected this proposition.

In the *Genocide* case, the Court relied on the *Nicaragua*'s precedent and decided that, in order to attribute the genocide perpetrated in *Srebrenića* by the Republika Srpska's army (VRS) to the FRY, it would have to be proved that the latter held *effective control* over the former (ICJ, 2007, paragraphs 398-412).[29] After having carefully considered the *Tadić* judgment, the Court rejected the conclusion there established. For attribution to happen and responsibility to arise, ruled the Court, the link between the State and the respective conduct had to be significantly strong:

> [...] the "overall control" test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf. [...]. Apart from these cases, a State's responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons — neither State organs nor to be equated with such organs — only if, assuming those acts to be internationally wrongful, they are attributable to it under the rule of customary international law reflected in Article 8 cited above (paragraph 398). This is so where an organ of the State gave the instructions or provided the direction pursuant to which

• • •

27 See CASSESE, 2007.

28 As clarified by Antonio Cassese (2007, p. 659-663) who also suggests that the *overall control* test can prove to be helpful in "legally appraising new trends in the use by States and International Organisations of Armed Groups or Military Units" (CASSESE, 2007, p. 665).

29 See also: AZAROV, 2009.

> the perpetrators of the wrongful act acted or where it exercised effective control over the action during which the wrong was committed. In this regard the "overall control" test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State's organs and its international responsibility (ICJ, 2007, para. 406).

In light of the above, the 2007 *Genocide* judgment reaffirmed the Court's tendency to apply strict criteria for attribution of acts regarding responsibility. Therefore, if a State holds *effective control* over an armed band, which carries out an armed attack against another State, this attack will be attributable to the former State. Consequently, the controlling State will bear responsibility for it. It is implied in this reasoning that a State that retains effective control over an armed group, which perpetrates an armed attack, commits vicarious aggression. This will not be the case, however, if the degree of control is looser (*overall control*).

Still, to be theoretically precise, it seems that this form of attribution through *effective control* would not fall exactly under Article 3(g), which, as already stated, is not a rule of attribution. Rather, it would have to be considered as an armed attack attributed to the State *ex vi* of Article 8 of the ILC Draft on State Responsibility (i.e., through the effective control criterion). Once attributed to the State, the attack by the armed group would be subsumed in the other paragraphs of Article 3 of the Resolution 3314 (XXIX), not in paragraph *g*, because, due to the high threshold of control, the action would be legally treated as a direct aggression committed by the State. In other words, the level of State control required by the "effective control" test is so high that, once that kind of link is proved, the attack perpetrated by the controlled armed group is attributed to the controlling State and, then, legally viewed as a direct attack by that State. In this sense, it is not an indirect aggression anymore.

In light of this, it can be said that the *Genocide* case reinforces the restrictive approach that the Court is developing when it comes to link non-State actors' acts to States. It shows that this standpoint is not restricted to acts of aggression, but is applied to every indirect or vicarious violations of international law. The Court's interpretation does not suggest that, when it comes to the use of force, different criteria should be used – although there would be some normative basis for doing so, like Article 3(g). Therefore, *lex lata*, the Court would hardly concede that the "sending" criterion present in Article 3(g) would mean something looser than *effective control* of the sent group by the sending State. That is probably why the *substantial involvement* threshold, despite being part of the same Article, has so far been solemnly neglected.

Conclusion

More than 40 years after the General Assembly has adopted the Resolution 3314 (XXIX), the interpretation of its Article 3(g) by the International Court of Justice calls for a restrictive

approach on the issue. Although not being a norm of attribution, the interpretation of Article 3(g) has been associated to the law of international responsibility, the criteria of which push for a strict understanding of the said provision. Thus, when one reads the *sending* or the *substantial involvement* tests laid down in Article 3(g), one has to keep in mind that, in practice, a stronger link than the suggested *prima facie* by these expressions, probably the *effective control*, would have to be proved in order to apply the norm.

Apart from this general remark, however, some questions remain open. The first is the necessity of clarifying the relationship between the regime of the use of force and the general rules of the law of international responsibility, especially regarding non-State actors' conduct. Borrowing criteria from the law of international responsibility – especially from rules of attribution – for purposes of interpretation, should not affect a proper comprehension of the nature of Article 3(g), which is not a rule of attribution (a secondary norm), but a rule of the law on the use of force (a primary norm). The mixed interpretation carried out by the Court can either contribute to the separate consolidation of the respective norms or, if ambiguous, provoke a blur on their mutual implications. Although largely theoretical, the distinction can have significant importance in practice and be relevant for future cases.

Secondly, there is the difficult question of what would be the level of support provided by a State to armed groups, if any, that could be taken into account to assess the responsibility of that State under Article 3(g) specifically. The Court's case law, despite referring to this question, did not throw sufficient light on it. Accordingly, what can be said so far is that, for responsibility to arise, the degree of connection between the State and the non-State actor has to be very strong, since the supplying of arms coupled with logistical support to armed groups does not seem to be sufficient to qualify as aggression by the State. In fact, it is probable that no form or degree of support, *per se*, short of effective control, could fall under the scope of Article 3(g). The State would seemingly have to be directly involved in the very armed attacks – committing, by its own conduct, a *grave* violation of the use of force, or specifically directing and controlling it – to be held responsible under Article 3(g). However strong this position may be, it seems to be narrower than the original intent of the Article, since the main proposals that were discussed in the *travaux préparatoires* of GA Resolution 3314 pushed for a less restrictive characterization of vicarious aggression. Moreover, although slippery, the criterion of "substantial involvement" did find its way into the text and was declared customary law. The question lingers, therefore, whether the Court has not been pushing too hard on the applicable criteria for vicarious aggression. In any case, however, it is important to have in mind that an amplification of the Article's scope could estimulate the abuse of the invocation of self-defence against non-State actors.[30]

30 On the issue, see: ZIMMERMANN, 2016.

Lastly, the absence of reference to the "substantial involvement" criterion of Article 3(g) left open the problem of its relevance. Even though the Court has recognized the customary law character of Article 3(g), it is unclear whether this specific criterion has been afforded the same *status*. An explicit reference to the expression would have been helpful to clarify its proper, concrete meaning, and elucidate whether it actually has no *effet utile* – as the Court's silence suggests –, possessing the same meaning of *sending*, or whether it should be relevant as a separate criterion of involvement for purposes of determining the existence of an act of aggression under Article 3(g) – as its wording and early proposals suggest. At the end of the day, the sound of silence appears to be louder.

REFERENCES

Books and articles

ALFARO, R. J. La Cuestión de la definición de la agresión. *Revista de Derecho Internacional*, v. 59, p. 361-380, 1951.

AREND, A. C.; BECK, Robert J. *International law and the use of force*: beyond the U.N. charter paradigm. New York: Routledge, 2013.

AZAROV, Valentina. Internationalisation and attribution: the Tadic analysis in the genocide in Bosnia case. *University of Westminster School of Law Research Paper*, n. 09-11, 2009. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2297629>. Accessed: Oct. 10, 2017.

BOWETT, D.W. *Self-defence in international law*. Manchester: The University Press, 1958.

BRENT, Michael. Responding to attacks by non-state actors: the attribution requirement of self-defence. *Australian International Law Journal*, v. 16, n. 133, 2009.

BROWNLIE, Ian. *International law and the use of force by states*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

CASSESE, Antonio. The Nicaragua and Tadic tests revisited in the light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia. *The European Journal of International Law*, v. 18, n. 4, 2007.

CLAPHAM, *Andrew*. The rights and responsibilities of armed non-state actors: the legal landscape

& issues surrounding engagement. *Graduate Institute of International and Development Studies*, February 2010. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1569636>. Accessed: Sept. 14, 2017.

CORTEN, Olivier. Self-defence against terrorists: what can be learned from recent practice (2005-2010)? *Journal of International Law and Diplomacy,* n. 109, 2010a.

_____. *The law against war*. Oxford: Hart Publishing, 2010b.

D'ASPREMONT, Jean (Ed.). *Participants in the International Legal System*: multiple perspectives on non-state actors in international law. New York: Routledge, 2011.

DINSTEIN, Yoram. *Aggression*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Encyclopedia entries, 2009.

FERENCZ, Benjamin B. Can aggression be deterred by law? *Pace International Law Review*, v. 11, p. 345-360, 1999.

RUYS, Tom. *"Armed Attack" and Article 51 of the UN Charter*. Evolutions in customary law and practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SAYAPIN, Sergey. *The crime of aggression in international criminal law*: historical development, comparative analysis and present state. The Hague: TMC Asser Press, 2014.

SCELLE, Georges. L'Agresion et la legitime defense dans les rapports internationaux. *L'Ésprit Inernational*, v. 15, p. 372-393, 1936.

SCHEFFER, David. The missing pieces in Article 8 bis (Aggression) of the Rome Statute. *Harvard International Law Journal*, v. 58, 2017. (online journal). Available at: <http://www.harvardilj.org/2017/04/the-missing-pieces-in-article-8-bis-aggression-of-the-rome-statute/>. Accessed: Oct. 10, 2017.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

STONE, Julius. *Aggression and world order*: a critique of United Nations theories of aggression. Berkeley: University of California Press, 1958.

_____. *Conflict Through Consensus*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1977.

TRAPP, Kimberley N. Can non-state actors mount an armed attack?. In: WELLER, Marc (Ed.). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

TSAGOURIAS, Nicholas. Non-state actors in international peace and security: non-state actors and the use of force. In: D'ASPREMONT, Jean (Ed.). *Participants in the International Legal System*: multiple perspectives on non-state actors in international law. New York: Routledge, 2011.

WESTRA, Joel. *International Law and the use of Armed Force*: the UN Charter and the major powers. New York: Routledge, 2007.

WILMHURST, Elizabeth. *Definition of Aggression*. United Nations Audiovisual Library of International Law. United Nations, 2008.

WRIGHT, Quincy. The concept of aggression in international law. *The American Journal of International Law*. v. 29, n. 3, p. 373-395, 1935.

ZEMANEK, Karl. Armed Attack. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Encyclopedia entries, 2009.

ZIMMERMANN, Taciano S. *O uso da força contra entidades não estatais no direito internacional*: limites teórico-normativos da invocação da legítima defesa contra o "Estado Islâmico" em território sírio (2014-2016). Master's dissertation presented in the Post-Graduation Program in Law of the Federal University of Santa Catarina (Brazil). 2016.

Cases & documents

ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS. 2001. Available at: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>. Accessed: Oct. 11, 2017.

COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Report on the first Review Conference on the Rome Statute*, 31 May-11 June 2010, Kampala, Uganda. Available at: <http://www.iccnow.org/documents/RC_Report_finalweb.pdf>. Accessed: Sept. 14, 2017.

CONVENTION FOR THE DEFINITON OF AGGRESSION. 1933. Available at: <http://heninen.net/sopimus/1933_e.htm>. Accessed: Mar. 3, 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Case *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, 1986a.

_____. Case *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of*

America). Dissenting Opinion of Judge Robert Jennings. Merits, Judgment, 1986b.

_____. Case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda),* Memorial of the Democratic Republic of the Congo, 2000.

_____. Case *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Merits, Judgment, 2003.

_____. Case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Merits, Judgment, 2005a.

_____. Case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Separate Opinion of Judge Elaraby*. Merits, Judgment, 2005b.

_____. Case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda).* Doc. CR 2005/7. Oral proceedings, 2005c.

_____. Case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Separate opinion of Judge Kooijmans,* Merits, Judgment, 2005d.

_____. Case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Separate opinion of Judge Simma*. Merits, Judgment, 2005e.

_____. Case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Declaration of Judge Koroma*. Merits, Judgment, 2005f.

_____. Case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Application instituting proceedings.* Counter-Memorial of Uganda, 2001.

_____. Case *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro).* Merits, Judgment, 2007.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). Trial Chamber, Case *Tadić*, Judgment, 10 Aug. 1995.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. 1945. Available at: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/>. Accessed: Mar. 3, 2018.

_____. *Official Records of the General Assembly, Fifth Session, Annexes*. Doc. A/C.1/608. 1950.

_____. *Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression*. Doc. A/8719. 1972.

_____. *Resolution adopted by the General Assembly*. 3314 (XXIX). Definition of Aggression. A/RES/29/3314. 1974.

Taciano Scheidt Zimmermann

Master in International Law and International Relations by the Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bachelor in Law by the same University. Member of the research group in International Law "Ius Gentium" of the Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

tacianoz@gmail.com

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 30.08.2016
Aprovado: 18.12.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201806

Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis

ETHNIC IDENTITY, INDIGENOUS AND CRIMINAL LAW IN BRAZIL: UNSUSTAINABLE PARADOXES

Daize Fernanda Wagner[1]

Resumo

Os estudos sobre a identidade étnica nas Ciências Sociais muito se modificaram a partir da década de 1970, merecendo destaque a obra de Fredrik Barth acerca dos grupos étnicos e suas fronteiras. Teriam tais estudos influenciado a compreensão sobre identidade indígena no Direito brasileiro, especialmente no que se refere à sua repercussão no âmbito penal? A formulação de tal questionamento se justifica, pois muitas decisões judiciais ainda utilizam como critério para comprovação da identidade indígena a existência de documentos que a atestem, o que afronta o reconhecimento aos indígenas estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e também pela Convenção 169 da OIT. Todavia, não é esse o encaminhamento dado pela magistratura pátria quando depara com indígenas réus em processos penais. Nestes casos, a identidade étnica é afirmada para, em seguida, ser negada quando o indígena é considerado aculturado por falar português, portar documentos ou outros indícios tomados como perda da identidade étnica própria. Consequência disso, benefícios legais na fixação e cumprimento da pena, decorrentes da identidade étnica, são negados aos indígenas. O estudo propõe a análise de um julgado, que é ilustrativo de várias decisões no mesmo sentido. Para o estudo, parte-se da vertente jurídico-sociológica e utiliza-se a técnica de pesquisa teórica.

Palavras-chave

Índios; identidade étnica; reconhecimento; Constituição Federal; direito penal.

Abstract

The studies concerning to the ethnic identity in the Social sciences have changed since 1970´s, highlighting the studies developed by anthropologist Fredrik Barth on the ethnic groups and their borders. Would such studies have influenced the understanding on indigenous identity in the Brazilian Law, especially over its repercussion in the criminal field? The formulation of this issue is justified, once many judicial decisions still use as a criterion the existence of documents that confirm the indigenous identity, against the established both by Federal Constitution from 1988 and ILO's Convention 169. However, this is not the path followed by the judges when there are Indian defendants involved in criminal proceeding. In this study, it starts from the legal sociological slope, and it is used the theoretical research approach. In these cases, the ethnic identity is stated for, next, to be denied when the Indian is considered ignorant by speaking Portuguese, by having personal documents, or by other evidence that show lack of their own ethnic identity. Consequently, legal benefits for special penalty are denied because of ethnic identity. The study analyses one case, which is illustrative for various decisions in the same sense. In this study, it starts from the legal sociological slope and it is used the theoretical research approach.

Keywords

Indians; ethnic identity; recognition; Federal Constitution; criminal law.

1 Universidade Federal do Amapá
Macapá – AP – Brasil
https://orcid.org/0000-0003-3879-6983

CC BY-NC

Introdução

> *"E eis que depois da mulher, do louco e da criança, uma quarta figura da alteridade surgiu diante do que a sociedade ocidental definia por normalidade: o selvagem. E, à semelhança das três outras figuras, esse selvagem era mudo, isto é, podia suportar um e até vários discursos estereotipados*."
> (ROGNON, 1991, p. 12)

O presente artigo discute a identidade indígena, como ela é abordada em julgados que envolvem questões penais e como deveria ser observada pela magistratura brasileira. Estas não são questões originais, mas recorrentes e ainda não solucionadas. Ou melhor: solucionadas estão, mas em afronta a direitos fundamentais assegurados aos indígenas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Portanto, demandam revisão e renovado debate.

A identidade étnica é tema bastante explorado pelas Ciências Sociais em suas mais diversas disciplinas acadêmicas, como a Psicologia, a Sociologia e a Antropologia, por exemplo. "[T]odas empenhadas em trazer sua própria abordagem para lograr uma explicação adequada das relações interétnicas e de suas repercussões no indivíduo e na sociedade" (OLIVEIRA, 1976, p. XI). É a partir dos desenvolvimentos da última que realizaremos nossa exploração.

Diante da proliferação de estudos acerca da identidade étnica, principalmente a partir da década de 1970, cabe questionar sua repercussão nos campos do Direito e nas maneiras a que este lança mão para reconhecer a identidade indígena a partir da CF/88. Apesar de a CF/88 ser considerada um marco divisor no reconhecimento dos direitos dos indígenas no Brasil, do ponto de vista da efetividade de tal reconhecimento, o caminho a percorrer é ainda longo. Talvez se possam ampliar as reflexões de Luís Roberto Cardoso de Oliveira (2002) a essa parcela da população, quando afirma que o reconhecimento de fato de identidades *distintas* refira-se a mudanças que demandam uma aceitação genuína de certos valores, cuja efetivação implica em sua internalização. "Ou seja, trata-se de um processo que requer alterações não apenas no campo do comportamento, mas no das atitudes, e que não pode ser implementado [apenas] por decreto ou a partir de iniciativas [...] legislativas" (OLIVEIRA, 2002, p. 96). Parece ser este o caso em questão.

As identidades coletivas distintas trazem consigo direitos diferenciados. "Direitos diferenciados por grupos", conforme expressão de Kymlicka[1] (1995 apud OLIVEIRA, 2002, p. 95). O reconhecimento constitucional é imprescindível, até mesmo porque abre a possibilidade de luta por direitos perante o Judiciário. Todavia, é insuficiente quando se observa que o próprio Judiciário, mesmo que em parte, não reconhece a amplitude dos direitos dos indígenas em todas as suas consequências, demandando, então, uma mudança de atitudes

1 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*: a liberal theory of minority rights. Oxford: Clarendon, 1995.

deste em relação aos "portadores" dessa identidade distinta, que é a identidade indígena. Identidade indígena é aqui compreendida como a autoidentificação do sujeito indígena, decorrente do laço de pertencimento que o liga ao seu grupo étnico e, concomitantemente, o reconhecimento pelo grupo de que essa pessoa é um dos seus. Esse laço pode ser identificado externamente, mas decorre primariamente da autoatribuição e costuma estar fundado num sentimento de origem comum partilhado pelo grupo, que o distingue dos demais. Aos indígenas, em razão dessa identidade étnica partilhada entre si e distinta da sociedade envolvente, são assegurados direitos próprios, também em razão de constituírem uma minoria.[2]

O presente artigo parte do questionamento acerca da influência dos estudos identitários desenvolvidos pela Antropologia nos campos do Direito, dada a necessidade sempre renovada de que este se abra ao diálogo com outras áreas do conhecimento. Teriam tais estudos influenciado a compreensão sobre identidade indígena no Direito brasileiro, especialmente no que se refere à sua repercussão no âmbito penal?

A formulação de tal questionamento se justifica, pois muitas decisões judiciais ainda utilizam como critério para comprovação da identidade indígena a existência de documentos que a atestem. Ocorre que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) reconhece aos índios, no artigo 231, sua organização social, seus costumes, idiomas, crenças e tradições (BRASIL, 1988). Nesse sentido, não estariam superadas a necessidade de documentos oficiais para atestar a identidade indígena e as discussões acerca dos níveis de integração do indígena que comete delitos penais? Para responder a tais questionamentos, o presente estudo enceta a análise de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (TJAP) e, então, discute o assunto tendo por referência os estudos identitários, a doutrina jurídica e a legislação pátria.

A análise refere-se a um julgado para ilustrar alguns problemas e desafios relevantes no que concerne ao tratamento que a magistratura deve dar à questão da identidade indígena. Nessa direção, pretende contribuir para o debate, sempre necessário. Tem em consideração que não é possível estabelecer um entendimento único acerca da identidade indígena, já que vários e distintos são os indígenas, seja no que se refere às diferentes etnias que congregam, seja no que se refere a seus modos de vida, igualmente múltiplos e diferentes.[3] E aqui é importante relembrar o cuidado de não se referir o *índio genérico e abstrato*, em expressão utilizada

2 O termo minoria é empregado no sentido proposto por Pinto (2012), para quem os grupos étnicos são considerados minoria em razão de sua relativa exclusão das instâncias de poder no Estado e não, necessariamente, em virtude de sua presença demográfica.

3 Para que se tenha dimensão da multiplicidade de povos, culturas e línguas que compõe os indígenas brasileiros, o IBGE menciona a existência de 305 etnias e indica uma população total de 896.917 pessoas autodeclaradas indígenas no Brasil, das quais 517.383 estão localizadas em terras indígenas e 379.534 fora de terras indígenas. Aponta ainda para a existência de 274 línguas indígenas (INSTITUTO BRASILEIRO

por Roberto Cardoso de Oliveira (1978), porque ele não existe, salvo no imaginário da sociedade nacional, que desconhece a realidade atual dos indígenas no Brasil.[4]

Essa ideia de que todos os índios são iguais, "culturalmente virgens, página em branco" (TODOROV, 2014, p. 49), aparece já nas cartas que Cristóvão Colombo escreveu à Coroa espanhola em sua primeira viagem nas Américas. Delas depreende-se que Colombo, à medida que foi deparando com os "nativos", depois de ter visto uns, passou a ver todos, indistintos entre si. Nas cartas escreve, por exemplo, que "[o]s habitantes se assemelhavam aos que já tínhamos encontrado, nas mesmas condições, também nus e com idêntica estatura" (17.10.1492). "[...] e vieram muitos habitantes, parecidos com os que encontramos nas outras ilhas" (22.10.1492) (COLOMBO, 1987, p. 51-54). Essa visão do *índio genérico* segue sendo reproduzida ainda hoje, a exemplo do que se verifica nas decisões judiciais acerca da imputabilidade penal de indígenas, como se discutirá.

O contato dos indígenas com a sociedade envolvente aparece como argumento suficiente a caracterizar a aculturação dos indígenas réus em processos penais, independentemente da etnia a que pertençam ou do lugar em que vivam. São tomados indistintamente entre si, sendo considerados "índios", a despeito de suas diferenças. Toda a diversidade de povos, culturas e idiomas mencionada anteriormente é desconsiderada na apreciação dos casos concretos nos quais os indígenas são réus. Sua diversidade é reduzida à mera diferença em relação aos não índios, tal como Colombo manifestou nos primeiros contatos.[5]

• • •

DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [2012]). Por sua vez, utilizando metodologia diferente, o Instituto Socioambiental (ISA) informa a existência de 715.213 indígenas, divididos em 252 etnias. A diferença nos quantitativos decorre da diferença de metodologia: enquanto o IBGE considera inicialmente o indivíduo, através de levantamento direto, para depois encontrar o povo/etnia, por sua vez, o ISA utiliza fontes de campo, geralmente interessadas no total demográfico de um povo, para, então, encontrar seus indivíduos. "É possível que a diferença que encontramos entre os dois totais populacionais refira-se principalmente à população que se declarou indígena mas não especificou uma etnia" (RICARDO; RICARDO, 2017, p. 17). Outro dado interessante levantado pelo ISA se refere à diversidade de situações demográficas vividas pelos povos indígenas no Brasil: 24 povos têm uma população máxima de 100 pessoas; 86 povos têm entre 100 e 500 membros; 42 povos têm entre 500 e 1.000 pessoas; 70 povos, entre 1.000 e 5.000 pessoas; e apenas 27 povos contam com mais de 5.000 indivíduos (RICARDO; RICARDO, 2017).

4 A título exemplificativo, citamos os resultados apurados em amostra nacional, representativa da população acima de 15 anos de idade, que demonstrou que "apenas um em cada três brasileiros [...] sabe aproximadamente qual é o atual contingente de indígenas no Brasil, e menos de um oitavo [...] têm noção da variedade de povos existentes" (VENTURI; BOKANY, 2013, p. 14).

5 Ilustrativo dessa prática homogenizadora aos indígenas, tratados genericamente como "índios", é o não deferimento de perícia antropológica para verificar as particularidades decorrentes do pertencimento étnico dos réus indígenas, que podem implicar cosmovisão muito diferente em relação aos não índios e também em relação a indígenas de etnias diversas. Nesse sentido, Silva (2015).

O presente estudo está alinhado com o entendimento de que "[t]oda opção metodológica supõe uma concepção provisória da realidade a ser conhecida" (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 19). Está abrangido na vertente jurídico-sociológica, na medida em que se propõe a discutir a realização concreta de dispositivos da CF/88, especialmente o artigo 231 e sua relação com outras normas contidas no Estatuto do Índio (EI), Lei n. 6.001/1973, e na Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Decreto n. 5.051/2004. Utiliza o raciocínio indutivo, partindo de dados particulares e localizados – a análise de um acórdão do TJAP – e, a partir dele, se dirige a constatações gerais. Quanto à técnica de análise de conteúdo, é pesquisa teórica, que analisa conteúdos de textos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema.

1 A PROVOCAÇÃO

Uma provocação costuma gerar reação. No caso do presente artigo, foi o que ocorreu. Ele representa a reação ao incômodo de perceber que se multiplica na jurisprudência pátria entendimento duvidoso acerca da identidade indígena em âmbito penal.[6] Ao lançar como critério de pesquisa os termos "índio", "índios", "indígena", "indígenas", "silvícola" e "silvícolas" no sítio de buscas jurisprudenciais do TJAP, qual não foi a surpresa de encontrar apenas um acórdão.

O fato de existir apenas um julgado marcado por tais critérios de busca chama a atenção, pois a população indígena no estado do Amapá é significativa, especialmente no município de Oiapoque, onde o fato delituoso objeto da ação judicial ocorreu. O Censo Demográfico 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstra que o município de Oiapoque ocupa a décima posição dentre os municípios com as maiores proporções de população indígena do país, por situação do domicílio, cujo percentual da população rural indígena é de 77,2% (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [2012]).

Dentre as ações judiciais que envolvem indígenas que, por construção jurisprudencial, são de competência da justiça estadual, estão aquelas que tratam de delitos penais cometidos por indígenas, como é o caso sob análise. Considerando o quantitativo da população indígena no Amapá e, em especial, em Oiapoque, o fato de existir apenas um caso no sítio de busca de jurisprudência do TJAP, então, ganha destaque. De qualquer sorte, apesar de ser apenas um julgado, ele é ilustrativo da maioria de casos similares julgados pelos tribunais estaduais e

6 Percebe-se um padrão nas decisões judiciais de afastar os direitos decorrentes da identidade étnica aos indígenas, especialmente os "benefícios" previstos no artigo 56 do Estatuto do Índio, àqueles indígenas considerados integrados à "sociedade nacional" (SILVA, 2015).

federais sobre o tema.[7] Por isso, foi selecionado para a análise: a um só tempo, por sua singularidade e representatividade.

O caso em questão trata de uma apelação julgada em 18 de novembro de 2014, pela Câmara Única do TJAP, interposta por réu indígena condenado pelo crime de roubo tentado, seguido de roubo consumado, cumulado com corrupção de menores, na comarca de Oiapoque, conforme previsto no art. 157, § 2º, I e II, art. 14, II e art. 71, todos do Código Penal. Pelo que se depreende da decisão, num primeiro momento, houve a tentativa de roubo dos telefones celulares de duas jovens, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do réu. Todavia, em seguida, este consumou o roubo dos celulares de dois rapazes. O réu cometeu tais delitos acompanhado de seu primo, menor de idade, que portava uma arma de fogo. Após os delitos, foram presos pela polícia, que recuperou os objetos roubados e instaurou o inquérito policial. Na sentença de primeiro grau, o réu indígena foi condenado à pena de dezoito anos e oito meses de reclusão, em regime fechado. Todavia, ao apreciar sua apelação, a Turma Recursal do TJAP reformou a sentença quanto à dosimetria da pena, diminuindo-a para sete anos, dois meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e mais o pagamento de vinte dias-multa. Ao apreciar a aplicação do art. 56 do EI, o relator afirmou:

> Por fim registro, não ser o caso de se aplicar no caso concreto a atenuante prevista no art. 56 do Estatuto do Índio, seja porque como já assinalado o apelante se trata de índio já totalmente integrado aos costumes da sociedade civil, o que afasta o regramento especial do silvícola; seja porque as penas cominadas na primeira fase da dosimetria da pena pelos crimes de roubo consumado e corrupção de menores foram aplicadas no mínimo, e a circunstância atenuante não pode atrair a pena para aquém do mínimo, ao teor do enunciado da Súmula 231 do STJ. Destaque-se que para o crime de corrupção de menores a pena definitiva ficou no mínimo legal (BRASIL, 2014).

A ementa, bastante longa, apresenta dois pontos que interessam ao objetivo aqui proposto:

• • •

7 Para demonstrar essa maioria e o padrão nas decisões que afastam direitos aos indígenas réus em razão de ser considerados integrados ou assimilados, utiliza-se dados coletados por Silva (2015), que informa que dos 215 julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais pátrios que tratam de delitos cometidos por indígena sob diferentes aspectos, a discussão acerca do regime especial de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 do Estatuto do Índio aparece em 60 julgados e a aplicação da atenuante da pena prevista no artigo 56 do Estatuto do Índio é discutida em 35 julgados. Neles, ao indígena considerado integrado é negada a aplicação do artigo 56 do Estatuto do Índio (SILVA, 2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ROUBO. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRELIMINARES DE NULIDADE DO PROCESSO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE ESPECIAL. CONCURSO DE CRIMES. [...] 2) No caso concreto, não há nulidade por falta de aplicação de regras do Estatuto do Índio, **dada a condição do réu como índio perfeitamente integrado à sociedade de modo responder por seus atos nos termos da legislação comum**, máxime porque não demonstrado qualquer prejuízo à defesa, porquanto em Juízo, quando devidamente assistido por advogado, o réu confessou em parte o fato delitivo. [...] 12) **A atenuante prevista no art. 56 do Estatuto do Índio, não pode ser aplicada na hipótese dos autos porque o apelante réu se trata de índio já totalmente integrado aos costumes da sociedade civil, o que afasta o regramento especial do silvícola**; bem assim as penas cominadas na primeira fase da dosimetria da pena pelos crimes de roubo consumado e corrupção de menores foram aplicadas no mínimo, e a circunstância atenuante não pode atrair a pena para aquém do mínimo, ao teor do enunciado da Súmula 231 do STJ. Destaque-se que para o crime de corrupção de menores a pena definitiva ficou no mínimo legal. 13) Apelação parcialmente provida (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Dentre os argumentos formulados pelo réu em sua defesa e expostos no relatório do acórdão, destacamos aqueles que têm relação direta com o tema objeto do presente artigo: a identidade indígena e seu tratamento pelos magistrados.

Partindo dessa consideração, em síntese, é possível afirmar que as alegações do réu expostas pelo relator e que têm relação com a discussão aqui proposta são as seguintes: em sede preliminar, suscitou a nulidade do processo, alegando que não lhe foi nomeado curador ou defensor quando de seu depoimento na Delegacia, por ser índio e menor de 21 anos de idade; não houve o reconhecimento da atenuante prevista na Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio). O apelante investiu, ainda, contra a fixação de regime fechado para cumprimento da pena. Em contrarrazões, o Ministério Público rebateu as alegações do apelante, e postulou o não provimento do recurso para o fim de ser mantida, na íntegra, a sentença recorrida (BRASIL, 2014).

O réu em questão é indígena, sendo sua identidade assim reconhecida pelo Tribunal. Nesse sentido, afirma o relator:

> Na hipótese, embora o apelante comprove sua condição de indígena da tribo Galiby (doc. f. 24), o próprio apelante informou nos autos, exercer atividade de ajudante de pedreiro; deter instrução até o segundo grau incompleto e residir no Município de Oiapoque, com endereço na BR 156, nº 405, bairro Universidade. Tal situação demonstra sua condição de índio integrado à sociedade, subsumindo-se a hipótese de incidência do art. 4º, inciso III, do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), de modo

> responder por seus atos nos termos da legislação comum, sendo inaplicáveis a regras do Estatuto do Índio (BRASIL, 2014).

Como reforço argumentativo, o relator transcreveu a íntegra do art. 4º do Estatuto do Índio (EI), que os categoriza em índios isolados, em vias de integração e integrados. Também citou o *Habeas Corpus* (HC) n. 79.530, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 16 de dezembro de 1999 e que recebeu grande destaque da imprensa nacional à época do julgamento. Trata-se do caso de Paulinho Paiakan, indígena da etnia Kayapó, acusado da prática do crime de estupro, do qual destacamos apenas os pontos que têm relação com a discussão aqui proposta:

> **ÍNDIO INTEGRADO À COMUNHÃO NACIONAL**. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO QUE ESTARIA EIVADA DE NULIDADES. DENEGAÇÃO DE HABEAS CORPUS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO PERANTE ESTA CORTE, À GUISA DE RECURSO. Nulidades inexistentes. Não configurando os crimes praticados por índio, ou contra índio, "disputa sobre direitos indígenas" (art. 109, inc. XI, da CF) e nem, tampouco, "infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas" (inc. IV ib.), é da competência da Justiça Estadual o seu processamento e julgamento. **É de natureza civil, e não criminal (cf. arts. 7º e 8º da Lei nº 6.001/73 e art. 6º, parágrafo único, do CC), a tutela que a Carta Federal, no caput do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer "aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"**, não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas. Descabimento, portanto, da assistência pela FUNAI, no caso. Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. **Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo**. Cerceamento de defesa inexistente, [...], devendo-se a movimentação, portanto, ao próprio paciente, que, **não obstante integrado à comunhão nacional**, insistiu em ser defendido por servidores da FUNAI (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Transcrevemos partes da ementa da decisão do STF por ter sido utilizada como paradigma para a decisão do TJAP. Além disso, ambas as decisões contêm argumentos que remetem à identidade indígena e à forma pela qual o Poder Judiciário a afere. Ambas são recorrentes e caracterizam o cerne da provocação que levou ao presente estudo.

Em síntese, é possível afirmar que em ambos os casos, para fins penais, tratando-se de réu indígena, passa-se a perquirir aspectos que servirão de indícios para estabelecer seu grau de integração à sociedade nacional, nos termos do art. 4º do EI.

> Art. 4º Os índios são considerados:
>
> I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
>
> II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
>
> III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura (BRASIL, 1973a).

Em decorrência, o fato de o indígena exercer trabalho remunerado, ter frequentado escola, residir em município, ser eleitor, portar outros documentos como carteira de trabalho ou carteira nacional de habilitação são considerados indicadores de que se trata de índio integrado à sociedade nacional. Consequentemente, não se lhe aplica a atenuante prevista no art. 56 do EI nem a possibilidade de cumprimento da pena em regime especial, previsto no parágrafo único do art. 56 do EI, *in verbis*:

> Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.
>
> Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado. (BRASIL, 1973a).

No mesmo sentido, é possível encontrar várias outras decisões de diferentes tribunais em todo o país, que entendem que índio alfabetizado, eleitor, falando fluentemente a língua portuguesa é integrado à comunhão nacional. Em tais hipóteses, a aplicação do art. 56 do EI é afastada.

Ocorre que o EI foi promulgado em 1973, sob a égide de ordem constitucional autoritária e superada. O EI estava em conformidade com uma compreensão, então em vigor, de que os indígenas seriam paulatinamente integrados à comunhão nacional e que isso significava que

deixariam de ser indígenas, perdendo sua identidade étnica, sendo assimilados na sociedade nacional. Todavia, esse entendimento não condiz com a realidade dos fatos: a extinção por assimilação dos índios, tantas vezes proclamada, não ocorreu nem encontra eco na CF/88. Esta, em vez disso, rompeu com essa lógica e inovou drasticamente o cenário legislativo nacional ao reconhecer aos indígenas sua singularidade.

A CF/88, art. 231, ao reconhecer aos índios sua organização social, seus costumes, idiomas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não estaria também reconhecendo a identidade indígena? E mais: o reconhecimento da identidade indígena depende da existência de documentos oficiais que a declarem? A resposta afirmativa para esta questão não estaria a invalidar o próprio reconhecimento que a CF/88 deu aos índios, em seu art. 231, já que sua organização social pode ser diferente daquela da sociedade envolvente e, portanto, prescindir de documentos (como de fato dispensa)?

Todas essas questões demonstram que estamos diante de mais um paradoxo, como tantos outros a envolver a chamada "questão indígena" (KAYSER, 2010) no Brasil. Tal paradoxo se verifica em quase todas as searas nas quais são discutidos assuntos de interesse dos indígenas e se traduz em sentimentos e atitudes contraditórios em relação a eles: ora de reconhecimento e apreço, ora de desapreço, intolerância e desrespeito. Essa contradição acompanha a história de contato dos povos e a conquista da América, como lembra Todorov (2014), ao se referir à figura de Cristóvão Colombo. O navegador está associado a dois mitos aparentemente contraditórios: um, em que o índio é entendido como o *bom selvagem*, quando visto de longe, e o outro em que ele é um *cão imundo*, canibal, escravo em potencial. Ambos os mitos têm uma origem comum que é o desconhecimento dos índios e a recusa em admitir que sejam sujeitos com os mesmos direitos que ele próprio, embora sejam diferentes. "Colombo descobriu a América, mas não os americanos" (TODOROV, 2014, p. 69). Assim, desde a conquista, toda a história é marcada por essa ambiguidade, na qual a alteridade humana é, a um só tempo, revelada e negada (TODOROV, 2014).

Outro exemplo dessa ambiguidade é examinado por Roberto Gambini, na obra *O espelho índio* (1988), na qual analisa as cartas enviadas pelos jesuítas no século XVI à Coroa portuguesa. Nelas desvela os sentimentos dúbios que os jesuítas nutriam pelos indígenas, considerando o fenômeno da projeção psicológica.

A ambiguidade que marcou o início do contato com os indígenas persiste até o tempo presente, como o tratamento judicial da imputabilidade de indígenas demonstra: inicialmente é perquirida a identidade do indígena, num aparente reconhecimento de sua distinção. Todavia, a partir da constatação dessa identidade, estando o réu indígena em contato com a sociedade envolvente, é considerado aculturado e, então, não mais suficientemente indígena a merecer a aplicação da legislação que lhe seria mais benéfica, a exemplo do art. 56 do EI, como já afirmado.

2 Um olhar acerca da identidade étnica

Os estudos antropológicos acerca da identidade étnica, que se intensificaram a partir da década de 1970, ganharam grande impulso e mudança de compreensão com a obra de Fredrik Barth. Barth substituiu uma concepção estática de identidade étnica por uma concepção dinâmica. A partir de seus estudos foi possível compreender que a identidade étnica, tal como outras identidades coletivas, é construída e transformada na interação de grupos sociais, seja em processos de inclusão, seja de exclusão, sempre numa dinâmica de se estabelecer os limites entre tais grupos e aqueles que os integram ou não (POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998).

Antes de Barth, prevalecia a compreensão de que a identidade étnica decorria de traços culturais exibidos pelo grupo étnico. Tais traços, como língua, crenças, valores, símbolos, ritos, regras de conduta, práticas de vestuário, culinária etc., seriam perenes, sendo que sua alteração implicaria aculturação e perda da identidade étnica específica. Aculturação é aqui empregada no sentido de assimilação, tal como explicado por Silva (2006, p. 47), na qual "a adoção de elementos estrangeiros elimina o sistema de valores indígenas e afirma o valor da sociedade dominante, provocando a dissolução da identidade étnica".

Essa compreensão, muito em voga em decorrência dos estudos culturalistas, identificava na permanência de traços culturais a manutenção do grupo étnico. Assim, mudanças nos traços culturais decorrentes do contato com outros grupos poderiam significar aculturação, que levaria à extinção inevitável daquele grupo enquanto diferenciado. Exemplos disso abundam na etnografia brasileira, em estudos que identificaram no contato interétnico a extinção inexorável de grupos indígenas.[8]

Havia a compreensão de que a identidade étnica seria estática, fixada em características imutáveis. Todavia, como sugere Silva (2006), é preciso insistir na importância da ampliação

8 Os estudos sobre a aculturação dos indígenas ganharam muito espaço junto aos antropólogos no Brasil, entre os quais grassava uma preocupação com o fim inevitável dos indígenas por meio da assimilação. Há vários exemplos dessa preocupação na etnografia brasileira, em estudos entre as décadas de 1930 e 1970, principalmente. A legislação nacional anterior à CF/88 apontava na mesma direção, a exemplo do EI. Todavia, à medida que os estudos etnográficos em campo avançavam, ficava cada vez mais evidente que a expectativa do fim inevitável dos indígenas pela aculturação não tinha correspondência com a realidade fática encontrada entre diferentes grupos, que mantinham sua distinção étnica a despeito do contato com os não índios. Assim demonstram os estudos de Egon Schaden (1969), Darcy Ribeiro (1982) e Roberto Cardoso de Oliveira (1960; 1976; 1978). Posteriormente, no prefácio à segunda edição da obra *Índios e castanheiros* (1978), Roberto da Matta afirma que havia, então, como que uma "antropologia da integração" a dominar a Etnologia no Brasil, na qual o lado do índio deixava quase sempre de ser considerado e o ponto de partida era sistematicamente evolucionista. Afirma que quando realizou sua pesquisa de campo para tal obra junto aos índios Gavião (entre os anos de 1961 e 1962), era muito comum que os estudos de contato fossem semelhantes a ritos de extrema-unção, pois eles decretavam insistentemente a extinção dos índios. Ao final, reconhece que nunca ficou tão feliz por estar tão errado, já que os índios sobreviveram, a despeito de todos os prognósticos em sentido contrário (LARAIA; DA MATTA, 1978).

do entendimento do conceito de identidade étnica – "[i]dentidade não é sinônimo de unicidade" (SILVA, 2006, p. 44). Aí reside a grande importância dos estudos de Barth, que compreendeu que os processos de organização social pelos quais se mantêm de forma duradoura as distinções entre "nós" e "os outros" podem se alterar e que tais alterações não são capazes de suprimir a diferença entre o "nós" e "os outros" (LAPIERRE, 1998): "as diferenças culturais podem permanecer apesar do contato interétnico e da interdependência dos grupos" (BARTH, 1998, p.188).

Para Barth, atribuía-se muita importância ao fato de o grupo étnico compartilhar uma mesma cultura. Em contraposição a isso, ele sugeriu que se deveria entender esse traço como uma implicação ou resultado muito mais do que uma característica primária e definicional da organização do grupo étnico (BARTH, 1998).

Na perspectiva proposta por Barth, o que importa é a fronteira étnica que define o grupo, e não a matéria cultural que ela abrange. Os grupos étnicos são uma forma de organização social na qual a característica da autoatribuição ou da atribuição por outros a uma categoria étnica se torna um traço fundamental (BARTH, 1998).

> Uma atribuição categórica é uma atribuição étnica quando classifica uma pessoa em termos de sua identidade básica mais geral, presumivelmente determinada por sua origem e seu meio ambiente. Na medida em que os atores usam identidades étnicas para categorizar a si mesmos e outros, com objetivos de interação, eles formam grupos étnicos neste sentido organizacional (BARTH, 1998, p. 193-194).

Ainda conforme Barth, embora as categorias étnicas levem em conta as diferenças culturais, não o fazem numa relação direta no sentido de uma "relação de um para um entre as unidades étnicas e as semelhanças e diferenças culturais" (BARTH, 1998, p. 194). As características que são levadas em consideração não são uma soma de diferenças objetivas, mas apenas aquelas que os próprios atores consideram significativas. Alguns traços culturais são utilizados pelos atores como emblemas e sinais de diferenças, já outros são ignorados e ainda em alguns casos diferenças radicais são minimizadas e negadas (BARTH, 1998).

Pelos exemplos utilizados por esse autor, é possível afirmar que as diferenças culturais que podem marcar as dicotomias étnicas podem ser tangíveis, como os sinais diacríticos, que são traços culturais que se percebem pela forma como as pessoas exteriorizam e demonstram sua identidade. Além deles, há também diferenças étnicas que se caracterizam por não serem tangíveis, como os valores fundamentais que as orientam – a moralidade e os padrões de excelência –, que são usados como critérios para julgar suas ações. "Desde que pertencer a uma categoria étnica implica ser um certo tipo de pessoa que possui aquela identidade básica, isso implica igualmente que se reconheça o direito de ser julgado e de julgar-se pelos padrões que são relevantes para aquela identidade" (BARTH, 1998, p. 194).

Todavia, o autor ressalta que não existe nenhum tipo de lista que descreva exaustivamente os traços diacríticos ou diferenças culturais dos quais seriam originados esses "conteúdos culturais". Assim, não é possível prever os traços que serão realçados ou tornados organizacionalmente relevantes pelos atores e os que serão ignorados ou mesmo escondidos por eles. Ou seja, "as categorias étnicas fornecem um cadinho organizacional dentro do qual podem ser colocados conteúdos de formas e dimensões várias em diferentes sistemas socioculturais" (BARTH, 1998, p. 194).

Para Barth, o traço fundamental dos grupos étnicos é a atribuição e o pertencimento. Assim, pouco importa que traços culturais ou outras diferenças "objetivas" se modifiquem e pouco importam as diferenças que os membros do grupo possam ter em seus comportamentos manifestos: "se eles dizem que são A, em oposição a outra categoria B da mesma ordem, eles estão querendo ser tratados e querem ver seus próprios comportamentos interpretados e julgados como de As e não de Bs, ou seja, eles declaram sua sujeição à cultura compartilhada pelos As" (BARTH, 1998, p. 195).

Portanto, a partir de Barth se compreende que a relevância está na fronteira étnica que define o grupo, e não na matéria cultural que ela abrange. Fronteiras aqui entendidas como fronteiras sociais. "Se um grupo conserva sua identidade quando os membros interagem com outros, isso implica critérios para determinar a pertença e meios para tornar manifestas a pertença e a exclusão" (BARTH, 1998, p. 195).

Então, em síntese, com Barth, é possível afirmar que grupos étnicos são organizações sociais cujas fronteiras se definem pelo pertencimento que cada ator manifesta em relação ao grupo, mesmo que os sinais diacríticos possam se modificar. Os traços culturais devem ser compreendidos muito mais como produzidos pelo grupo do que como formatadores da identidade étnica do grupo.

Em acréscimo, é possível afirmar que a identidade étnica refere-se sempre a uma origem comum suposta e o que diferencia, em última análise, a identidade étnica de outras formas de identidade coletiva é que ela é orientada para o passado (POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998).

3 Os documentos e as identidades

"Não se poderia 'ser' um bambara sem ter sido antes denominado como tal: denominado por quem, em que contexto, quando?" (BAZIN, 1983 apud POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 81).[9] Embora o questionamento de Bazin refira-se aos Bambara do Mali e esteja no

9 BAZIN, Jean. A chacun son Bambara. In: AMSELLE, Jean-Loup; M'BOKOLO, Elikia (Org.). *Au coeur de l'ethnie*: Ethnies, tribalisme et État en Afrique. Paris: La Découverte, 1983. p. 87-127.

contexto da discussão norte-americana acerca da etnia, que fervilhou nos idos de 1970, pode ser apropriado para problematizar a categorização dos índios brasileiros. Essa categoria índios, assim as de como etnia e tribo, é resultado de classificações prévias que a etnologia pretendeu fazer, mas que não obedecem a regras formais independentes do contexto nem têm como assim fazê-lo (POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998). Todas elas são, utilizando expressão de Eduardo Viveiro de Castro, "palavras pontiagudas e cheias de arestas" (2006, p. 47) atribuídas pelo "outro", não índio e, assim, servem exclusivamente a este.[10]

Seguindo nessa ideia, são os Estados que atribuem importância às identidades, na medida em que determinam que delas decorram direitos ou obrigações específicos. Quanto aos indígenas no Brasil, sua identidade étnica traz consigo direitos específicos assegurados pela CF/88, principalmente no art. 231. Destarte, há que se considerar que tal identidade seja a um só tempo atribuída e negada pelo Estado, que passa a tornar necessárias formas de comprová-la e, na ausência dessa comprovação segundo os critérios que o próprio Estado, por meio de seus agentes, julga adequados, negar também os direitos dela decorrentes.[11] Nessa direção, com Maybury-Lewis (2003, p. 11), é possível afirmar que "[s]ão os estados que ditam as regras de nossas vidas e, sobretudo, que dão forma às nossas identidades, tanto coletivas como individuais".

Uma forma de o Estado externar a importância da identidade de seus cidadãos é pela necessidade de documentos de identificação, dos quais dependem direitos e obrigações. Segundo Peirano (1986), os documentos assumiram no Brasil um caráter simbólico, servindo como símbolos de identidade cívica, que são fornecidos por órgãos públicos apenas para aqueles que preenchem determinados requisitos estipulados por lei (PEIRANO, 1986). Eles preenchem, portanto, a função de distinguir as pessoas. Na mesma direção, Da Matta (2002, p. 47), quando afirma que "os documentos de identidade atestam a personalidade cívica dos seus portadores" e "[...] legitimam o portador como um ser social exclusivo e singular (2002, p. 57).

• • •

10 A despeito de toda a discussão acerca da apropriação e uso político da identidade indígena que passou a ser feita pelos movimentos indígenas no sentido de reivindicar direitos no Brasil e que floresceu especialmente a partir da década de 1980, cujo maior fruto pode ser considerado a inclusão de capítulo exclusivo acerca de seus direitos na CF/88. Para ampliar o estudo acerca do movimento político dos indígenas, ver Baines (2003, 2004).

11 Exemplo da importância da discussão acerca da pertinência da identidade étnica são os casos de etnogênese, nos quais grupos indígenas reivindicam sua identidade étnica e pertencimento a grupos indígenas desaparecidos por diferentes razões quando do contato com a sociedade envolvente. É situação situada sobretudo no Nordeste brasileiro, como dão notícia Silva (2005); Arruti (2006). São os "índios ressurgidos" ou "índios misturados", conforme nomenclatura que era anteriormente utilizada, mas que dava a ideia de identidade indígena de segunda categoria ou menos legítima quando comparada aos "índios puros ou verdadeiros". Em grande parte, suas reivindicações têm relação também com direitos territoriais.

Em síntese, no Brasil, os documentos têm essa função: identificar e individualizar seu portador. Além disso, documentos também podem atestar habilidades ou autorizações específicas, como a habilitação para dirigir veículos automotores ou o título de eleitor. Estaria, então, de acordo com essa concepção a exigência da apresentação de documentos, a exemplo da carteira de identidade, carteira de trabalho e previdência social, carteira nacional de habilitação etc. como mecanismo comprobatório da identidade física de seu portador – de que ele é aquela pessoa que afirma ser e de que ele detém os atributos ou habilidades que afirma ter e de que está autorizado a fazer uso delas. Todavia, persiste o questionamento acerca da possibilidade de que esses documentos atestem ou sirvam de indício acerca da identidade étnica de seu portador, o que será enfrentado mais adiante.

No Brasil, os documentos de identificação, de forma direta ou indireta, decorrem da certidão de nascimento. O Decreto n. 6.289, de 06/12/2007, que estabeleceu o Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e Ampliação do Acesso à Documentação Básica, tem entre seus objetivos conjugar esforços da União, Estados Distrito Federal e Municípios para ampliar o acesso à documentação civil básica a todos os brasileiros. Nesse sentido, para seus fins, compõe a documentação civil básica o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), a Carteira de Identidade ou Registro Geral (RG); e a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). Ao considerar os objetivos do decreto, percebe-se que o registro de nascimento é de tal importância que está vinculado ao exercício da cidadania,[12] para além de ser a base para a expedição dos demais documentos que compõem a documentação civil básica dos brasileiros.

A certidão de nascimento é ato de natureza declaratória, que atesta fato preexistente – o nascimento – e tem efeito comprobatório, a ser considerado na expedição de outros documentos. A título exemplificativo, para a expedição da carteira de identidade, é necessário apresentar a certidão de nascimento, conforme os arts. 1º e 2º da Lei n. 7.116, de 29/08/1983. É possível requerer a expedição da carteira de identidade a partir da certidão de casamento, mas para a emissão desta, é necessário ter sido apresentado o registro de nascimento quando da habilitação para o casamento, nos termos do art. 1.525, I, do Código Civil. Em síntese, os documentos de identificação podem ser ligados à certidão de nascimento num encadeamento sequencial mais longo ou mais curto, mas dela decorrem, conforme dito.

A Lei de Registros Públicos (LRP), Lei n. 6.015/1973, estabelece a obrigatoriedade do registro de nascimento, do qual é expedida certidão. Em seu art. 50, afirma que a todo nascimento que ocorrer no território nacional deve ser dado registro no lugar em que tiver

12 Sobre o assunto, esclarecedores os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) sobre os registros de nascimento. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=10>. Acesso em: 5 ago. 2016.

ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de 15 dias, podendo tal prazo ser ampliado em até três meses quando se tratar de lugar distante mais de trinta quilômetros da sede do cartório (BRASIL, 1973b). Tal obrigatoriedade é excepcionada a uma categoria de indígenas – os *não integrados* – conforme parágrafo segundo do mesmo art. 50 da LRP, *in verbis*: "Os índios, **enquanto não integrados**, não estão obrigados a inscrição do nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios" (BRASIL, 1973b, grifo nosso).

A FUNAI, órgão federal de assistência aos indígenas, em atendimento ao disposto nessa norma, expede o Registro Administrativo de Nascimento de Índio (RANI), cuja previsão encontra-se também no EI, art. 13, e foi regulamentado por meio da Portaria n. 003/PRES, de 14/01/2002, da FUNAI.[13] Além disso, está em vigor a Resolução Conjunta n. 3, de 19/04/2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre o assento de nascimento de indígena no Registro Civil de Pessoas Naturais, que é facultado aos indígenas *não integrados*, conforme dispõe seu art. 1º.

Destarte, tomando a categorização dos índios realizada pelo art. 4º do EI e as normas sobre a expedição de documentos, os indígenas integrados e os em via de integração seriam obrigados a requerer o assento de nascimento no Registro Civil de Pessoas Naturais, o que não se justifica.

Em paralelo a essa normativa, adentrou nosso ordenamento jurídico a Convenção n. 169 da OIT, por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004. Essa norma é das mais importantes para os indígenas, pela amplitude dos assuntos que trata e também pelos valores que consagra, na medida em que também rompeu com o paradigma assimilacionista outrora vigente, seguindo na mesma direção que a CF/88.

No que tange ao tema do presente artigo, importam sobremaneira o item 2 do art. 1º, bem como a integralidade do art. 10 da Convenção, que, respectivamente, estabelecem, *in verbis:*

> Art. 1º
> [...]
> 2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.
> [...]

13 Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/600-testo-exemplo-pergunta-2>. Acesso em: 5 ago. 2016.

> Art. 10
> 1. No processo de impor sanções penais previstas na legislação geral a membros desses povos, suas características econômicas, sociais e culturais deverão ser levadas em consideração.
> 2. Deverá ser dada preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 15-22).

Então, o que se observa é uma incongruência da legislação pátria quanto à identidade étnica e, de forma mais gravosa, uma apropriação equivocada da legislação no julgamento de casos concretos pelo Poder Judiciário, que privilegia normas cujo conteúdo está em desacordo com o respeito à diferença e à identidade étnica dos indígenas, previstos tanto na CF/88 quanto na Convenção 169 da OIT. Destarte, sua identidade étnica é afirmada a partir de sua autodeclaração como integrante de um grupo ou comunidade indígena, independentemente de graus de integração ou dos documentos que eventualmente portem.

Os documentos são solicitados pelo Estado quando se relaciona com seus cidadãos. Não são uma necessidade das comunidades indígenas, mas aparecem a estas como formas de "facilitar" sua eventual relação com o Estado brasileiro. A identidade indígena não é atribuída através de documentos escritos que atendem aos interesses do Estado. Como explica Roberto Da Matta,

> [e]m sistemas tribais e arcaicos, todos se conhecem e estão implicados em teias de relações sociais nas quais a individualidade, a formalidade, a documentação escrita, a discussão da norma como tal – numa palavra-chave, a impessoalidade universalista, que ocupa um lugar central na vida moderna – é indesejável, senão praticamente impossível (DA MATTA, 2002, p. 39).

Destarte, querer atribuir ou excluir direitos relacionados à identidade indígena com base na ausência ou presença de documentos é um equívoco. Em primeiro lugar, porque a identidade não é uma característica que assim se possa atribuir e, em segundo, porque ao fazê-lo se caminha no sentido contrário daquele que a Convenção 169 da OIT em seu art. 1º, item 2, estabeleceu, que é o da autoidentificação. Em decorrência, atribuir graus de "identidade indígena original" aos indígenas, como se pudessem ser mais ou menos índios, considerando-os integrados, em vias de integração ou isolados, numa marcha inevitável para a civilização, sequer atende ao comando constitucional contido no art. 231 da CF/88.

Como afirmou Weber, "num Estado moderno a burocracia realmente governa, necessária e inevitavelmente, pois o poder não é exercido por discursos parlamentares nem por proclamações monárquicas, mas através da rotina da administração" (WEBER, 1980, p. 16). Essa rotina da administração que exerce o poder efetivamente acaba por implicar que a posse de documentos confira cidadania, e não o inverso disso, como demonstrou Peirano (1986). Da

mesma forma, em casos semelhantes ao aqui discutido, o Poder Judiciário acaba "atribuindo" ou "reconhecendo" a identidade indígena do réu e, depois disso, exclui as consequências benéficas daí recorrentes para aqueles considerados "integrados".

A contradição mais uma vez faz-se notar: por um lado, o Estado, por meio de seus agentes, estimula e facilita os procedimentos para que os indígenas solicitem a expedição de documentos de identificação, afirmando daí decorrerem importantes consequências para os indígenas, como a facilidade de acesso a direitos. Pelo menos, é nesse sentido a informação constante no endereço eletrônico da FUNAI.[14] Todavia, por outro, na medida em que os indígenas possuem tais documentos, caso sejam réus em processos penais, muito provavelmente a execução penal que lhes será imposta não considerará o disposto no art. 56 do EI e nem o art. 10 da Convenção 169 da OIT, sob a alegação de já serem "integrados".

4 A identidade indígena no banco dos réus

Deitando os olhos especificamente sobre o julgado do TJAP, ao reconhecer que o réu é indígena, deveria, por consequência, ter em conta tal fato ao aplicar-lhe a norma.[15] Ao reconhecer que o réu é indígena para, na sequência, classificá-lo como integrado e, então, excluir a aplicação do EI, é como se tratasse o réu como cidadão de categoria inferior: não é considerado de plano como cidadão brasileiro indistinto porque reconhece sua identidade étnica Galiby, mas não lhe reconhece como cidadão indígena, porque está integrado à comunhão nacional.

O entendimento explicitado no acórdão sob análise deveria ser repensado quanto ao emprego do art. 4º do EI e da parte do art. 56 que refere os graus de integração de indígena. Se a integração e a assimilação, mesmo que possam ocorrer, como efetivamente ocorrem, não importam em perda da identidade étnica, não há como aplicar tais noções no sentido classificatório proposto pelo art. 4º do EI. A identidade étnica persiste, a despeito da apropriação de traços culturais da sociedade envolvente, como é o caso da língua ou do uso de documentos para se relacionar com a burocracia estatal.

Ainda que se reconheça que identidade étnica é um assunto pantanoso, tal como toda e qualquer discussão identitária, há pontos convergentes entre os estudiosos – o caráter mais

14 O sítio eletrônico da FUNAI possui informação destinada a indígenas, que explicam a facultatividade dos documentos e os benefícios decorrentes de sua emissão aos indígenas, sob o título: "Qual o papel da FUNAI na promoção do acesso à documentação?" Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/docb>. Acesso em: 23 ago. 2016.

15 Isso, para manter a delimitação proposta no presente artigo, pois, em verdade, considerando o disposto na Convenção 169 da OIT, caberia discutir a (auto)identificação como indígena e também a aplicação do direito estatal ao indígena em questão. Todavia, esses são pontos que extrapolariam em muito o objeto delimitado neste artigo.

relacional que essencial das identidades étnicas e o caráter mais dinâmico que estático da etnicidade (POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998). Os estudos antropológicos, a exemplo de Barth, têm demonstrado isso.

Destarte, o Poder Judiciário, ao atribuir à apropriação de traços culturais da sociedade envolvente, de forma peremptória, a integração do indígena, como que dá as costas para o avanço dos estudos identitários desenvolvidos pela Antropologia. Ao fazê-lo, deixa de considerar aspectos relevantes que poderiam contribuir para a melhor interpretação ao texto legal, de forma a compatibilizá-lo à Constituição, sobretudo ao seu art. 231.

No caso colacionado, a não aplicação da atenuante prevista no art. 56 do EI ao réu indígena não atende o comando do texto da norma. Ao que tudo indica, tal negativa de aplicação é resultado de construção jurisprudencial nascida antes mesmo da CF/88 e, assim, precisa ser revista e conformada aos valores constitucionais.

Além disso, utilizando-se de interpretação gramatical do art. 56 do EI, compreende-se que a atenuante deve ser aplicada a todo e qualquer indígena réu condenado em processo penal, independentemente de graus de integração ou qualquer outro requisito semelhante. O comando do artigo é imperativo em sua primeira parte e determina que a pena "deverá" ser atenuada. Tanto é assim que a referência aos graus de integração consta da parte final do *caput* do artigo e vem precedida da conjunção aditiva "também", referindo que em adição o juiz considerará também os graus de integração. Então, ainda que não se leve em consideração que tanto a CF/88, art. 231, quanto a Convenção 169 da OIT tornaram descabido falar em graus de integração, não se sustenta o argumento produzido tanto no julgado do TJAP quanto no do STF, objetos do presente artigo. Portanto, ainda que se apele ao uso do método da interpretação clássica menos prestigiada, que é a interpretação gramatical, não se sustenta a argumentação de que descabe aplicar a atenuante prevista no art. 56 do EI ao réu, posto ser ele integrado à comunhão nacional.

É possível avançar e aprofundar a discussão desse ponto, considerando o sistema jurídico como um todo e os valores que o fundaram e orientam, que se depreendem da CF/88. Então, ao se utilizar do método da interpretação lógico-sistemática, mais uma vez se conclui que a argumentação produzida nos julgados merece ser revista. Dalmo Dallari (1980),[16] citado por Ribeiro e Braga (2008), suscita que o uso dos vários modelos de interpretação confere ao intérprete o sentimento de isenção ante as injustiças que decorrem da lei, o que pode parecer bastante cômodo. No caso sob análise, a citação de julgado do STF feita pelo desembargador relator no TJAP tem esse mesmo efeito – sugere a impressão de isenção e até mesmo de segurança jurídica, já que ambas as decisões caminham num mesmo sentido, o que dá a impressão de que estão livres de convicções teóricas particulares dos aplicadores e

16 DALLARI, Dalmo. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1980.

de que os órgãos julgadores colegiados são uníssonos sobre o assunto, sendo esta, então, a melhor interpretação.

Considerando as reflexões de Gadamer (2013) acerca da hermenêutica, o emprego de métodos de interpretação jurídica merece ser repensado. Então, a partir de Gadamer, afirmamos que a "fusão de horizontes" por ele proposta, na qual "há a concepção de que a verdade do texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor e nem somente nos pré-conceitos do intérprete, mas senão na fusão de horizontes de ambos" (RIBEIRO; BRAGA, 2008, p. 273) pode implicar um desvelar novos sentidos possíveis à interpretação do Direito. Todavia, esta é uma nova provocação, a merecer novo estudo.

Considerações finais

O paradoxo da questão indígena persiste. A comprovação da identidade indígena é diferente do seu reconhecimento. Aquela se dá equivocadamente por meio da apresentação de documento oficial e este ainda não ocorreu na amplitude prevista na CF/88 e na Convenção 169 da OIT.

Ter instrução, falar e compreender português, exercer uma profissão ou portar documentos não torna ou retira do indígena sua identidade compreendida como pertencimento e que implica autoidentificação, no sentido exposto por Barth. O que se percebe é que os estudos antropológicos acerca da identidade étnica não repercutem na seara jurídica em toda a amplitude de possibilidades.

A ideia do índio genérico se perpetua na jurisprudência pátria na medida em que estudos antropológicos são dispensados. É como se todos os índios e todas as circunstâncias nas quais os fatos delituosos ocorreram seguissem um mesmo padrão: são indistintos e, portanto, recebem o mesmo tratamento. Na medida em que se recusa a realização de laudo antropológico, sob a alegação de ser aquele indígena réu integrado à sociedade nacional, pois é fluente em língua portuguesa e por ter documentos, está-se tratando de maneira formal e padronizada uma riqueza e distinção cultural que não poderia ser reduzida, sob pena de se desconsiderar o reconhecimento à diversidade dos indígenas, consagrada no art. 231 da CF/88. Laudos antropológicos são mais do que traduções de línguas indígenas: prestam-se também a elucidar a forma como os fatos ocorreram e os valores e normas próprios dos indígenas neles envolvidos. No entanto, isso não implica fazer dos antropólogos produtores de laudos, senhores da verdade ou do poder de atribuir, confirmar ou negar identidade étnica de indígenas. Pelo contrário, a participação de peritos antropólogos em processos judiciais penais, dada a gravosidade de suas consequências, pode contribuir para ampliar o horizonte de compreensão e elucidação dos fatos e circunstâncias discutidas.

Em grande parte, os paradoxos que envolvem a questão indígena ilustram uma certa tensão que há na consideração dos direitos dos indígenas, que são *diferenciados por grupo*. Embora os aspectos relacionados ao direito penal aqui mencionados, como é exemplo a atenuante do

art. 56 do EI, digam respeito ao indivíduo e não ao grupo, ainda assim traduzem esse diferencial potencial de tensões.

Destarte, afirmamos que a identidade étnica dos indígenas não decorre de nem é perdida a partir da existência de documentos de identificação, como já afirmado. Muito antes pelo contrário: os documentos têm sido associados ao acesso a direitos e ao exercício de cidadania para todos os cidadãos brasileiros, que são, a partir desses argumentos, estimulados a solicitar sua expedição. Assim também com os indígenas – ainda que não sejam obrigados a solicitar seus documentos, o fazem a partir do estímulo que recebem de agentes estatais que têm com eles contato, como é o caso da FUNAI. Incongruente, portanto, que daí sejam penalizados com a compreensão de que perderam a identidade indígena ou que a eles não se possam aplicar dispositivos legais que em certas circunstâncias os beneficiem.

No que se refere ao Poder Judiciário, quando chamado a julgar processos penais nos quais índios são réus, lhe é demandado que se abra e possibilite a *fusão de horizontes*, nos termos propostos por Gadamer (2013). Ainda que não consiga fazê-lo, então, pelo menos, que aplique a legislação, em atividade interpretativa cujo uso de regras hermenêuticas tradicionais é suficiente para depreender a predominância do respeito à diferença previsto no art. 231 da CF/88 e as consequências daí decorrentes: no que tange à dosimetria e à execução da pena, que o art. 56 do EI seja aplicado irrestritamente a todo e qualquer indígena, sem referências a graus de integração, posto ser esse critério superado e inconstitucional. Ignorar isso significa perpetuar a intolerância e a incompreensão etnocêntrica, no sentido apontado por Roberto Cardoso de Oliveira (1976) e a atribuição de identidade pelo "outro" que foi banida da legislação brasileira pelo art. 231 da CF/88 e pela Convenção 169 da OIT.

REFERÊNCIAS

ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. *Povos indígenas do Brasil*: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p. 50-54.

BAINES, Stephen Grant. *Os índios Makuxi e Wapichana e suas relações com estados nacionais na fronteira Brasil-Guiana*. Universidade de Brasília, Departamento de Antropologia, 2003.

_____. A fronteira Brasil-Guiana e os povos indígenas. *Revista de Estudos e Pesquisas*, v. 1, n. 1, p. 65-98, 2004.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Editora UNESP, 1998. p. 185-227.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *D.O.U.*, Brasília, DF, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *D.O.U.*, Brasília, DF, 21 dez. 1973a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 9 dez. 2013.

_____. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *D.O.U.*, Brasília, DF, 31 dez. 1973b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 79.530. Primeira Turma. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 16 dez. 1999. *D.J.*, Brasília, DF, 25 fev. 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879530%2ENUME%2E+OU+79530%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z2wgff9>. Acesso em: 29 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Acórdão n. 63.992. Câmara Única. Relator: Desembargador Carlos Tork. Macapá, AP, julgado em: 18 nov. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Macapá, n. 217, p. 26, 27 nov. 2014.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. Entrevista. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. *Povos indígenas do Brasil*: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p. 41-49.

COLOMBO, Cristóvão. *Diários da Descoberta da América*: as quatro viagens e o testamento. Tradução de Milton Persson. 4. ed. São Paulo: L&PM, 1987.

DA MATTA, Roberto. *A mão visível do Estado*: notas sobre o significado cultural dos documentos na sociedade brasileira. *Anuário Antropológico*, v. 99, p. 37-64, 2002. Disponível em: <http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas1999/anuario99_robertodamatta.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

GAMBINI, Roberto. *O espelho índio*: os jesuítas e a destruição da alma indígena. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1988.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Indígenas.* [2012]. Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/>. Acesso em: 20 jul. 2016.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LAPIERRE, Jean William. Prefácio. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Editora UNESP, 1998. p. 9-14.

LARAIA, Roque de Barros; DA MATTA, Roberto. *Índios e Castanheiros*: a empresa extrativa e os índios no médio Tocantins. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

MAYBURY-LEWIS, David. Identidade étnica em estados pluriculturais. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George (Org.). *Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003. p. 11-18.

OLIVEIRA, Luiz Roberto Cardoso de. *Direito legal e insulto moral*: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O processo de assimilação dos Terêna*. Rio de Janeiro: Museu Nacional, 1960.

_____. *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976.

_____. *A sociologia do Brasil indígena*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

PEIRANO, Mariza G. S. Sem lenço e sem documento: reflexões sobre cidadania no Brasil. *Sociedade e Estado*: revista semestral do Departamento de Sociologia da UnB, Brasília, Editora da UnB, vol. 1, p. 49-63, jun. 1986.

PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Grupos étnicos e etnicidade. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Coord.). *Antropologia e direito*: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia; Rio de Janeiro: LACED; Blumenau: Nova Letra, 2012. p. 68-78.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização:* a integração das populações indígenas no Brasil moderno. Petrópolis: Vozes, 1982.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar. 2008.

RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. *Povos indígenas no Brasil:* 2011-2016. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2017.

ROGNON, Frédéric. *Os primitivos, nossos contemporâneos*. Tradução de Cláudio Cesar Santoro. Campinas: Papirus, 1991.

SCHADEN, Egon. *Aculturação indígena*: ensaio sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contato com o mundo dos brancos. São Paulo: Pioneira; EDUSP, 1969.

SILVA, Isabelle Braz Peixoto da. *Vilas de índios no Ceará Grande*: dinâmicas locais sob o Diretório Pombalino. Campinas: Pontes Editores, 2005.

SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio*: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/18728>. Acesso em: 16 maio 2016.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América*: a questão do outro. 4. ed. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Orgs.). *Indígenas no Brasil*: demandas dos povos e percepções da opinião pública. São Paulo: Perseu Abramo, 2013.

WEBER, Max. Parlamentarismo e governo numa Alemanha reconstruída: uma contribuição à crítica política do funcionalismo e da política partidária. In: _____. *Textos selecionados*. Tradução de Maurício Tragtenberg et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 1-85. (Coleção Os Pensadores).

Daize Fernanda Wagner

Professora Adjunta no curso de Direito da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Ludwig Maximilian Universität (LMU) em Munique, Alemanha. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

daizefernandawagner@gmail.com

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recibido: 20.12.2016
Aprobado: 27.11.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201808

El derecho al nombre en relación con la identidad de género dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el caso del Estado de Costa Rica

THE RIGHT TO A NAME IN RELATION TO GENDER IDENTITY WITHIN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: THE CASE OF THE STATE OF COSTA RICA

Eduardo J. Arrubia[1]

Resumen
Desde el plano de la realidad social, uno de los aspectos principales que caracteriza al derecho a la identidad de género es el ejercicio del derecho al nombre. El Estado de Costa Rica ha solicitado a principios de 2016 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que emita una opinión consultiva acerca de la compatibilidad de su ordenamiento jurídico interno que impone un trámite judicial para que las personas puedan modificar su nombre de pila, en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por consiguiente, se formula un análisis evolutivo de esta rama jurídica a través de la propia jurisprudencia del tribunal en cuestión. Se expone que las categorías de orientación sexual y de identidad de género gozan de status convencional a los efectos de aplicar los principios pro persona y de no discriminación. En consecuencia, se concluye que la aplicación de la legislación civil interna de Costa Rica es contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos siempre que se trate del ejercicio del cambio de nombre como corolario de asumir una identidad de género contraria a la determinada por el sexo biológico.

Palabras clave
Identidad de género; nombre; Derechos Humanos; sexualidad; no discriminación.

Abstract
From a social viewpoint, one of the main features that ensures the right to gender identity is the exercise of the right to a name. In early 2016, Costa Rica consulted the Inter-American Human Rights Court about the compatibility between International Human Rights Law and its domestic juridical system, which requires a judicial procedure in order to have a person´s first name legally modified. Therefore, we suggest a progressive analysis of this legal branch throughout the jurisprudence ruled by the referred Court. We also claim that the concepts of sexual orientation and gender identity both bear conventional status so as to make the non-discrimination and pro persona principles effective. We conclude that in this matter the enforcement of Costa Rica´s civil domestic law is not consistent with the International Human Rights Law.

Keywords
Gender identity; Human Rights; name; sexuality; non-discrimination.

1 Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires
Buenos Aires – Argentina
https://orcid.org/0000-0003-2400-8173

CC BY-NC

Introito

El 18 de mayo de 2016 el Estado de Costa Rica presentó en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) una solicitud de opinión consultiva a fin de que el Tribunal interpretara las obligaciones sobre: a) "la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una"; b) "la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley n. 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención"; y c) "la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo" (Corte IDH, 2017, p. 3-4). De esta manera, el derecho a readecuar el nombre de pila se presenta como una necesidad que proviene del hecho de asumir un género distinto del sexo biológicamente asignado al nacer. Es decir, este derecho aparece como una cuestión vinculada a las personas transexuales y transgénero.

En esta línea, si bien la identidad de género y la orientación sexual constituyen categorías fuertemente vinculadas y la petición de Costa Rica se refiere a ambas, este artículo tiene como finalidad explorar solamente las diversas connotaciones que constituyen la materialidad del ejercicio del derecho humano a la identidad de género. Entre éstas, el derecho al nombre emerge como una pieza central, todo lo cual será abordado desde el enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello se hará hincapié en el Sistema Interamericano en el cual se inserta la solicitud de opinión consultiva antes mencionada.

De manera preliminar, es importante destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha definido a la orientación sexual como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas" (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, p. 6). Mientras que por el contrario la identidad de género ha sido conceptualizada como:

> …la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, p. 7)

El nudo problemático está centrado en la necesidad de especificar si se puede afirmar, por un lado, que exista un derecho a la identidad de género reconocido en los textos convencionales de Derechos Humanos y, por el otro, en caso de ser afirmativa esta respuesta, si el Estado de Costa Rica estaría transgrediendo dichas convenciones a través de la aplicación del artículo 54 de su Código Civil en casos de peticiones de cambio de nombre fundadas en el ejercicio de aquel derecho a la identidad de género. Para esto es necesario precisar que dicha norma de derecho doméstico establece que "Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto" (COSTA RICA, 1887). En este sentido, este artículo se propone contribuir a la literatura existente a través del análisis de la situación fáctica y normativa del Estado de Costa Rica a partir de los estándares internacionales en materia de diversidad sexual y derechos humanos.

En cuanto a la metodología a seguir, en primer lugar se hará referencia a los despliegues actuales de la idea de sexualidad humana en un marco de diversidad, para lo cual se explorará literatura pertinente a la materia a los efectos de establecer la construcción social del género y su canalización en términos de Derechos Humanos. En segundo término, se dará cuenta de la recepción del derecho a la identidad de género en el plano convencional internacional a través de una mirada evolutiva e interpretación pro persona que emerge de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este tipo de interpretación implica que, ante casos de dudas, la tarea interpretativa efectuada sobre las normas siempre deberá favorecer y garantizar la dignidad de la persona humana. En tercer orden, se abordarán las cláusulas de igualdad reguladas por la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual permitirá exponer la articulación del principio de no discriminación en relación a la categoría de identidad de género. Por último, se señalará y fundamentará que la legislación interna del Estado de Costa Rica vinculada al cambio de nombre resulta lesiva de este derecho al supeditar dicha modificación al contralor judicial. Para ello, se hará referencia a los avances normativos que se han producido con la finalidad de proteger el derecho a la identidad de género en Costa Rica, se tendrá en cuenta también jurisprudencia en la que se ha reflejado esta discusión y la legislación argentina como parámetro de protección adecuada de este derecho.

1 Sexualidades, género y Derechos Humanos

La sexualidad humana siempre ha sido objeto de análisis de diversas disciplinas. Desde la medicina, hasta las ciencias más blandas como la psicología, la sociología o la antropología, entre otras, se han preguntado por el fenómeno de la sexualidad que con el devenir de los tiempos se cristalizó en la diversidad sexual, o en las sexualidades en plural. La heterogeneidad de las pasiones, las emociones y los sentimientos de las personas pusieron en evidencia que la orientación sexual y la identidad de género no son más que otros aspectos de la vasta

complejidad del ser. Sin embargo, la pertenencia del individuo a una estructura social es lo que condiciona prima facie las manifestaciones sexuales de los sujetos. De esta manera, como sostiene Duque Yepes (2006, p. 17), la socialización puede ser descripta desde dos ángulos, uno objetivo, a partir del influjo que la sociedad ejerce en el individuo y otro subjetivo, a partir de la respuesta o reacción del individuo a la sociedad. A través de estas interacciones entre el individuo y el tejido social, se van construyendo realidades estereotipadas. Esto genera que en muchas ocasiones las vivencias y experiencias más difusas coloquen a las personas por fuera de esos moldes heteronormativos provocando entonces la aparición del estigma. En este sentido, Goffman sostiene que:

> ...un individuo que podía haber sido fácilmente aceptado en un intercambio social corriente posee un rasgo que puede imponerse por la fuerza a nuestra atención y que nos lleva a alejarnos de él cuando lo encontramos, anulando el llamado que nos hacen sus restantes atributos... construimos una teoría del estigma, una ideología, para explicar su inferioridad y dar cuenta del peligro que representa esa persona. (GOFFMAN, 2012, p. 17)

Estas consideraciones en relación al estigma influyen directamente a la hora de determinar el contenido de los Derechos Humanos. Por ejemplo, la Corte IDH (2016, párr. 120) en un caso reciente, denominado "Flor Freire vs. Ecuador" sostuvo claramente que la categoría de orientación sexual como derecho exigible no solo se refiere a que la persona sea homosexual realmente o manifieste serlo, sino que también abarca el hecho de que los demás la perciban como tal independientemente de que lo sea de manera real, a los efectos de establecer la medida de un acto discriminatorio. Es decir, cuando se discrimina a un sujeto por su orientación sexual, no es relevante si el individuo discriminado es homosexual, sino que lo que importa es que sus rasgos estereotipados hayan sido individualizados por el agente discriminador a los efectos de producir la exclusión o el menoscabo de sus derechos. Entonces, es producto del estigma construido socialmente que la corte acuñó la distinción mencionada entre orientación sexual real y orientación sexual percibida.

Por consiguiente, a raíz de la mirada ajena que convierte al ser humano en objeto de evaluación permanente, y más aún en materia de sexualidad en la que ésta nos define frente a los otros a través de las distintas conductas que vayamos asumiendo, se construye la idea de la identidad sexual. Ésta tiene dos vertientes. Una estática, que está conformada por sus elementos inmutables, por sus caracteres anatómicos y su morfología exterior; y otra dinámica, que se centra en el aspecto psico-social que puede cambiar, en mayor o menor medida, a través del tiempo y se expresa y exterioriza en la personalidad del sujeto, en su actitud habitual, en su comportamiento, sus gestos, su manera de ser (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 113). En este orden de ideas, la identidad aparece fuertemente ligada a la noción de libertad, en sus sentidos tanto positivo como negativo (BERLIN, 2002, p. 168). Así, la persona

debe poder desarrollar su vivencia de género a través de su comportamiento, su vestimenta, sus modales y al mismo tiempo no tropezar con límites por parte del Estado ni de los particulares en cuanto a la autorrealización de su propia personalidad sin resultar perjudicial para los demás. Esta vinculación con la libertad, dentro del Derecho Internacional en el ámbito del denominado *soft law,* la encontramos precisada en relación al reconocimiento de la personalidad jurídica de personas LGTBI en los "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género" también conocidos como Principios de Yogyakarta. En consecuencia, en el texto correspondiente al tercer principio se menciona que "la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad" y que "ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género" (COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2007, p. 12).

Desde una perspectiva histórica, los aportes del feminismo al introducir la categoría género al marco conceptual de sus estudios tuvieron una gran relevancia en el sentido de que se comenzó a analizar al sexo no solo como algo definido biológicamente, sino que el acento se trasladó hacia un enfoque cultural de construcción de roles socialmente esperados por encima de la genitalidad de nacimiento desde una mirada crítica (LAMAS, 2002, p. 37). Precisamente, en esta dicotomía entre naturaleza y cultura se inscriben los cuerpos y las vivencias de las personas que no siempre se adecuan a los mandatos culturales heteronormativos. Así, la CIDH ha reconocido que son nuestras creencias acerca del género, y no la ciencia, las que definen el sexo (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, p. 30). En este contexto, deviene imperioso legitimar, a través del Derecho Internacional, la autodeterminación a la hora de definir la propia identidad, corporalidad y sexualidad del ser humano en su calidad de persona digna. Dignidad que no es dada naturalmente, sino que debe ser construida en aras de proteger los derechos más fundamentales de la persona humana. Pero como sostiene Nino "además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento, debe apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una consciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos" (NINO, 2007, p. 4).

Esta legitimación a la que se hace referencia proviene del entendimiento de que aunque el papel normativo sea central en el campo de la juridicidad, lo cierto es que el derecho, y en el caso objeto de este trabajo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, emite prescripciones y lo hace legitimando, reconociendo, otorgándole la palabra a unos y negándosela a otros (RUIZ, 2003, p. 52). De esta manera, la pregunta medular que emerge está vinculada con determinar en qué medida la identidad de género ha sido receptada como un derecho humano en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de qué manera el derecho al nombre se inscribe en el contexto del pleno ejercicio de este derecho a la identidad de género.

2 La identidad de género como derecho tutelado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la interpretación pro persona

Es sabido ya que la igualdad y la no discriminación son reglas reconocidas por el Derecho Internacional que obligan a todos los Estados. Desde el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, su aplicación viene consagrada a raíz de la Carta de Naciones Unidas (artículos 1 y 55) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2) (PRIETO SANCHIS, 1996, p. 81). Por consiguiente, entre las discriminaciones que se prohíben universalmente se encuentra aquella que es realizada contra una persona o grupo de personas por el mero hecho de pertenecer a una minoría (PRIETO SANCHIS, 1996, p. 81).

En el marco del principio de igualdad, tanto la identidad de género como la orientación sexual constituyen criterios prohibidos de discriminación (conocidos también bajo el rótulo de "categorías sospechosas"), junto con otros tales como la raza, la religión, la nacionalidad, etc. Y, por consiguiente, guardan entre sí ciertas características comunes que le dan sentido a su existencia jurídica, a saber, (1) tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no meramente tangencial; (2) están asociadas con prácticas históricas de discriminación y subordinación; (3) identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad, o sea, para hacerse valer en los órganos de representación; y (4) no corresponden con un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad (UPRIMNY; SANCHEZ, 2014, p. 601).

Existen dos normas expresas en materia de discriminación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Una de ellas es la del artículo 1.1 que establece que:

> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1969)

Y la otra, el artículo 24 en relación a la igualdad ante la ley especifica que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1969).

En consideración de que los tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos son normas jurídicas impregnadas de las características coyunturales de su propio surgimiento, va de suyo que la interpretación que se haga de estos textos debe ser dinámica, atendiendo a las circunstancias cambiantes que evidencia la evolución de las sociedades a través del tiempo (Corte IDH, 2012, párr. 83). En consecuencia, la Corte IDH ha sostenido que a la hora de interpretar el sentido de la expresión "otra condición social" propia del artículo 1.1 de la CADH antes referido corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a

la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio pro persona (Corte IDH, 2012, párr. 84). Esto adquiere mayor relevancia si subsumimos las opiniones de la Corte IDH en la expresión "toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" que corresponde al artículo 31.3.C de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que habilita a interpretar los textos convencionales con otros elementos que no sean únicamente aquellos que emergen de la literalidad misma de sus términos.

Además, la Corte IDH (2004, párrs. 172 y 173) dejó asentada jurisprudencialmente la aplicación del principio pro persona en relación a la tarea de interpretación de las convenciones de Derechos Humanos al sostener en el caso "19 comerciantes contra Colombia" que:

> 172. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que [...] un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
> 173. En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona. (REY CANTOR, 2007, p. 97)

En materia de derechos humanos vinculados a la diversidad sexual esta evolución puede advertirse en el relevamiento realizado por la Comisión Internacional de Juristas (2009, p. 31) según el cual se sostiene que:

> ...la Asamblea General de la ONU ha instado a todos los Estados a garantizar la protección efectiva del derecho a la vida y a investigar con prontitud y exhaustivamente todos los asesinatos que se cometan por cualquier razón discriminatoria, incluida la orientación sexual. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha adoptado varias resoluciones relativas a la cuestión de la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género. Recientemente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó su primera resolución en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Adicionalmente, nuevos instrumentos internacionales han integrado explícitamente la orientación sexual y la identidad de género en la lista de razones prohibidas de discriminación.

De esta manera, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género constituyen una norma de *soft law* ilustrativa del referido proceso evolutivo a la hora de interpretar las convenciones internacionales y también representan una pauta de orientación

hermenéutica a los fines de incorporar el enfoque de identidad de género y orientación sexual para una lectura eficaz de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Máxime, cuando la propia Corte IDH (2012, párr. 91) ha reconocido en su jurisprudencia que estos derechos están amparados por el artículo 1.1 de la CADH. Para esto se ha hecho expresa referencia a las resoluciones que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha adoptado, como así también a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el mismo sentido ha incluido a la orientación sexual en el marco normativo del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, todo lo cual lleva a pensar en un carácter más duro que flexible de estos "Principios" a pesar de no contar con rango convencional.

Además, cuando se trata de Derechos Humanos, se debe formular la necesaria articulación entre las normas del Sistema Universal con aquellas de los sistemas regionales. Así, por ejemplo, el caso contencioso "Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala" constituyó la primera vez en que la Corte IDH reconoció a través de la aplicación de una regla de Derecho Internacional, que estaba habilitada a utilizar tratados del sistema universal al interpretar una norma del sistema regional (BELOFF, 2016, p. 23). Esto permite incorporar al análisis la norma del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo texto análogo al del artículo 1.1 de la CADH también contiene la expresión "otra condición social" a los efectos de bloquear actos de discriminación. En igual suerte que el texto de la CADH, esta nomenclatura ha sido interpretada en el sentido de incluir la categoría de orientación sexual.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos (1994, párr. 8.2-8.7) ha sostenido que la mención de una "protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" en el artículo 26 del PIDCP (NACIONES UNIDAS, 1966) incluye la discriminación por razones de orientación sexual. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000, párr. 18) ha dicho que:

> en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3 [del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por [...] el estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), la orientación sexual [...], que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.

Además, tal como surge del informe de la Comisión Internacional de Juristas (2009, p. 34), el Comité contra la Tortura (2008, párr. 21 y 22) ha entendido que la orientación sexual

y la identidad transexual son una de las razones prohibidas incluidas en el principio de no discriminación. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño (2003b, párr. 6; 2003a, párr. 8) ha enumerado la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación en sus Observaciones Generales relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes, el VIH/SIDA y los derechos del niño.

Ahora bien, como puede advertirse, la categoría de "orientación sexual" ha sido la primera en despertar preocupación en cuanto a su tutela por los órganos antedichos. Esto se debe a que la categoría de identidad de género se materializa en la sociedad de forma mucho más rupturista al momento de desafiar la inscripción corporal dentro de la dicotomía referida supra acerca del binomio naturaleza/cultura. No obstante, este ciclo de interpretación evolutiva debe reconocer como punto de cierre la postura de la Corte IDH ya citada, en la cual se menciona de manera expresa la inclusión de la categoría de identidad de género como elemento prohibitivo de discriminación, a pesar de que el caso de fondo sometido a su competencia contenciosa solo estaba vinculado a un asunto de discriminación por orientación sexual. A nivel normativo, esto queda evidenciado a través de la expresa mención de *lege lata* de la identidad de género en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDPM) cuyo artículo 5 establece:

> Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de **diversas orientaciones sexuales e identidades de género**... (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2015, el relieve me pertenece)

Este texto que fue aprobado el 15 de junio de 2015 en el seno de la Organización de los Estados Americanos pone en evidencia el reconocimiento convencional del derecho a la identidad de género coincidente con la evolución jurisprudencial antes referida a la que ya había llegado la Corte IDH. Aún más, esta redacción define el dinamismo intrínseco de la categoría en análisis ya que el uso del plural en el texto obedece a un paradigma de comprensión de los derechos de la comunidad LGBTI en términos de sexualidades e identidades diversas, imposible de ser catalogadas de antemano. Además, resulta alentador que este tipo de derechos se encuentre recogido en una convención internacional relativa a personas ancianas, ya que los datos de la realidad indican que el promedio de vida de las personas transexuales no supera los 30-35 años de edad[1]. Esto quiere decir que son muy pocas las perso-

1 Dato referido a la región Latinoamericana. Véase el Informe sobre Violencia contra Personas LGBTI (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, p. 16).

nas transexuales que llegan a la edad normativamente estipulada para considerar a una persona como adulto mayor. Esto se debe a que:

> se trata de personas que han padecido la estigmatización violenta de la "primera sociedad" que las mira, o sea, la propia familia. A esto se le suma la falta de escolarización como consecuencia de exclusión directa por prácticas discriminatorias o por autoexclusión. Y luego la imposibilidad de acceder al mercado laboral debido a la imagen contraria a los estereotipos socioculturales hegemónicos... Todo esto lleva a que el espacio en el que ellas encuentran una forma de subsistencia económica es aquél vinculado al ejercicio de la prostitución. (ARRUBIA, 2016, p. 29)

De esta manera, la escasez de recursos y el escenario vulnerable de la prostitución exponen a las personas trans a las enfermedades de trasmisión sexual, todo lo cual opera directamente como un factor de reducción de su expectativa y calidad de vida. Sin embargo, siguiendo a Roqué (2015, p. 73), debe afirmarse que debido a los avances de la medicina y las ciencias de la salud en general el aumento de la longevidad aparece como una de las grandes conquistas del siglo XX. Por eso la autora advierte que esto plantea el desafío de optimizar las mejores condiciones de autonomía, con el ejercicio pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores. Sin duda, dentro de estos desafíos se halla el respeto a los derechos vinculados a la orientación sexual e identidades de género en esta etapa de la vida, lo cual convierte al texto de la convención en un hito paradigmático.

No obstante, a pesar de esta consagración normativa convencional, advierto que el derecho a la identidad de género ya venía despertando preocupaciones en el ámbito internacional desde años anteriores a la CIPDPM. En este sentido, a modo ejemplificativo, se destacan las palabras del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas cueles, inhumanos o degradantes, quien sostuvo:

> [L]os miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos. (NACIONES UNIDAS, 2001, p. 6, párr. 19)

Por otro lado, más allá de la protección en contra de la discriminación por razones de identidad de género, corresponde atender a los despliegues del derecho a la identidad de género per se. En este sentido, la intimidad y dignidad de la persona humana exigen que las personas trans sean removidas de la esfera de la medicalización y la patología para reubicarlas en un espacio identitario propio e igualmente válido (SIVERINO BAVIO, 2016, p. 174). Esto

significa que la decisión de optar o no por una intervención quirúrgica de reasignación sexual constituye una conducta autorreferente tutelada por el derecho a la intimidad y, en consecuencia, la exigencia de modificar el asiento registral deriva del derecho a la identidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y la autonomía (SIVERINO BAVIO, 2016, p. 176). Asimismo, en relación a la tutela de la vida privada de las personas por parte de la CIDH se ha sostenido que:

> …la vida privada incluye además el respeto al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la tutela del derecho a la autodeterminación de los aspectos esenciales que construyen la identidad del individuo, como por ejemplo, su sexualidad. Así, la vida privada, y por ende, el artículo 11.2 de la Convención Americana, garantizarían también que los individuos tengan la posibilidad de establecer relaciones públicas respecto de tales autodeterminaciones, las mismas que no pueden –ni deben– quedar confinadas al espacio o esfera íntima. La consecuencia práctica de esta nueva dimensión obliga a rechazar no sólo las normas que penalizan o patologizan la sexualidad diversa –por ejemplo, la conducta homosexual o la transgeneridad– sino que además garantiza el respeto de las expresiones públicas de afecto de las personas al margen de su orientación sexual e identidad de género. (BERTONI; ZELADA, 2014, p. 283)

En este orden de ideas, resulta interesante traer a colación la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a través de la cual se ilustra la conformación del derecho a la identidad de género. De este modo, el sistema europeo claramente adopta la comprensión binaria de los sexos al sostener en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH) que "…el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho" (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1950). De esta manera, el mensaje legal implica que se es hombre o se es mujer, no otra cosa, dejando así afuera otras manifestaciones de la sexualidad como los casos de personas intersex o hermafroditas (GONZALEZ-ZALZBERG, 2014, p. 803). La pregunta evidente que emerge ante este panorama convencional binario es aquella vinculada a la personalidad de los sujetos transgéneros y sus consiguientes derechos. Así, en una primera etapa a partir de 1986[2] el TEDH respaldó la comprensión binaria de los sexos que emergía de la normativa convencional antes citada (DUTERTRE, 2003, p. 350) y así entendió que si bien existía un derecho a la identidad que permitía a la persona asumir una vida conforme al género sentido, se denegaba el ejercicio de otros derechos tales como la

2 Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Rees vs. United Kingdom (1986), Cossey vs. United Kingdom (1990) y Sheffield and Horsham vs. United Kingdom (1998).

rectificación de la partida de nacimiento, el matrimonio de acuerdo al nuevo género, el derecho a pensión, etc. Para ello, el tribunal de Estrasburgo invocaba la existencia de un amplio margen de apreciación de los Estados para regular este tipo de cuestiones que dependían de parámetros socioculturales propios de cada país (ARAI-TAKAHASHI, 2001, p. 71). Al menos, se dejó asentado en la sentencia del caso Cossey en 1990 que sus decisiones no eran definitivas, dado que este tipo de asunto requería una interpretación evolutiva que podía hacer que en el futuro, producto del desarrollo de las sociedades, pudiera reconocerse la plenitud de los efectos jurídicos al cambio de género (DOTHAN, 2015, p. 229). No obstante, estos primeros pronunciamientos del TEDH resultaron paradójicos ya que se aseveraba que el verdadero sexo era el biológico de nacimiento, incluso a pesar de que luego la persona lo hubiera modificado quirúrgicamente, pero aun así se generaba que la persona fuera considerada hombre para algunos asuntos y mujer para otros (GONZALEZ-ZALZBERG, 2014, p. 809).

Ahora bien, en el año 2002 el Tribunal dio el giro esperado en los famosos casos "Goodwin" e "I.", ambos contra el Reino Unido. A partir de aquí, se abandonó la doctrina anterior la cual implicó que el derecho a la identidad de género se reconociera incluso hasta permitir la modificación registral de las partidas de nacimiento con el consecuente goce de los derechos inherentes al nuevo género asumido. Se puso el énfasis argumentativo en la tutela de la autonomía de la persona la cual siempre debe prevalecer ante una situación relativa a la vida privada como lo es el diseño de los datos personales que hacen a la propia identidad (HERALD, 2009, p. 194). El TEDH entendió que el nuevo escenario social europeo mostraba mayor tolerancia hacia los derechos de las personas trans, por lo cual ya no se justificaba seguir incluyendo este tipo de asunto dentro del margen de apreciación de los Estados y, por consiguiente, se catalogó el accionar de las autoridades públicas británicas como una injerencia estatal ilegítima lesiva del derecho a la vida privada y familiar protegido por el artículo 8 del CEDH (BJORGE, 2015, p. 181). Sin embargo, para los jueces no alcanzaba con que la persona se asumiera como transgénero sino que debía ser transexual, esto es, haber modificado quirúrgicamente su sexo porque se sostenía una creencia según la cual el género debía ser determinado por el sexo biológico. Entonces para asumir un género diferente del correspondiente al sexo asignado al nacer se requería que éste fuera reconstruido (GONZALEZ-ZALZBERG, 2014, p. 811).

Finalmente, la última sentencia que se registra en el sistema regional europeo de Derechos Humanos relacionada al derecho a la identidad de género es la del caso "Y.Y. vs. Turquía". En esta causa, se trató de una persona de sexo biológico femenino la cual el Estado le denegaba la posibilidad de acceder a una cirugía de reasignación de su sexo a los efectos de poder asumir un cuerpo masculino conforme a su género autopercibido. El argumento de las autoridades de Turquía se basaba en el hecho de que la persona podía conservar sus funciones biológicas de procreación a pesar de atravesar el procedimiento quirúrgico, mientras que el artículo 40 del Código Civil turco exigía que para acceder a esta operación el individuo debía ser

permanentemente infértil (WICKS, 2016, p. 123). Luego de un tiempo considerable el Estado permitió que esta reasignación se llevara a cabo. El TEDH determinó la responsabilidad internacional de Turquía considerando que durante todo ese tiempo de negativa se había producido una injerencia estatal ilegítima en derechos personalísimos como lo son el de la identidad de género y la disposición del propio cuerpo.

3 Cláusulas convencionales de igualdad en relación con el derecho a la identidad de género: desde la norma internacional hacia la situación concreta de Costa Rica

En relación a las cláusulas de igualdad de la CADH transcriptas supra, Uprimny y Sanchez (2014, p. 583) advierten que la cláusula del artículo 1.1 es subordinada, mientras que la del artículo 24 es autónoma. Esto quiere decir que en la que es subordinada se consagra la igualdad como garantía accesoria a otro derecho o libertad, mientras que la que es autónoma contiene una prohibición de discriminación genérica en la aplicación de las leyes de los estados parte. El artículo 1.1 se restringe a todos los derechos consagrados en la CADH, pero el 24 va más allá y extiende la prohibición de discriminación a las normas internas de los Estados (UPRIMNY; SANCHEZ, 2014, p. 584). Por lo tanto, del hecho intrínseco de que el artículo 24 mencionado sea una cláusula autónoma, se desprenderán las siguientes características: 1) consagra un derecho independiente de los demás derechos; 2) genera derechos y deberes específicos de protección para los Estados, en tanto que es un derecho autónomo; 3) se refiere específicamente a la garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los estados y las actuaciones de sus autoridades (UPRIMNY; SANCHEZ, 2014, p. 585).

En esta línea, la CIDH a la hora de interpretar el artículo 24 antes mencionado, en el caso Morales de Sierra, entendió que existe un principio según el cual ciertas formas de diferencia en el trato devienen fuertemente sospechosas de ilegalidad y, por consiguiente, el Estado debe alegar razones suficientemente justificantes para mantenerlas (ABRAMOVICH, 2006, p. 44). Siempre que estas distinciones se apoyen en un factor susceptible de generar "sospecha" de discriminación negativa tales como la raza, la religión, el sexo, etc. será necesario que la norma o política que los utiliza sea revisada a través de un escrutinio estricto. Como consecuencia de este informe de la Comisión, el Estado de Guatemala se vio obligado a modificar su legislación interna que confería la administración exclusiva de la sociedad conyugal al esposo varón (ABRAMOVICH, 2006, p. 44).

De esta manera, en analogía con lo sucedido respecto del Código Civil de Guatemala, el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica configura una disposición discriminatoria que transgrede el artículo 24 de la CADH. Es decir, si bien es evidente que el requisito de trámite judicial a los efectos de la modificación del nombre de una persona humana es *prima facie* compatible con el artículo 18 de esta Convención, que sujeta el derecho al nombre a la reglamentación que cada Estado haga mediante un dispositivo legal interno, lo cierto es que

en materia de casos vinculados al pleno ejercicio del derecho a la identidad de género, dicha reglamentación emanada del ordenamiento doméstico del Estado costarricense deviene irrazonable. Resulta que la regulación que de alguna manera restrinja un derecho, además de cumplir con requisitos de forma, debe observar cuestiones sustanciales que atañen al contenido de ese derecho mismo (DULITZKY, 2006, p. 103). Así ha quedado establecido por la Corte IDH (1985, párr. 37) al pronunciarse en la opinión consultiva acerca de la colegiación obligatoria de periodistas. Es decir, las restricciones deben fijarse de conformidad con ciertos requisitos formales vinculados a los medios a través de los que se manifiestan, pero además, deben atender a condiciones de fondo que son representadas por la legitimidad de los fines que se pretendan lograr con dichas restricciones (PINTO, 2008, p. 102). En este orden, esta irrazonabilidad se funda en que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1.1 de la CADH interpretado conforme la jurisprudencia de la Corte IDH como se explicara previamente, la judicialización de la intimidad de la persona que asume una identidad de género diferente de la que se le ha atribuido culturalmente representa una intromisión o injerencia estatal ilegítima. Así, queda lesionado también el artículo 11 de la Convención en análisis. Con más precisión, esta transgresión normativa aparece evidenciada si tomamos como referencia el documento de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012, párr. 31) en el que se alegó que las categorías de derechos vinculadas a la diversidad sexual, entre ellas la identidad de género, componen el contenido sustancial del derecho a la vida privada de la persona.

Adicionalmente, a modo de guía interpretativa resulta enriquecedor traer a colación el texto del apartado D del tercer principio de Yogyakarta en relación al reconocimiento de la personalidad jurídica y en virtud del cambio de nombre vinculado al ejercicio del derecho a la identidad de género. Este principio alude a que los Estados "garantizarán que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida" (COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2007, p. 12). Desde esta óptica se puede advertir que un trámite judicial para lograr el cambio de nombre en personas transexuales, travestis o transgénero es lesivo de la intimidad de la persona que queda expuesta al contralor de un magistrado. Sobre todo si se repara en que éste, en ocasión del ejercicio de prerrogativas que cada legislación procesal interna le otorgue, podrá agravar la situación de discriminación social a la que el o la justiciable está sometida/o exigiendo comparecencias, audiencias, peritajes, etc. por demás innecesarios ya que cada persona tiene el derecho fundamental de autodeterminar su propia identidad de género siendo el nombre una manifestación elemental de esa autonomía. En cambio, el trámite administrativo permite que la persona pueda solicitar la modificación y sustitución del nombre registral por otro que se corresponda con su identidad de género. Ante esta petición, la autoridad administrativa se ve constreñida a conceder dicha solicitud sin posibilidad de exigir ningún tipo de prueba al respecto. Es decir, el hecho de la petición de la persona es por sí mismo probatorio de su identidad de género ya que el carácter profundamente íntimo de esta noción se basa única y suficientemente en la autopercepción del género. En contraposición, cuando una petición de esta

naturaleza es sometida al escrutinio de un juez el trámite puede prolongarse en el tiempo lesionando el derecho de la persona y simultáneamente habilita al juzgador a requerir medidas probatorias sobre un aspecto íntimo de la vida humana como lo es la identidad de género. Además, debe tenerse en cuenta las costas económicas que genera un proceso judicial sumando los gastos de honorarios profesionales del abogado representante de quien desea cambiar su nombre. En consecuencia, el trámite administrativo con las características mencionadas debe regularse a través de una ley del Estado que asegure la protección plena de este derecho en los términos aquí planteados.

En este sentido, la experiencia de Argentina resulta esclarecedora en la materia ya que este Estado sancionó en el año 2012 la Ley de Identidad de Género n. 26.743 que define a este derecho de la misma manera en que lo había hecho de la CIDH conforme quedó dicho al comienzo de este trabajo. Así, se produce un proceso de desjudicialización y de despatologización, lo cual implica que la persona pueda peticionar el cambio de nombre conforme con su identidad de género autopercibida ante el Registro de las Personas, o sea, una sede administrativa (artículo 3). Para ello, no se necesita acreditar la existencia de una intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico (artículo 4). Esto significa que "para las instituciones del Estado, la genitalidad deja de ser el destino del cuerpo que lo porta. En efecto, la ley desactiva los determinismos psicológicos y el naturalismo corporal e identitario, que sirvió como fundamento para colonizar las corporalidades diversas" (LITARDO, 2013, p. 251).

En relación a lo que sucede en Costa Rica, dentro del marco normativo anteriormente descripto, en el año 2014 se dio un caso ante el juzgado civil de mayor cuantía de Heredia. En esta oportunidad, una persona de sexo biológico masculino inició una acción judicial con la finalidad de obtener la modificación de su nombre registral. Ante esta petición, el juez denegó el cambio solicitado ya que el nuevo nombre alegado era "Kala" y la terminación del mismo con la letra "a" representaba al sexo femenino contrario a la identidad del accionante. Por lo tanto, la persona afectada apeló la sentencia ante el Tribunal Civil de Heredia, el cual dictó su pronunciamiento revocando la sentencia de primera instancia y ordenando que se asentara el cambio de nombre solicitado en el Registro correspondiente. Así, el Tribunal fundamenta su decisión en el derecho al cambio de nombre y el derecho a la intimidad, pero al mismo tiempo sostiene que en el caso no aparece involucrado el género de la persona. Para ello sostiene que "el promovente en el ámbito de su familia y de sus amigos, es identificado como 'Kala' sin que ello afecte su identidad, su intimidad, ni su género" (TRIBUNAL DE HEREDIA, 2014, párr. 2). Por lo tanto, puede advertirse que el Tribunal no se manifestó en relación a las consecuencias de asumir una identidad de género culturalmente diversa, ni a la importancia de que la misma sea reconocida a través del nombre libremente escogido por la persona en sede administrativa.

Adicionalmente, el Estado de Costa Rica a través del Tribunal Supremo de Elecciones modificó en el año 2016 el Reglamento de Fotografías para la Cédula de Identidad que había

sido promulgado en el año 2010. Esta norma tiene la finalidad de regular la recepción y aprobación de las imágenes contenidas en el documento de identificación individual de los ciudadanos costarricenses. En este sentido, se dispone que toda persona tiene el derecho a que se respete su imagen e identidad de género al momento de tomarse la fotografía que se inserta en la cédula de identidad (artículo 2). De este modo, el reglamento se refiere al concepto de sexo registral como aquel declarado por las personas progenitoras o por la autoridad competente en la declaración de un nacimiento y que consta en el Registro Civil (artículo 3). Y también define a la identidad de género como "la vivencia interna e individual del género, que no necesariamente corresponde con el sexo asignado al momento del nacimiento. Alude a la autopercepción y al cómo se asume la persona en su identidad, funciones y atributos" (TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES, 2016, artículo 3). Al mismo tiempo, el reglamento impone a los funcionarios públicos el deber de velar "…porque cada gestión se resuelva en el marco de una filosofía de pleno respeto al derecho a la imagen y a la identidad de género de la persona usuaria…" (TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES, 2016, artículo 4).

Sin embargo, corresponde señalar que a pesar de estos avances el cambio de nombre de forma congruente con la identidad de género real de la persona encuentra un gran obstáculo en el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica al que se ha hecho referencia supra. De manera tal que actualmente solo es posible acceder a dicha modificación completa por medio de un proceso judicial. En este contexto, debe destacarse a título de buenas prácticas el reconocimiento que se dispensa a las personas trans en algunas entidades. Por ejemplo, el 7 de marzo de 2017 el rector de la Universidad de Costa Rica, Henning Jensen, dictó una resolución oficial por medio de la cual se reconoció el derecho de los estudiantes trans a que sean nombrados en los documentos universitarios de acuerdo con el nombre que satisfaga su verdadera identidad de género[3].

Conclusión

En suma, se han explorado y fundamentado los desarrollos del derecho a la identidad de género en el seno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello se analizaron los despliegues de este derecho vinculados a la discriminación negativa, por un lado, y a su fundamentación intrínseca a través de la intimidad y la vida privada, por el otro. El concepto mismo de género pone en evidencia la construcción social de la existencia de hombres y mujeres. El derecho en general y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no han sido ajenos a este reconocimiento. De esta manera, la apelación al principio de interpretación pro persona ha

3 Véase: <https://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/61822/ucr-reconoce-derecho-al-nombre-a-estudiantes-trans>. Acceso el: 31 dic. 2017.

permitido valorar la dignidad humana a los efectos de dar legitimidad dentro del campo operativo de los derechos humanos al derecho a la identidad de género.

Por consiguiente, se concluye que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica es incompatible con los artículos 11, 18 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siempre que se trate de la modificación del nombre de una persona humana con motivo del ejercicio de su derecho a la identidad de género. Se advierte que el trámite más congruente con el respeto a este derecho y, por tanto, no discriminatorio, es aquel que se establece en sede administrativa registral no judicial, siempre que a su vez permita el acceso rápido, eficaz y sin dilaciones por parte de la persona directamente interesada conforme a la propia autopercepción de su género, al sentir y a la vivencia de su sexualidad y corporalidad de las cuales solo dicha persona puede ser artífice con exclusión de terceros, sean particulares o sea el Estado. El análisis de la situación fáctica y legal de Costa Rica ha permitido advertir cómo se produce la vulneración del derecho a la identidad de género a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y diversidad sexual.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Victor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, n. 88, p. 35-50, 2006.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. New York: Intersentia, 2001.

ARRUBIA, Eduardo. ¿Iguales o diferentes? Los derechos de las personas LGBTI en discusión. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 41, p. 15-34, 2016. Disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/554>. Acceso el: 20 marzo 2018.

BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Incorporating four essays on liberty. New York: Oxford University Press, 2002.

BELOFF, Mary. *El derecho de los niños a su protección especial en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires, 2016. En preparación.

BERTONI, Eduardo; ZELADA, Carlos. Protección de la honra y de la dignidad. En STEINER, Christian; URIBE Patricia (Ed.). *Convención Americana de Derechos Humanos* – Comentario. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Impreso en Bolivia por Plural editores en junio de 2014.

BJORGE, Eirik. *Domestic application of the ECHR. Courts as faithful trustees*, New York: Oxford University Press, 2015.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos). San José, 1969. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>. Acceso el: 20 marzo 2018.

_____. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. 2012. Disponible en: <http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28504S.pdf>. Acceso en: 20 marzo 2018. _____. *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>. Acceso el: 20 marzo 2018.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Identidad de género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Guía para profesionales n. 4. Ginebra, 2009. Disponible en: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/orientacion-sexual- e-identidad-de-genero-y-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>. Acceso el: 20 marzo 2018.

_____. *Principios deYogyakarta* – Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Marzo de 2007. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>. Acceso el: 20 marzo 2018.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observación General n. 2:* Aplicación del Artículo 2 por los Estados Parte. 24 de enero de 2008.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALESY CULTURALES. *Observación General n. 14:* El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12). 11 de agosto de 2000.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Nicholas Toonen v. Australia*. Comunicación n. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 1994.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 3*. VIH/SIDA y los derechos del niño. Marzo de 2003a.

_____. *Observación General n. 4*. Salud y Desarrollo de los Adolescentes. Julio de 2003b.

CORTE IDH. *Caso 19 Comerciantes contra Colombia*. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 5 de julio de 2004.

_____. *Atala Riffo y niñas contra Chile*. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012.

_____. *Flor Freire contra Ecuador*. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2016.

_____. *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

_____. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* – Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

COSTA RICA. Ley n. 63 de 28 de setiembre de 1887 (Código Civil). San José, 1887. Disponible en: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437>. Acceso el: 20 marzo 2018.

DOTHAN, Shai. *Reputation and judicial tactics*. A theory of national and international courts. NewYork: Cambridge University Press, 2015.

DULITZKY, Ariel. Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos. En: MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZÓN, Diego; GUEVARA, José (Comps.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, A. C., 2006.

DUQUE YEPES, Hernando. *La excelencia como ideal y realidad en el ser humano*. Bogotá: Editorial San Pablo, 2006.

DUTERTRE, Gilles. *Key case – Law extracts*. European court of human rights. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2003.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

GOFFMAN, Irving. *Estigma*. La identidad deteriorada. Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

GONZALEZ-ZALZBERG, Damian. The accepted transsexual and the absent transgender: a queer reading of the regulation of sex/gender by the European Court of Human Rights. *The American University International Law Review*, v. 29, n. 4, p. 797-829, 2014.

HERALD, Marybeth. Explaining the differences: Transgender theories and court practice. En: BARCLAY, Scott; BERNSTEIN, Mary; MARSHALL, Anne-Marie (Eds.). *Queer movilizations.* New York: New York University Press, 2009.

LAMAS, Marta. *Cuerpo:* Diferencia sexual y género. México D.F.: Ed. Taurus-Pensamiento, 2002.

LITARDO, Emiliano. Los cuerpos desde ese *otro lado*: la ley de identidad de género en Argentina. *Meritum*. v. 8, n. 2, p. 227-255, 2013.

NACIONES UNIDAS – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH). *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Informe provisional A/56/156 de 3 de julio de 2001.

_____. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Washington, D.C., 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp>. Acceso en: 20 marzo 2018.

PINTO, Mónica. *El derecho internacional*. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Tolerancia y minorías:* Problemas jurídicos y políticos. La Mancha: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla, 1996.

REY CANTOR, Ernesto. *Celebración y jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos (Colombia y Venezuela)*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.

ROQUÉ, Mónica. El camino de la comunidad internacional. En: DABOVE, María Isolina (Dir.). *Derechos Humanos de las personas mayores*. Acceso a la justicia y protección internacional. Buenos Aires: Astrea, 2015.

RUIZ, Alicia. La imagen que nos devuelve el derecho. En: FAUR, Eleonor; LAMAS, Alicia (Comps.). *Derechos universales, realidades particulares*. Reflexiones y herramientas para la concreción de los derechos humanos de mujeres, niños y niñas. UNICEF, 2003.

SIVERINO BAVIO, Paula. El derecho a la identidad: La ley de identidad de género y sus proyecciones. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

TRIBUNAL DE HEREDIA. *Voto 100-02- 14*. Costa Rica, 2014.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 1950. Disponible en: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>. Acceso el: 20 marzo 2018.

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. Decreto 03-2016. *La Gaceta*, n. 95, 18 de mayo del 2016. Disponible en: <https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2016/05/18/COMP_18_05_2016.pdf>. Acceso el: 20 marzo 2018.

UPRIMNY, Rodrigo; SANCHEZ, Lus María. Igualdad ante la ley. En: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (Ed.). *Convención Americana de Derechos Humanos* – Comentario. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Impreso en Bolivia por Plural editores en junio de 2014.

WICKS, Elisabeth. *The state and the body*. Legal regulation of bodily autonomy. Oregon: Hart Publishing, 2016.

Eduardo J. Arrubia

Abogado. Becario de investigación doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina (Conicet). Profesor Adjunto en la cátedra de Filosofía del Derecho y Ética de la Abogacía (Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires). Doctorando en Derecho (UBA). Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH-Unicen).

earrubia@gmail.com

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recibido: 14.11.2016
Aprobado: 27.11.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201807

Fragmentación normativa y asimetrías en la OMC: ¿maraña de normas o margen de maniobra?

LEGAL FRAGMENTATION AND ASYMMETRIES IN THE WTO: SPAGHETTI BOWL OR POLICY SPACE?

Juliana Peixoto Batista[1]

Resumen

Este trabajo aborda el tema de las asimetrías en el sistema multilateral de comercio en el marco del debate teórico de la fragmentación del derecho internacional. En ese sentido, en el ámbito del derecho del comercio internacional, la imagen del *spaghetti bowl* se hizo famosa por alertar sobre los riesgos de la maraña de normas; un laberinto de preferencias cruzadas; un panorama de potenciales conflictos normativos y de jurisdicción. Sin embargo, si bien la creciente fragmentación torna complejo no solo la evaluación de los impactos sistémicos de los acuerdos, sino también del equilibrio entre pérdidas y ganancias para los países signatarios y de sus obligaciones en los diferentes acuerdos, también refleja espacios de políticas, sobre todo para los países en desarrollo. Así, este trabajo analizará la tendencia de fragmentación de las normas relativas al Trato Especial y Diferenciado (TED), desde la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en el intento de mostrar que el TED, al mismo tiempo que contribuye a la fragmentación normativa en el marco del sistema multilateral de comercio, también refleja la utilización de márgenes de maniobra por parte de países en desarrollo, rescatando una dimensión estratégica que puede tener la fragmentación.

Palabras clave

Fragmentación normativa; sistema multilateral de comercio; asimetrías; Trato Especial y Diferenciado; margen de maniobra.

Abstract

This paper addresses the issue of asymmetries in the multilateral trading system under the theoretical debate of fragmentation of the international law. In this sense, in the scope of the international trade law, the Spaghetti Bowl image is famous by calling the attention to the risks encompassed by the "tangle of norms"; a labyrinth of crossed preferences and potential conflicts of norms and jurisdictions. Nevertheless, although the increasing fragmentation raises challenges of measuring systemic impact of agreements, balance trade-offs, rights and obligations among different commitments, it also opens policy spaces, mostly for developing countries. This article analyzes the trend of rules fragmentation within the Special and Differential Treatment (S&DT), since the creation of the WTO. The purpose is to prove that the S&DT reflects also the use of rooms for manoeuvre by developing countries, *while contributing to an increasingly fragmentation of the rules in the multilateral trading system, highlighting thus the strategic dimension of fragmentation.*

Keywords

Legal fragmentation; multilateral trading system; asymmetries; Special and Differential Treatment; room for manouevre.

1 Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
https://orcid.org/0000-0003-0341-5909

CC BY-NC

Introducción

En años recientes, la multiplicación de foros de negociación y acuerdos comerciales internacionales ha colaborado para el debate acerca de la creciente fragmentación del derecho internacional (DI). Dicho debate, que se inicia en el marco de la ramificación del DI, intensificada particularmente desde fines de la Segunda Guerra Mundial, plantea crecientes retos para la construcción de regulaciones armónicas en el ámbito internacional. Si bien ese fenómeno de ramificación no es exclusivo del siglo XX, es en ese siglo cuando se observa una fragmentación sin precedentes en el sistema internacional. En ese sentido, se manifiesta el fenómeno llamado "diferenciación funcional", donde hay una creciente especialización de partes de la sociedad y la creciente autonomía relativa de dichas partes (CDI, 2006). En ese marco empiezan a funcionar y a reproducirse innumerables instituciones y tratados que regulan los más variados aspectos de la vida internacional y cuyo resultado es una creciente fragmentación institucional y legislativa (ÁLVAREZ, 2006).

En el ámbito del derecho del comercio internacional, la imagen del *spaghetti bowl* (BHAGWATI, 1995) es bien explicativa del fenómeno y se hizo famosa por alertar sobre los riesgos de la fragmentación, reflejada por una maraña de normas, un laberinto de preferencias cruzadas en un panorama de potenciales conflictos normativos y de jurisdicción.

Si bien es cierto que el *spaghetti bowl* torna complejo no solo la evaluación de los impactos sistémicos de los acuerdos, sino también del equilibrio entre pérdidas y ganancias para los países signatarios y de sus obligaciones en los diferentes acuerdos, también es cierto que la fragmentación abre espacios de políticas, sobre todo para los países periféricos del sistema internacional.

Al considerar la tendencia de fragmentación en el sistema internacional, la literatura especializada suele enmarcarse en la primera postura. Para ello, analizan casos de fragmentación del derecho internacional, de conflicto de normas, jurisdicciones o la relación entre ramas especializadas del derecho internacional y el derecho internacional general (MUS, 1998; PAUWELYN, 2003; SADAT-AKHAVI, 2003; CDI, 2006). Al hacerlo, soslayan la variable política en las negociaciones de las reglas en el sistema internacional y las tensiones subyacentes que muchas veces son los generadores de procesos de fragmentación. Es decir, existe una relación poco explorada entre asimetrías en ámbitos de negociaciones internacionales y procesos de fragmentación normativa.

En ese sentido, algunos trabajos más cercanos al pluralismo jurídico interpretan que la fragmentación plasma la presencia de intereses divergentes, en un panorama donde la construcción de reglas armónicas no debe ser un objetivo en sí mismo, sobre todo en escenarios de desigualdad entre las partes que negocian (FINNEMORE, 1996; KOSKENNIEMI; LEINO, 2002; KENNEDY, 2009; KOSKENNIEMI, 2012, entre muchos otros). Desde ese punto de vista, la fragmentación puede ser un indicador de negociaciones asimétricas.

Al trasladarse ese debate al caso concreto del sistema multilateral de comercio, se observa que el tema de las asimetrías ha sido objeto de amplia disputa, que abarca desde el debate sobre

comercio y desarrollo, pasando por la relación entre la UNCTAD y el GATT/OMC, hasta todas y cada una de las batallas semánticas alrededor del concepto de Trato Especial y Diferenciado (TED), su alcance y universo de beneficiarios (PEIXOTO BATISTA, 2005; 2010).

Este trabajo busca aportar a ese debate y matizar las posturas mayoritarias en la literatura según las cuales la fragmentación normativa tiene necesariamente una connotación negativa al conllevar riesgos para la coherencia y seguridad jurídica del orden internacional.

Para ello, se trae al análisis las flexibilidades para países en desarrollo en el sistema multilateral de comercio, más específicamente el Trato Especial y Diferenciado, como un caso en el cual la fragmentación indica la asimetría en las negociaciones y sobre todo indica el uso por parte de los países en desarrollo de los (exiguos) márgenes de maniobra que les permite llevar adelante estrategias de desarrollo cada vez más restringidas en el sistema multilateral. En ese sentido, este trabajo abordará el tema de las asimetrías en el sistema multilateral de comercio en el marco del debate teórico de la fragmentación del derecho internacional y se analizará la tendencia de fragmentación de las normas relativas al TED, desde la creación de la OMC. Es decir, el principal argumento del trabajo es que el TED, al mismo tiempo que contribuye a la fragmentación normativa en el marco del sistema multilateral de comercio, también refleja el uso, por parte de los países en desarrollo, de márgenes de maniobra en las negociaciones multilaterales.

El trabajo está hecho en base a investigación documental y entrevistas a informantes claves. En ese sentido, en primer lugar se analizó la literatura existente sobre el tema, y a tal efecto, por un lado, se llevó adelante un apartado con los trabajos teóricos sobre el debate teórico de la fragmentación del derecho internacional, que incluye enfoques pluralistas y, por otro lado, un apartado que hace un recorrido histórico sobre el tema TED desde su creación en el GATT hasta el fin de la Ronda Uruguay y la creación de la OMC. En segundo lugar, se analizaron los informes de trabajo del Comité de Comercio y Desarrollo en Sesión Extraordinaria de la OMC —desde el 2002 hasta el 2015— donde el tema de TED es mayormente tratado, además de las declaraciones ministeriales de Bali y Nairobi, para darse cuenta de la situación del TED en los borradores de negociación de la Ronda de Doha. También se analizaron documentos importantes para la Ronda como la Declaración de Hong Kong o el Paquete de Julio, con el uso de la base de datos "WTO Documents Online"[1] de la misma OMC. En tercer lugar, se realizaron entrevistas a informantes claves en los periodos entre los años 2009 y 2010 y entre los años 2014 y 2015, a saber: misiones diplomáticas de Argentina, Brasil y Sudáfrica en Ginebra; funcionarios de la OMC, incluyendo el entonces vice Director Ejecutivo; funcionarios de la UNCTAD en Ginebra; funcionarios e negociadores del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina; funcionarios de la Embajada de

1 Disponible en: <https://docs.wto.org>. Acceso el: 1 agosto 2017.

Brasil en Buenos Aires; expertos en Trato Especial y Diferenciado, expertos en el GATT y la Ronda Tokio; expertos y ex negociadores de la Ronda de Uruguay. Se entrevistaron un total de 22 personas.

Este trabajo se enmarca en una investigación más amplia, doctoral, que la autora ha llevado a cabo entre los años 2010 y 2015 sobre la constitucionalización y la fragmentación de normas en el sistema multilateral de comercio.

1 La fragmentación del derecho internacional: perspectivas teóricas para su análisis

El recién debate sobre la fragmentación del derecho internacional tiene sus antecedentes en el proceso de ramificación del derecho internacional, intensificada particularmente desde el nuevo orden internacional establecido luego de la Segunda Guerra Mundial. Si bien ese fenómeno de ramificación no es exclusivo del siglo XX, es en ese siglo cuando se observa una fragmentación sin precedentes en la llamada sociedad internacional. En ese sentido, se observa la multiplicación de instituciones, foros y tratados, cada vez más especializados y cuyo resultado es una creciente fragmentación institucional y legislativa.

Desde ese diagnóstico, el fenómeno de la fragmentación recibe una carga valorativa más o menos positiva a depender del enfoque a partir del cual es analizado. En general, parten de la idea de que el derecho internacional se compone de fragmentos de actividad normativa e institucional y que la complejidad creciente desde fines de la Segunda Guerra Mundial ha sido intensificada por el fenómeno de la globalización (CDI, 2006).

Entre los enfoques más identificados con la disciplina jurídica se encuentran trabajos que analizan los retos técnico-jurídicos que plantea esa fragmentación normativa, como el conflicto de jurisdicciones, los fallos contradictorios, entre otros. Es el caso del Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas (CDI, 2006), que es resultado de esa preocupación por la fragmentación creciente.[2]

El informe manifiesta que el fenómeno de la fragmentación es una de las características de la reciente vida internacional, y rescata el concepto de diferenciación funcional, en donde se observa una creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes. Esto sucede tanto a nivel nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que, si bien ha conducido a una creciente uniformización de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas y relativamente

2 Doc. A/CN.4/L.702, de 18 de julio de 2006. En 2003 la CDI nombró como Presidente del Grupo de Estudios a Martti Koskenniemi, y en 2006 dio a conocer el informe "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional".

autónomas (CDI, 2006, p. 11-12). El informe también reconoce que la fragmentación es inevitable y una tendencia natural en el derecho internacional, un reflejo de los diferentes propósitos y preferencias de los sujetos en una sociedad plural (mundial). El marco utilizado por el Informe es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, dentro del cual se evalúa la fragmentación y resalta la analogía con el conflicto de normas para resolver los retos planteados por ese fenómeno, y desde el cual se ofrecen herramientas técnico-jurídicas de gestión de los conflictos.

Sin embargo, en el estudio de la fragmentación también se observan enfoques más flexibles y pluralistas. En sentido, uno de los primeros teóricos del fenómeno de fragmentación fue Niklas Luhmann[3] (1971) quien, mientras teorizaba sobre el concepto de sociedad mundial, construyó una hipótesis según la cual hacia fines del siglo XX el derecho global experimentaría una fragmentación radical, no sobre líneas territoriales, sino sobre la base de sectores sociales. La razón sería la transformación de expectativas normativas (moral, política, derecho) en expectativas cognitivas (economía, ciencia, tecnología), que tendría lugar durante la migración de sociedades organizadas nacionalmente hacia sociedades globales (citado en FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004). En este escenario los conflictos que predominan ya no son entre Estados, sino entre grupos de normas de diferentes sectores sociales globales.

Emergen entonces perspectivas que complejizan el lugar del derecho internacional en el sistema internacional. Se observa el derecho internacional desde una perspectiva social, donde el Estado no es el único actor del sistema con capacidad normativa (DUPRET, 2012).

Allí intervienen agencias nacionales e internacionales, expertos, organizaciones transnacionales, todos involucrados en intrincados procesos de tomas de decisiones, creación de normas e implementación en un complejo de regímenes internacionales (RAUSTIALA; VICTOR, 2004; ALTER; MEUNIER, 2009).

Esto implica una comprensión más crítica sobre la dimensión estratégica de la fragmentación (YOUNG, 2012), en la que es necesario entender cómo interactúan los diferentes elementos relacionados con el derecho internacional y la gobernanza global, cuáles son los regímenes (KRASNER, 1982; KEOHANE, 1984) que se encuentran más enraizados en la sociedad internacional, y cuáles son los campos de convergencia y divergencia entre los diferentes regímenes.

La aceptación de la existencia de muchos y diversos grupos normativos en el sistema internacional, de la coexistencia de espacios legales superpuestos, interconectados e interrelacionados (IANNELLO, 2014) es otro rasgo del pluralismo jurídico, corriente que ha sido entendida como clave en la visión post moderna del derecho.

• • •

3 LUHMANN, Niklas. *Die Weltgesellschaft*. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, v. 57, n. 1, p. 1-35, 1971.

Hace referencia propiamente a la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes en un mismo espacio-temporal, que, por un lado, niega el monopolio jurídico por parte del Estado y, por otro lado, acepta la descentralización del derecho estatal (FARIÑAS, 2006, p. 36). De esta forma, describe un caleidoscopio jurídico (SANTOS; GARCÍA VILLEGAS, 2001) que incluye, entonces, tanto el clásico "derecho duro" de los estados (por ejemplo, leyes y tratados internacionales) como formas novedosas de "derecho blando" (por ejemplo, los códigos de conducta empresariales y las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos) (GARAVITO, 2011, p. 74).

Muchos autores pluralistas aducen que no existe una "metarracionalidad" que pueda invocarse para ordenar el creciente número de instituciones y normas internacionales. Evitan el énfasis desmedido en la norma y la jerarquía para dar lugar a formas más múltiples de organización que den más espacio a la política, los actores y al intercambio más "heterárquico"[4] entre diferentes órdenes jurídicos (KRISCH, 2010).

En ese sentido, Fischer-Lescano y Teubner (2004) afirman que las causas de la fragmentación normativa son políticas, residen en las tensiones que subyacen las negociaciones y la elaboración de normas en el sistema internacional. La mejor manera de manejar dicha situación es no seguir insistiendo en jerarquizar las normas y las instituciones, tarea que además tiene pocas chances de éxito, sino que "politizar" el conflicto de normas, o sea, considerar la variable política en las negociaciones entre diferentes actores colectivos. Esto se debe llevar a cabo evitando el otro extremo, que es considerar norma y política como lo mismo. En cambio, se debe mirar a la relación estructural entre derecho y poder en la construcción y la multiplicación de las normas.

Es decir, el enfoque pluralista no solo observa la existencia de múltiples (sub)sistemas jurídicos como algo propio de la actual configuración del sistema internacional, sino que rechaza la necesidad de ordenarlos jerárquicamente.

En ese sentido, Koskenniemi (2012) afirma que no se puede extraer del derecho internacional el dilema ideológico clave de la ciencia jurídica, a saber, la lucha entre política y técnica, entre poder y reglas. Y que por eso el pluralismo jurídico sigue siendo la opción más aceptada entre los juristas. Como se puede observar, la fragmentación normativa e institucional observada en las últimas décadas ha suscitado un fértil debate acerca de la definición misma de derecho internacional y su lugar en el mundo, así como las aristas que deben ser analizadas en ese proceso de fragmentación y multiplicación normativa.

El sistema multilateral de comercio no está exento de ese debate. Mucho se ha discutido sobre la relación entre el derecho internacional general y el derecho del comercio internacional

4 Mientras que el concepto de jerarquía se define como el orden de determinados elementos según su valor, el de heterarquía presenta una organización horizontal y bidireccional, que genera una ausencia de poder de unos sobre otros, aunque se haga presente la influencia entre pares.

(OMC) (MUS, 1998; PAUWELYN, 2003; SADAT-AKHAVI, 2003; CDI, 2006). Dichos estudios analizan cómo el derecho de la OMC se relaciona con el derecho internacional general en un contexto de conflicto de normas o detallan cómo el Órgano de Apelación (OA) de la OMC ha aplicado principios de derecho internacional consuetudinario y general para interpretar los acuerdos abarcados de la OMC. También se ha discutido exhaustivamente sobre la relación entre la OMC y los acuerdos comerciales regionales (ACR), como elementos fragmentadores del sistema.

En ese sentido, al momento de analizar el sistema multilateral de comercio, los enfoques que predominan son más bien convencionales y adoptan una visión de la fragmentación como un reto, un problema a ser resuelto en el caso concreto.

Desde ese panorama, analizaremos el tema de las asimetrías (TED) en el sistema multilateral de comercio en el marco de discusión de la fragmentación, en su dimensión estratégica, como rescata Young (2012). Se hará un recorrido histórico para analizar las tendencias del TED en el sistema multilateral de comercio y sus implicancias.

2 La multiplicación de normas en el sistema multilateral de comercio: el caso del Trato Especial y Diferenciado

2.1 Recorrido histórico: el Trato Especial y Diferenciado desde el GATT hasta la creación de la OMC

El principio de no discriminación es el eje principal del sistema multilateral de comercio. Dicho principio se deriva del principio liberal de igualdad (jurídica) entre las partes. Así, en sus comienzos (1948 hasta 1955) el GATT se basaba en la igualdad soberana de las partes contratantes y eso significaba que los países en desarrollo (PED) eran considerados pares en igualdad de condiciones con relación a los países desarrollados (PD) (KESSIE, 2000). La única disposición que beneficiaba los PED era el art. XVII, que permitía que estos dejaran de aplicar sus compromisos arancelarios o implementaran medidas no arancelarias, como cuotas, para promover el establecimiento de ciertas industrias en sus territorios, es decir, la protección de industrias nacientes (SINGH, 2005). Sin embargo, a lo largo de los años, aumentaron las presiones por contar con reglas más flexibles que pudiesen dar cuenta de las asimetrías del sistema.

El Trato Especial y Diferenciado (TED) nace como producto de la coordinación de esfuerzos políticos por parte de los PED para corregir lo que percibían como inequidades del sistema de la pos Segunda Guerra Mundial, entendido como el trato preferencial a favor de los PED, en todo el espectro de sus relaciones económicas internacionales (UNCTAD, 2000).

El término TED evolucionó en el GATT desde los debates en la década de 1960 sobre cómo el crecimiento y el desarrollo se pueden facilitar por medio de las reglas comerciales y se refirió a los derechos dados a los PED, que no son extensivos a los PD, lo que refleja una

larga historia de lucha de los PED en búsqueda de mejores condiciones en el comercio global (WHALLEY, 1999). El término fue acuñado en la Ronda de Tokio, por la referencia de la Declaración de la ronda a la "importancia de la aplicación de medidas diferenciales para PED de modo que se provea trato especial y más favorable para ellos en las áreas de negociación donde sea posible", en aquel entonces, fundamentalmente a el acceso a los mercados y los derechos de protección de sectores (WHALLEY, 1999, p. 3).

Ese paradigma de desarrollo —cuyos pioneros fueron América Latina, India y Egipto y que luego fue apoyado por países de Asia y África— tenía por base la necesidad de mejorar los términos del comercio, reducir la dependencia de las exportaciones de productos primarios, corregir la volatilidad y los desequilibrios de la balanza de pagos e industrialización por medio de protección de industrias nacientes y subsidios a la exportación, entre otros.

El soporte intelectual para la inclusión de los acuerdos relacionados con el TED en el GATT se remite a las corrientes desarrollistas y teóricos del "Tercer Mundo" de los años 1950. Según dichas enseñanzas, los problemas en la balanza de pagos eran endémicos en los PED, en el sentido de disminuir el nivel de ingresos y que era imposible para la mayoría de los PED liberalizar su comercio dado que dicha acción solo ampliaría sus déficits comerciales. También se argumentaba que los PED deberían proteger sus industrias nacientes, en particular teniendo en cuenta la experiencia de Japón (que protegió sus industrias y dependió del mercado interno para luego promover un crecimiento en las exportaciones). Estos argumentos se complementaron con la tesis de Prebisch-Singer, según la cual los PED siempre enfrentarán un declive secular en los términos del intercambio, lo que hace que sea necesario un acceso preferencial a los mercados de los PD para minimizar los efectos de ese declive (WHALLEY, 1999, p. 5).

Durante los años siguientes a la creación del GATT, varias disposiciones relacionadas con el TED fueron introducidas en este acuerdo. En primer lugar, por la reforma del art. XVIII en la Sesión de Revisión del GATT 1954-1955. El nuevo ítem (art. XVIII, b) permitía flexibilidades a los PED para lidiar con dificultades en la balanza de pagos. Posteriormente, en 1965, el TED se hizo también presente con la inclusión de la parte IV al GATT, que eximía a los PED de la prohibición de aplicar subsidios a la exportación de bienes manufacturados y permitía mayor flexibilidad en el uso de protecciones arancelarias. Asimismo, muchos PED accedieron al GATT por medio del art. XXVI, lo que les permitió evadir las negociaciones de los aranceles consolidados como parte de sus convenios de adhesión.

Las flexibilidades con relación al acceso a los mercados fueron profundizadas con la incorporación en 1964 de la cláusula de no reciprocidad (art. XXXVI, 8) de la parte IV del GATT, denominada de "comercio y desarrollo". También, entre 1966 y 1971, se introdujeron en el GATT el sistema generalizado de preferencias (SGP) y el protocolo para las negociaciones comerciales entre 16 países en desarrollo, como *exenciones* al art. 1 (NMF).

En la Ronda de Tokio, iniciada en 1973, los esfuerzos de los PED para consolidar el trato especial en su favor conllevaron la "Decisión sobre trato diferencial y más favorable,

reciprocidad y completa participación de los países en desarrollo", conocida como Cláusula de Habilitación.[5] El concepto de Trato Especial y Diferenciado llegaba al corazón del sistema multilateral de comercio. De todos modos, también se estableció que ese no era un derecho a ser ejercido por tiempo indeterminado, ya que se previó que los PED se graduaran del TED cuando estuvieran dadas algunas condiciones de desarrollo.

Sin embargo, en ese entonces, los PED empezaron a percibir que la creciente discriminación negativa en contra de su comercio superaba la discriminación positiva que recibían bajo el TED y endurecieron su posición.[6] El final de la Ronda de Tokio estuvo marcado por mucha tensión entre los llamados poderes transatlánticos (EE.UU. y Comunidad Europea-CE) y los PED, miembros del llamado "Grupo informal de países en desarrollo". Con el auxilio de la UNCTAD, este grupo sintetizó su posición acerca de los códigos de la Ronda de Tokio y partió para la ofensiva, encabezado por Argentina, Brasil, Egipto, India y Yugoslavia.

Aunque los EE.UU. y la CE estuvieron en total desacuerdo con la posición de los PED y con lo que denominaron la "UNCTADización" del GATT —inclusive planearon resucitar la cláusula de NMF condicional o hasta salir del GATT y negociar un acuerdo en la OECD—, decidieron aceptar la posición de los PED para cerrar la Ronda en medio de consideraciones de seguridad y defensa traídas por la Guerra Fría (STEINBERG, 2002, p. 359; KRASNER, 1977). Así, la Ronda de Tokio se cerró en 1979 con códigos de adhesión voluntaria, que de ese modo reflejaban las tensiones existentes. Los PED pudieron en ese entonces defender su derecho a no aceptar todas las reglas, lo que los países industrializados consideraron como el ejemplo más claro de "free riding".

La Ronda Uruguay (RU) empezó en un contexto en el cual muchos PED estaban de cierta forma empoderados por las flexibilidades del TED y al mismo tiempo estaban alertas a la discriminación en contra de su comercio. Es decir, querían conseguir más acceso a los mercados, adoptando una posición más cooperativa, ante la promesa de inclusión de agricultura en las negociaciones, además de que pretendían mantener el uso de las disposiciones de TED. En un

• • •

5 La Cláusula de Habilitación abarca a) el Sistema Generalizado de Preferencias, b) medidas no arancelarias en los instrumentos del GATT, c) acuerdos globales o regionales entre países en desarrollo y d) trato especial para países menos adelantados (PMA).

6 La discriminación negativa a los países en desarrollo se hacía notar sobre todo con relación a: los acuerdos de restricción voluntaria adoptados directamente en contra de sus exportaciones más competitivas, ampliación de los acuerdos de libre comercio y uniones aduaneras entre países desarrollados, crecientes restricciones en textiles bajo el acuerdo multifibras, aranceles más altos para productos de interés exportador de los PED en comparación con aquellos de interés de los PD, creciente aplicación de medidas *antidumping* y compensatorias y uso del SGP como herramienta de presión por parte de los PD, que además, a falta de disposiciones específicas, "graduaban" unilateralmente a los países que ya no recibirían los beneficios del SGP (UNCTAD, 2000, p. 27; KESSIE, 2000, p. 9).

principio, no tenían la intención de firmar acuerdos como el TRIPs, TRIMs o el GATS. Sin embargo, el desarrollo de la Ronda llevó a resultados muy diferentes a los de la Ronda de Tokio.

Los impactos del paquete de Marrakech sobre las estrategias de desarrollo no fueron suficientemente ponderados, como se observará en el apartado siguiente.

2.2 El Trato Especial y Diferenciado en la OMC

El resultado de la Ronda Uruguay fue muy desigual en favor de los PD y significó un duro golpe al manejo de asimetrías bajo el marco del TED. De hecho, el resultado del compromiso único fue el de hacer que los PED y los PD asumieran compromisos muy similares (FUKASAKU, 2000), basados en reglas muchas veces sesgadas a favor de los PD. El avance de temas novedosos como propiedad intelectual, servicios e inversiones no se correspondió con un similar avance en el concepto de TED o de los instrumentos que lo implementaran y pudiesen garantizar un espacio para la convergencia de las reglas del libre comercio y las estrategias de desarrollo.

Así, con la creación de la OMC el concepto de TED se transformó,[7] su alcance se restringió y su contenido se fragmentó. Esta situación fue el reflejo de la puja de intereses en la negociación y cierre de la Ronda Uruguay, que demostraba además la poca voluntad de los PD de seguir concediendo trato especial, particularmente a los países de nivel de renta medio. Ejemplo de esto es la expresa disposición de mecanismos de graduación, como lo que ya se hacía de forma unilateral con los beneficiarios del SGP. El foco pasó a ser los países menos adelantados (PMA), como expresamente dispone el art. XI, 2, del Acuerdo por el que se establece la OMC.[8]

Las medidas del TED en los Acuerdos de Marrakech fueron divididas en tres grandes grupos: reglas que determinan menor grado de obligaciones a los PED; aquellas que disponen medidas positivas a favor de los PED y por último las reglas que buscan atender a las necesidades especiales de los PMA (WTO, 1999).

Se aprobaron textos que contenían disposiciones amplias y declaraciones exhortativas de TED, al tiempo que solo algunas disposiciones específicas de algunos acuerdos ganaron fuerza vinculante, mayormente relacionadas con plazos extendidos para la implementación.[9]

• • •

7 Sobre la diferencia entre el TED antes y después de la Ronda Uruguay, ver Whaley (1999).

8 "Art. XI. Miembros iniciales…2. Los países menos adelantados reconocidos como tales por las Naciones Unidas solo deberán asumir compromisos y hacer concesiones en la medida compatible con las necesidades de cada uno de ellos en materia de desarrollo, finanzas y comercio o con sus capacidades administrativas e institucionales".

9 Aun en el caso de las disposiciones de carácter vinculante, hubo una creciente restricción en su aplicación, con la exclusión de hecho de muchos PED del universo de beneficiarios de las excepciones relacionadas al TED. Al respecto, ver Peixoto Batista (2005).

Es decir, en los acuerdos vigentes desde la creación de la OMC las disposiciones de TED que claramente establecen derechos y obligaciones oponibles ante el sistema de solución de disputas son aquellas relacionadas con períodos de transición más largos para implementación de las obligaciones; y flexibilidad en algunas obligaciones y procedimientos, además de algunas disposiciones de asistencia técnica.[10]

La mayor parte de las reglas de TED fragmentadas y esparcidas por los Acuerdos de Marrakech no tiene carácter vinculante y cumple una función exhortativa.[11] Eso denota la tensión entre el intento de los PED de incluir el TED en la mayor cantidad de disposiciones posibles de los Acuerdos de Marrakech y el intento (contrario) de los PD por vaciar esas disposiciones de contenido vinculante. De hecho, teniendo en cuenta que la mayor parte de las normas no tienen carácter vinculante, existen muy pocos casos llevados al Sistema de Solución de Controversias.[12] En ellos, es importante resaltar la inclinación de la OMC por evitar ahondar en el análisis del fenómeno de fragmentación y de aclarar los conflictos existentes.

Sin embargo, la puja por reformular el sistema multilateral de comercio, volviendo poner el desarrollo en el centro de una Ronda de negociaciones se reflejó en el intento de los PED por dar nuevo y ampliado alcance al concepto de TED, fortaleciéndolo y haciéndolo políticamente más efectivo y jurídicamente más exigible. En el apartado siguiente, se analizará entonces las tendencias del TED desde el lanzamiento de la Ronda de Doha, en el 2001, hasta su estado actual, para seguir indagando acerca de las tendencias de fragmentación que presentan dichas normas.

2.3 El Trato Especial y Diferenciado desde la Ronda de Doha

En los años de implementación de los Acuerdos de Marrakech, el tema tomó nuevo impulso, cuando muchos PED ganaron una dimensión más clara del grado de sesgo de los acuerdos de la Ronda Uruguay (RU) en favor de los países desarrollados y del sesgo antidesarrollo que caracterizó a dicha Ronda.

• • •

10 Para consideraciones sobre la fuerza vinculante de las disposiciones de TED, ver Kessie (2000), entre otros. Asimismo, otros autores clasificaron las disposiciones de TED presentes en los Acuerdos de Marrakech. Ver Fukasaku (2000); Kessie (2000); International Institute for Sustainable Development (2003); Page y Kleen (2005); entre otros. Por su parte, la OMC también estableció una clasificación que se describirá más adelante.

11 Eso da cuenta de la reducción del alcance del TED con la creación de la OMC y el cambio de orientación en su "raison d'etre". La intención que se plasmó en la Ronda de Tokio, de tener un marco abarcador que brindara cierta coherencia al conjunto de normas de TED, fue dejada de lado.

12 India – Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales (1997); Argentina – Calzados (1998); Brasil – Neumáticos Recauchutados (2002); India – Comunidades Europeas, preferencias arancelarias (2003), por ejemplo.

Por su parte, los EE.UU. y la Unión Europea querían seguir avanzando con la profundización de los compromisos de Marrakech, y para ello lanzaron la propuesta de una nueva ronda. Los PED, por otra parte, descontentos con los resultados de la RU, aceptaron la oferta, previa exclusión de temas como medioambiente, trabajo y con la condición de que el mandato de la nueva ronda fuese amplio para incluir sus intereses, necesidades y estrategias de desarrollo (STEINBERG, 2002). En las negociaciones de apertura de la Ronda, los PED tenían muy presente el gran vacío de la RU con relación al tópico del desarrollo. Así, mientras que los PD insistían en que la nueva Ronda se llamara Ronda del Milenio, los PED hicieron hincapié en que se titulara Ronda del Desarrollo.

Luego del fracaso de Seattle (Conferencia Ministerial de 1999) y en medio de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los EE.UU., en un intento de enviar una señal positiva a la comunidad internacional, los principales PD aceptaron lanzar la Ronda del Desarrollo. (STEINBERG, 2002). Así, en la Conferencia Ministerial de Doha en el 2001, se lanzó la Ronda Doha para el Desarrollo. La Declaración de Doha, en su párrafo 44, afirma que las disposiciones sobre TED son parte integrante de los Acuerdos de la OMC y que prestará especial atención a aquellas, con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas.

Desde allí, el TED emprendió un nuevo camino en los textos de los acuerdos en negociación en la Ronda de Doha. Por un lado, las negociaciones se desarrollaron en el Comité de Comercio y Desarrollo (CCD o Comité), a través de sesiones extraordinarias. Por otro lado, el TED se incluyó en varios acuerdos específicos, negociados por los comités de los diversos temas, como agricultura o NAMA (Acceso a Mercados de Productos no Agrícolas, por sus siglas en inglés).

2.3.1 El TED en el Comité de Comercio y Desarrollo (CCD)

Desde el 2002 el CCD ha trabajado intensamente sobre cuestiones como el examen de las disposiciones de TED en los acuerdos específicos para interpretarlas de manera de reforzarlas y hacerlas más eficaces; el examen de propuestas para un acuerdo marco en materia de TED, además de identificación de las disposiciones que tienen carácter obligatorio y las consecuencias de la conversión de las medidas que actualmente no son vinculantes en disposiciones obligatorias, todo conforme el mandato del párrafo 44 de la Declaración de Doha y del párrafo 12.1 de la Declaración sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación de Doha.[13] La tarea desde entonces es la elevación de informes con recomendaciones al Consejo General para que ese adopte decisiones al respecto.

Después de la revisión de los informes del Comité se observa que se trabajó de manera sostenida hasta el 2008, pero los plazos fueron postergándose a medida que avanzaron las

13 Disponible en: <www.wto.org>. Acceso el: 1 agosto 2017.

negociaciones en la ronda y el tema sufrió varias modificaciones que se verán a continuación. Antes de empezar los trabajos, a pedido de algunos países, se llamó a la Secretaría de la OMC a divulgar la información sobre la aplicación de las disposiciones de TED por parte de los miembros, con el fin de facilitar los trabajos en el Comité.[14] Las disposiciones de TED fueron divididas en cinco grupos, a saber: disposiciones para aumentar las oportunidades de comercio por medio de acceso a mercados, disposiciones que requieren que los miembros salvaguarden el interés de los PED, disposiciones que permiten ciertas flexibilidades a los PED en la aplicación de normas y disciplinas, disposiciones que permiten períodos de transición más largos para los PED y disposiciones relativas a la asistencia técnica.

Desde eso, los debates siguieron abordando propuestas de acuerdos específicos y propuestas de carácter transversal y sistémico. La meta era llegar a la Ministerial de Cancún con recomendaciones al Consejo General de forma de ser adoptado en el texto de la Declaración. En las sesiones que siguieron hasta Cancún, se incorporó al debate —como propuesta del Grupo Africano— el mecanismo de vigilancia que sería encargado de monitorear el cumplimiento de las disposiciones de TED en los acuerdos de la OMC. En el último tramo de sesiones hasta diciembre de 2003 el Comité trabajó de forma intensa bajo la presidencia del sudafricano Faizel Ismail, que reemplazó el jamaiquino Ransford Smith. Se llegó a Cancún con una propuesta de Anexo C al proyecto de texto ministerial que contenía las propuestas donde hubo acuerdo. Sin embargo, ni el anexo ni el texto fueron adoptados en la Ministerial. En aquel entonces, las atenciones se centraban en la agricultura, el acceso a los mercados en NAMA, el algodón y los temas de Singapur, lo cual dejó a la discusión sobre TED momentáneamente suspendida, aguardando además la identificación de mayores ámbitos de convergencia entre los países.

Las principales divergencias hasta Cancún estaban en las cuestiones transversales, como los principios y los objetivos del TED, la obligatoriedad o no de la asistencia técnica, la Cláusula de Habilitación y la graduación, la diferenciación entre PED para permitir una estructura de derechos y obligaciones en uno, dos o tres niveles así como la estructura y el alcance del mecanismo de vigilancia. Después de Cancún, con base en la iniciativa del presidente (Brasil), se retomaron los trabajos por medio de preguntas puntuales a los miembros sobre cómo avanzar en el TED. Había divergencias, pero era consenso la exigencia de que el paquete de julio de 2004 tuviese un claro componente de desarrollo.

Según el paquete de julio,[15] las preocupaciones sobre el desarrollo y las disposiciones de TED son parte integrante de la Declaración Ministerial de Doha y los acuerdos de la OMC, respectivamente. Además, recomendó que se siga avanzando en las propuestas pendientes de

14 Doc. WT/COMTD/36.

15 Doc WT/L/579.

disposiciones en acuerdos específicos y que abarque todos los demás trabajos pendientes, incluidos los relativos a las cuestiones transversales, el mecanismo de vigilancia y la incorporación del TED a la estructura de las normas de la OMC, y le rinda informe. Además, encomienda a todos los órganos de la OMC a los que se han remitido propuestas de la categoría de TED que concluyan rápidamente el examen de las mismas y rindan informe a ese órgano, con recomendaciones claras para la adopción de una decisión, de cara a la Ministerial de Hong Kong.

Después de allí, en vistas del exiguo plazo hasta la ministerial, la prioridad para el logro de consensos en cuestiones pendientes pasó a ser los temas que involucraban a los PMA, además de lograr cerrar las propuestas en acuerdos específicos para llegar con recomendaciones al Consejo General en Hong Kong. Durante ese período, sin embargo, las negociaciones volvieron a empantanarse en la disyuntiva: cuestiones transversales *versus* cuestiones puntuales. La prioridad conferida a los PMA tampoco liberó de conflicto el debate en esos temas. Muchos países desarrollados temían por la automaticidad de las concesiones, proponiendo además que las flexibilidades fuesen transitorias y que se otorgaran sobre la necesidad evaluada colectivamente. Asimismo, consideraban inaceptables las exenciones generales y la obligatoriedad de la asistencia técnica.

En vísperas de la ministerial de Hong Kong, no había consenso más allá de algunas propuestas sobre acuerdos específicos. Tampoco avanzaban las propuestas en TED remitidas a otros órganos de la OMC. Hacía falta una decisión política y el trabajo técnico parecía haberse agotado, como lo diagnosticaron algunos miembros. Se decidió enviar el proyecto de texto apoyado por la mayoría, además de todas las propuestas minoritarias. Se solicitó una decisión política sobre la adopción de las cuestiones ya consensuadas, la cuestión prioritaria de los PMA y una directiva clara acerca de los trabajos pendientes.

Como respuesta, los ministros renovaron el compromiso con el TED en la Ronda, adoptaron cinco decisiones a favor de los PMA y encomendaron al CCD concluir los trabajos antes de fines del 2006. Sin lugar a dudas, lo más importante de la declaración fue la decisión a favor de los PMA, en cuanto fueron más allá de la expresión de deseo o estipulación de plazos que serían postergados. Asimismo, en la Declaración Ministerial de Hong Kong se detallaron puntos específicos de TED hacia los PED, como el párrafo 24 del documento, o el principio de la reciprocidad menos que plena, conforme se verá en la próxima sección.

Posteriormente, los trabajos del Comité —bajo la presidencia de embajadores de Singapur y posteriormente de Tailandia— se concentraron en primer lugar en operacionalizar las decisiones a favor de los PMA. Sobre las cuestiones transversales, la propuesta del mecanismo de vigilancia ha recibido el consenso suficiente para avanzar.

A la pulverización de las normas de TED en los Acuerdos de Marrakech le sigue la multiplicación de propuestas y la adopción de reglas especiales para los PMA con relación al TED, restringiendo su alcance. La propuesta de incorporación del TED en la estructura de normas de la OMC fue perdiendo fuerza, así como el debate sobre un marco general para el TED. Se

observa la disminución de la participación de algunos PED de nivel medio en el CCD, lo que se refleja también en la disminución de la cantidad de propuestas de TED en acuerdos específicos y en el menor grado de actividad del CCD.

En cambio, empieza a ganar fuerza la tendencia de negociar flexibilidades puntuales, sobre todo de parte de esos PED de ingresos medios, como manera de acomodar sus intereses diversos, lo que se vincula con una visión más estratégica de la fragmentación, interpretada en este caso como utilización de los márgenes de maniobras disponibles o, en términos para adecuados, en utilización del *policy space*.

En ese sentido, la pregunta sobre si el sistema multilateral de comercio restringe o no el espacio para la adopción de políticas de desarrollo no es nueva, pero en esos años se ha renovado su interés. El término, en español, espacio de políticas, en su significado más reciente surge con vigor en documentos de la UNCTAD, en especial el Consenso de São Paulo de 2004 y el Informe sobre Comercio y Desarrollo del año 2006. En el Consenso de São Paulo adquiere su primer *status* oficial y se define como: el ámbito para políticas domésticas, especialmente en las áreas de comercio, inversiones y desarrollo industrial que puede ser enmarcado por disciplinas y compromisos internacionales y consideraciones globales de mercado (UNCTAD, 2004; ODI, 2007). Por lo tanto, *policy space* se refiere a la libertad de elección en términos de políticas de desarrollo económico que los países pueden implementar considerando los compromisos y disciplinas internacionales asumidos (AMARAL, 2016).

Como ya mencionado, los acuerdos de Marrakech de la Ronda Uruguay poseen un pronunciado sesgo antidesarrollo (FUKASAKU, 2000), lo que se trató de corregir en la Ronda de Doha, con magros resultados. El informe de Comercio y Desarrollo de la UNCTAD del año 2006 alertaba para la disminución de los espacios de política para los países en desarrollo en los Acuerdos de la OMC y más recientemente en la Ronda de Doha (UNCTAD, 2006). En ese contexto, varios PED de nivel medio están avanzando en la búsqueda de maximizar el uso de esos espacios de política, negociando flexibilidades y excepciones en la Ronda de Doha, en particular aquellos más involucrados en el G-20 y NAMA 11, dos coaliciones que manifiestan dos ámbitos de especial interés para estos países: Agricultura y NAMA (acceso a mercados para productos no agrícolas, por sus siglas en inglés). El próximo apartado se dedicará a identificar esas excepciones.

2.3.2 El TED en acuerdos específicos

Hasta el estancamiento de las negociaciones, muchos de los PED habían logrado instalar sus demandas en forma de flexibilidades en los acuerdos en negociación de la Ronda de Doha. En el acuerdo de productos no agrícolas (NAMA, por sus siglas en inglés), no son muchos los países que deberían aplicar la rebaja arancelaria general (la llamada fórmula suiza con coeficientes). La mayoría de los países miembros, en especial los PED, son parte de alguna excepción, sea porque son países menos adelantados, economías pequeñas y vulnerables, miembros de reciente adhesión (RAM), economías en transición, países altamente endeudados, pequeñas

islas, países sin costa, etc. Entre los países que deberían aplicar la fórmula, muchos negociaron flexibilidades adicionales además de las flexibilidades generales derivadas de la regla general de reciprocidad menos que plena y equilibrio con agricultura. El MERCOSUR, por ejemplo, negoció una regla adicional que consiste en una lista de excepciones que no entrará en la rebaja arancelaria.

Algunos otros grupos de PED también buscan acomodarse en este contexto, por ejemplo, Perú, Colombia, Ecuador o Costa Rica. Dichos países son economías pequeñas, pero no entran en la categoría de "pequeñas y vulnerables" y temen por la erosión de preferencias frente a las flexibilidades especiales para esa categoría de países. De igual manera, países como Paraguay están activos en sus demandas por flexibilidades especiales para "países sin costa".

En agricultura, el panorama es un poco diferente. En sus momentos de mayor actividad, en el G-20 se observaba por lo menos dos grupos: los exportadores netos ofensivos —liderados por Brasil— y los importadores netos defensivos —liderados por India y China—. Países como Brasil y Argentina quieren la profundización de compromisos en ayuda interna (cuyo mayor obstáculo son los EE.UU.) así como en medidas de acceso a los mercados (cuyo mayor obstáculo es la Unión Europea), mientras India tiene más interés en derribar medidas de ayuda interna, porque tiene muchos obstáculos para el acceso a su mercado.

Las negociaciones entraron en una etapa de estancamiento desde el 2009 (luego del fracaso de la "mini ministerial" de Ginebra en 2008) y recién se destrabaron en 2013, en la Conferencia Ministerial de Bali. El denominado "Paquete de Bali" se considera, entre los más optimistas, un avance significativo si se lo compara a la parálisis en la que estaba inmersa la ronda. A la Conferencia de Bali le siguió la de Nairobi en diciembre de 2015. No obstante el avance, se puede observar en el cuadro a continuación que la agenda es mucho más modesta y que los puntos sensibles que parecían caminar hacia un programa de trabajo con vistas al cierre de la ronda, por ahora no alcanzaron consenso.

CUADRO 1 – **MEDIDAS ADOPTADAS EN LAS CONFERENCIAS MINISTERIALES DE BALI Y NAIROBI**

CONFERENCIA MINISTERIAL DE BALI DICIEMBRE DE 2013	**CONFERENCIA MINISTERIAL DE NAIROBI DICIEMBRE DE 2015**
LABOR ORDINARIA DEL CONSEJO GENERAL.	**LABOR ORDINARIA DEL CONSEJO GENERAL.**
: RECLAMACIONES NO BASADAS EN UNA INFRACCIÓN Y RECLAMACIONES EN CASOS EN QUE EXISTE OTRA SITUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS ADPIC – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/31 – WT/L/906	: PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE LAS PEQUEÑAS ECONOMÍAS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/40 – WT/L/975
	: RECLAMACIONES NO BASADAS EN UNA INFRACCIÓN

: PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/32 – WT/L/907

: PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE LAS PEQUEÑAS ECONOMÍAS – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/33 – WT/L/908

: AYUDA PARA EL COMERCIO – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/34 – WT/L/909

: COMERCIO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/35 – WT/L/910

DECISIONES ADOPTADAS

: DECISIÓN ADOPTADA POR EL CONSEJO DE LOS ADPIC CON RESPECTO A LA PRÓRROGA DEL PERÍODO DE TRANSICIÓN PREVISTO EN EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 66 DEL ACUERDO PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS MIEMBROS (DOCUMENTO IP/C/64);

: DECISIÓN ADOPTADA POR EL CONSEJO GENERAL EN JULIO DE 2012 SOBRE LA ADHESIÓN DE LOS PMA (DOCUMENTO WT/L/508/ADD.1)

Y RECLAMACIONES EN CASOS EN QUE EXISTE OTRA SITUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS ADPIC – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/41 – WT/L/976

: PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/42 – WT/L/977

DECISIONES ADOPTADAS

: ADOPCIÓN POR EL CONSEJO DE LOS ADPIC DE LA DECISIÓN SOBRE LA PRÓRROGA DEL PERÍODO DE TRANSICIÓN PREVISTO EN EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 66 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS MIEMBROS CON RESPECTO A DETERMINADAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, ASÍ COMO LA DECISIÓN DE EXENCIÓN CONEXA ADOPTADA POR EL CONSEJO GENERAL EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS MIEMBROS

: DIMANANTES DE LOS PÁRRAFOS 8 Y 9 DEL ARTÍCULO 70 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC.

PROGRAMA DOHA PARA EL DESARROLLO

FACILITACIÓN DEL COMERCIO

: ACUERDO SOBRE FACILITACIÓN DEL COMERCIO – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/36 – WT/L/911

AGRICULTURA

: SERVICIOS GENERALES – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/36 – WT/L/911

: CONSTITUCIÓN DE EXISTENCIAS PÚBLICAS CON FINES DE SEGURIDAD ALIMENTARIA – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/38 – WT/L/913

: ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS DISPOSICIONES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTINGENTES ARANCELARIOS DE LOS PRODUCTOS AGROPECUARIOS, SEGÚN SE DEFINEN EN EL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/39 – WT/L/914

: COMPETENCIA DE LAS EXPORTACIONES – PROYECTO DE DECLARACIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/40 – WT/L/915

ALGODÓN

: ALGODÓN – DECISIÓN MINISTERIAL WT/MIN(13)/41 – WT/L/916

PROGRAMA DOHA PARA EL DESARROLLO

AGRICULTURA

: MECANISMO DE SALVAGUARDIA ESPECIAL PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO MIEMBROS – DECISIÓN MINISTERIAL DE 19 DE DICIEMBRE DE 2015 – WT/MIN(15)/43 – WT/L/978

: CONSTITUCIÓN DE EXISTENCIAS PÚBLICAS CON FINES DE SEGURIDAD ALIMENTARIA – DECISIÓN MINISTERIAL DE 19 DE DICIEMBRE DE 2015 – WT/MIN(15)/44 – WT/L/979

: COMPETENCIA DE LAS EXPORTACIONES – DECISIÓN MINISTERIAL DE 19 DE DICIEMBRE DE 2015 - WT/MIN(15)/45 – WT/L/980

ALGODÓN

: ALGODÓN – DECISIÓN MINISTERIAL DE 19 DE DICIEMBRE DE 2015 – WT/MIN(15)/46 – WT/L/981

CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS PMA

: NORMAS DE ORIGEN PREFERENCIALES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS – DECISIÓN

: MINISTERIAL – WT/MIN(15)/47 – WT/L/917/ADD.1

: APLICACIÓN DEL TRATO PREFERENCIAL EN FAVOR DE LOS SERVICIOS Y LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS

DESARROLLO Y CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS PMA : NORMAS DE ORIGEN PREFERENCIALES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(13)/42 – WT/L/917 : PUESTA EN PRÁCTICA DE LA EXENCIÓN RELATIVA AL TRATO PREFERENCIAL PARA LOS SERVICIOS Y LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(13)/43 – WT/L/918 : ACCESO A LOS MERCADOS LIBRE DE DERECHOS Y DE CONTINGENTES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(13)/44 – WT/L/919 : MECANISMO DE VIGILANCIA DEL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(13)/45 – WT/L/920	DE LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS Y PARTICIPACIÓN CRECIENTE DE LOS PMA EN EL COMERCIO DE SERVICIOS – DECISIÓN MINISTERIAL – WT/MIN(15)/48 – WT/L/982
PARTE III – LABOR POSTERIOR A BALI SE ENCOMIENDA AL COMITÉ DE NEGOCIACIONES COMERCIALES QUE PREPARE, EN LOS PRÓXIMOS 12 MESES, UN PROGRAMA DE TRABAJO CLARAMENTE DEFINIDO SOBRE LAS CUESTIONES RESTANTES DEL PROGRAMA DE DOHA PARA EL DESARROLLO. EN PARTICULAR SOBRE LA AGRICULTURA, EL DESARROLLO Y LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LOS PMA...SE DARÁN PRIORIDAD A LAS CUESTIONES DEL PAQUETE DE BALI EN LAS QUE NO SE PUDIERON LOGRAR RESULTADOS JURÍDICAMENTE VINCULANTES.	**PARTE III** SE RECONOCE LA IMPORTANCIA DE ESOS TEMAS, SE ACLARA QUE SE SEGUIRÁN DISCUTIENDO PERO CIERRAN CON LA SIGUIENTE DECLARACIÓN: "SI BIEN ESTAMOS DE ACUERDO EN QUE NUESTROS FUNCIONARIOS DEBERÁN DAR PRIORIDAD A LOS TRABAJOS EN LOS QUE AÚN NO SE HAN CONSEGUIDO RESULTADOS, ALGUNOS MIEMBROS DESEAN QUE SE IDENTIFIQUEN Y DEBATAN OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS PARA SU NEGOCIACIÓN, MIENTRAS QUE OTROS NO LO DESEAN. CUALQUIER DECISIÓN DE INICIAR NEGOCIACIONES A NIVEL MULTILATERAL SOBRE TALES CUESTIONES TENDRÍA QUE SER CONVENIDA POR TODOS LOS MIEMBROS".

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las Declaraciones Ministeriales de Bali (WT/MIN(13)/Dec) y de Nairobi (WT/MIN(15)/Dec).

El Paquete de Bali avanzó concretamente en el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio (AFC), que ya se encuentra en proceso de ratificación por los países miembros. Repite el compromiso sin ningún avance en tema de seguridad alimentaria. Se avanza en termas de contingentes arancelarios, pero con relación a salvaguardias agrícolas, solo se aprueba un Mecanismo de Salvaguardia Especial que es aplicable a todos los miembros, restando pendiente un mecanismo especial para los PED, que sigue en negociación sin lograr consenso. Se ha avanzado en un acuerdo sobre Competencia de las Exportaciones y eliminación de subsidios con

algunas medidas de TED para los PED y PMA. Así también en algunos programas de desarrollo relacionados con el desarrollo rural (servicios generales).

De todos modos, la *great bargain* quedó pendiente. En Bali los miembros se comprometieron a revisar el resto de las negociaciones comerciales de la Ronda y a preparar un programa de trabajo "claramente definido" durante el año 2014 sobre cómo tratar los asuntos pendientes, entre los que se encuentra el núcleo de la controversia que contribuyó al estancamiento de las negociaciones y: el acceso al mercado agrícola y no agrícola y las reformas a las políticas internas de apoyo agrícola. No obstante las declaraciones de Bali, en Nairobi se reconoce que no se ha logrado consenso para avanzar en esos temas.

Conclusiones

La fragmentación en el derecho internacional ha sido mayormente considerada un fenómeno ineludible reflejo de la creciente necesidad de especialización del derecho en el contexto de la globalización. En ese sentido, desde el punto de vista más tradicional, la fragmentación es un reto para la coherencia de los órdenes jurídicos.

Sin embargo, la fragmentación también puede ser interpretada como una característica del sistema internacional que refleja las divergencias y tensiones entre actores diversos con intereses diferentes y muchas veces contrapuestos. Si bien es una visión minoritaria entre la literatura jurídica, va ganando espacio esa visión más pluralista del sistema y del derecho internacional.

Dicho debate es de fundamental importancia cuando se analiza la poco explorada relación entre asimetrías entre países en ámbitos de negociaciones internacionales y procesos de fragmentación normativa. Es importante darse cuenta de que en algunos casos la fragmentación del derecho indica negociaciones asimétricas en un contexto en el cual, en primer lugar, no hubo capacidad suficiente en las negociaciones, por parte de los países de menor poder relativo, para cambiar la agenda predominante; en segundo lugar, dichos países buscaron formas de circunvalación de esa agenda. La fragmentación surge entonces como resultado del uso de los espacios de política disponibles por parte de los países en desarrollo (PED).

Con relación al Trato Especial y Diferenciado (TED), ha sido un tema instalado en el sistema multilateral de comercio por los países en desarrollo (PED), ante las falencias de ese sistema para dar respuesta a la necesidad de implementación de estrategias de desarrollo y ante la desigualdad en el "campo de juego" entre esos países y los países desarrollados (PD). La inclusión del art. XVIII, b y de la parte IV del GATT son reflejos de esa demanda.

A fines de la década de 1970, durante la Ronda de Tokio, el TED logró llegar al corazón del sistema multilateral de comercio, a través de la Cláusula de Habilitación. Allí, los PED tenían un marco desde el cual negociar sus compromisos y preferencias. Sin embargo, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay y en los posteriores Acuerdos de Marrakech de la OMC, el alcance del TED fue restringido y en cambio surgió una serie de normas

fragmentadas y pulverizadas a lo largo y ancho de los acuerdos, la mayoría de esas normas sin poder vinculante.

La Ronda de Doha hizo un intento por volver a dar un marco de debate al TED sin éxito. Si bien por acción de los PED líderes en la OMC, el desarrollo volvió al sistema multilateral en la Declaración de Doha, también es cierto que esa declaración de principios e intenciones no se consolidó en la práctica. Se observa la pulverización de las normas de TED en los Acuerdos de Marrakech le sigue la multiplicación de propuestas y la adopción de reglas especiales para los PMA con relación al TED.

Luego de las Conferencias de Bali en 2013 y Nairobi en 2015 se observa que el tema TED ha perdido impulso y se va consolidando la idea de que el marco del TED se aplica solamente a los países menos adelantados (PMA).

En ese sentido, se observa la tensión entre la posición de los PED de seguir incluyendo el tema en los acuerdos y la posición de los PD de querer vaciar el TED de capacidad vinculante y de reducir el universo de beneficiarios de ese tratamiento especial.

Sin embargo, también se observa que muchos países, sobre todo PED de nivel de ingresos medios, negociaron flexibilidades hechas a medida, aprovechando márgenes de maniobras para maximizar los espacios de políticas crecientemente restrictivos (y ante la escasa capacidad de seguir avanzando en un marco más contundente para el TED).

En ese escenario, los PED negocian flexibilidades *ad hoc*, provocando un incremento en la fragmentación normativa. Es decir, la fragmentación en este caso claramente refleja las disputas de intereses y es indicador de la falta de consenso sobre el tema de las asimetrías en el sistema multilateral de comercio. Se logra, de esa manera, rescatar una faceta estratégica del fenómeno de la fragmentación, que si bien puede ser interpretada como falta de capacidad de instalar una agenda, también es el resultado de un uso estratégico de los márgenes de maniobra.

REFERENCIAS

ALTER, Karen; MEUNIER, Sophie. The politics of international regime complexity. *Perspectives on Politics*, v. 7, n. 1, p.13-24, 2009.

ÁLVAREZ, José. International organizations: then and now. *The American Journal of International Law*, v. 100, n. 2, p. 324-347, 2006.

AMARAL, Renata. Ingerência no *policy space*: reflexões sobre as regras e os contenciosos da OMC. *Revista Pontes*, v. 12, n. 4, 2016.

BHAGWATI, Jagdish. Trade Policy: The infatuation with free trade agreements. *Discussion Paper Series,* n. 726, Columbia University, 1995. Disponible en: <http://www.columbia.edu/cu/libraries/inside/working/Econ/ldpd_econ_9495_726.pdf>. Acceso el: 1 agosto 2017.

DUPRET. Baudouin. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, European University Institute, 2007.

FARIÑAS, María José. *Los Derechos Humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*. Madrid: Dykinson, 2006.

FINNEMORE, Martha. *National interests in international society*. Cornell Studies in Political Economy Series. New York: Cornell University Press, 1996.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunter. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004.

FUKASAKU, Kiichiro. Special and differential treatment for developing countries. does it help those who help themselves?. *Working Paper* n. 197, World Institute for Development Economic Research, The United Nations University, Sept., 2000.

GARAVITO, Carlos R. (Coord.). *El derecho en América Latina*: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

IANNELLO, Pablo. Pluralismo jurídico. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑES VAQUERO, Álvaro. (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho.* México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. V. 1. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>. Acceso el: 1 agosto 2017.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD). Special and differential treatment. *IISD Trade and Development Brief*, n. 2, Spring 2003.

KENNEDY, David. The Mystery of global governance. In: DUNOFF, J; TRACHTMAN, J. (Eds.). *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KEOHANE, Robert. *After Hegemony*. Cooperation and discord in the world of political economy. Princeton: Princeton University Press, 1984.

KESSIE, Edwini. *Enforceability of the legal provisions relating to special and differential treatment under the WTO agreements*. Paper preparado para el Seminario de la OMC sobre Trato especial y Diferenciado para Países en Desarrollo, Ginebra, 7 de marzo de 2000. Disponible en: <http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/sem01_e/kessie_e.doc>. Acceso el: 1 agosto 2017.

KOSKENNIEMI, Martti. Hegemonic regimes. In: YOUNG, M. (Ed.). *Regime interaction in international law*. Facing fragmentation. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n. 3, p. 553-579, 2002.

KRASNER, Stephen D. US commercial and monetary policy: unravelling the paradox of external strength and internal weakness. *International Organization*, v. 31, n. 4, p. 635-671, 1977.

_____. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization*, v. 36, n. 2, p. 185-205, 1982.

KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism*: the pluralist structure of international law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MUS, Jan B. Conflicts between treaties in international law. *Netherlands International Law Review*, v. XLV, p. 214-217, 1998.

ODI. Policy space: Are WTO rules preventing development?. *Briefing Paper*, n. 14, Overseas Development Institute, Jan. 2007.

PAGE, Sheila. KLEEN, Peter. Special and differential treatment of developing countries in the World Trade Organization. *Global Development Studies*, n. 2. London: Overseas Development Institute, 2005.

PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. How WTO law relates to other rules of international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PEIXOTO BATISTA, Juliana. De Uruguay a Doha: plazos, prórrogas y renegociaciones. *Serie Brief*, n. 26, Red LATN, 2005. Disponible en: <http://latn.org.ar/wp-content/uploads/2015/01/26-brief.pdf>. Acceso el: 1 agosto 2017.

_____. A OMC é o canário na mina. *Revista Pontes*, ICTSD, v. 6, n. 1, abril 2010. Disponible en: <http://ictsd.org/i/news/pontes/74325/>. Acceso el: 1 agosto 2017.

RAUSTIALA, Kal; VICTOR, David G. The regime complex for plant genetic resources. *International Organization*, v. 58, n. 2, p. 277-309, 2004.

SADAT-AKHAVI, Seyed-Ali. *Methods of resolving conflicts between treaties*. Graduate Institute of International Studies (Series). Leiden: Brill Academic Publishers, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Análisis socio-jurídico. Bogotá: Colciencias – Instituto Colombiano de Antropología e Historia – Universidad de Coimbra CES – Universidad Nacional de Colombia – Siglo del Hombre Editores, 2001. Tomos I y II.

STEINBERG, Richard H. In the shadow of law or power? Consensus-based bargaining and outcomes in the GATT/WTO. *International Organization*, v. 56, n. 2, p. 339-374, 2002.

UNCTAD. Training tools for Multilateral trade negotiations: special & differential treatment, commercial diplomacy programme. UNCTAD, Geneva. UNCTAD/DITC/Misc.35, p. 26, 2000.

_____. São Paulo Consensus. Sesión 11, Documento TD/410, 25 jun. 2004.

_____. Trade and development report 2006. UNCTAD/TDR/2006, United Nations Publication, 2006.

WHALLEY, John. Special and differential treatment in the millennium round. CSGR, *Working Paper* n. 30/99, 1999.

YOUNG, Margaret (Ed.). *Regime interaction in international law*. Facing fragmentation. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Juliana Peixoto Batista

Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires.
Investigadora en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO Argentina (Área de Relaciones Internacionales).

jjulipeixoto@gmail.com

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recibido: 18.04.2017
Aprobado: 27.11.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201809

¿Crisis de identidad del juicio penal?

IDENTITY CRISIS OF THE CRIMINAL TRIAL?

Enrique Letelier Loyola[1]

Resumen
Varios sistemas procesales penales de Iberoamérica se estructuran para que un número importante de casos penales no concluya en un juicio jurisdiccional, sino que en un conjunto de salidas tempranas o alternativas en las que hay poca o nula participación del imputado y de la víctima, o no reúnen las características y estándares de un proceso contradictorio. En estos casos, aunque no se dé cumplimiento al derecho a un proceso previo, el estado debe garantizar que esas salidas tempranas o alternativas reúnan los estándares del debido proceso, poniendo atención en los casos que la igualdad de armas, el derecho a ser oído, el derecho a presentar pruebas y el derecho a no declarar contra sí mismo podrían verse afectados. En caso contrario, el estado deja de cumplir su deber de garantizar, a favor de todos, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Palabras-claves
Juicio penal; salidas alternativas; debido proceso; tutela judicial efectiva.

Abstract
There are many countries in Latin America whose criminal justice systems are structured in such a way that does not allow a jurisdictional trial in a significant number of criminal cases. In these systems, prevail a set of early or alternative procedures, in which the accused and the victim have little or any participation at all, of, or do not meet in disregard of the characteristics and standards of a contradictory process Despite dismissing the right to a prior proceeding, the State must ensure that those early or alternative departures meet the standards of due process, thus observing those cases in which relevant legal principles could be affected – equality of arms, the right to be heard, the right to present evidence and the right not to testify against oneself. By neglecting these rights, the State fails to fulfill its duty to guarantee the constitutional right to effective judicial protection.

Keywords
Criminal trial; alternative departures; due process; effective judicial protection.

1 Universidad de Valparaíso
Valparaíso – Chile
https://orcid.org/0000-0002-1768-3739

CC BY-NC

Introducción

El cambio de siglo ha estado acompañado de relevantes y a veces profundas transformaciones al sistema de enjuiciamiento penal en nuestro orbe; a las fértiles iniciativas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (MAIER; AMBOS; WOISCHNIK, 2000, p. 26 y sig.) se han sumado diversos países con la iniciativa de dictar códigos modernos encargados de regular, bajo el rigor de algunos principios comúnmente aceptados, dentro de los que destaca el respeto al *principio acusatorio* (ARMENTA DEU, 2012, p. 37 y sig.; GIMENO SENDRA, 2012, p. 111 y sig.) y el respeto a los postulados del estado democrático de Derecho, el no pocas veces comprendido sistema de justicia penal. Así lo han decidido, entre otros países, Argentina (1991 y 2014), Guatemala (1992), Costa Rica (1996), Chile (2000), Ecuador (2001), Perú (2004), Colombia (2004), Panamá (2008), El Salvador (2009) y México (2014).

Esto no significa que hayan comenzado a regir íntegramente y de inmediato. El Código Procesal Penal (CPP) de Costa Rica comenzó su vigencia en 2000; el de Chile comenzó a regir progresivamente en 2000 y se aplica en todo el país solo desde 2005; el de Panamá ha visto interrumpida su implementación (Ley n. 66 de 2011), recientemente retomada por ley; el de Perú aún no rige plenamente en el país ni para todas las materias. España, con su vieja Ley de Enjuiciamiento Criminalde 1882 (LECrim), no ha sido ajena a este proceso, aunque solo permanezca en el campo de los proyectos.[1]

En los países federados existen interesantes experiencias de modernos códigos estatales o provinciales. Así en México, con los Códigos de Procedimientos Penales (CPP) de Chihuahua (2006), del Estado de México (2000), de Michoacán (2012), de Morelos (2007), del Estado de Puebla (2011), de Sinaloa (2013, aún no vigente), de Veracruz (2003) y de Zacatecas (2007). Y en Argentina, entre otros, con el CPP de Neuquén (1995), de Buenos Aires (1996), del Chaco (1998), de Mendoza (1999), de Catamarca (2003), de San Juan (2003), de San Luis (2004), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2007), de Jujuy (2007), de Tucumán (2010) y de Chubut (2010).

La fidelidad a la tendencia reformadora bajo algunos principios penales y procesales comúnmente aceptados ha reavivado algunas tensiones tal vez consustanciales a la materia de juzgamiento (DEVIS ECHANDÍA, 2012, p. 11 y sig.), algunas veces ocultas bajo los enunciados normativos de modernos códigos. Así los binomios garantías del juzgamiento *vs.* eficacia de la persecución, autonomía *vs.* independencia del Ministerio Público, pasividad *vs.* iniciativa probatoria del juez penal, rol estrictamente cautelar *vs.* rol anticipatorio de la cautela personal, prescripción *vs.* imprescriptibilidad de los delitos, proscripción de persecución penal múltiple *vs.* revisión *contra reum*; en suma, binomios de apariencia más o menos

1 Para efectos académicos citaremos el último Anteproyecto de nueva LECrim presentado en España por el ministro de justicia Alberto Ruiz-Gallardón, de 2013.

justificada, que de tarde en tarde nos recuerdan los frágiles lindes entre la potestad persecutora de los delitos y el goce de la libertad personal.

En este trabajo se ha identificado como núcleo problemático el hecho que los modernos procesos penales iberoamericanos, reconocidos como procesos reformados, contemplan una serie de institutos que, evitando la realización de un juicio como culminación del proceso jurisdiccional, con diversos fundamentos y justificaciones, no los dotan, sin embargo, de las mismas garantías de un proceso contradictorio. Se pone de relieve entonces la necesidad que los Estados, cumpliendo sus compromisos con el derecho internacional de los derechos humanos, garanticen que esos institutos alternativos al juicio provean a los justiciables de una respuesta jurisdiccional adecuada a las garantías de la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso.

Como objetivos específicos, en primer lugar, se identifican institutos que se regulan como alternativas al juicio penal; en segundo, se identifican y explican situaciones que ponen en riesgo el derecho a ser oído, el derecho a no declarar contra sí mismo y la garantías del contradictorio, entre otros núcleos problemáticos; y en tercero, se critica la necesidad que los estados adopten recaudos para garantizar que en estos casos la respuesta jurisdiccional esté revestida de los mismos estándares de calidad que provee el juicio jurisdiccional.

Aunque en general el método utilizado es el deductivo, a partir de categorías generales aplicadas a casos problemáticos, se toman como referencia ejemplar los casos de los países de Iberoamérica que a partir del año 2000 han emprendido procesos de reforma a sus sistemas de enjuiciamiento penal, en coherencia con los principios de un Estado de Derecho, sin que por ello se pretenda hacer uso de un método comparado. En ese orden de ideas, los ejemplos más citados son los de Chile, Colombia, Perú, Panamá y México, con algunas referencias al proyecto de reforma español.

1 ¿Crisis de identidad del juicio penal?

Juicio previo y única persecución penal. Estos dos suelen encabezar, en muchos códigos y leyes de enjuiciamiento penal, el listado de principios del proceso penal. Por ejemplo, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPPMIA) prescribe en su art. 1º:

> *Juicio previo*. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino después de una sentencia firme, obtenida por un procedimiento regular, llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas, y de las facultades y los derechos del imputado.[2]

2 Todavía en nuestro orbe, encontramos un antecedente más remoto en el viejo CPP de la Provincia de Córdoba (Argentina), obra señera de los profesores Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde. Se leía de su

Y llevan mucha razón si apreciamos que desde antiguo los principios *ne procedat iudex ex officio* y *nulla poena sine iudicio* no hacen más que reforzar la idea que la imposición de una pena debe ser el resultado del desarrollo de un proceso jurisdiccional. Y no de cualquier proceso jurisdiccional, sino de uno que cumpla el estándar de proceso *debido*. Esta exigencia subyace desde antiguo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la que en *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú* (sentencia de 30 de mayo de 1999) sostuvo

> […] está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral (pf. 204).[3]

Es una cuestión de cómo se concibe el sistema de persecución penal: en el fondo lo que subyace es el repudio a la aplicación administrativa del reproche penal. A su turno, *pro homine*, la proscripción de la persecución penal múltiple que impone el viejo principio *ne bis in idem* nos recuerda siempre que la dignidad de las personas es un poderoso freno a los poderes del Estado.

El *juicio* pareciera haberse erigido en el rito donde radica una de las actividades más complejas del proceso, la actividad probatoria, de modo que los hechos resultantes de un debate sujeto a unas más o menos definidas reglas de contradicción pueden llegar a considerarse hechos probados en juicio, siendo el supuesto fáctico de la respuesta jurisdiccional.

Existen buenas razones para reflexionar sobre la posible crisis de identidad que ya desde las postrimerías del siglo XX afecta al *juicio penal*, juicio que entendemos como la sede del debate contradictorio de las pruebas que conduce a una decisión fundada, desde que no pueden desconocerse las relaciones entre el *juicio como proceso* y el *juicio como decisión jurisdiccional motivada* (BINDER, 2002, p. 115 y sig.; NIEVA FENOLL, 2012, p. 282; BUJOSA VADELL, 2014, p. 13 y sig.). Esta crisis de identidad afectaría al juicio desde más de un flanco: por una

• • •

art. 1º: "*Juicio previo y Juez natural*. Nadie puede ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de esta Ley, ni puede ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución".

3 Recomendamos revisar también la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos *Barreto Leiva vs.Venezuela* (sentencia de 17 de noviembre de 2009, pf. 38), *Bayarri vs. Argentina* (sentencia de 30 de octubre de 2008, pf. 101), *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (sentencia de 29 de enero de 1997, pf. 74), *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (sentencia de 6 de mayo de 2008, pf. 56), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (sentencia de 26 de noviembre de 2010, pf. 140), y *Dacosta Cadogan vs. Barbados* (sentencia de 24 de septiembre de 2009, pf. 85).

parte, parece que el juicio penal es hoy cada vez más prescindible; por otra, suelen anticiparse actos propios del juicio a etapas previas que poco tienen de tal; por otra, hay algunas instituciones y formas de ser del proceso que podrían atentar contra el principio de contradicción.

Aunque se afirme que el juicio es el momento culminante de todo proceso penal, en estos días ese aserto debe relativizarse pues "una gran parte de los procedimientos penales [*sic*] termina sin juicio oral…" (ROXIN, 2000, p. 358). Empero se resalta que el juicio es la única oportunidad procesal en que el derecho a ser oído está tan desarrollado (tanto para las partes cuanto en el examen y contra examen de la prueba), siendo que además ofrece al acusado mejores oportunidades para lograr la absolución o una condena menos gravosa (ROXIN, 2000, p. 358).

2 Progresiva prescindencia del juicio

Es paradojal que los modelos normativos, colocando al juicio penal como una gran garantía del imputado, generalmente reconocida en las primeras normas generales de los cuerpos legales, a poco andar regulen en estas figuras e instituciones que con mayor o menor potencia evitan el juicio. No solo las negociaciones de culpabilidad y de pena que siguen más o menos de cerca las fórmulas negociadoras *plea baigaining* y *guilty plea* del modelo angloamericano (ARMENTA DEU, 2012, p. 128 y sig.) evitan el juicio, sino también la ocurrencia de una serie de actos administrativos y procesales, como decisiones de no investigar, archivos provisorios, inadmisiones de querellas, aplicación del principio de oportunidad (reglados o libres), suspensión del proceso a prueba, mediaciones y sobreseimientos, institutos todos que, ya sea evitando la investigación o limitando el ejercicio de la acción, trasuntan finalmente la omisión de un juicio penal.

Con ese panorama, formulamos una primera pregunta: ¿son coherentes con la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva los sistemas de enjuiciamiento penal que, por una parte, reconocen y garantizan a los justiciables el derecho a un juicio penal con ciertos estándares y, por otra, crean varias y variadas alternativas al mismo, muchas en las que ni el imputado ni el ofendido por el delito intervienen con su voluntad? Esta posible dicotomía entre derecho a la jurisdicción, en su manifestación del derecho a provocar un proceso jurisdiccional que culmine en una sentencia motivada y una serie de potenciales y tempranas alternativas al juicio, puede plantearse de otra forma: supuesto que el Estado no puede abrogar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva ni los estándares del debido proceso ¿es solo el juicio penal, puesto que hablamos desde este tipo de conflictos jurídicos, la institución que satisface plenamente el estándar del derecho a la tutela judicial efectiva?

No está de más agregar que en que nuestra visión el derecho a tal tutela incorpora inescindiblemente el derecho al acceso la jurisdicción, en sus diversas dimensiones, y el derecho a una respuesta jurisdiccional eficaz, pronta y motivada. En este sentido, se ha declarado por el Tribunal Constitucional (TC) español que el derecho a la tutela judicial efectiva supone "el derecho a obtener una decisión motivada sobre la pretensión deducida" (Sentencia del

Tribunal Constitucional (STC) 162/2001, de 5 de julio de 2001) y por el TC colombiano (STC 678/2003, de 6 de agosto de 2003) que:

> […] es manifestación concreta de los derechos fundamentales a acceder a la justicia, a la defensa y al debido proceso. Este derecho se vulnera cuando las autoridades judiciales […] no ejercen las funciones a ellas atribuidas en materia de defensa y protección de los derechos fundamentales y restan así toda efectividad del goce de los mismos por parte de sus titulares.

El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso tienen, a nuestro entender, una clara dimensión prestacional, pues imponen al Estado el deber de organizar el sistema jurisdiccional de tal forma de poder satisfacer esos estándares en interés de los justiciables. Así lo ha sostenido la Corte IDH (caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, pfs. 166 y 167), declarando:

> […] el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos", y que la obligación de garantía "no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En las líneas que siguen nos referiremos a tres de los institutos mencionados, que tienden hacia la evitación del juicio penal: la incorporación normativa del principio de oportunidad, los acuerdos penológicos y la mediación penal.

3 Sobre el principio de oportunidad

Nada innovador diremos sobre el principio de oportunidad ni de los criterios que le dan aplicación normativa, recordando sí que la doctrina procesal suele oponer teóricamente el principio de legalidad al de oportunidad (GIMENO SENDRA, 1981, p. 192 y sig.; ROXIN, 2000, p. 89 y sig.; MAIER, 2004, p. 828 y sig.; NIEVA FENOLL, 2012, p. 19 y sig.). El reconocimiento del binomio legalidad *vs.* oportunidad suele despertar algún escozor entre quienes defienden a ultranza la legalidad en la persecución penal; pero confrontar opuestos no siempre conduce a resultados provechosos, aunque es posible observar en el derecho comparado modelos de discrecionalidad absoluta y discrecionalidad reglada u oportunidad restringida (DUCE; RIEGO, 2007, p. 185 y sig.).

En nuestros sistemas jerarquizados de administración de justicia el principio de oportunidad no reglado parece jurídicamente imposible de aplicar, porque dotaría al órgano persecutor de una poderosa herramienta que muy probablemente los órganos de adjudicación penal no estarían dispuestos a dejar de controlar. Por otra parte, parece imposible que el estado investigue todos los hechos aparentemente delictuosos con los medios de que disponga y con resultados razonables, por lo que la aplicación del principio de oportunidad, no obstante las dificultades teóricas en su construcción, permite a las autoridades tomar decisiones relevantes en materia de política criminal y persecución penal (VOLK, 2016, p. 254); además, una cosa es que el sistema y sus actores propendan hacia el máximo rendimiento del principio de legalidad en la percusión penal y otra, que materialmente ello sea posible. Con claridad lo explica el profesor Julio Maier (2004, p. 824):

> …nuestro discurso jurídico (*principio de legalidad*) camina por una acera y la realidad (*principio de oportunidad*) transita por la vereda de enfrente y en sentido inverso; expresado de modo más directo: los juristas sostienen, especulativamente, el *principio de legalidad*, como criterio de justicia rector de la persecución penal, y la práctica concreta selecciona de diversas maneras los casos a tratar y el tratamiento que reciben ya dentro del sistema, aplicando *criterios de oportunidad*.

En España, donde se reconoce la plena vigencia del principio de legalidad casi como dogma (NIEVA FENOLL; BUJOSA VADELL, 2016, p. 2223), la LECrim permite descomprimir alguna actividad investigativa habilitando al juez de instrucción a desechar algunas denuncias (art. 269), pero solo en la hipótesis de inexistencia del hecho denunciado ("denuncia falsa") de falta de tipicidad, no pudiendo el juez apreciar otras circunstancias que implicarían desplegar una actividad de investigación (GIMENO SENDRA, 2012, p. 254 y sig.; otras manifestaciones en LETELIER LOYOLA, 2009, p. 221-223).

Pero manifestábamos que, en nuestros modelos jerarquizados de administración de justicia, en que no solo las decisiones jurisdiccionales están sujetas a control sino también los actos de los órganos que intervienen en las diferentes etapas del proceso, el principio de oportunidad no puede ser sino reglado, estableciéndose por la *ley* los *criterios objetivos* de oportunidad. Ese es modelo normativo que utilizan, por ejemplo, el CPP de Chile (art. 170); el CPP de Colombia (artt. 114.2 y 324, que contiene un extenso catálogo de *causales* de oportunidad); el CPP de Panamá (art. 212, que contiene un catálogo de *criterios* de oportunidad); el art. 2 del CPP del Perú; el CPPN Argentina (CPPN) (art. 31 que enumera los criterios de oportunidad); y la Ordenanza Procesal Penal alemana (*StPO*) y su profusa regulación de las conductas delictuosas insignificantes y de interés disminuido en la persecución penal (§ 153, § 154, § 154 e). Por los mismos cauces discurre el *Anteproyecto* LECrim (art. 58), reconociendo un principio de oportunidad reglado por la ley y facultando al agente del Ministerio Fiscal (MF) para apreciar discrecionalmente la concurrencia del supuesto fáctico de la

oportunidad, sin perjuicio del control judicial de los elementos que permiten la aplicación de este principio.

Esta opción parece ser correcta, desde que si por la aplicación del principio de oportunidad se puede "disponer la finalización del proceso de manera anticipada" (NIEVA FENOLL; BUJOSA VADELL, 2016, p. 20) evidentemente su aplicación se traduce en un límite al ejercicio de la potestad persecutoria estatal y al ejercicio del principio de legalidad penal en sede procesal. Así las cosas, si la justificación del respeto al principio de legalidad es que se trata a su vez de una manifestación del principio de *oficialidad* en la persecución penal y la atribución de las funciones de investigar, acusar y juzgar a agentes públicos distintos (LETELIER LOYOLA, 2009, p. 221) que a su vez hallan su competencia en normas constitucionales y legales, el otorgamiento de márgenes de discrecionalidad al Ministerio Público (MP) para actuar o dejar de hacerlo frente a situaciones particulares (ARMENTA DEU, 2007, p. 33-34), que permite el principio de oportunidad, debe estar regulado en una fuente del mismo rango que el principio opuesto, todo ello, finalmente, por respeto a los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica.

No pocas dudas se plantean frente a la aplicación en nuestros modelos del principio de oportunidad, al punto de afirmarse que tanto que "se ha transformado hace tiempo en un instrumento confuso desde el punto de vista teórico, pero irrenunciable en la práctica" (VOLK, 2016, p. 254). Uno de los cuestionamientos apunta al rol jurisdiccional que se otorgaría al MP:

> En nuestra opinión, la implantación del principio de oportunidad comporta problemas teóricos importantes de naturaleza del ministerio fiscal, que es casi equiparado con un juez. Por otra parte, el hecho de que motivos políticos puedan permitir la falta de persecución de un delito puede atentar contra el principio de igualdad. Pero en la práctica, el hecho de que un fiscal, o un tribunal en su caso, puedan otorgar prematuramente el perdón puede ser muy arriesgado, además de olvidar que la víctima también debe tener un lugar importante en el proceso penal. (NIEVA FENOLL, 2012, p. 20)

Según vemos, dos de esas prevenciones pueden salvaguardarse si existe un correcto control jurisdiccional en la aplicación de un principio de oportunidad que siga criterios fijados por la ley; sobre el último aspecto, relacionado con el rol de la víctima, no debe olvidarse que la finalidad más relevante del proceso penal es la de constituir un *límite público y regulado* a la aplicación de la potestad punitiva estatal, posición que coadyuva con la realización del derecho penal material, la protección personal del sujeto pasivo de la persecución penal y la recomposición de la paz y la seguridad jurídicas (MAIER, 2004, p. 84 y sig.).

3.1 Participación del ofendido en el proceso penal

Los conocidos criterios de oportunidad que se extienden por los sistemas comparados, relativos a la escasa lesividad del ilícito (el principio de *ofensividad*, como denomina la ciencia

jurídica pena, ya se trate de una versión fuerte o débil, a nuestro entender sigue siendo un factor relevante en la respuesta punitiva estatal) (véase CABEZAS, 2013, *passim*), a la extemporaneidad de la reacción penal, a la satisfacción oportuna del ofendido y a su perdón. Como se aprecia, varios criterios sí consideran la situación en que se encuentra la víctima puesta en relación con la que tenía antes de la conducta delictuosa.

La evolución del proceso penal desde un modelo acusatorio primitivo, con amplia participación de la víctima, hacia los modelos reglados inquisitivos y su paso a los sistemas mixtos con vigencia del principio acusatorio, ha dejado a la víctima en un rol de promotora de la acción penal bastante secundaria, desde que la potestad de penar no es de titularidad de las víctimas ni de los particulares, sino en general del Estado (NEIRA PENA; FERREIRO BAAMONDE, 2016, p. 49). Y sin perjuicio que es altamente probable que además de un interés resarcitorio y de reparación del daño la víctima tenga otros intereses en el proceso penal, como el interés en la *justicia* (NIEVA FENOLL, 2012, p. 71), no puede dejar de desconocerse que hoy el acento sigue puesto en el quebranto a la norma penal: el conflicto entre el Estado y ofensor es relevante en cuanto ha quebrantado el ordenamiento jurídico penal.

Desde ese punto de mira es preciso qué *interés jurídicamente protegido* detenta hoy la víctima en el seno de un proceso penal, pregunta que nos recuerda que la víctima es un sujeto del proceso penal, cuya presencia ha resultado, muchas veces, incómoda y que no siempre ha gozado del mismo estatuto jurídico, aunque en los últimos años, los sistemas han tendido a mejorar su estatuto jurídico como *sujeto* del proceso penal: desde la víctima actuando como querellante y actor civil (*v.g.* artt. 78 y 87 CPPMIA), hasta su posicionamiento como un sujeto cuyos intereses han de ser tutelados por el Estado, bien promoviendo la reparación de los daños, bien respetando su derecho al debido proceso y a un trato humano y digno (*v.g.* artt. 6 CPP de Chile y 11 CPP de Colombia; BUJOSA VADELL, 2014, p. 42). En el derecho internacional de los derechos humanos el estatus de la víctima ha experimentado también un desarrollo notable (GALDAMEZ ZELADA, 2007, *passim*; OLÁSOLO; GALAIN, 2010, p. 379 y sig.).

Si el conflicto penal es una cuestión que supera el ámbito del propio interés del ofendido, parecería justificarse que los sistemas no contemplen la participación de la víctima cuando alegue un interés en la persecución penal. Algunos ordenamientos comparados entregan al MP el monopolio de la persecución penal, tanto en la decisión de investigar cuanto en la de abstenerse, de suerte que la víctima tiene poco que decir en esta materia. En estos casos y en la sede de un proceso penal, la víctima solo puede hacer valer sus intereses patrimoniales.

Hay sistemas que contemplan diversos ilícitos penales en que la promoción de la persecución y del juicio penal quedan exclusivamente en manos de la víctima (delitos de acción penal privada) y hay los que para cuya investigación es presupuesta la necesaria petición del ofendido (delitos de acción penal pública previa instancia particular o delitos dependientes de instancia privada) (ROXIN, 2000, p. 83-86). En los casos que conocemos (que son habitualmente similares en los distintos sistemas) parece que la persecución penal sí cede a favor de esos intereses del ofendido, pues la lesión que éste acusa a un bien jurídico suyo es una

cuestión más de interés particular que colectivo.[4] Por ejemplo, el catálogo de la *StPO*, § 374, es bastante ilustrativo de lo que venimos diciendo, en cuanto a los intereses protegidos por los tipos penales de acción privada. El Código Penal alemán (*StGB*) considera, entre otros, delitos de acción penal privada el allanamiento de morada (§ 123 *StGB*), violación a la privacidad de la correspondencia (§ 202 *StGB*), determinadas lesiones de baja entidad (§ 223 y 229 *StGB*), acoso y amenazas (§ 238.1 y 241), daños a la propiedad ajena (§ 303 *StGB*), delitos cometidos en estado de embriaguez auto provocada (§ 323a *StGB*) y determinados delitos que atentan en contra de la libre competencia. En el ámbito iberoamericano, por ejemplo, son delitos de acción penal privada según el art. 19 del CPP de Costa Rica los delitos contra el honor, la propaganda desleal y cualquier otro delito que la ley califique como tal; en el CPP de Chile (art. 55) son delitos de acción penal privada la calumnia y la injuria, la provocación al duelo, entre otros y son delitos de acción penal pública previa instancia particular (art. 54) las lesiones menos graves y las lesiones leves, el allanamiento de morada, la violación de secretos profesionales y las amenazas, entre otros; en el CPP de Colombia (art. 74.2) para ejercitar la acción penal se requiere de querella del ofendido, entre muchos, en los delitos de inducción o ayuda al suicidio, lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta días, lesiones personales con deformidad física transitoria, aborto preterintencional, lesiones personales culposas; violación a la libertad religiosa; injuria y calumnia; violencia intrafamiliar; inasistencia alimentaria; malversación y dilapidación de los bienes de familiares; acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones; infidelidad a los deberes profesionales.

Esa es una justificación bastante tradicional y aparentemente simple que, empero, debe ser sometida a continuas revisiones; de lo contrario, se corre el riesgo que los sistemas se vuelvan rígidos. Desde la perspectiva de los bienes jurídicos tutelados, la constante proliferación de tipos penales lleva a preguntarse cuando y bajo qué criterios la lesión de uno u otros es una cuestión de interés privado o colectivo. Y los criterios no deberían ser sino objetivos u *objetivables*, pues estamos hablando del interés en la persecución penal, elemento necesario para configurar la legitimación en la solicitud de tutela jurisdiccional.

3.2 Interés en el conflicto jurídico vs. tutela procesal del interés

Si analizamos tres simples casos, podríamos poner en duda la idea que el interés de la víctima se halle adecuadamente protegido en sede procesal.

4 De modo que tampoco se justificaría la función de prevención general que se quiere atribuir a las penas privativas o restrictivas de derechos. De todas maneras, las críticas a la idea de la prevención, general o especial, como fin de las penas privativas o restrictivas de derechos, en cuanto entiende al ser humano como un ente cuya conducta pueda ser determinada por la misma pena, nos parecen de mucha actualidad. Véase Rivacoba (1995, p. 41 y sig.).

La primera referencia la merecen los delitos de injurias y calumnias, que han sido tradicionalmente materia de los procedimientos de acción penal privada; así, por ejemplo, en el modelo tradicional de las LECrim (art. 104 pf. 2º). Lo mismo en el CPP de Chile (art. 55 letra a), en el CPP de Colombia (art. 74.2), en el CPP de Costa Rica (art. 74), CPP de El Salvador (art. 28 n. 1) y CPP de Panamá (art. 114.1). Pero hoy, época en que la información tiene tanto valor y se transmite por sendas y velocidades insospechadas, cabe preguntarse si la protección de honra de las personas es una cuestión que interese solo al ofendido o más bien a la comunidad toda. En otras palabras, dudamos si los atentados a la honra de las personas a través de medios comisivos que garantizan inmediata y extendida difusión son un problema de relevancia penal que interese solo al ofendido o bien a la sociedad en su conjunto.

Lo dicho también podría predicarse de los delitos que atentan contra la privacidad de las comunicaciones, pues si la protección de los datos de carácter personal es una cuestión de la que los sistemas progresivamente se han hecho cargo a través de herramientas que resaltan su naturaleza de derecho fundamental, ¿parece coherente que las conductas delictuosas asociadas a estos bienes jurídicos permanezcan hoy agrupadas en las que afectan solo intereses privados? Al parecer la tutela de la intimidad y la privacidad es una cuestión que interesa a alguien más que al propio ofendido. Ello justificaría la estructuración de instituciones y procedimientos para el resguardo de datos personales, que incluso traspasan fronteras; por ejemplo, en Europa la institución del Supervisor Europeo de Protección de Datos (*European data Protection Supervisor*).[5]

Se observa, por otra parte, que varios ordenamientos permiten la persecución *ex officio* por el MP de los delitos contra la propiedad, aun de baja entidad. En Chile el *quantum* de lo hurtado no determina el tipo de acción que permite perseguir la conducta, sino la pena que se pudiera imponer al responsable y el procedimiento que asume el proceso. Eventualmente, la baja cuantía de lo hurtado permite al MP aplicar el principio de oportunidad (art. 170 CPP). Frente a esta situación planteamos dos cuestionamientos:

a) Cabría preguntarse si en la actualidad se justifica que muchos atentados a bienes jurídicos de índole patrimonial sean considerados de interés colectivo y perseguibles por acción pública o incluso popular, siendo que el Estado, organización que debería satisfacer las necesidades comunes – al menos las indispensables para la subsistencia –, ha ido depositando progresivamente esta tarea (suministro, administración y protección) en manos de los particulares. En concreto, ¿parece hoy razonable que el Derecho Penal y el sistema encargado de su aplicación y tutela, por medio de una excitación de la función jurisdiccional, protejan, por ejemplo, los atentados al patrimonio de las cadenas de supermercados o de los grandes *retails*?

5 Disponible en: <https://edps.europa.eu/edps-homepage_en>. Acceso en: 26 marzo 2018.

b) Si el derecho a la propiedad privada y a la libertad económica son considerados, en muchos modelos, un reducto que oponer a la actividad económica del Estado, ¿es coherente que la víctima tenga poco y nada que decidir a la hora de promover, dirigir o poner fin a la persecución penal, ante las conductas delictuosas que afecten bienes jurídicos de carácter patrimonial? Siguiendo con el ejemplo de la nota anterior, es muy dable suponer que, en un esquema de libre mercado, las cadenas de grandes tiendas trasladen el coste de los riegos de robos y hurtos al consumidor, recargando finalmente en el precio el valor de las primas de los contratos de seguro.

3.3 El interés jurídicamente protegido de la víctima en sede procesal

Si hoy no cabe duda que la víctima es un sujeto del proceso penal, un centro de interés —así evitamos incomodidades llamándola parte—, habrá que preguntarse qué interés hace valer en esta sede. Y como sostenemos que el *interés jurídicamente tutelado* está íntimamente vinculado con los *derechos* que pueden invocarse en el proceso, habrá que coincidir en que a la víctima le interesa el desarrollo de una investigación y un proceso en el que sea oída, con las garantías debidas, que concluya con una sentencia debidamente motivada y dictada dentro de un plazo razonable, pues a todo ello tiene derecho; en otras palabras, tiene derecho a provocar un proceso jurisdiccional (*ius ut procedatur*). Tiene también un interés jurídicamente protegido —no cabe duda— en quedar indemne de las lesiones a su patrimonio (cuando han existido), pues ha de reconocérsele el derecho a mantener la integridad de su patrimonio.

Pero ¿tiene la víctima un interés jurídicamente protegido en la aplicación de una pena? Si la pena es la manifestación paradigmática del derecho penal, nos inclinamos por una respuesta negativa, pues la víctima no es titular ni tiene derecho de disposición sobre ella.

Con ese predicamento, entonces, y hablando de los intereses jurídicamente protegidos, ¿bajo qué figuras es posible que la víctima concurra en un proceso penal frente a la concreción del *ius puniendi*?

a) La víctima podría asistir como un mero espectador, posición que carece de sentido en los sistemas que han mejorado progresivamente su estatuto, reconociéndola como un centro de interés. Esta mejoría en su estatuto jurídico ha sido ostensible en los últimos años. En España, por ejemplo, se ha traducido en la posibilidad de acumular pretensiones resarcitorias al proceso penal (art. 100 LECrim), en la de concretar la justicia restaurativa a través de la mediación penal en materia de responsabilidad penal del menor (Ley n. 5/2000, de 12 de enero), en la especial tutela cautelar de la víctima de violencia domestica (Ley n. 27/2003, de 31 de julio), en la tutela especial a las víctimas de violencia de género (Ley Orgánica n. 1/2004, de 28 de diciembre) y en la posibilidad de hacer efectiva a responsabilidad civil subsidiaria del Estado por error judicial (artt. 292-297 Ley Orgánica del Poder Judicial - LOPJ) (GIMENO SENDRA, 2012, p. 60).

b) También podría concurrir activamente, promoviendo la persecución penal y la aplicación del derecho penal, hipótesis peligrosa cuando el órgano público encargado de lo mismo es de opinión contraria, pues no parece sistémicamente razonable —aunque sí factible en la realidad— que si el órgano oficial titular del *ius persequendi* decide que una conducta no merece reproche penal y por tanto no lo requiere, la víctima, que carece de titularidad sobre la pena, inste por ello. En Chile, por mandato constitucional y legal, corresponde al MP el ejercicio de la acción penal y la dirección de la investigación, mas no se priva por ello su ejercicio a otras personas (art. 83 Constitución Política de la República - CPR). Por lo general la víctima puede actuar como querellante y, si el MP decide acusar, como acusador particular. Pero en el evento que el MP decida comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248, letra c, CPP) o de solicitar que se declare el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 250 CPP), el querellante puede instar por el *forzamiento de la acusación*, pudiendo lograr, incluso, que el juez de garantía lo autorice para continuar por sí solo con la acusación, llevando la causa a juicio oral (*vide* art. 258 CPP de Chile). No se trata que el sistema reconozca *per se* en la víctima titularidad alguna sobre el *ius persequendi*, mas sí el derecho de ocupar el lugar del MP cuando éste ha decidido no proseguir con la persecución.

c) Una tercera opción es que la víctima concurra en el proceso interesada en la aplicación de la pena con fines de prevención, hipótesis que supondría admitir los fines preventivos de la pena y en interés de la víctima, siendo que, en general y de admitirse tales fines, la prevención interesa a la sociedad toda.

d) Como cuarta figura y sin reconocer a la víctima más intereses jurídicamente tutelados que su derecho a un proceso jurisdiccional, a una sentencia motivada y a la reparación de los perjuicios sufridos, el ejercicio de tal derecho pudiese incidir en los destinos del proceso penal.

La postura que defendemos es que resulta necesario hallar al interior de los sistemas jurídicos las instituciones que permitan que los dos intereses jurídicamente protegidos de la víctima, es decir, uno que nace de su derecho a una investigación penal, al proceso jurisdiccional y una respuesta jurisdiccional motivada y otro que emana del derecho a la reparación de sus bienes jurídicos lesionados y de que pueda disponer, tengan relevancia en la suerte del proceso penal. La noción de justicia restaurativa puede ser de gran utilidad.

Si la víctima de un atentado contra alguno de sus bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial ha sido reparada en la lesión, con su conocimiento y consentimiento, ¿tiene sentido continuar con la persecución penal? Insistimos en el punto con un simple análisis económico: si muchos Estados modernos, alejándose del modelo de estado de bienestar, han dejado en manos de los particulares la satisfacción de las necesidades humanas que se subvienen con la posesión y consumo de bienes, ¿debería insistirse en el castigo penal cuando la lesión ha sido reparada? Nos parece que la voluntad de la víctima, satisfecha en su pretensión

de quedar indemne, debe ser una poderosa señal al Estado para que se abstenga de perseguir penalmente al ofensor, al menos en determinadas categorías de delitos tomando en cuenta los bienes jurídicos ofendidos y el principio de lesividad.

Ahora bien, cuando la conducta ilícita es de escasa lesividad (delincuencia *bagatelaria*), correspondiendo un reproche penal de muy baja entidad, no tiene sentido que el Estado ponga en movimiento el aparato persecutor; así, por ejemplo, en los "asuntos de bagatela" según la *StPO* (§ 153) el MP alemán puede prescindir de la persecución penal (GÖSSEL, 2007, p. 332 y sig.). El reproche penal de baja entidad precisamente demuestra que estas penas carecen de una finalidad de prevención: parece poco probable que el agente, enfrentando a una pena suave, se abstenga de ejecutar una conducta. Más bien refuerza la idea que la única finalidad de las penas privativas o restrictivas de derecho es la retribución penal. Y si volvemos sobre lo dicho, ¿la víctima está interesada —en el sentido de interés tutelado jurídicamente— en la mera retribución penal?

4 Los acuerdos penológicos

Parecería bastante rupturista pretender que en el proceso penal se admita el principio de disponibilidad procesal y todavía más, que las partes (acusador público, querellante y acusado) puedan disponer a su arbitrio de las penas; inmediatamente operarían, en resguardo, los principios de oficialidad de la investigación y legalidad de las penas. Pero ello no puede impedir que reconozcamos una realidad inminente: los sistemas de enjuiciamiento penal admiten variantes de negociaciones de culpabilidad y de pena que ponen fin al proceso penal mediante una sentencia que goza de los atributos de la cosa juzgada. Ya se denominen conformidades, acuerdos de pena, procedimientos abreviados, *guilty plea* o *plea bargaining*, lo cierto es que un número importante de las causas que se tramitan anualmente son absorbidas por estos procedimientos (nos resistimos a llamarlos juicios), en cuya base sustancial se halla una negociación: el acuerdo del acusado en orden a aceptar una propuesta del MP para que aquél acepte determinada imputación que incluye una determinación fáctica con consecuencia jurídico penal, a cambio de un trato penológico más favorable del que recibiría si en el juicio resulta condenado. En otras palabras, con múltiples variables, es la renuncia del acusado a su derecho a un juicio penal, a cambio de un trato penológico más favorable del que recibiría si fuese condenado en un juicio. En otras palabras, con múltiples variables, es la renuncia del acusado a su derecho que el Estado pruebe, bajo reglas de *adversarialidad* y contradicción, su responsabilidad penal en unos hechos que se consideran probados bajo iguales reglas de *adversarialidad* y contradicción.

La institución es conocida en España bajo la figura de las conformidades (*v.g.* artt. 784.3, pf. 2º, y 787 LECrim); como procedimiento abreviado en Chile (artt. 406 y sig. CPP) y México (artt. 201 y sig. CNPP), preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado en Colombia (artt. 348 y sig. CPP); como acuerdos en el CPP de Panamá (artt. 220 y sig.). En el derecho norteamericano, la negociación del *plea bargaining* puede consistir o bien en que le

fiscal requiera la imposición de una pena menor a la que obtendría el imputado si resulta condenado en juicio, o bien en que el primero recalifique jurídicamente los hechos sobre los que el imputado ha de declararse culpable. En ambos casos, por la declaración sobre su culpabilidad el imputado obtiene una pena más baja que la que arriesga en juicio oral. La negociación sobre la pena está en el corazón del procedimiento:

> Esto es lo que constituye uno de los principales incentivos para los imputados en el sistema de justicia criminal norteamericano para renunciar a su derecho a juicio y preferir la imposición de pena, previa declaración de culpabilidad. (DUCE; RIEGO, 2007, p. 191)

Estos acuerdos constituyen una realidad que no podemos desconocer y que el legislador utiliza para lograr diversos propósitos: desde descomprimir las posibles o concretas sobrecargas de trabajo de los Tribunales de juicio, hasta lograr un resultado más acorde con *lo justo*. Sobre el punto, merece la pena destacar la institución colombiana de los preacuerdos en el proceso penal, cuyo ámbito objetivo de aplicación parece ser bastante amplio. La negociación puede incidir en:

> los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes igualmente caracterizadas, en las formas concursales [...], la variación de los contenidos y alcances de las resoluciones acusatorias, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, la privación preventiva de libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o sicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de lesión del bien jurídicamente tutelado. (GÓMEZ VELÁSQUEZ; CASTRO CABALLERO, 2010, p. 88)

Los propios términos del art. 348 del CPP colombiano referidos a la institución de los *preacuerdos* son muy esclarecedores:

> Con el fin de *humanizar la actuación procesal y la pena*; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso. (relieve nuestro)

En el mismo país, junto con los preacuerdos, existe otra forma de aceptación de cargos: la *aceptación unilateral de cargos* por parte del imputado o acusado (artt. 288.3, 293, 356.5 CPP). Ambas son modalidades de terminación anticipada del proceso "que comportan en su

esencia aceptación de responsabilidad por arte del imputado o acusado [...]", siendo una de tipo unilateral y la otra, pre acordada (GONZÁLEZ NAVARRO, 2014, p. 1524-1526).

Hay, no obstante, escenarios de riesgo que deben atenderse. En los puntos que siguen, refiriéndonos siempre a las negociaciones de culpabilidad y pena, llamaremos la atención sobre tres situaciones anómalas y riesgosas que pueden transformar a esas figuras en instituciones perniciosas: la pervivencia del juez de instrucción, la falta de un control material sobre la fundabilidad de la acusación y las oportunidades para promover negociaciones de pena. Advertimos desde ya, de acuerdo con Jordi Nieva, que en el panorama comparado de la conformidad se identifican posibles vulneraciones importantes al derecho a guardar silencio, al derecho a no auto inculparse, al derecho a la presunción de inocencia y a la esencial indisponibilidad del objeto del proceso penal (NIEVA FENOLL, 2012, p. 219 y sig.).

4.1 Pervivencia del juez de instrucción

Existen sistemas de enjuiciamiento penal que, admitiendo aun la vieja figura del juez de instrucción, permiten que éste a la vez conozca los presupuestos y resuelva las conformidades penales. Esta situación, amén de poner en riesgo el derecho a la imparcialidad del juzgamiento, pone en jaque uno de los presupuestos del principio acusatorio: la necesaria separación de los roles de investigar y juzgar. Ciertamente que España, en la figura de la conformidad prestada ante los Juzgados de Guardia (art. 801 LECrim), resulta muy criticable.

Profundizando más en la crítica somos del parecer que cualquier juez, de instrucción o de garantía (según el sistema) que durante el curso del proceso adopte medidas cautelares personales queda *prevenido* para el futuro conocimiento de un asunto, incluso bajo la forma de los acuerdos que venimos hablando. En este sentido las advertencias de la profesora María del Carmen Calvo Sánchez nos parece muy actuales:

> [...] no olvidemos la importancia que las apariencias tienen en cuanto al cumplimiento de la garantía de la imparcialidad objetiva y el papel que éstas juegan en la vulneración del 6.1 del Convenio [CEDH]... (CALVO SÁNCHEZ, 1990, p. 1095-1096).

4.2 Ausencia de control sobre la fundabilidad de la acusación

Los sistemas que impiden al juez de garantías que conoce de la fase intermedia, preparatoria o preliminar —las nomenclaturas pueden variar tanto para el juez como para la fase— ejercer un control negativo sobre la acusación, esto es la fundabilidad de la misma (*v.g.* Chile, Panamá), malamente permiten al mismo juez evitar las conformidades sobre acusaciones infundadas, por lo que muchas veces la inexperiencia, desidia o falta de aptitudes técnicas del defensor provocan que el acusado acepte conformidades con resultados más perniciosos que los que habría sufrido de enfrentar un juicio penal (LETELIER LOYOLA, 2012, p. 229 y sig.).

4.3 La oportunidad para promover negociaciones de pena

En algunos casos la ubicación temporal de las conformidades es inadecuada. En tal sentido el legislador español actual —esperamos que el futuro no incurra en el mismo error— permite conformidades una vez que ya se ha ordenado la apertura del juicio. Nos parece que la sede natural de los acuerdos sobre culpabilidad o pena no es sino la fase preparatoria del juicio, pues precisamente lo que se quiere evitar es la realización de un juicio y de todos los actos previos pero subsiguientes a la orden de su apertura.

La acertada colocación de los acuerdos penológicos en sede de la audiencia preliminar (*v.g.* Panamá, Chile, México) provoca que quienes deben discutir sobre su procedencia, acusadores y acusado, pongan todos sus esfuerzos en el resultado de la empresa y no se guarden para más adelante argumentos que podrían haber esgrimido antes (por ejemplo, la admisión de defectos de prueba, el reconocimiento o renuncia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, la modificación de otras circunstancias que incidan en el reproche penal como alteraciones en el *iter criminis* y la participación penal, la recalificación jurídica de los hechos, entre otras).

5 La mediación penal

Es un tema que sin duda se halla en las más actuales discusiones acerca de los fines y funciones del proceso penal. Asumiendo su procedencia en este tipo de conflictos y cualquiera sea su configuración (*intra* o extraprocesal, con o sin intervención de letrados, durante la investigación o una vez agotada), la mediación penal supone necesariamente considerar los intereses jurídicamente protegidos de la víctima, en particular en la reparación de los daños que la conducta ilícita le ha causado, y su éxito evita la realización de un juicio. En otras palabras, las partes del conflicto penal que se someten a mediación lo hacen con la expectativa de evitar un proceso penal o un juicio, en un modelo que comporta mayor participación de la víctima y fortalece el rol del imputado como sujeto de derechos (RUSCONI, 2008, p. 16 y sig.).

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) acordó en su 37ª sesión plenaria de 24 de julio de 2002, la Resolución n. 2/2002 sobre "Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal", en cuyo preámbulo destaca aspectos sustantivos del modelo de justicia restaurativa:

> *Recalcando* que la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades, [...]
> *Consciente* de que este enfoque da a las victimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad:

> y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia.

Así cuando entramos en los terrenos de la *justicia restaurativa* y el reposicionamiento de la víctima en el proceso penal como un núcleo de intereses, vale la pena preguntarse sobre la utilidad el juicio penal. Esto se afirma pues es una característica esencial de la justicia restaurativa, a diferencia del modelo clásico de la justicia retributiva, que tanto víctima como victimario participen activamente en la solución del conflicto por medio de un proceso dialógico en el que, por general, interviene un tercero facilitador, pues el enfoque sobre el injusto cambia. El delito deja de ser considerado, al menos exclusivamente, una infracción a una norma penal para considerarse principalmente una acción que causa daño a otro (ofendido) y a la sociedad (ANGULO GONZÁLEZ, 2006, p. 6-7).

Las finalidades o *resultados restaurativos* de la mediación pueden ser variadas: el resarcimiento del daño, la realización de una conducta o su abstención, la prestación de servicios a favor de la comunidad, la petición de perdón u otras (ANGULO GONZÁLEZ, 2006, p. 43-46).

Las experiencias en mediación penal no son numerosas; empero, no es una vía que por esa razón no haya de ser promovida y desarrollada. En Iberoamérica existen interesantes experiencias sobre mediación penal en Argentina, con ingente aplicación en la Provincia de Buenos Aires (Ley n. 13.433, de 21 de diciembre de 2005 y publicada en enero de 2006, para todos los casos iniciados en la Provincia de Buenos Aires en que intervenga el MP Fiscal), en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materias de fuero contravencional y de faltas, con la relevante intervención del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial (DÍAZ, 2015, p. 41 y sig.) y en Colombia con la regulación del propio CPP, cuerpo en cuyo Libro VI, intitulado sugestivamente "Justicia Restaurativa", se contemplan dos mecanismos: la conciliación preprocesal y la mediación. Y sin perjuicio que en el mismo CPP podrían hallarse otras manifestaciones de justicia restaurativa (CORONADO DÍAZ, 2014, p. 39-42), la mediación ha sido legalmente definida como

> […] un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. (art. 523 CPP)

En Panamá se instituye la justicia restaurativa con la regulación positiva de la mediación como salida temprana (artt. 207 y sig. CPP) y en España, a propósito de la responsabilidad penal juvenil y con incipiente apertura en la responsabilidad penal de adultos. En este último país el art. 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de

menores, permite al juez declarar el sobreseimiento de la causa, previa solicitud del MF, cuando el menor responsable haya arribado a una conciliación con la víctima, o bien haya asumido el compromiso de reparar en su favor los daños causados por el delito, o bien se haya comprometido a cumplir una actividad educativa. A su turno la reciente modificación al art. 84.1 del Código Penal (CP) español permite la suspensión de la ejecución de una pena condicionada al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (ARANGÜENA FANEGO, 2016, p. 177 y sig.).

En todos estos casos, antes que la aplicación de una pena se ha privilegiado el resarcimiento de los daños a la víctima o la satisfacción de alguna prestación en su favor o de la comunidad.

En suma, estos tres institutos, principio de oportunidad, acuerdos penológicos y mediación tienden a evitar la realización de un juicio penal, mas no soslayan la solución del conflicto material.

6 Realización temprana de actos propios del juicio: la prueba anticipada

Por diversas razones, pero todas ellas vinculadas con la eficiencia del proceso, suelen realizarse anticipadamente en la etapa de investigación o en la fase previa a la celebración de un juicio, actuaciones propias del mismo que incorporan figuras sujetas a contradicción y *adversarialidad* en sedes que naturalmente no respetan esos principios. Pensamos en la constante realización de las pruebas anticipadas.

Los ordenamientos procesales suelen contemplar la posibilidad que el MP y las partes soliciten la rendición de pruebas anticipadas, usualmente referidas a las pericias y las pruebas testimoniales, justificando que, previsiblemente a la hora del juicio, ya no se dispondrá de la fuente de prueba (*v.g.* art. 781.1, pf. 3º, LECrim). Esta posibilidad, que evita que las partes caigan en un defecto probatorio durante el juicio, provoca no menos de un problema. En lo que sigue identificaremos dos.

6.1 Aislamiento de la prueba

Toda actividad procesal de producción de prueba debe estar presidida por las reglas de contradicción y adversarialidad, respetando la igualdad de armas (formal y material), de suerte que las partes, enfrentadas a las pruebas, estén en condiciones de examinarlas y contra examinarlas en posición de igualdad, por lo que el principio de contradicción es inherente al derecho de defensa y esencial en la producción de la prueba, debiendo garantizarse incluso en los casos de prueba *preconstituida* y anticipada (JAÉN VALLEJO, 2000, p. 21 y sig.). Suele afirmarse, con mucha razón, que la actividad de investigación desarrollada durante la instrucción previa es solo una investigación del Fiscal destinada a formarse una convicción acusadora, de modo que no puede ser considerada prueba. Solo una vez agotada la investigación, ofrecida la prueba y superado el tamiz de pertinencia y legalidad, disponiendo todas las partes de la misma información (de ahí el sentido de la apertura de las investigaciones secretas cuando las hay en

nuestros modelos y el *discovery* en el modelo angloamericano), será en el seno del juicio que la prueba se produzca, pudiendo incluso interactuar unas con otras (las confrontaciones probatorias suelen darse en el juicio e incluso las llamadas pruebas sobre pruebas, cuando durante el desarrollo del mismo surgen dudas acerca de su autenticidad o veracidad). Esto no solo facilita que las partes pueden ejercitar adecuadamente sus exámenes e interrogatorios, sino que también el Tribunal de juicio pueda valorar conjuntamente la prueba.

Pero cuando se rinde anticipadamente una prueba ésta se produce aisladamente, en el seno de una fase no contradictoria, ante un juez que no se corresponde con el Tribunal de juicio, en muchas oportunidades estando la investigación aún inconclusa y sin que las partes puedan ejercitar mecanismos de confrontación con otras pruebas. Si se admite la rendición de prueba anticipada en investigaciones aún inconclusas las partes no podrán ejercitar correctamente su derecho de examen, defecto más grave que sufre aquella que no detenta la investigación oficial; y aunque en las investigaciones agotadas y cerradas este riesgo no existe, el producto de la prueba anticipada es un resultado aislado que difícilmente las partes podrán contrastar, haciendo uso de las técnicas de examen y contra examen, con las otras pruebas que en el futuro se rindan en el juicio.

6.2 Juez competente para conocer de la prueba anticipada

En los modelos que admiten anticipar la prueba el juez ante quien se rinde es el mismo que conoce de la fase de investigación, bien investigando (juez de instrucción) o bien controlando que no se vulneren las garantías de los justiciables (juez de garantías, *iudice per la indagine preliminare*), pero distinto, por respeto al principio acusatorio, del que conocerá del juicio. De esta suerte, el principio de identidad del juzgador se disocia: quien ha asistido a la producción de la actividad probatoria bajo reglas de *adversarialidad* y contradicción, carece de competencia como juez de adjudicación, y viceversa. Esto supondría pocos reparos si no advertimos que en mayor o menor medida los sistemas suelen dar a los jueces ciertas potestades para dirigir las interrogaciones, incluso interrogando por sí solos; pero lo que nos parece más riesgoso es que, por muchos recaudos tecnológicos que se adopten y aunque se relativice hoy el principio de inmediación, la falta de contacto directo entre el Tribunal de juicio y la fuente de prueba posiblemente afecte la calidad de los presupuestos de inmediación y los juicios inferenciales de la sentencia.

7 Afectaciones y puestas en peligro del principio de la contradicción

Si bien nos hemos referido a los acuerdos penológicos en otra parte de este trabajo, no podemos dejar de observar que en todos ellos la ausencia de debate probatorio afecta la contradicción propia de un juicio. No obstante, esos institutos quedarán fuera de las reflexiones contenidas en este punto, pues acá se trata de resaltar las figuras que afectan o ponen en riesgo la contradicción durante la celebración de un juicio. Algunas veces estos atentados y riesgos

provienen bien de la propia actividad oficiosa del Tribunal o bien del ejercicio de alguna facultad que las partes pueden oponer a su contraria en la práctica de las pruebas.

Advertimos las siguientes tres figuras que ponen en riesgo la contradicción: facultades oficiosas del Tribunal en la práctica de las pruebas, facultades oficiosas del Tribunal en la configuración del objeto de proceso y la prescindencia de la declaración de testigos o peritos y su reemplazo por la lectura de las declaraciones previas o de los informes.

7.1 El juez de juicio, las pruebas y las facultades de oficio

Hay modelos que permiten que el juez controle la actividad probatoria: al juez que conoce de la audiencia preliminar le corresponde verificar la pertinencia y licitud de la prueba, excluyendo las que estén viciadas por esos motivos (*v.g.* Chile), o bien permiten integrar la prueba, cuando noten algún defecto probatorio relevante en la actividad que se desplegará en juicio (*v.g.* Italia y las facultades de integración probatoria del juez de audiencia preliminar, *ex.* artt. 421 *bis* y 422 CPP). Se trata, empero, de la actividad de control desplegada por un juez que no conocerá del juicio penal.

En su rol de director del debate (que no de mero conductor), corresponde al juez de juicio asegurarse que la actividad probatoria se despliegue no solo respetando los "principios" de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, sino también en igualdad de condiciones (paridad de armas), con respeto a la pertinencia y licitud de la prueba. Pero el rol activo del juez, que no es incompatible con un modelo adversarial, puede manifestarse poderosamente en los casos que al Tribunal de juicio le está dado intervenir directamente en el control de las pruebas que las partes han ofrecido, en la proposición de prueba y en la rendición de la misma, tres conductas que advertimos atentatorias del principio acusatorio y riesgosas de la imparcialidad del juzgador. Al respecto nos parece que la configuración del sistema del juicio ordinario español es muy riesgosa, pues permite al tribunal adjudicatario (Audiencias Provinciales y Juzgado en lo Penal) pronunciarse acerca de la procedencia legal de la prueba que deberá rendirse en juicio (artt. 659 y 785 LECrim). Dudamos que esto conlleve una mera apreciación formal; antes bien, una decisión fundada en cuanto a la pertinencia y licitud de la prueba exige del juez conocer su origen, contenido y aptitud probatoria. Entonces el riesgo de parcialidad ronda de cerca.

El mismo defecto de la LECrim puede predicarse de la facultad de las jueces de la Audiencia Provincial (AP) de decretar pruebas (*ex* art. 729), pues no habiendo participado en la instrucción —no es ésa su competencia funcional sino una muy distinta— mediante esta potestad no actúan sino controlando la actividad investigativa del juez de instrucción y del fiscal, acusando los defectos en la prueba que se ha ofrecido para el juicio. Por la vía indirecta de asumir un control de la aptitud probatoria del resultado de la investigación preliminar, los roles de investigar y sentenciar parecen acercarse peligrosamente.

Excurso: oralidad, inmediación y apreciación de la prueba. Estamos de acuerdo que la oralidad e inmediación no son ni por asomo un dogma en Derecho (¿es posible sostener la existencia

de dogmas en esta rama de las ciencias humanas?); así, tienen sentido las explicaciones de Lorenzo Bujosa en orden a desmitificarlas e incluso relativizarlas (BUJOSA VADELL, 2014, p. 47 y sig.). Sin embargo, insistimos que oralidad e inmediación son características del proceso (no vemos inconvenientes en sustraer a la oralidad e inmediación de la categoría de "principios"; bien podrían ser considerados caracteres que asumen el proceso) que, desarrollados a través del uso correcto de las técnicas de litigación, permiten un máximo rendimiento de la contradicción, la *adversarialidad* y el principio de identidad del juzgador.

Tratándose de uno de los medios de prueba más falibles, como la testifical, pensamos que la descripción de un juez atento más a los gestos del testigo que al contenido de su mensaje resulta algo caricaturesca; antes bien, si la neurociencia, la psicología, la psiquiatría, la antropología y la sociología forense tienen tanto que decir a propósito del lenguaje verbal y *paraverbal* de quienes nos comunicamos, el juicio contradictorio —salvando la tautología— con privilegio de la oralidad e inmediación nos parece la mejor sede tanto para que el juez conozca del material fáctico cuanto para que las partes controlen los posibles errores y distorsiones en la percepción del juez (CAROFIGLIO, 2010, p. 161 y sig.).

7.2 La configuración del objeto del proceso penal y las facultades oficiosas del Tribunal de juicio

El objeto del proceso penal es un tema de gran complejidad cuyo análisis escapa de estas líneas; sin embargo, es preciso resaltar dos caracteres: su configuración progresiva durante el proceso y su estrecha vinculación con las pretensiones que en él se hacen valer. La importancia del objeto es radical, pues determina la competencia funcional del Tribunal para conocer y resolver los asuntos que les son sometidos (LETELIER LOYOLA, 2009, p. 211 y sig.).

Refiriéndose al objeto del proceso penal, los sistemas que respetan el principio acusatorio adoptan un importante recaudo: el respeto a los lindes del proceso impone que se observe fielmente el principio de correlación entre acusación y sentencia, de suerte que ésta no puede resolver sobre hechos por los que no se ha acusado ni condenar a una persona distinta del acusado. Esto porque el objeto del proceso es un *factum* o situación de hecho concreta por la que se anhela la realización de la pretensión estatal por medio de la función de adjudicación. En los precisos términos de Jürgen Baumann:

> Solamente para lograr se debe señalar que no interesa la consecuencia penal o la del derecho penal, sino únicamente, *su afirmación*. [...] en el proceso penal solo importan la afirmación de un hecho punible y el anhelo de que se realice la pretensión penal estatal. (BAUMANN, 1986, p. 278, destacado nuestro)

Refiriéndonos a las hipótesis de condena, los problemas aparecen cuando se arriba a resultados distintos de los previstos antes del juicio, pues más de una complejidad tiene que el tribunal adjudicatario asigne a los hechos una calificación jurídica distinta, o califique en forma

diferente que el acusador el *iter criminis* o la participación penal, o bien el mismo Tribunal advierta la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal no invocadas por la acusación; o bien que los hechos no han ocurrido precisamente como se detalla en la acusación, o más aún que existen otros hechos por lo que no se ha acusado y que, sin embargo, aparecen probados en el juicio.

Desde luego —*iura novit curia*— al Tribunal de juicio le está permitido efectuar una calificación distinta de los hechos, de la participación o del grado de desarrollo del delito, siempre y cuando el sustento facticio aparezca de la prueba rendida en el juicio y, respetando la *adversarialidad*, las partes gocen de la oportunidad previa de efectuar sus alegaciones. Pero si reparamos en que cualquier mutación en la calificación jurídica implica necesariamente la construcción de un supuesto fáctico distinto —no hay tipos penales idénticos— y que el tribunal no queda vinculado a las alegaciones de las partes, es legítimo preguntarse si la actividad oficiosa del Tribunal de juicio pone en riesgo la configuración del objeto del proceso en su vertiente del respeto al principio de correlación entre acusación y sentencia.

Es cierto que la discrecionalidad del Tribunal de juicio para calificar en forma distinta no puede ser arbitraria, pues la doctrina procesal, alimentada por la jurisprudencia de los altos tribunales de justicia, ha elaborado criterios objetivos como el de la *homogeneidad de los tipos penales*, que parece ser útil para evitar que la recalificación *desconfigure* el objeto del proceso en fase de juicio (GIMENO SENDRA, 2012, p. 770 y sig.). En este curso de ideas, de acuerdo con opiniones muy autorizadas, se mantienen los límites de la correlación, desde el punto de vista objetivo, según Roxin, cuando permanece intacta "la sustancia del acontecimiento acusado" (ROXIN, 2000, p. 161), o "si se afirma la consecuencia penal de una situación de hecho determinada para la misma persona" (BAUMANN, 1986, p. 279), o cuando existe identidad total o parcial en los actos de ejecución descritos en el tipo penal y, aun, faltando ella, el bien jurídico protegido por los diversos delitos sea el mismo (GÓMEZ COLOMER et al., 1982, p. 102).

El tema delicado es que hablando de homogeneidad de tipos penales se puede llegar a diversos resultados: tipos homogéneos por similar modalidad comisiva, tipos homogéneos por compartir ubicación geográfica en el Código Penal, o tipos homogéneos por afectar al o a los mismos bienes jurídicos. Por lo mismo, la homogeneidad de tipos penales, aun para los solos efectos procesales de evitar la *desconfiguración* del objeto del proceso penal, debe ser objetivada por el legislador, pues la adopción de un criterio técnico objetivo como la afectación de un mismo bien jurídico igualmente genera dudas y confusiones (por ejemplo, en el caso de los delitos *pluriofensivos*).

Cerramos el punto afirmando que, si se trata de observar el principio acusatorio en su importantísima vertiente del respeto a la correlación entre acusación y sentencia, los modelos deben adoptar algunos recaudos: toda recalificación de tipo penal y circunstancias solo puede hallar su fundamento en la actividad probatoria desplegada por las partes en el juicio, bajo reglas de contradicción y *adversarialidad*; las partes deben ser informadas que el sentenciador

advierte posibles recalificaciones, gozando de la oportunidad de ser oídas sobre el punto. Considerando que la pretensión punitiva es ejercida por el o los acusadores, el Tribunal del juicio de primer grado no puede *ex officio* imponer un reproche penal más grave si aquéllos no adhieren a las recalificaciones propuestas por el mismo. Como corolario, en la fase de impugnación el respeto al límite *ne reformatio in peius* debe ser estricto.

7.3 La prescindencia de los testigos y peritos y su reemplazo por la lectura de declaraciones escritas e informes

Tratándose de la prueba de testigos y peritos el principio de contradicción se despliega cuando la parte que lo presenta y su contraria pueden examinarlos y contra examinarlos en la audiencia oral y pública. Se trata que las partes, haciendo uso de las herramientas de la litigación, puedan controlar la declaración de los testigos y peritos. Tan importante es la comparecencia personal de éstos en un juicio, que la ciencia forense ha desarrollado una rama propia, la psicología del testimonio, cuyos estudios resultan altamente recomendables para abogados y jueces.

Sin embargo, por diversas razones que apuntan casi todas a criterios de eficiencia, los ordenamientos permiten sustituir la comparecencia personal del testigo y del perito por la exhibición y lectura en el juicio de sus declaraciones e informes que constan en la investigación. Insistimos que acá se habla de reemplazo, para no confundir con las hipótesis en que es permitido a las partes confrontar al testigo o perito son su declaración escrita o su informe, para efectos de enfrentar un olvido (refrescar memoria) o evidenciar una contradicción. Estos casos, que suponen el uso de técnicas de litigación y que el Tribunal de juicio puede aceptarlas bajo el respeto de la contradicción, no suponen que se reemplace la declaración del testigo o perito; antes bien, permiten que éstos sean confrontados en juicio con una información que consta por escrito.

El reemplazo de las declaraciones tiene un riesgo evidente: es imposible examinar y contra examinar a un documento, de modo que en estos casos los buenos litigantes son privados de las herramientas para extraer la información de la fuente de prueba. Y muy grave resulta cuando por diversas razones y apelando la estandarización de cierta clase de informes periciales, se permite la presentación de los mismos como documentos en un juicio, sin que el perito declare ni sea examinado sobre cuestiones tan relevantes como el objeto de la pericia, las técnicas utilizadas, la metodología, los objetivos y las conclusiones, sus calidades y aptitudes técnicas y su interés en los resultados del proceso, cuestiones todas que los litigantes deben estar en condiciones de poder controlar a través de las examinaciones orales y los jueces en condiciones de apreciar por sus sentidos. En los sistemas acusatorios la necesidad que el perito sea examinado y *contra examinado* por las partes en juicio se explica por el cambio de paradigma del "perito auxiliar del juez" al "perito de confianza de la parte" (DUCE, 2013, p. 39 y sig.).

Decíamos que apelando a razones de eficiencia algunos ordenamientos se decantan por permitir la incorporación del documento de peritaje prescindiendo de la declaración del perito,

pues en algunas latitudes los expertos en determinadas ciencias y técnicas de investigación son escasos, de forma que su comparecencia personal es muy dispendiosa. En estos casos el auxilio de la tecnología no debe descartarse, pues el correcto uso de la videoconferencia —rodeada de garantías que aseguren la contradicción e igualdad de armas— es una vía idónea para salvar esa clase impedimentos.

Pero además los criterios de eficiencia obedecen a otros fundamentos, como la estandarización de algún tipo de prueba pericial realizada por organismos del Estado (*v.g.* algunas pericias científicas de ADN y toxicológicas), pues se entiende que si el resultado de tales investigaciones científicas proviene de procesos objetivados según una determinada *lex artis*, aquéllos son confiables, carácter del que además gozan por provenir de organismos pertenecientes a la propia Administración. Empero, asignarle a la pericia oficial un estatuto de superioridad científica (y superioridad epistémica) por el solo hecho de ser institucional es un error (VÁSQUEZ ROJAS, 2015, p. 139).

Hay otras objeciones que nos parecen evidentes. Por una parte, es una cualidad propia de toda prueba pericial ajustarse a un proceso estandarizado según la *lex artis* de la ciencia o arte que corresponda, de modo que aquel resultado que no satisfaga tales estándares no puede considerarse pericia. Con ese predicamento planteamos una segunda objeción: si se argumenta que algunas pruebas periciales están absolutamente estandarizadas, pues bien, no se ve razón para que la partes y el Tribunal no controlen en juicio, bajo reglas de contradicción y respetando la igualdad de armas, que tales estándares han sido efectivamente observados. A propósito, con su habitual ciencia, Michele Taruffo llama la atención sobre la crisis del "mito de la infalibilidad de la ciencia", resaltando la función del juez en la "valoración crítica de la validez metodológica" de la llamada *prueba científica*. Entre éstas, el test de ADN, que goza de tanta aceptación en la comunidad jurídica como "regla áurea" de las pruebas, está sujeto a una serie de condiciones de validez, relacionadas con la cualidad, obtención y conservación del material genético, el procedimiento técnico y los estándares de calidad del personal y del laboratorio que lo practica. Lo mismo con la prueba que se derive de los cálculos estadísticos, pues es claro que el resultado, amén de requerir una serie de cálculos correctos, depende también de la correcta recopilación de datos. Afirma el prestigioso profesor de Pavia:

> Que el juez deba operar como *peritur peritorum* —por usar la fórmula tradicional— significa que el juez debe controlar esto que el experto ha hecho, con la finalidad de verificar la validez y la credibilidad del resultado que deriva de la prueba científica. […] Por decirlo con una fórmula sintética, el juez no debe transformarse en un científico (cosa que lo transformaría en un *apprenti sorcier* de lo cual verdaderamente no se siente la necesidad), pero debe operar como un epistemólogo, es decir, como un sujeto que verifica la validez del método con el cual han estado uniendo determinados resultados probatorios. (TARUFFO, 2012, p. 38-41)

Insistimos en el respeto a la igualdad de armas, pues parece a todas luces coherente con la garantía del debido proceso que las partes puedan presentar en juicio pericias privadas y confrontarlas a su turno con las que provienen de organismos de la Administración.

Una tercera objeción nos parece aún más poderosa: es muy difícil que un método científico por muy estandarizado que se encuentre de acuerdo con la respectiva *lex artis* puede controlar, por sí solo, que el objeto de la pericia haya sufrido intervenciones, alteraciones o mutaciones en sus cualidades y medidas; pensamos, por ejemplo, en el complejo problema del respeto a la cadena de custodia cuando las evidencias sobre las que recaerá la pericia son transportadas a sitios muy alejados de su origen. En estos, como en cualquier otro en que existan complejas cadenas, es preciso controlar con mayor acuciosidad, el "historial" de la cadena de custodia, pues bien sabemos que cualquier contaminación de la evidencia puede arrojar resultados desastrosos. El mejor control no es sino el que se practica por las partes, ante el Tribunal, bajo reglas de contradicción, pues durante la fase de instrucción o investigación el proceso tiene fuertes rasgos inquisitoriales con sacrificio del contradictorio y la garantía de la igualdad de armas (JAÉN VALLEJO, 2000, p. 26).

Conclusiones

1) No solo el juicio jurisdiccional es la vía reconocida por los ordenamientos procesales para solucionar o poner fin al conflicto jurídico penal. El diseño de los sistemas, por razones de eficacia, economía, sustentabilidad, rentabilidad social e incluso proximidad y humanización de la justicia, contemplan diversas vías más o menos alternativas el juicio (en el sentido de proximidad conceptual) que evitan realizar.
   La circunstancia que varias de estas vías distintas al juicio no revista, precisamente, la forma de un juicio jurisdiccional, conduce a preguntarse si a su respecto son exigibles los estándares que se han definido y acordado como integrantes de un proceso con todas las garantías. La respuesta debe ser afirmativa, puesto que el imperativo que manda: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley..." (artt. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) está dirigido al Estado suscriptor, que debe garantizar que tales derechos se concreten en todas y cada una de las formas de respuesta jurisdiccional que ponga a disposición de los justiciables.

2) Con tal predicamento, es necesario que el principio de oportunidad sea utilizado racionalmente bajo criterios objetivos, de fuente legal, conocidos por los justiciables y bajo el control jurisdiccional, pues esta forma de control es la forma que permite al Estado *jurisdicente* mantener por un buen y adecuado cauce el ejercicio del *ius puniendi*. A su turno,

los acuerdos penológicos, cualesquiera sean las nomenclaturas y procedimientos que los estructuren, deben observar reforzadas garantías que eviten la trasgresión de los derechos de defensa del acusado, pues tales negociaciones importan una renuncia a un juicio oral, garantizado por ley, y una afectación al derecho a no declarar contra sí mismo.
Por su parte la mediación penal es una herramienta que no ha de ser desdeñada, puesto que el proceso de mediación y el resultado a que se arriba pueden causar efectos (externalidades) positivos en la casual relación entre víctima y ofensor: la justicia restaurativa y la resocialización, efectos no esperables ni del proceso penal ni de la pena aplicada a su término. Sin embargo, el Estado no puede estar ausente en el proceso mediador, sino que debe crear los procedimientos y las garantías para que los interesados puedan desarrollarlo en determinadas condiciones favorables a un resultado positivo.

3) No solo la prescindencia del juicio oral es un fenómeno actual y en desarrollo que podría ponerlo en crisis; también hallamos en el panorama iberoamericano una serie de institutos que ponen en riesgo una cualidad esencial para que el juicio jurisdiccional se desarrolle: la contradicción. Solo el respeto del derecho a contradecir (*audiatur et altera pars*), que tiene cobijo en la estructura dialéctica y dialógica del proceso, puede garantizar no solo la calidad del material fáctico de que dispondrá el juzgador, amén de la riqueza de las argumentaciones la excelencia de los argumentos contenidos en las motivaciones de la sentencia, sin que también, desde el punto de vista de los justiciables, la legitimidad del proceso y de la voluntad jurisdiccional.
Cada vez que la aplicación de los institutos como la prueba anticipada, la prueba de oficio y la lectura de los registros de la investigación gana espacio en desmedro de la contradicción y el debate *adversarial*, se pone en entredicho también el derecho a ser oído y con las debidas garantías.

REFERENCIAS

ANGULO GONZÁLEZ, Guillermo. *La justicia restaurativa en el nuevo sistema procesal penal Ley 906 de 2004*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

ARANGÜENA FANEGO, Coral. Protección y reparación de la víctima tras las reformas procesales penales de 2015. En: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Dir.). *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Barcelona: Atelier, 2016. p. 177-195.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Sistemas procesales Penales. La justicia penal en Europa y América.* Madrid: Marcial Pons, 2012.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal.* 3. ed. Trad. C. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

BUJOSA VADELL, Lorenzo. *De Iudicio Variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar.* Universidad de Salamanca – Universidad Pontificia de Salamanca, 2014.

CABEZAS, Carlos. El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado. *Revista de Derecho*, año 20, n. 2, p. 85-120, 2013.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre. *La Ley*, n. 2, 1990.

CAROFIGLIO, Gianrico. *El arte de la duda*. Trad. Luisa Juanatey. Madrid: Marcial Pons, 2010.

CORONADO DÍAZ, Javier. *Hacia el arbitraje de causas penales en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2014.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Principios fundamentales del derecho procesal penal.* Bogotá: Ibáñez, 2012.

DÍAZ, Pablo. Algunas particularidades de la mediación penal. En: CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. *El Proceso de Mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Miradas desde el Centro de Mediación del Consejo de la Magistratura de la CABA. Buenos Aires: Jusbaires, 2015. p. 41-52.

DUCE, Mauricio. *La prueba pericial.* Buenos Aires: Didot, 2013.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Proceso penal*. Santiago de Chile: Jurídica, 2007.

GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. *Revista Chilena Derecho*. v. 34, n. 3, p. 439-455, 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del derecho procesal.* Madrid: Civitas, 1981.

_____. *Derecho procesal penal.* Navarra: Aranzadi, 2012.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis et al. *Derecho jurisdiccional.* 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1982. v. III.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo; CASTRO CABALLERO, Fernando. *Preacuerdos y Negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano.* Bogotá: Doctrina y Ley, 2010.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio. *Manual de procedimiento penal acusatorio.* Bogotá: Leyer, 2014.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho.* Trad. M. Polaino Navarrete y otros. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2007. t. I.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios de la prueba en el proceso penal.* Bogotá: U. Externado de Colombia, 2000.

LETELIER LOYOLA, Enrique. Los principios del proceso penal relativos al ejercicio de la acción y la pretensión: reflexiones y críticas a la luz de algunos ordenamientos vigentes. *Revista de Derecho*, año 16, n. 2, 2009.

_____. ¿Es tiempo de revisar las funciones de la audiencia preparatoria del juicio oral en el ordenamiento procesal penal chileno? En: UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO. *Actas del Congreso Internacional de Derecho en Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. Valparaíso: Edeval, 2012. t. IV.

MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Las reformas procesales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos.* Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

NEIRA PENA, Ana María; FERREIRO BAHAMONDE, Xulio. Las partes acusadoras. En: NIEVA FENOLL, Jordi; BUJOSA VADELL, Lorenzo (Dir.). *Nociones preliminares de derecho procesal penal.* Barcelona: Atelier, 2016. p. 49-55.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de derecho procesal penal.* Buenos Aires: Euros, 2012.

NIEVA FENOLL, Jordi; BUJOSA VADELL, Lorenzo (Dir.). *Nociones preliminares de derecho procesal penal.* Barcelona: Atelier, 2016.

OLÁSOLO, Héctor; GALAIN, Pablo. La influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas. En: AMBOS, Kai et al. (Edit.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010. p. 379-426.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. *La retribución penal.* Santiago de Chile: ConoSur, 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Trad. G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

RUSCONI, Maximiliano. *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

TARUFFO, Michele. La ciencia en el proceso: problemas y perspectivas. En: RÚA, Mónica María Bustamante (Coord.). *Derecho probatorio contemporáneo.* Prueba científica y técnicas forenses. Universidad de Medellín, Medellín, 2012.

VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial.* Madrid: Marcial Pons, 2015.

VOLK, Klaus. *Curso fundamental de derecho procesal penal*. Trad. 7. ed. alemana Alberto Nanzer y otros. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

Enrique Letelier Loyola

Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Chile). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), mención *Doctor Europeus*.

enrique.letelier@uv.cl

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Received: 11.16.2017
Approved: 12.18.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201810

Direito como razão institucionalizada? Sobre a concepção teórico-discursiva do Direito de Robert Alexy

LAW AS INSTITUTIONALIZED REASON? ON THE ALEXY'S DISCOURSE-THEORETIC CONCEPTION OF LAW

Carsten Bäcker[1]

Tradução do artigo:
BÄCKER, Carsten. Recht Als Institutionalisierte Vernunft? Zu Robert Alexys Diskurstheoretischer Konzeption Des Rechts. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 97, n. 3, p. 346-359, 2011.

Tradutor: *Bráulio Borges Barreiros*[2]

Revisor técnico e da tradução: *Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno*[3]

Resumo
Se a institucionalização da razão significa a criação de uma forma de correção que esteja entre facticidade e idealidade, como alega Robert Alexy, então a razão institucionalizada seria o Direito. Uma criação perfeita seria o Direito correto. O instrumento oferecido para institucionalizar a razão, na teoria jurídica de Alexy, é sua teoria discursiva do direito. Alexy oferece uma concepção teórico-discursiva que combina procedimentos deliberativos da razão prática com procedimentos presentes nos órgãos decisórios do sistema jurídico. Assim, ele apresenta uma concepção teórico-discursiva do direito. O ensaio realiza uma análise dessa concepção, abordando problemas que dizem respeito a essa própria concepção e problemas que dizem respeito a sua estrutura teórico-discursiva. Como resultado, alega-se que a concepção de direito de Alexy precisa de um giro relativista.

Palavras-chave
Direito; institucionalização da razão; Alexy; teoria do discurso; giro relativista.

Abstract
*If institutionalizing reason means creating a form of correctness that lies between facticity and ideality, as Robert Alexy claims, then institutionalized reason would be law. A perfect creation would be correct law (*richtiges Recht*). The instrument offered in Alexy's legal theory for institutionalizing reason is his discourse theory of law. In detail, he offers a discourse-theoretic conception that combines deliberative procedures of practical reason with the procedures manifest in the decision-making bodies of the legal system. Thus, he presents a discourse-theoretic conception of law. The essay conducts an enquiry into this conception, focusing on problems concerning the conception itself as well as problems concerning its*

1 Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Kiel – Alemanha

2 Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Kiel – Alemanha
https://orcid.org/0000-0001-9421-0153

3 Universidade Federal de Minas Gerais
Belo Horizonte – MG – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-9153-968X

CC BY-NC

discourse-theoretic framework. As a result, it is claimed that Alexy's conception of law is in need of a relativistic turn.

Keywords
Law, institutionalization of reason; Alexy; discourse theory; relativistic turn.

A filosofia do Direito de Robert Alexy apresenta três elementos centrais: sua teoria da argumentação jurídica, sua teoria principiológica dos direitos fundamentais e sua concepção não positivista de Direito. Cada um desses elementos centrais foi desenvolvido respectivamente em suas três principais obras. Sua teoria da argumentação jurídica se encontra, principalmente, em sua tese de doutorado, *Teoria da argumentação jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica* (1978);[1] sua teoria dos princípios se encontra, principalmente, em sua tese de habilitação, *Teoria dos direitos fundamentais* (1985);[2] e sua concepção de Direito se encontra, principalmente, nas reflexões contidas em *Conceito e validade do direito* (1992).[3] Com base nesses três elementos centrais, Alexy elaborou uma filosofia do Direito abrangente, em mais de cem artigos

• • •

1 A tese, supervisionada por Ralf Dreier, foi apresentada, em 1976, na Faculdade de Direito da Universidade Georg-August, de Göttingen. Foi publicada pela primeira vez em 1978. Em 1983, foi publicada na coleção *Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft*. Desde então, foi publicada mais duas vezes, sem nenhuma modificação, até a edição de um posfácio na segunda edição (2. ed. 1990; 3. ed. 1996). A *Teoria da argumentação jurídica* foi traduzida para o inglês (1989, nova impressão 2010), para o espanhol (1989, reimpressão 1997; 2. ed. ampliada 2007), para o português (2001, 2. ed. revisada), o italiano (1998), o chinês (2002), o lituano (2005), bem como o coreano (2007). Uma tradução em japonês está em preparação.

2 A tese de habilitação, também supervisionada por Ralf Dreier, foi defendida em 1984 na Faculdade de Direito da Universidade Georg-August, de Göttingen. Foi publicada pela primeira vez em 1985 pela editora Nomos e, em 1986, também na coleção *Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft*. A terceira edição, publicada sem modificações, em 1996, foi reimpressa três vezes (2001, 2006, 2011). A *Teoria dos direitos fundamentais* foi traduzida para o espanhol (1993, reimpressões em 1997 e 2001; nova tradução como 2. ed. em 2007), o inglês (2002, nova impressão 2010), o coreano (2007), o português (2008) e o polonês (2010). Uma tradução em japonês está em preparação.

3 Esse trabalho surgiu como parte de um projeto de pesquisa com Ralf Dreier, publicado pela primeira vez em 1992, pela editora Alber, e, deste então, publicado sem modificações por três vezes (1994, 2002, 2005). *Conceito e validade do direito* teve traduções publicadas até agora em espanhol (1994, 2. ed.1997), italiano (1997), coreano (2000, 2. ed. 2007), inglês (2002, reimpressão 2010), sueco (2005), árabe (2006), romeno (2008), eslovaco (2009) e português (2009).

fortemente entrelaçados, cuja concepção estrutural ele vislumbrou como *Institucionalização da razão*.[4]

Por institucionalização da razão, mais precisamente, por razão prática, Alexy entende o processo para criar a correção prática entre facticidade e idealidade (ALEXY, 2009a, p. 159). O resultado dessa criação é o Direito, o resultado perfeito seria o Direito correto. A teoria discursiva do Direito funciona como instrumento desse processo de criação, como Alexy descreveu mais detalhadamente em sua concepção teórico-discursiva do direito.

A. A concepção teórico-discursiva do direito

Alexy apresentou sua concepção teórico-discursiva do direito, pela primeira vez, em uma palestra feita em 1979, em Helsinki. Essa palestra foi publicada em 1981 sob o título "A Ideia de uma Teoria Procedimental da Argumentação Jurídica", em um caderno do periódico *Rechtstheorie* (ALEXY, 1981).[5] Nesse trabalho, Alexy distingue quatro procedimentos: em primeiro lugar, o procedimento de um discurso prático geral (P^p); em segundo lugar, o procedimento da criação estatal de direito (P^r); em terceiro lugar, o da argumentação jurídica (P^j); e, em quarto lugar, o do processo judicial (P^g) (cf. ALEXY, 1995a, p. 105).[6] Em conjunto, surge daí um modelo procedimental do direito de quatro níveis.

I. O modelo jurídico procedimental de quatro níveis de Alexy

Esse modelo de quatro níveis, desenvolvido em 15 páginas, em 1979, foi novamente descrito por Alexy em sua tese de habilitação, *Teoria dos direitos fundamentais*, publicada pela primeira vez em 1985, porém em uma forma muito simplificada – em aproximadamente uma página e meia (ALEXY, 1986, p. 499-501). Ele atribui a seu modelo a finalidade de ligar a teoria do discurso, como uma "versão particularmente promissora de uma teoria moral procedimental", com a "teoria do direito" (ALEXY, 1986, p. 499).

Essa ideia de conexão entre a teoria do discurso e a teoria do direito em um modelo procedimental de quatro níveis pode ser vista como o pensamento central da teoria discursiva do direito de Alexy.

Os quatro níveis do modelo simplificado são, em uma terminologia um pouco modificada: "(1) o discurso prático geral, (2) o processo legislativo, (3) o discurso jurídico, (4) o

4 Cf., por exemplo, ALEXY, 1999. Para uma visão de conjunto sobre sua filosofia do direito, cf. ALEXY, 2007.

5 Novamente publicado em (e, neste artigo, citado de acordo com) ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*. Studien zur Rechtsphilosophie.

6 As denominações dos procedimentos P^r, P^j, e P^g provêm do próprio Alexy. Somente P^p não é descrito mais detalhadamente por ele (cf. ALEXY, 1995a, p. 98).

processo judicial" (ALEXY, 1986, p. 499-500). No primeiro nível são discutidas questões práticas, principalmente morais.[7] Uma vez que de cada discurso (prático geral) pode resultar variadas alternativas discursivas possíveis para a resposta de questões práticas gerais, isto é, os discursos não são definitivos para a decisão,[8] faz-se necessário um segundo nível, no qual o legislador pode decidir, através do processo legislativo, entre as alternativas discursivas possíveis. As leis surgem, então, por um lado, de acordo com a deliberação do discurso prático geral e, por outro lado, a partir das decisões do legislador.[9]

Os dois níveis seguintes do modelo oferecem uma descrição detalhada do funcionamento do sistema jurídico, que se baseia nas leis criadas. Através de leis gerais e abstratas não pode ser prevista uma solução adequada para todos os casos. Isso se deve à finitude de nosso conhecimento teórico sobre o mundo que nos cerca, e se manifesta especialmente na derrotabilidade[10] das regras jurídicas e no caráter principiológico das disposições constitucionais referentes a direitos fundamentais, uma vez que o legislador não pode decidir previamente sobre todas as questões abertas que permanecem quando da aplicação das leis.[11] Isso encarrega o discurso jurídico, no terceiro nível, de oferecer soluções possíveis para questões que, mesmo

7 Alexy atribui grande valor à diferença entre o discurso moral e o discurso prático geral. Ele compreende o discurso prático geral como "um discurso prático [...], no qual questões e razões morais, éticas e pragmáticas estão conectadas entre si" (ALEXY, 1995b, p. 173). Assim, para Alexy, a argumentação prática geral se encontra sempre "sob o primado de argumentos morais" (ALEXY, 2000, p. 14; cf. também ALEXY, 2009a, p. 164).

8 A possibilidade de se chegar a várias alternativas decisórias igualmente possíveis no discurso é denominada, por Alexy, como o "problema do conhecimento" (ALEXY, 2009a, p. 158). O problema do conhecimento leva às fragilidades da indefinição decisória do discurso (BÄCKER, 2008, p. 155).

9 Em uma outra descrição anterior importante do modelo procedimental de quatro níveis, o segundo nível foi concebido de forma mais ampla. Ao invés de legislação falava-se em "procedimentos de criação estatal do direito [...] das mais variadas formas", que iriam desde "o sucessivo desenvolvimento de um sistema jurídico através da jurisdição, até a criação de amplas codificações pelos parlamentos" e, nessa medida, mostrariam também uma dimensão histórica (AARNIO; ALEXY; PECZENIK, 1983, p. 53; dois anos antes tinha aparecido o artigo, em três partes, em inglês: AARNIO; ALEXY; PECZENIK, 1981). Não se deve entrar, aqui, no problema que surge da restrição do segundo nível pelo quarto, uma vez que Alexy compreende "a institucionalização do [...] processo legislativo" como um exemplo paradigmático do "nível da legislação estatal" (ALEXY, 1991, p. 37).

10 Para mais detalhes sobre a *defeasibility*, isto é, a derrotabilidade das regras jurídicas, e para uma proposta de derrotabilidade como critério de diferenciação entre regras e princípios, cf. BÄCKER, 2010.

11 Cf. AARNIO; ALEXY; PECZENIK, 1983, p. 54: "Os motivos pelos quais em todos os ordenamentos existentes há numerosos casos em que [...] são possíveis várias decisões jurídicas [...] vão desde a vagueza da linguagem, passam pelas limitadas possibilidades dos homens em poder contemplar todas as constelações de um problema e vão até ao fato de que uma mudança nas relações sociais pode conduzir a uma mudança na resposta a questões jurídicas".

após a criação da legislação, ainda permanecem abertas, ou seja, para as questões concretas ou abstratas para as quais o legislador, por qualquer razão, não encontrou uma decisão. Assim, o terceiro nível, o discurso jurídico, diferencia-se do primeiro nível, o discurso prático geral, por meio das restrições relacionadas ao sistema jurídico, baseado no direito válido (lei, precedente judicial e dogmática) (cf. ALEXY, 1986, p. 500).[12] Desse modo, no discurso jurídico, ao contrário do discurso prático geral, não se deve perguntar "qual é a solução simplesmente mais racional, mas sim qual é a solução mais racional dentro do sistema" (ALEXY, 1988, p. 308).

A introdução do quarto nível, o do procedimento da jurisdição, resulta, por sua vez, da fragilidade de todo discurso jurídico, segundo a qual podem se dar diversas respostas "defensáveis" e discursivamente possíveis para uma questão jurídica. No quarto nível, o processo judicial é responsável pela decisão necessária para o controle de comportamentos, dentre as várias soluções possíveis.[13]

II. A racionalidade e a dupla natureza do direito

O modelo de quatro níveis, contido na obra inicial de Alexy, já compreende todos os componentes essenciais de suas teses referentes à *institucionalização da razão,* à *racionalidade do direito* e à *dupla natureza do direito*, posteriormente desenvolvidas e conectadas entre si. Antes de mais nada, é a instauração do segundo nível, isto é, o nível do procedimento legislativo para a decisão de questões práticas abertas, que está no centro da teoria discursiva de Alexy, e talvez de toda sua filosofia do direito. Assim, ela significa nada menos do que a introdução do direito como instrumento de realização da razão prática e, com isso, oferece a evidência da necessidade do direito.[14]

Se, contudo, para Alexy, a razão prática necessita, por um lado, do direito para ser realizada, por outro lado o direito precisa da razão prática para ser legítimo. Nas palavras de Alexy: "A razão exige o direito a fim de se tornar real, e o direito exige a razão a fim de se tornar legítimo" (ALEXY, 2009b, p. 13).[15]

• • •

12 Do modelo deduz-se só uma vinculação do discurso jurídico às decisões do legislador. Sobre a influência do modelo procedimental de quatro níveis no efeito da vinculação entre precedentes e textos dogmáticos, defendido por Alexy, cf. BÄCKER, 2008, p. 255-258.

13 Também aqui, a abertura de resultados do discurso (jurídico), a indefinição de decisões, é o problema essencial da teoria do discurso e, ao mesmo tempo, o argumento essencial para a necessidade do quarto nível. A esse problema se adicionam, tal como na fundamentação, de Alexy, da necessidade do segundo nível, os problemas da imposição e da organização. Sobre esses três problemas, cf. BÄCKER, 2008, p. 186-189.

14 Cf., por exemplo, ALEXY, 2009b, p. 13: "[...] a aplicação da razão a suas próprias fraquezas conduz à fraqueza do direito."

15 No modelo de discurso relativista, a conexão que fundamenta a legitimidade se produz mediante o postulado da otimização das circunstâncias do discurso, que se baseia em um postulado da fundamentação

Também esse segundo lado, que encontra sua expressão no conceito não positivista de direito de Alexy, já é aplicado em seu modelo de quatro níveis. Ele se encontra na ligação ou conexão entre o sistema dos níveis decisórios com todas as decisões jurídicas, através da qual todas elas estão vinculadas ao contexto da possibilidade do discurso prático geral. Assim, em um modelo ideal, tanto o legislador, que está no segundo nível, quanto o juiz, que está no quarto nível, podem escolher somente uma decisão possível, e com isso, racional. Com isso torna-se claro que o direito, compreendido desse modo, conecta a razão prática como idealidade à realidade das leis e das decisões judiciais, cuidando assim da *institucionalização da razão*.

A fusão do real do sistema jurídico com o ideal, com a razão prática, representa, ao mesmo tempo, a essência da ideia de Alexy sobre a *racionalidade do direito*.[16] Essa fusão é oferecida pelo modelo: o direito tem que ser, pela própria definição do modelo, racional, já que o nível legislativo sempre permanece dentro daquilo que é possível no contexto do discurso prático geral, ou seja, daquilo que é necessariamente racional no contexto da razão prática geral.[17] Ao mesmo tempo o modelo esclarece por que, para Alexy, o direito possui uma *dupla natureza*, uma dimensão real e uma outra ideal (cf. ALEXY, 2010, p. 167). A dimensão ideal é a razão prática subjacente, na forma do discurso prático geral. A dimensão real é a necessidade de todo procedimento de tomada de decisão, resultante das fragilidades fáticas do discurso e dos atores chamados a decidir. A combinação realizada dos dois níveis discursivos com os dois procedimentos jurídicos de tomada de decisão mostra assim um amplo esboço da concepção de Alexy sobre a conexão da razão prática geral com o direito.

III. Alguns problemas do modelo de quatro níveis

Alexy considera o modelo procedimental de quatro níveis, enquanto uma formação da teoria do discurso, não somente possível, mas também um "desenvolvimento necessário a partir de razões internas da teoria" (ALEXY, 1995a, p. 104). A teoria do discurso funda assim a necessidade de um sistema de direito que é imanente à teoria: as fragilidades da teoria do discurso,[18] que só pode oferecer a deliberação, exigem instâncias decisórias e coercitivas, e com

• • •

ótima dos juízos. Um juízo é então legítimo somente quando tiver sido fundamentado na máxima medida possível.

16 Cf. ALEXY, 2009b, p. 13: "Essa fusão do real e do ideal é a essência da ideia de racionalidade do direito".

17 A nesse sentido necessária racionalidade do direito constitui, no entanto, o fato de que nenhum erro discursivo ocorra na produção das respostas possíveis e no fato de que o nível correspondente à legislação não abuse de sua competência ao escolher uma resposta impossível, o que na realidade não está totalmente excluído. A ideia de Alexy da racionalidade do direito deve ser compreendida, do ponto de vista do modelo idealizado, como um ideal.

18 Sobre as fragilidades da teoria do discurso, tanto em sua variação clássica, como em sua variação relativista, cf. BÄCKER, 2008, p. 155-158.

isso decisão, caso se queira erigir, com base na teoria do discurso, um sistema de regulação de condutas que funcione. Essas instâncias resultam em um sistema jurídico. Vale lembrar que a imanência teórica da fundamentação implica que o modelo – e com ele a necessidade do direito – convirjam com o próprio fundamento da teoria do discurso. Se a teoria do discurso pode (em última instância) ser justificada é ainda uma questão aberta, cuja resposta não pode ser dada aqui.[19]

Em vez disso, serão abordados alguns pontos abertos, que mostram o modelo de quatro níveis de sua perspectiva interna. Assim, pode-se questionar que procedimentos de direito são preferíveis a outros; se seria preferível, por exemplo, a democracia à aristocracia ou o parlamentarismo à monarquia. Poder-se-ia perguntar também se o modelo é demasiado simplista, se ele é capaz de reproduzir adequadamente, por exemplo, os procedimentos altamente complexos do sistema jurídico característico da Alemanha de hoje, sobretudo os procedimentos de uma jurisdição constitucional. Sejam discutidas brevemente essas duas questões.

1) Neutralidade da forma de estado ou democracia pró-deliberativa

A teoria do discurso propaga a comunicação e, com ela, a troca de opiniões, que ocorre por meio de determinadas regras dentro de determinado procedimento, como meio para a finalidade da busca da verdade.[20] Nessa medida, a teoria do discurso pressupõe necessariamente uma forma estatal, que, em suas condições básicas, assegure a capacidade de comunicação entre seus cidadãos. Decisivas aqui são as regras básicas do discurso, denominadas por Alexy regras da razão,[21] segundo as quais principalmente a igualdade e a liberdade devem prevalecer no discurso.

Se se entendem as regras da razão como *princípios do discurso*, como eu propus em outro lugar (cf. BÄCKER, 2008, p. 139-141), fica claro que a teoria do discurso não exige exatamente uma forma determinada de Estado, mas sim uma que se aproxime na maior medida possível das regras da razão. Dito em linguagem mais simples, uma vez que a teoria do discurso exige a otimização das circunstâncias do discurso, ela exige também uma forma de Estado em que as circunstâncias do discurso sejam otimizadas (postulado da otimização das circunstâncias do discurso) (cf. BÄCKER, 2008, p. 165). A democracia deliberativa é, atualmente, a forma estatal ótima nesse sentido.

• • •

19 Para um resumo da fundamentação de Alexy, cf. BÄCKER, 2008, p. 50-57, e, para uma crítica a ela, p. 57-114.

20 No contexto da razão prática, isto é, da pergunta sobre como se deve comportar, o objetivo da busca pela verdade manifesta-se no reconhecimento do comportamento correto.

21 As regras da razão de Alexy formulam três pretensões fundamentais, que são englobadas na fundamentação pragmática transcendental da teoria do discurso de Alexy: as pretensões de igual tratamento, de ausência de coerção e de universalidade. Para a formação dessas pretensões nas regras da razão, cf. ALEXY, 1990, p. 239-240.

Uma questão aberta é se a teoria do discurso deveria dar preferência a uma democracia representativa ou a uma democracia direta. A resposta a esta questão dependerá de quão idealistas são considerados os pressupostos dados do discurso: quanto mais idealisticamente puderem ser considerados os cidadãos como participantes do discurso, mais razões haverá a favor de uma democracia direta. Ao contrário, quanto mais pessimistamente os cidadãos forem considerados participantes deficientes do discurso, mais razões haverá a favor de uma democracia representativa ou parlamentar, na qual participantes profissionais do discurso o conduzem representando o povo eleitor.

Assim, a concepção teórico-discursiva do direito de Alexy não é neutra quanto à forma estatal, ela exige a democracia deliberativa.[22] No entanto, a forma teórico-discursiva está aberta a desenvolvimentos. Por fim, a forma estatal que a teoria do discurso exige como máxima realização depende, na visão de uma teoria relativista do discurso, do ideal de discurso dominante em determinado momento e das circunstâncias do discurso determinadas empiricamente.[23]

2) Subcomplexidade do modelo de quatro níveis

O modelo procedimental de quatro níveis de Alexy possui a grande elegância da simplicidade. O preço dessa simplicidade consiste, como frequentemente ocorre, na perda da complexidade. Essa perda faz-se perceber em várias áreas, das quais somente algumas serão aqui nomeadas.

Assim, é questionável se além do nível do procedimento legislativo não seria possível introduzir mais um nível próprio de produção de normas constitucionais. Somente a constituição estabelece uma competência para o processo legislativo. Um nível de procedimento de produção de normas constitucionais condicionaria mais um nível discursivo posterior, o do discurso jurídico do procedimento legislativo, que estaria ligado somente aos pontos de partida da constituição. Desse modo, o modelo cresceria para seis níveis.[24]

Outra obscuridade consiste em que medida a fundamentalmente necessária *vinculação* teórico-discursiva às *decisões anteriores*[25] deve ser representada no nível do procedimento legislativo

• • •

22 Em compensação, Alexy afirma: "O princípio do discurso exige uma democracia deliberativa" (ALEXY, 2009a, p. 162).

23 Como proposta de uma teoria do discurso relativista que rejeita a fundamentação última do discurso ideal, cf. o texto antes da nota 34 abaixo.

24 Na medida em que a constituição se limita a uma atribuição de competência, constituindo, assim, um processo legislativo e, nesse sentido, uma norma fundamental, ela permaneceria no segundo nível do discurso, contudo, como um discurso prático geral. Permanece ainda a pergunta sobre quem deve tomar as decisões fundamentais em um sistema legal a ser constituído, um discurso especial hipotético, que falta no modelo de quatro níveis de Alexy.

25 Para uma proposta de conferir vinculações ao caráter de pretensão das decisões precedentes, cf. BÄCKER, 2008, p. 246-251.

e no nível do procedimento judicial do modelo. Pergunta-se concretamente quais vinculações recíprocas dentro do modelo propiciam uma vinculação do legislador à lei e uma vinculação do juiz aos precedentes entre os níveis deliberativos e decisório, bem como em que medida elas se justificariam em termos teórico-discursivos.

Também sem resposta até agora está a questão sobre como os níveis se influenciam reciprocamente, ou seja, em que sentido as decisões judiciais podem gerar efeitos na legislação. Uma parte dessa questão diz respeito à consideração da condição especial da *jurisdição constitucional*. Essa instituição jurisdicional, que seria incluída no quarto nível do modelo de quatro níveis de Alexy, pode não só revogar as soluções da legislação, como também criar os pontos de partida para futuras soluções legais. Assim, o modelo não pode ser compreendido linearmente. Ele deve permitir vinculações transversais de baixo para cima.

Além disso, falta ao modelo o plano do executivo, principalmente o da administração. A isso, Alexy reagiu prontamente. Contrariamente a uma objeção de Weinberger, pretende Alexy que o quarto nível se refira não só ao procedimento judicial, como também a "todo procedimento estatal para a criação secundária de normas individuais" (ALEXY, 1994, p. 155, n. 37), ou seja, especialmente também ao procedimento administrativo. Assim, o quarto nível transformar-se-ia no *nível do procedimento de aplicação de normas jurídicas*. No entanto, por "motivos de simplificação" (ALEXY, 1994, p. 155, n. 37), Alexy continua designando, porém, o quarto nível como o do procedimento judicial. Na verdade, essa ampliação do quarto nível, feita por Alexy, de modo que ele abranja o executivo, possui alguns problemas adicionais. Deve-se levar em consideração, dentre outras coisas, o fato de que também nos procedimentos administrativos as normas individuais estabelecidas estão sujeitas a revisão mediante o processo judicial. Essa revisão é, porém, diferente daquela que as distintas instâncias realizam sobre as sentenças judiciais.

Finalmente questiona-se a *delimitação dos níveis entre si*, especialmente entre os dois níveis deliberativos e os dois níveis decisórios. Para poder decidir, o legislador ou o juiz devem aplicar por conta própria o respectivo discurso, isto é, o discurso prático geral no primeiro caso e o discurso jurídico no segundo. Somente quando eles mesmos chegam a possíveis soluções discursivas distintas, podem e devem fazer uso de sua competência para decidir.[26] Sem saber entre quais alternativas se deve escolher, o julgador não pode decidir nada. Por isso, a deliberação, que seria assumida pelos outros dois níveis, ocorre dentro dos níveis decisórios. Com essas reflexões parece o modelo de quatro níveis encolher somente a dois.

• • •

26 Assim, um grande problema surge da particularização do discurso, que basicamente contradiz a ideia de um discurso fundamentalmente aberto. Uma solução seria vincular o discurso monológico ao dialógico (a esse respeito cf. BÄCKER, 2008, p. 87-88).

B. O modelo bidimensional da teoria discursiva

Para a melhor compreensão da concepção teórico-discursiva do direito é útil que se alcance a estrutura da teoria discursiva que a fundamenta. A teoria discursiva de Alexy é estruturalmente marcada pela mesma bidimensionalidade que ele atribui ao direito, por meio de sua tese da dupla natureza do direito.

I. A distinção de Alexy entre um discurso ideal e um discurso real

Na compreensão convencional teórico-discursiva de Alexy, assim como na de Jürgen Habermas, a distinção entre duas formas de discurso é característica: por um lado, a do discurso ideal, e, por outro lado, a do discurso real.[27] O discurso ideal é compreendido como um discurso completo, e o discurso real é compreendido como um discurso limitado. O discurso ideal serve assim como uma medida para o discurso real. Desse modo surge um modelo bidimensional do discurso, do qual a dimensão ideal é o discurso ideal e a dimensão real é o discurso real.

Alexy define o discurso prático ideal como aquele em que se procura

> […] a resposta para uma questão prática sob condições de tempo ilimitadas, participação ilimitada e completa ausência de coerção, que geram a produção da completa clareza conceitual-discursiva, da completa informação empírica, do completo preparo e capacidade para a troca de papéis e da completa ausência de preconceitos. (ALEXY, 1995c, p. 113)

No modelo bidimensional, o discurso ideal possui duas funções fundamentais. Na primeira ele funciona como *critério de correção*. Uma vez que o discurso ideal, como explica Alexy, "por definição não pode ser de fato implementado", ele só pode ser empregado como critério de correção de proposições práticas de dever ser na medida em que "se pergunta se uma norma N *poderia* ser o resultado de um discurso ideal" (ALEXY, 1995c, p. 116). O discurso ideal torna-se assim um *critério hipotético de correção*. Dito de modo simples, de acordo com o modelo bidimensional, deve ser visto como correto o que seria reconhecido como correto no discurso ideal.

Por outro lado, o discurso ideal serve como *medida para o discurso real*. O discurso real deve corresponder na máxima medida possível ao discurso ideal. Alexy considera "a ideia regulativa da correção procedimental absoluta e, com ela, a representação do discurso ideal" até mesmo como uma "pressuposição necessária para uma argumentação razoável no discurso real" (ALEXY, 1991, p. 35). Desse modo, o discurso ideal do modelo bidimensional

27 Para Habermas, dever-se-ia tratar de uma situação ideal de fala e de uma situação real de fala.

transforma-se no "caráter de um objetivo aspirado" (ALEXY, 1991, p. 35) para o discurso real.[28] Simplificadamente, o discurso ideal serve como *ideia regulativa* do discurso real e, assim, como medida deste e, ao mesmo tempo, como sua justificação.

Na definição negativa do discurso prático real, de Alexy, a diferença em relação ao discurso ideal torna-se especialmente clara. Ela diz: "discursos reais não são em nenhum aspecto discursos ideais" (ALEXY, 1991, p. 35). A definição positiva do discurso real, para Alexy, diz, de modo correspondente:

> Discursos práticos reais são definidos como aqueles em que se procura a resposta para uma questão prática sob condições de tempo limitadas, participação e ausência de coerção limitadas, com clareza conceitual discursiva limitada, informação empírica limitada, preparo e capacidade para a troca de papeis limitados e ausência limitada de preconceitos. (ALEXY, 1991, p. 35)

Essa definição do discurso real diferencia-se daquela do discurso ideal principalmente[29] porque as condições completas tornaram-se limitadas.

A introdução do discurso real é necessária, no modelo bidimensional da teoria discursiva, para criar, ao lado do discurso ideal, que é de fato impossível, um discurso de fato possível ou mesmo real. No entanto, mesmo o discurso real enfrenta problemas. O problema essencial do discurso real surge da relatividade da correção,[30] que se origina forçosamente do fenômeno da mera possibilidade discursiva[31] como resultado dos procedimentos discursivos. Segundo

• • •

28 Para uma apresentação pontual da dialética entre o ideal e o real em sua teoria discursiva, cf. ALEXY, 2007, p. 361: "Os participantes do discurso real são pessoas em situações históricas concretas, que tentam alcançar julgamentos morais corretos a respeito das regras ideias da argumentação, que nunca podem ser completamente cumpridas. Sob essas condições, é possível apenas aproximar-se da correção. Por essa razão, um consenso alcançado em um discurso *real* não pode de fato ser constitutiva da correção ou da validade objetiva. Um tal consenso não pode ser mais que uma tentativa de fornecer uma resposta para uma questão prática que encontra a correção enquanto ideia regulativa, na medida possível" (grifos mantidos).

29 Quando são deixados de lado, na definição do discurso ideal, os erros do elemento da *disposição* para a troca de papéis, o que provavelmente representa um mero descuido de redação.

30 Cf. ALEXY, 1995c, p. 124, que fala de uma "relatividade do conceito de correção".

31 O conceito de possibilidade discursiva surge do fato de que, de todo modo, nem sempre é reconhecida uma resposta exata sobre as questões práticas. Embora em discursos práticos reais existam necessidades discursivas assim como impossibilidades discursivas, também é possível que várias declarações, inclusive contraditórias entre si, possam ser consideradas discursivamente possíveis. Sobre o uso *categorial* que Alexy faz dos termos possibilidade, necessidade e impossibilidade, cf. ALEXY, 1990, p. 36, bem como ALEXY, 1995c, p. 123-124. Para uma compreensão desses conceitos como meras modalidades discursivas, cf. BÄCKER, 2008, p. 205-206.

Alexy, no discurso real o conceito de correção é particularmente relativizado "em relação (1) às regras do discurso, (2) à medida de seu cumprimento, (3) aos participantes e (4) ao aspecto temporal" (ALEXY, 1995c, p. 124).

II. Alguns problemas do modelo bidimensional

A concepção bidimensional da teoria discursiva enfrenta consideráveis dificuldades e inconsistências, dentre as quais algumas colocam em dúvida a possibilidade de a teoria discursiva ser fundamentada. Nem todos esses problemas são consideráveis, e nem todos são insolúveis. Contudo, ao menos três dificuldades e inconsistências deixam dúvidas decisivas sobre o modelo bidimensional.

A primeira e talvez mais importante dificuldade surge do questionamento acerca da *possibilidade de fundamentação última* do discurso ideal. Na medida em que o discurso ideal deve se apresentar como mero critério hipotético de correção ou verdade, a teoria discursiva precisa partir de uma correção absoluta do conceito de discurso ideal, e, nesse sentido, de uma fundamentação última. No entanto, não está claro como se pode algum dia reconhecer, com base no único discurso que se pode conduzir nesse mundo, ou seja, com base no possível discurso real, um discurso ideal. As tentativas de fundamentação pragmático-transcendentais ou pragmático-universais oferecidas não podem resolver completamente esse dilema.[32]

A segunda dificuldade, que na verdade é uma inconsistência, surge quando a função do discurso ideal como *medida* do discurso real é observada com mais detalhes. Pergunta-se de que forma o discurso ideal, como ideal de fato inalcançável, deve ser uma medida operável para discursos reais de fato implementáveis.

A terceira dificuldade reside na ilusão de uma *correção absoluta como ideia regulativa*, à qual se prende a concepção bidimensional. A correção absoluta permanece necessariamente uma ilusão, pois um discurso ideal não pode ser conduzido. Uma alternativa que poderia se impor seria abandonar completamente o conceito de uma correção absoluta – também como uma ideia regulativa – para, em vez disso, assumir a correção relativa como medida máxima daquilo que pode ser alcançado.[33] Com essa renúncia seria abandonada a duvidosa função do discurso ideal como mero critério hipotético de correção de enunciados.

• • •

32 As teorias do discurso convencionais pretendem alcançar, por meio da filosofia transcendental, a fundamentação última do discurso ideal. Para isso, Apel escolhe um enfoque pragmático transcendental, ao qual Habermas dá continuidade como pragmático universal. Alexy tenta-o como fundamentação prático-transcendental "frágil" (sobre esses enfoques, especialmente sobre o de Alexy, cf. BÄCKER, 2008, p. 49-57).

33 Nesse sentido, Weinberger: "O autor [Alexy] fundamenta o caráter absoluto da correção estabelecendo a finalidade, como ideia regulativa, de encontrar uma única resposta correta para questões práticas". "Tal exigência [não ajuda], quando se sabe que ela não pode ser preenchida" (WEINBERGER, 1993, p. 43).

Esses três problemas não levam à queda da teoria discursiva. No entanto, eles exigem uma virada relativista, que eu realizei em outro lugar, através da proposta de um modelo unidimensional. As ideias centrais desse *modelo relativista de discurso*, que eu não posso descrever mais detalhadamente aqui, consistem, em primeiro lugar, em uma renúncia completa a um nível de discurso ideal e, em segundo lugar, na introdução de princípios discursivos como um elemento intermediário e capaz de fornecer critérios de medida.[34]

C. A tese do caso especial

Os dois níveis discursivos constituem um elemento essencial da concepção de direito de quatro níveis de Alexy. Já na tese do caso especial, desenvolvida por Alexy na *Teoria da argumentação jurídica*, descreve-se a relação do discurso prático geral, no primeiro nível, com o discurso jurídico, no terceiro nível, razão pela qual ela deve ser brevemente considerada.

A diferença fundamental entre o discurso jurídico e o discurso prático geral consiste, segundo Alexy, no fato de a "argumentação jurídica [...]" ser caracterizada "pela vinculação ao direito válido, que sempre deve ser estabelecida" (ALEXY, 1990, p. 262). Apesar dessa limitação, o discurso jurídico seria um discurso prático, e por causa dela, propriamente um caso especial.

I. A tese do caso especial de Alexy

A tese do caso especial diz simplesmente:

> "O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral" (ALEXY, 1990, p. 32).

Alexy apresenta outras três teses como fundamentação da tese do caso especial:

> 1) Os discursos jurídicos tratam de questões práticas, "isto é, daquilo que se deve fazer ou omitir, ou daquilo que deve ser permitido fazer ou omitir" (ALEXY, 1990, p. 263);
>
> 2) Questões práticas são "discutidas com uma pretensão de correção" (ALEXY, 1990, p. 263);
>
> 3) O discurso jurídico sobre questões práticas ocorre sob limitações jurídicas específicas (ALEXY, 1990, p. 263).

• • •

34 Para mais detalhes sobre um modelo unidimensional do discurso, cf. BÄCKER, 2008, p. 127-165.

Por limitações jurídicas específicas, de acordo com as quais o discurso jurídico ocorre, entende Alexy, como já mencionado acima, "principalmente a vinculação à *lei*, a consideração dos *precedentes*, "[bem como] a ligação à *dogmática* elaborada pela ciência do direito institucionalmente operacionalizada" (ALEXY, 1990, p. 34, grifos meus; cf. também ALEXY, 2009a, p. 163).

As duas primeiras teses devem fundamentar o fato de que em discursos jurídicos trata-se de discursos práticos: se os discursos jurídicos tratam de questões práticas, que são discutidas com uma pretensão de correção, o discurso jurídico é um discurso prático. A terceira tese torna claro o caráter especial do discurso jurídico: já que o discurso jurídico se encontra sob limitações especiais, ele não é um discurso prático geral, mas um caso especial do discurso prático geral. Por isso a terceira tese pode ser denominada tese do caso especial em sentido estrito.[35]

Certo é, na teoria de Alexy, que a tese do caso especial deve trazer a manifestação de uma conexão necessária entre o direito e a moral, pois "ela [a tese] diz que o discurso jurídico necessariamente envolve o discurso prático geral, e este o discurso moral" (ALEXY, 2009a, p. 164).

II. Alguns problemas da tese do caso especial

A tese do caso especial de Alexy foi e será discutida tanto controversa quanto veementemente. Assim, há uma linha de outros autores que ou defendem teses parecidas ou se alinham à tese do caso especial de Alexy. Entre esses autores estão Neil MacCormick, Aleksander Peczenik e Martin Kriele. MacCormick entende que a argumentação jurídica representa um tipo altamente institucionalizado e formalizado da argumentação moral: "Não é que a razão moral seja uma relação pobre da razão jurídica. Antes disso, a razão jurídica é um tipo de razão moral especial, altamente institucionalizada e formalizada" (MACCORMICK, 1978, p. 272).[36]

Peczenik fala na *Racionalidade Jurídica como um Caso Especial da Racionalidade Moral*[37] e de *Argumentação Jurídica como um Caso Especial da Argumentação Prática* (PECZENIK, 1988, p. 147). Na medida em que descreve o discurso jurídico como um "caso especial' do discurso ético geral", Kriele concorda expressamente com a tese do caso especial de Alexy (KRIELE, 1979, p. 33).[38]

35 Em um sentido parecido, NEUMANN, 1981, p. 211 e PAVLAKOS, 1998, p. 127.

36 Posteriormente MacCormick concordou expressamente com a tese do caso especial de Alexy, cf. MACCORMICK, 1982, p. 282.

37 Esse é o título de uma contribuição de Peczenik (1988).

38 A tese de Alexy exige, segundo Kriele, "uma elaboração sobre o fato de essa tese do caso especial continuar encobrindo o âmbito no qual a teoria do discurso ético pode se tornar prática" (KRIELE, 1979, p. 33).

Habermas, por outro lado, rejeita a tese do caso especial, pois o procedimento judicial, como exemplo mais destacado de um discurso jurídico, seria caracterizado por uma ação estratégica, e não comunicativa (cf. HABERMAS, 1971, p. 200-201). Após retratações dessas considerações,[39] atualmente Habermas rejeita a tese do caso especial por meio de outra argumentação, a saber, a de que ela implicaria "uma enganosa subordinação do direito à moral, na medida em que ela ainda não está libertada de conotações do direito natural" (HABERMAS, 1994, p. 286).[40] Ulfrid Neumann (NEUMANN, 1986, p. 85), Werner Krawietz (KRAWIETZ, 1984, p. 438) e Arthur Kaufmann (KAUFMANN, 1999, p. 96-97; 1989, p. 21) seguem a avaliação anterior de Habermas e rejeitam a tese do caso especial porque o procedimento judicial seria ação estratégica, e não comunicativa. Na linha dos críticos está, finalmente, Klaus Günther, que na verdade não rejeita a tese do caso especial, mas a situa em um outro contexto discursivo.[41]

Não é possível oferecer aqui uma discussão sobre os numerosos problemas e críticas ligados à tese do caso especial, bem como à conexão por ela defendida entre direito e moral. Em síntese, pelo menos com a aplicação do modelo discursivo relativista, pode a tese do caso especial ser defendida contra as críticas a ela dirigidas.[42] No entanto, após essa defesa, permanece em aberto se a tese do caso especial pode de fato evidenciar uma conexão necessária entre o direito e a moral (cf. BÄCKER, 2008, p. 248-251, principalmente 250-251).

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The foundation of legal reasoning. *Rechtstheorie Beiheft*, v. 12, p. 133-158, 257-279, 423-448, 1981.

39 Habermas mudou seu entendimento e concordou com Alexy: "Essa circunstância me havia feito conceber inicialmente as negociações que se realizam no processo como um exemplo da ação estratégica [...]. Depois disso, Alexy me convenceu que a argumentação jurídica em todas as suas manifestações institucionais deve ser entendida como um caso especial do discurso prático" (HABERMAS, 1981, p. 62-63, n. 63).

40 Contra esse argumento, cf. ALEXY, 2009a, p. 164.

41 Günther defende que o discurso jurídico não constitui um caso do discurso prático geral, porém que "a argumentação jurídica é um caso especial de um discurso de aplicação moral" (GÜNTHER, 1989, p. 188). Para uma abordagem parecida com a distinção que está por trás dessa objeção de Günther, a saber a distinção entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, e com a sua crítica a Alexy (cf. BÄCKER, 2008, p. 193-194).

42 Para a defesa da tese o caso especial, cf. BÄCKER, 2008, p. 195-303.

_____. Grundlagen der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, W.; ALEXY, R. (Orgs.). *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. p. 9-87.

ALEXY, Robert. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. In: AARNIO, A.; NIINILUOTO, I.; UUISITALO, I (Orgs.). Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation. *Rechtstheorie Beiheft*, v. 2, p. 177-188, 1981.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986.

_____. Diskurstheorie und Rechtssystem. *Synthesis Philosophicae*, v. 5, p. 299-310, 1988.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Auflage. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1990.

_____. Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems. In: ALEXY, R.; DREIER, R.; NEUMANN, U. (Orgs.). Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. *ARSP Beiheft,* v. 44, p. 30-44, 1991.

_____. Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität. In: KOLLER, P.; KRAWIETZ, W.; STRASSER, P. (Orgs.). Institution und Recht. *Rechtstheorie Beiheft*, v. 14, p. 143-157, 1994.

_____.Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. In: ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs* - Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1995a. p. 93-108.

_____. Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses. In: ALEXY, R. *Recht,Vernunft, Diskurs*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995b. p. 165-174.

_____. Probleme der Diskurstheorie. In: ALEXY, R. *Recht,Vernunft, Diskurs*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995c. p. 109-126.

_____. My philosophy of law: the institutionalisation of reason. In: WINTGENS, L. J. (Org.). *The law in philosophical perspectives*. Dordrecht et al.: Springer, 1999. p. 23-45.

_____. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, W.; SUMMERS, R.; WEINBERGER, O.; VON WRIGHT, G. H. (Orgs.). *The reasonable as rational*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 3-19.

_____. 5 Questions. In: NIELSEN, M. E. J. (Org.). *Legal philosophy:* 5 questions. S.l.: Automatic Press, 2007. p. 1-11.

_____. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *ARSP*, v. 95, p. 151-166, 2009a.

_____. The reasonableness of law. In: BONGIOVANNI, G.; SARTOR, G.; VALENTINI, C. (Orgs.). *Reasonableness and law*. Dordrecht et al.: Springer, 2009b. p. 5-15.

_____. The dual nature of law. *Ratio Juris*, v. 23, p. 167-182, 2010.

BÄCKER, Carsten. *Begründen und Entscheiden* – Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts. Baden-Baden: Nomos, 2008.

_____. Rules, principles, and defeasibility. In: BOROWSKI, M. (Org.). On the nature of legal principles. *ARSP Beiheft*, v. 119, p. 79-91, 2010.

GÜNTHER, Klaus. Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation. *Rechtstheorie*, v. 20, p. 163-190, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann. In: HABERMAS, J.; LUHMANN, N. (Orgs.). *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* – Was leistet die Systemforschung? Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1971. p. 142-290.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981.

_____. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994.

KAUFMANN, Arthur. Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen? In: JUNG, H; MÜLLER-DIETZ, H. (Orgs.). Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens. *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung*, v. 122, p. 15-24, 1989.

_____. *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*. Eine rationale Analyse. München: C. H. Beck, 1999.

KRAWIETZ, Werner. Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften? *Rechtstheorie*, v. 15, p. 432-452, 1984.

KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

_____. Legal reasoning and practical reason. *Midwest Studies in Philosophy*, v. VII, p. 271-286, 1982.

NEUMANN, Ulfrid. Neuere Schriften zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. *Philosophische Rundschau*, v. 28, p. 189-216, 1981.

_____. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.

PAVLAKOS, Georgios. The special case thesis. An assessment of R. Alexy's discursive theory of law. *Ratio Juris*, v. 11, p. 126-154, 1998.

PECZENIK, Aleksander. Legal reasoning as a special case of moral reasoning. *Ratio Juris*, v. 1, 1988, p. 123-136.

WEINBERGER, Ota. Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie. In: ALEXY, R.; DREIER, R. (Orgs.). Rechtssystem und praktische Vernunft. *ARSP Beiheft*, v. 51, p. 30-46, 1993.

Carsten Bäcker

Professor Associado (Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Privatdozent) da Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha).

cbaecker@law.uni-kiel.de

Bráulio Borges Barreiros

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). LL.M. pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha). Doutorando no Walther Schücking Institut für Internationales Recht pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

bra.borges@yahoo.com.br

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Doutor em Direito pela mesma instituição. Professor Adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor Associado IV da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Santa Úrsula.

a.travessoni@gmail.com

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 14.09.2017
Aprovado: 30.11.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201811

Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional

BALANCING – THE LEGAL CAREER OF A NON-LEGAL CONCEPT OR: NORMATIVE RIGOR AND BALANCING IN STRUCTURAL CHANGE

Joachim Rückert[1]

Tradução do artigo:
RÜCKERT, Joachim. Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel. *JuristenZeitung*, v. 66, n. 19, 2011, p. 913-923.
copyright: Mohr Siebeck Tübingen

Tradutor: *Thiago Reis*[2]

1 Goethe-Universität Frankfurt am Main
Frankfurt – Alemanha

2 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5602-8454

CC BY-NC

I. Vida humana – vida jurídica – ponderação

"Basta apanhar a vida humana na sua plenitude!" – assim recomenda Goethe, sempre versado em tudo, no prólogo do *Fausto* (verso 167). Ao apanhar duas citações no nosso mundo de notícias diárias, somos conduzidos imediatamente à ponderação, como se vê, já no próprio título: "Como devo decidir? Durante uma semana, Saskia Gräser (19 anos) manteve um diário a respeito de tudo sobre o que deve ponderar". E, então, descobrimos o seguinte:

> *Segunda-feira*. No caminho para a escola, encontro um amigo acompanhado de uma pessoa que me é desconhecida. Devo oferecer-lhes uma carona, mesmo sem conhecer o acompanhante? Após curta hesitação, decido que sim. *Terça-feira*. Pela manhã: Abro já o meu presente de aniversário ou espero até voltar da escola, divertindo-me com ele o resto do dia? Solução: abrir imediatamente! A curiosidade foi maior [...]. (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 19 fev. 2009).

E assim durante toda a semana – ponderação diariamente, a toda hora, em prol e contra, na vida cotidiana, em incontáveis decisões. Há regras para isso? Aparentemente, há poucas ou nenhuma – no diário, não há consulta a nenhuma regra, nenhum catecismo, nenhum livro de boas maneiras, nenhum livro de autoajuda. Com os juristas é diferente? Tratando-se do direito, deve-se esperar que sim.

Novamente ao acaso, encontrei no mundo jornalístico um ideal moderno de jurista: "Ponderar tranquilamente. Republicanos de Karlsruhe: Dieter Grimm no seu 70º aniversário". Festeja-se aqui esse importante juiz de longa atuação no Tribunal Constitucional. O texto formula seu elogio especial da seguinte maneira: "Ponderação tranquila – assim poderíamos definir o estilo com o qual Grimm se movimentou pelas situações conflituosas do direito moderno" (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 11 maio 2007). A ciência do direito tornou-se assunto de um estilo cujo centro reside na "ponderação". Não se fala do direito como norma, apenas das suas situações conflituosas e de movimentações e ponderações como receitas da moda.

Ambos os exemplos podem ser considerados característicos de uma atitude bastante difundida entre juristas e conhecedores do sistema judiciário. Mas onde está, no estilo da ponderação, a rigidez da norma, o jurídico? Onde está a regra posta para durar por determinado tempo, diferenciando assim direito e política? Onde estão a certeza do direito, a estabilidade do direito, a segurança das expectativas? Onde estão os direitos inalienáveis e invioláveis, invocados, como se sabe, de modo impressionante por Friedrich Schiller:

> Não, o poder dos tiranos tem um limite,/ quando o oprimido não encontra direito em lugar algum,/ quando o fardo se torna insuportável, ele recorre/, com ânimo inabalável, ao céu/ e busca os seus direitos eternos,/ que no alto pendem inalienáveis e inquebráveis

como as próprias estrelas.[1]

Rigidez normativa deve produzir certeza do direito. Certeza do direito sempre foi desejo do cidadão. Queremos saber como devemos nos orientar, quais são as punições e os ganhos. Rigidez normativa deve produzir confiança no direito. Rigidez normativa deve ser geral e tratar todos de maneira igual. Ao fim e ao cabo, trata-se de justiça na terra. Ao contrário do que ocorre com a ponderação: ela ajuda no caso concreto. Ela se aproxima da equidade. Ela fez uma carreira surpreendente: de meio decisório da filosofia, da moral, da ética e da política a auxílio do jurista, de auxílio a solução para todos os problemas, de exceção a bala de prata metodológica da nossa prática jurídica. Essa dupla transformação funcional do não jurídico para o jurídico e, depois, dentro do próprio jurídico merece toda a nossa atenção, tanto atual como histórica, na teoria e na prática do direito.

II. Rigidez normativa como ideal jurídico desde a Antiguidade

Certeza jurídica e rigidez normativa "inquebráveis" não eram e não são mero refúgio jusnaturalista, como na passagem de Schiller citada acima. Desde a Antiguidade buscou-se trazer, do céu para a terra, certeza e segurança jurídicas. Até hoje, o exemplo mais abrangente disso, incessantemente retomado, está no famoso e posteriormente assim denominado *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, imperador do tardo Império Romano. Sua constituição introdutória, de 16 de dezembro de 533, reúne tudo a esse respeito. O ideal jurídico reside aqui na boa legislação, feita de determinada maneira:

> Acreditamos ser necessário dar grande difusão à publicação desta constituição, de modo que todos os homens saibam de qual confusão foram libertados, qual foi a extensão do trabalho e como eles obtiveram um direito equilibrado e intrinsecamente verdadeiro. Que eles tenham, no futuro, leis simples e breves, acessíveis a todos e das quais possam facilmente providenciar as respectivas compilações. Que não sejam obrigados a adquirir por um preço alto volumes de direito repletos de leis inúteis, mas que tanto ricos quanto pobres possam adquirir, por pouco dinheiro [as compilações do direito], de modo que todo o conhecimento jurídico esteja disponível por um baixo preço.[2]

1 SCHILLER, Friedrich. *Wilhelm Tell*. Schauspiel. Tübingen: J.G. Cotta, 1804. verso 1274 et seq.

2 Digesto, *Constitutio Tanta*, 13, na tradução de BEHRENDS, Okko (Ed.). *Corpus Iuris Civilis*. Text und Übersetzung. Heidelberg: C.F. Müller, 1995. V. II: Digesten 1-10. p. 82-83.

Pensando a partir das ricas experiências da Antiguidade – Aristóteles, por exemplo, havia reunido na *Política* (em torno de 335 a.C.) 158 constituições para sua teoria do Estado –, Justiniano oferece todo um instrumental para a implementação do ideal jurídico. Naturalmente, o texto jurídico por si só era insuficiente. Era preciso assegurá-lo e protegê-lo institucionalmente. Para tanto, Justiniano utiliza quatro instrumentos principais: uma proibição de interpretação, um mandamento de exclusividade, um dever de consulta, além de penalidades, ainda que não fossem proibições de comentários, como fizeram posteriormente Frederico II da Prússia e outros legisladores ambiciosos. Praticamente todos os grandes legisladores renovaram esse ideal para os "seus" povos, como, por exemplo, os visigodos, que no século VII ordenavam a destruição dos velhos códigos,[3] ou como o imperador Luís da Baviera no século XIV, na introdução do chamado *Kayser Ludgwigs Rechts-Buch* (1346),[4] ou então como Luís XIV da França nas suas *Ordonnances*, ou ainda como Frederico II, por decreto, em 1780, ou como os revolucionários franceses no *Code Civil* de 1804. O século XIX trouxe uma conjuntura secularizada de legislações codificadas, ou seja, de leis exclusivamente novas e ordenadas sistematicamente por princípios, e não mais excessivamente casuísticas. Esse foi o novo caminho de uma legislação completa que deveria assegurar a predominância do parlamento e do direito. Demandas por leis claras costumam ser, ainda hoje, a primeira reação do povo e da política em relação a vários problemas. Não por acaso, encontramo-nos hoje asfixiados por uma onda de reação legislativa que dificilmente se deixa dominar e ordenar por princípios.

A bem-intencionada rigidez normativa mostrou-se rapidamente insustentável, deveres e proibições tornaram-se letra morta. Os instrumentos desapareceram ou foram modificados, mas o ideal permaneceu. Novos meios foram inventados, dentre os quais estão os princípios jurídicos do Estado de Direito (arts. 28, I, e 20, III, da Lei Fundamental alemã – LF) com primazia e reserva frente à legislação, vinculação do juiz à lei (§ 1º da Lei de Organização Judiciária alemã, GVG – *Gerichtsverfassungsgesetz*, de 1877, e art. 97, I, da Constituição alemã)[5] e a vinculação geral à lei e ao direito (art. 20, III, da LF).[6] Daqui resulta a vinculação metodológica de toda a prática jurídica. Essas foram conquistas de políticos liberais do final do século XIX quanto ao sistema de justiça. A prática jurídica deve decidir, portanto,

• • •

3 *Lex Visigothorum*, anno 654 II 1.2 in: WOHLHAUPTER, Eugen. *Gesetze der Westgoten*. Germanenrechte – Texte und Übersetzungen. Weimar, 1936. V. 11.

4 Segundo FREYBERG, Maximilian von (Org.). *Sammlung historischer Schriften und Urkunden*. Stuttgart: J.G. Cotta, 1834. V. 4, p. 381-497.

5 § 1 GVG: "O poder judiciário será desempenhado por tribunais independentes e submetidos apenas à lei"; art. 97, I, da LF: "Os juízes são independentes e submetidos apenas à lei".

6 "[...] vinculados à lei e ao direito".

segundo regras, o que significa: questões de método jurídico são questões constitucionais, não meras questões acadêmicas.

III. A dupla formação da ponderação jurídica até 1914

É precisamente nessa relação entre constituição e método que encontramos, desde 1900 e especialmente desde os anos 1950, uma enorme mudança: uma mudança em direção à ponderação na ciência do direito. Essa tendência certamente não é nova, mas encontramo-nos frente a uma surpreendente transformação funcional de um *topos* que, aparentemente, soa sempre o mesmo. Precisamos, portanto, olhar mais de perto para a sua história se quisermos compreender a sua utilização e reconhecer os fatores que lhe dão sustentação. Pois a ponderação não caiu de um céu de métodos jurídicos, possuindo, ao contrário, condições específicas no tempo e no espaço.

A sua história começa em 1905, no grande embate jurídico-metodológico do período anterior ao marco histórico que representa o início da Primeira Guerra Mundial, em 1914, numa época, portanto, de diversas fermentações. Do ponto de vista econômico, uma renovada explosão demográfica conduziu a um novo ponto alto da industrialização que parecia estabelecer a Alemanha como um poder global; grandes empresas, organizações e corporações alcançaram importância fundamental; a urbanização tornou-se um fenômeno visível; do ponto de vista político, o movimento trabalhista, as convenções coletivas e o socialismo tornaram-se fatores relevantes; o movimento feminista fez-se notar claramente; o triunfo da tecnologia ganha força, não só nas novas universidades técnicas; positivismo filosófico, novas ciências sociais e uma nova metafísica impõem-se ao mesmo tempo; o mundo da arte eclode novamente com *art nouveau*, impressionismo e suas inúmeras variantes; no mundo literário, proclamava-se a superação do realismo burguês e do naturalismo, buscando-se novos horizontes com impressionismo, simbolismo, *belle époque*, expressionismo e dadaísmo.

No campo do direito, justamente após a entrada em vigor do BGB, de 1896/1900, esse ponto alto da época liberal das codificações pós-1871, triunfava a crítica à legislação. "Direito livre" era a nova mensagem, e isso significava "direito não estatal". Mensagem essa veiculada em conhecidos escritos programáticos, sobretudo a partir de 1903 pelo professor austríaco e fundador da sociologia do direito Eugen Ehrlich, bem como a partir de 1906 pelo teórico e historiador do direito Hermann Ulrich Kantorowicz. Do ponto de vista do método, a palavra-chave "ponderação" veio, no entanto, do terceiro integrante desse grupo heterogêneo: Ernst Stampe. Professor de Greifswald hoje pouco conhecido, Stampe escreveu em 1905 três artigos no principal periódico da época, o *Deutsche Juristenzeitung*.[7] No primeiro

7 STAMPE, Ernst. Rechtsfindung durch Konstruktion. *Deutsche Juristenzeitung*, v. 10, p. 417-422, 1905; Rechtsfindung durch Interessenabwägung. *Deutsche Juristenzeitung*, v. 10, p. 713-719, 1905; Gesetz und Richtermacht. *Deutsche Juristenzeitung*, v. 10, p. 1017-1022, 1905.

deles, ele se dedicava de modo muito crítico à "decisão jurídica por meio de construção". No segundo, ele defendia de forma positiva e mais ampla uma "decisão jurídica por meio de ponderação de interesses". No terceiro, intitulado *Lei e poder dos juízes*, ele defendia enfaticamente um amplo poder "social" do juiz. Aqui interessa especialmente o segundo artigo, pois o seu próprio título já contém a expressão-chave "ponderação de interesses". Sopesar e ponderar foram elevados aqui a bandeira de guerra, exigindo-se, de forma bastante moderna, uma "ciência social do direito". Em dezembro de 1904, numa longa conferência a juristas em Berlim, Stampe ofereceu um resumo incisivo:

> Um método bem diferente [do que o da chamada jurisprudência dos conceitos] segue a orientação científica que eu gostaria de denominar ciência social do direito. Ela encontra as proposições jurídicas que faltam não por meio de construção, mas sim de ponderação de interesses. Segundo a sua opinião, as proposições jurídicas devem funcionar como mediações entre interesses conflitantes. Por isso, o princípio orientador da formulação de uma proposição jurídica só pode ser o de verificar, de maneira aprofundada, a importância e o merecimento de tutela de todos os interesses contemplados, estabelecendo a proposição jurídica de tal forma a garantir uma consideração real e adequada dos interesses tidos como valorados.[8]

A proposição jurídica deve ser, portanto, sobretudo "social", não "construída", e sim "ponderada" e de forma bastante genérica "estatuída" pelo jurista, e isso de acordo com a sua "tutela merecida" e "adequação" – mesmo depois de 100 anos, isso soa bastante atual. A contribuição de Stampe nos conduz à orientação decisiva: ele era contemporâneo de Philipp Heck, talvez o jurista mais famoso do início do século XX no campo das discussões metodológicas. Ambos haviam sido colegas em Greifswald durante muito tempo, mesmo antes de 1900. Heck respondeu por escrito, mas de forma crítica. Por que crítica? Ele havia acabado de desenvolver sua jurisprudência dos interesses, da qual a lealdade à lei era um ponto crítico. Logo, Heck respondeu ainda em 1905 com *Jurisprudência dos interesses e lealdade à lei*. Tratando-se de "lacunas no direito", a "avaliação de interesses" seria definitivamente legítima e recomendada. O que Heck considerava "injustificável", no entanto, era a "tentativa promovida por Stampe de suprimir a eficácia da lei, presumida até então, alterando a autorização de poder do juiz" para além das lacunas.[9]

8 STAMPE, Ernst. Ist die Ausgestaltung, welche die herrschende Doktrin der Lehre von der sogenannten causa des Rechtsgeschäftes gegeben hat, für unser bürgerliches Recht praktisch brauchber? *Jahresbericht über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, v. 46, p. 65-77, 1905. Aqui, p. 66.

9 HECK, Philipp. Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. *Deutsche Juristen-Zeitung*, v. 10, p. 1140, 1905.

Com isso se fixavam duas linhas tanto decisivas quanto opostas. Elas permanecem até hoje: de um lado, a ponderação genérica; de outro, o esforço de subsunção, compreendendo as situações de interesse e concretizando os conceitos jurídicos a partir da comparação entre grupos de casos seguros e grupos de casos menos seguros, ponderando verdadeiramente apenas de forma secundária e como auxílio frente às chamadas lacunas. Aqui seria possível adentrar um longo debate de teoria do direito que, com ambição global, mistura hoje, de forma confusa, as condições de práticas jurídicas de culturas bastante diferentes. A questão essencial, no entanto, era a diferença em relação a questões de lealdade à lei e poder do juiz, logo da relação entre parlamento e justiça. É nesse ponto que a ponderação entra na ciência do direito, tornando-se, imediatamente, um problema. Como os juristas lidaram com esse problema do ponto de vista teórico e prático? É o que se verá a seguir.

IV. O PRIMEIRO PASSO DA CARREIRA: PONDERAÇÃO *VERSUS* PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Quando se fala de prática jurídica, deve-se investigar a jurisprudência. Isso é possível hoje graças aos bancos de dados disponíveis. Utilizando-se uma busca por palavras-chave, pode-se finalmente pesquisar a jurisprudência do *Reichsgericht*, o Tribunal do Império (incluindo o *Staatsgerichtshof* e o *Finanzhof* da República de Weimar), do Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), do Superior Tribunal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), e do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) – 157.000 julgados no total. Uma busca por "ponderação de interesses", "ponderação de bens" e "ponderação" resultou até 1950, portanto, essencialmente durante a época do Tribunal do Império, uma significativa reserva. Não há menção à "ponderação de bens", apenas uma vez se faz referência à "ponderação de interesses". Em todo caso, fala-se oito vezes de "ponderação". A curva ascende de forma extrema na década após 1950. Numa pesquisa geral até 2009, encontram-se vários casos, sobretudo no Tribunal Constitucional. Há 197 casos de um total de 1.761 para "ponderação de bens", 370 de um total de 20.144 para "ponderação de interesses" e 2.366 de um total de 77.128 para "ponderação". O que importa aqui é a proporção percentual de palavras-chave encontradas em relação ao número total de julgados do respectivo tribunal e em comparação com os demais tribunais. Neste quesito, o Tribunal Constitucional encontra-se bem à frente: em relação à "ponderação de bens" com 1,58% dos seus julgados frente a uma média de 0-0,32%; em relação à "ponderação de interesses" com 2,96% frente a um comparativo de 0-1,4%; e em relação à "ponderação" com 18,95% frente a uma proporção de 0,03-7,75% nos outros tribunais.[10]

10 O autor agradece a Thomas Pierson pela pesquisa e organização da base de dados da jurisprudência.

Essa constatação dificilmente surpreenderá os juristas, visto que o Tribunal Constitucional é conhecido há muito tempo como *o* lugar da ponderação. Mas a história não é tão fácil assim, pois a ponderação possui uma história mais longa e reveladora. O primeiro julgado a utilizar de forma muito clara "ponderação de bens" – ainda não se fala em "ponderação" ou "ponderação de interesses" – é de 1927 e, surpreendentemente, do direito penal, um campo conhecido pela sua rigidez normativa. Como se sabe, *nulla poena sine lege* constitui o princípio fundamental da teoria, do Código Penal desde 1871 (§ 2º, 1, desde 1975, § 1º) e da Constituição (art. 103, 2, da LF). Trata-se de um conhecido julgado sobre exame médico em casos de interrupção da gravidez conforme o § 218 do Código Penal. A decisão estabelece que o seguinte princípio recebeu reconhecimento praticamente geral:

> Em situações da vida nas quais uma ação que corresponda exteriormente a um tipo penal é o único meio de se proteger um bem jurídico ou de se cumprir um dever imposto ou reconhecido pelo direito, a questão sobre saber se a ação é conforme o direito, não proibida ou contrária ao direito deve ser decidida, no direito positivo, a partir da relação de valor entre os bens jurídicos ou deveres em conflito – *princípio da ponderação de bens deveres jurídicos*.[11]

Segue-se, no entanto, uma limitação clara desse procedimento em casos de estado de necessidade de deveres e bens jurídicos, e também de forma geral, nos seguintes termos:

> […] a *ponderação de bens* deve partir das valorações que encontraram a sua expressão geral nos comandos penais do direito positivo promulgados para a defesa de bens jurídicos. Da comparação entre o § 211 e seguintes do Código Penal, bem como dos §§ 224, 225, CP, com o § 218, CP, nas suas versões antiga e nova, depreende-se facilmente que, regularmente, tanto a perda da vida quanto um grave dano à saúde do adulto nos termos do § 224, CP, são superiormente valorados do que a perda da vida do feto.[12]

Parte-se, portanto, das valorações legislativas e de uma comparação entre os casos regulados e das regras, não de uma ponderação livre no sentido de uma "jurisprudência social" como para Stampe. As "relações de valor" devem ser extraídas do direito vigente. Com isso, inicia-se a segunda fase na carreira do termo desde 1900, baseada em valorar, valores e relações de valor. Este é outro aspecto da história da utilização da palavra que mereceria ser aprofundado na teoria e na prática. Pois, na mesma época, ocorre uma disputa de etiquetas a respeito das

11 Decisões do Tribunal do Império em matéria penal, RGSt 61, 242-258, de 11/03/1927 (grifos no original).

12 Decisões do Tribunal do Império em matéria penal, RGSt 61, 242-255 (grifos no original).

palavras-chave mais precisas da metodologia jurídica. Em 1929, o cético Philipp Heck havia cogitado substituir a expressão-chave já estabelecida "jurisprudência de interesses" por "jurisprudência valorativa", mas descartou a alteração, pois, segundo Heck, "a denominação jurisprudência dos interesses reflete, na minha opinião, o cerne do novo método, sua correta integração".[13]

Seus companheiros de armas Heinrich Stoll e Max Rümelin, ao contrário, não acharam a expressão "jurisprudência dos interesses" muito feliz, pois não parecia "nem alemão, nem característico para o método". Ambos recomendaram, em vista do "tipo de procedimento, [...] 'jurisprudência dos valores' ou 'ciência do direito dos valores'[14] ou então 'interpretação das leis valorizadora de interesses'".[15] A hesitação de Heck com relação a "valoração" não era nova. Ele levava as palavras a sério. Já em 1912, ele achava que a palavra "valoração" vinculava-se demais ao ato.

> Frente a todas as outras, a palavra interesse oferece a vantagem de abranger os elementos que nos parecem decisivos, possuindo aqui algumas prerrogativas. Não há expressão mais apropriada. Necessidade, intenção, valor e finalidade enfatizam demais o momento atual. A palavra finalidade, se não quisermos violar o uso da linguagem e produzir mal-entendidos, só pode ser utilizada para designar o objeto do desejo de uma ação, e não as tendências de desejos individuais que influenciam a reflexão [...].[16]

Em 1929, a hesitação de Heck se traduzia quase em apreensão. Pois ela conservava a diferença importante do seu método de análise das decisões legislativas vinculantes sobre os interesses frente a uma valoração absolutamente desvinculada da lei na aplicação do direito – e com isso também frente ao conteúdo da "jurisprudência dos valores" nacional-socialista de Heinrich Lange de 1936. O fato de Heck ter eventual – e fatalmente – reconhecido a força vinculante da produção legislativa nacional-socialista não muda nada a este respeito. Heinrich Lange recomendava literalmente uma nova "jurisprudência dos valores" baseada nas valorações impostas pelo nacional-socialismo como uma superação do debate metodológico em curso desde 1900.[17] Antes dele, Karl Larenz, jovem estrela das discussões

13 HECK, Philipp. *Grundriss des Schuldrechts*. Tübingen: Mohr, 1929. p. 473, nota 1.

14 STOLL, Heinrich. Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz. *Archiv für die civilistische Praxis*, Beilageheft n. 133, p. 60-117,v1931, Spezielle Nummer: Festgabe für P. Heck, M. Rümelin, A. B. Schmidt. Aqui, p. 67, n. 1 e passim.

15 RÜMELIN, Max. *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*. Tübingen: Mohr, 1930. p. 38.

16 HECK, Philipp. *Das Problem der Rechtsgewinnung*. Tübingen: Mohr, 1912. p. 30-31.

17 LANGE, Heinrich. Mittel und Ziel der Rechtsfindung im Zivilrecht. *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, v. 3, p. 922-925, 1936. Aqui, p. 924.

metodológicas, já afirmara, no seu panorama fundamental sobre *Filosofia do direito e do estado da atualidade*, na segunda edição aumentada de 1935, que "jurisprudência dos valores" representaria o distanciamento correto, promovido pela jurisprudência dos interesses, do "conceito de direito positivista".[18]

Vemos, portanto, duas linhas tentando dominar o debate jurídico: de um lado, uma ponderação de interesses mais leal à lei, representada pelo maior nome da metodologia jurídica da época, Philipp Heck, que enfatizava a função do vínculo à lei e à Constituição presente na referência a uma "obediência meditada" (*denkender Gerhorsam*). E, do outro lado, uma "ponderação social de interesses" mais geral, iniciada com Stampe, que se desvencilha conscientemente da lei, introduzindo, com isso, uma modificação funcional, qual seja, a do engenheiro social. De fato, desde 1900, ambas as linhas têm sido defendidas – e assim o são até hoje. Aqueles que querem preservar contrapõem-se aos que querem movimentar. Os primeiros enfatizam, de forma leal à Constituição, a rigidez normativa, a vinculação à lei e a regra geral igual. Os segundos enfatizam, ao contrário, a abertura social, a valoração livre e o caso concreto. Refutam rapidamente vinculação à lei e rigidez normativa como ilusões que devem ser abandonadas honesta e realisticamente do ponto de vista metodológico e preenchidas pelo juiz como engenheiro social. Para tanto, baseiam-se, com termos jurídicos vagos, no princípio constitucional do Estado Social, mencionado na Lei Fundamental alemã apenas com hesitação e não como programa metodológico. As discussões e procedimentos revolucionários cristalizam-se na mudança funcional da ponderação jurídica.

V. A NOVA FUNÇÃO DA PONDERAÇÃO NO DIREITO PÚBLICO: UMA SEGUNDA RECEPÇÃO METODOLÓGICA

A história inicial da ponderação indica um outro efeito, algo inusitado e claramente bastante desconhecido. "Ponderação de bens" encontra-se no direito penal, como visto, em 1927, no contexto do estado de necessidade, mas conduzida pela lei e em casos excepcionais. No direito privado, ela limitava-se a "ponderação de interesses" segundo critérios valorativos predefinidos em lei. Somente no período nacional-socialista é que esses limites foram extrapolados – para nunca mais serem retraçados claramente. O ponto decisivo encontra-se na discussão de direito público, no campo, portanto, em que a ponderação ainda hoje é proeminente. Claramente, aqui houve uma segunda recepção da metodologia de direito civil após a conhecida recepção conceitualista de Gerber e Laband, no final do século XIX.

18 LARENZ, Karl. *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. 2. ed. Berlim: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 24-25.

Verificando-se clássicos do direito público desde 1900, como Heinrich Triepel, Richard Thoma e outros, não se encontra, num primeiro momento, quase nada. Triepel é considerado o mestre da jurisprudência dos interesses no direito público, mas ele permanece apegado à posição restritiva de Heck, que o havia influenciado. Ao mesmo tempo, encontra-se em seus textos uma utilização reveladora de "ponderação" que soluciona o mistério do silêncio a seu respeito nas obras dos publicistas. Num trabalho seu de 1907 intitulado *Unitarismo e Federalismo no Império Alemão. Um estudo de direito do Estado e política*, o próprio subtítulo já chama a atenção. De fato, o livro contém, ao final, um § 10 com o título: "ponderação crítica". Após as análises de direito do Estado, esse último parágrafo dedica-se a uma investigação política: "de que lado devem ficar nossas simpatias?"[19] Triepel responde ponderando os prós e contras de cada posição. Na época, essa consideração política chamava-se, sem maiores problemas, "ponderação". O livro termina infalivelmente com um apelo político em favor do unitarismo alemão e do "fortalecimento de um Império prussiano-alemão!".[20]

Pouco tempo depois, em 1913 e novamente em 1917, interveio na discussão Max Weber, jurista, economista e sociólogo amplamente informado e dono de um profundo conhecimento teórico-científico. No seu famoso estudo *O sentido da 'neutralidade valorativa' nas ciências econômicas e sociais*, percebemos sua preocupação a respeito do tema quando lemos que:

> A concepção, bastante frequente, e que deve ser combatida a todo custo, é a seguinte: o caminho para a "objetividade" científica passa por uma ponderação dos diversos juízos de valor contrapostos e por um compromisso "de estadista" entre eles. Com os meios das ciências empíricas, a "linha média" entre eles é *tão impassível* de ser provada cientificamente quanto os juízos de valor mais "extremos". É justamente na *esfera valorativa* que teríamos a respeito dessa linha média, do ponto de vista *normativo*, pouquíssima clareza.[21]

Ponderação era corretamente caracterizada, portanto, como um lugar político de *estadista*, não *empírico*, cientificamente de modo algum *objetivo* e *normativamente* especialmente obscuro. A transformação funcional da ponderação, no âmbito de sua carreira jurídica que vai da exceção à regra metodológica, depende, portanto, de uma mudança precoce em seu

• • •

19 TRIEPEL, Heinrich. *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich*. Eine staatsrechtliche und politische Studie. Tübingen: Mohr, 1907, p. 116.

20 TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich*. Op. cit., p. 125.

21 WEBER, Max. *Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*. In: _____. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von J. Winckelmann. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 489-540. Aqui p. 499.

contexto. A ponderação migrou para as discussões jurídicas a partir de um lugar não problemático nas discussões tradicionais e normativamente mais livres fora do direito, na política, na moral ou na filosofia. Ambas as alterações já estavam presentes antes de 1910 e formavam o pano de fundo das linhas traçadas acima que opunham Stampe e Heck.

Isso se confirma consultando textos de alguns filósofos do direito influentes da época como, por exemplo, de Rudolf Stammler, já bastante conhecido, e do jovem Gustav Radbruch. Na sua famosa obra *A doutrina do direito justo* (1902), Stammler discute, logo no início, o "conceito de justeza de um direito". Ele descreve o método por meio do qual seria possível constatá-lo como "uma ponderação crítica de um conteúdo jurídico formado historicamente, na medida em que se divide sistematicamente em justo ou injustificado".[22] Portanto, "ponderação" representa aqui, assim como no restante da obra,[23] um reconhecido método crítico-filosófico de valoração do direito positivo. O jovem Radbruch escreveu em 1904 uma resenha bastante crítica desta obra, denominando-a, ao mesmo tempo, uma convocação para o despertar a filosofia do direito. Mais especificamente, ele chamou atenção para a formulação de Stammler acerca da "ponderação dos desejos individuais no âmbito da comunidade". Radbruch enxerga aqui o problema de um "método científico da política do direito", duvidando que a proposta, qual seja: a ponderação, "mereça o nome de um método capaz de produzir resultados exatos e livres de dúvida".[24]

As utilizações da palavra são, portanto, claras: Triepel interessava-se por direito do Estado e ponderação, dividindo ambos de forma clara. Max Weber descrevia genericamente usos e perigos de se ponderar. Stammler e Radbruch utilizavam "ponderar" de modo não problemático como uma postura de filosofia ou política do direito, mas não de dogmática ou de prática jurídica.

A propósito, Max Weber também deu maior precisão ao tema juridicamente de forma bastante concreta ao publicar uma resenha, em 1902, sobre o trabalho pioneiro de Philipp Lotmar *O contrato de trabalho segundo o direito privado do Império Alemão*. Ainda que *en passant*, Weber ofereceu nela uma crítica hoje bastante conhecida dos métodos jurídicos que tendem a priorizar um enfoque social, defendendo assim a posição de Lotmar, em parte criticada como sendo formalista:

> Engana-se muito quem enxerga o fundamento do tão criticado caráter "antissocial" do direito privado vigente ou da jurisprudência atual no *formalismo* da construção de

• • •

22 STAMMLER, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Berlim: Guttentag, 1902. p. 24.

23 Ver STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Op. cit., p. 203, 261, 337, 594.

24 RADBRUCH, Gustav. Literaturbericht Rechtsphilosophie. In: _____. *Gesamtausgabe*. Rechtsphilosophie I, hrsg. von A. Kaufmann. Heidelberg: Müller, 1987, p. 445-454. V. 1. Aqui p. 447-448.

> conceitos jurídicos. Precisamos não de conceitos "positivos" informais, mas sim de *normas* jurídicas *especializadas* e de uma *jurisprudência* imparcial, vinculada à norma e, com isso, também à forma, que é a "irmã gêmea da liberdade".[25]

Weber enfatiza, portanto, o valor da norma e da rigidez normativa, da forma e da liberdade justamente também para a prática jurídica. Com a citação escondida de "irmã gêmea da liberdade", ele se baseia, ao mesmo tempo, no renomado Rudolf von Jhering.[26] Assim, ele indica um contexto mais amplo que envolve a teoria da ciência, a filosofia prática e a separação jurídica dos poderes. Questões de método eram também para ele questões constitucionais.

Tratando-se de ponderação, Triepel e Weber eram, portanto, ainda cuidadosos. Onde, quando e por que ocorre, então, a segunda recepção metodológica no direito público, ou seja, a segunda fase na carreira da ponderação?

VI. Ponderação em todos os lugares?

Aqui também uma consulta à jurisprudência nos conduz ao caminho certo. No mesmo ano de 1927, quando a câmara de direito penal do Tribunal do Império [*Reichsgericht*] estabeleceu, excepcionalmente, a "ponderação de bens", o Tribunal Estatal de Weimar [*Staatsgerichtshof*], naquela época parte do Tribunal do Império [*Reichsgericht*], realizou abertamente uma ponderação individual. Tratava-se de uma disputa acerca dos direitos de diversos Estados alemães sobre correntes de água, neste caso, do rio Danúbio. Segundo o Tribunal, havia sobre o tema apenas uma regra geral de direito internacional. Por consequência, "na aplicação dessa regra ao caso concreto, devia-se levar em consideração as circunstâncias específicas do caso". Concretamente, isso significava:

> Os interesses legítimos dos Estados envolvidos devem ser ponderados com base na equidade. Não se deve considerar apenas a extensão absoluta do dano sofrido por um Estado em virtude da ação de outro, mas também a relação que há entre o uso de um Estado e o dano do outro. Na medida em que vários Estados alemães entram em conflito com fundamento no uso da água de um rio comum, o equilíbrio necessário dos

• • •

25 WEBER, Max. Resenha de Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag. In: *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*. V. 17, 1902, p. 723-734. Aqui p. 725, grifos no original.

26 JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 4. ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1883. Parte II, v. 2, p. 471; [na 1. ed. 1858, p. 497]: "A forma é a inimiga jurada do arbítrio, irmã gêmea da liberdade".

> interesses deve dar especial importância, como dito acima, à relação recíproca em que eles se encontram enquanto membros do Império Alemão.[27]

A posição metodológica dessa ponderação aberta era a aplicação de uma regra muito geral que, em si mesma, não era um problema novo. Na medida em que se aceitavam, ao mesmo tempo, "interesses legítimos" contrapostos, então eles deveriam, consequentemente, "ser ponderados". Assim nasceu a necessidade de um "equilíbrio de interesses". Equilíbrio, no entanto, é uma tarefa bem diferente de ponderação segundo os interesses fixados em lei. Abre-se, assim, o caminho para se considerar um dano não absoluto, mas sim relativo, isto é, de modo que ele não seja compensado inteiramente, mas sim ponderado em relação ao "uso". Tudo isso fora do âmbito de uma hipótese legal, como, por exemplo, uma clássica *compensatio damni cum lucro* do direito civil. Trata-se de uma perspectiva nova na jurisprudência que se conecta a processos inicialmente marginais, mas que posteriormente adquirirão importância central em posturas metodológicas de Direito do Estado.

Em março de 1927, os professores alemães de Direito Público participaram de um congresso em Munique que ficou conhecido como uma disputa metodológica em torno da concepção de ciências do espírito. Deu-se aqui um passo teórico decisivo que, no longo prazo, revolucionou a prática jurídica. Talvez isso nem tenha ocorrido de forma consciente. De qualquer forma, não é assim que ele é percebido desde então. Percebe-se isso, no entanto, quando se presta atenção no problema da ponderação que surgiu também no âmbito dessas discussões. O que estava em jogo era a elaboração jurídica dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar de 1919, ou seja, dos primeiros direitos fundamentais efetivos em toda a extensão do território alemão, mais especificamente da liberdade de expressão. Como se sabe, Rudolf Smend assumiu uma posição altamente provocadora. Ele considerou as "três tentativas de opinião até então disponíveis" como meramente "lógico-formais" e, por isso, "fracassadas". Smend propôs uma solução inspirada nas "ciências do espírito", segundo a qual se deveriam avaliar os respectivos *bens* sociais.[28] Ele não se referia a suportes fáticos [*Tatbestände*] usualmente definidos como condições de consequências jurídicas, mas sim a um outro *tipo*, a meros elementos que justificariam a consequência jurídica ou, de modo geral, à justificação de uma consequência jurídica independentemente de suportes fáticos. Isso muda muito. Com isso, a interpretação dos conceitos jurídicos torna-se, para Smend, uma questão de "relações de ponderação". E ele percebe imediatamente que

27 *Staatsgerichtshof* [Tribunal do Império], In: RGZ [Diário oficial do Tribunal do Império], v. 116, p. 18*-45*, 31* decisão de 07/05/1927.

28 SMEND, Rudolf. *Mitbericht*. In: ROTHENBÜCHER, Karl (Org.). *Das Recht der freien Meinungsäußerung:* Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927. Berichte mit einem Auszug aus der Aussprache. Berlim: de Gruyter, 1828. p. 44-74. Aqui, p. 51.

os conceitos podem "variar" de acordo com a "confiança da vontade geral que se forma na crítica e na construção da opinião pública" – uma concepção verdadeiramente dinâmica a depender do respectivo *Zeitgeist*. O que importa para ele é somente a apreensão, com base nas "ciências do espírito", das chamadas questões relativas a "constelações de valores". Qualquer coisa além disso seria "formalismo jurídico e conceitualismo vazio".[29] Hoje o enfoque de Smend seria denominado hermenêutico ou social-filosófico. Chamá-lo de "sociológico"[30] seria, de toda maneira, equivocado, mesmo que Smend tenha invocado várias vezes a "realidade".

Na época, tratava-se de uma linguagem metodológica bastante nova. Smend foi apoiado por Erich Kaufmann, internacionalista e filósofo do direito que, em 1921, havia escrito uma fulminante *Crítica da filosofia neokantiana*. O que separava as posições era, portanto, um profundo dissenso filosófico. A esse respeito, como se sabe, o grande mestre Richard Thoma já havia reconhecido, não sem certa ironia, "que os direitos fundamentais, segundo sua concepção original, expressam uma série de convicções jurídicas a respeito das quais o povo alemão deve concordar, cabendo-lhes, neste sentido, uma consagração superior às leis comuns [...]".[31] Mas Thoma acrescentava que essa profissão de fé não desincumbe do dever "de se avaliar, por meio de um trabalho diário sóbrio, o conteúdo preciso e juridicamente defensável de cada dispositivo jurídico dos respectivos artigos da Constituição". E na exposição de Erich Kaufmann ele afirma ter encontrado "originalidade e profundidade", mas devia confessar abertamente que "não havia compreendido muito do que fora dito". O que ele não havia compreendido? Kaufmann denominava certas normas jurídicas "realidades constitutivas", exortando os juristas a desviarem sua atenção de "conceitos funcionais" para "conceitos substanciais". Na conhecida conclusão de Thoma, isso era "a mesma coisa que falar chinês. Eu simplesmente não entendo isso e não são o único neste salão que não entende". Trata-se de um "sintoma bastante preocupante da situação científica atual". Assim era. Pois não se tratava apenas de uma disputa pelo correto método científico, mas também de uma disputa sobre a correta prática jurídica, sobre interpretação clássica ou nova ponderação jurídica. O comentário final de Smend foi incisivo e seus rótulos prevaleceram: a crítica era "formalista", representava uma "fuga irresponsável e privada de espírito" frente aos "problemas reais", os direitos fundamentais não poderiam ser entendidos assim, mas somente

29 SMEND, *Mitbericht*. Op. cit., p. 53.

30 Assim, no entanto, a leitura de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 29, n. 46, p. 2089-2099, 1976. Aqui, p. 2095.

31 Pronunciamento sobre os relatórios do primeiro objeto de deliberação do congresso, in: ROTHENBÜCHER, Das Recht der freien Meinungsäußerung. Op. cit., p. 86. Ver também p. 74-97, 85-87 para a posição de Richard Thoma.

segundo as "ciências do espírito", na sua "maior amplitude espiritual" segundo o "novo pensamento de Direito do Estado". Para Smend, não há espaço entre o espírito e a forma – uma antítese bastante conhecida da filosofia, mas fatal para o direito. A disputa sobre ponderação, mantida até 1914 nos limites do direito civil, irrompia assim abertamente na dogmática e na prática dos direitos fundamentais.

Esse foi um passo decisivo na formação histórica da ponderação na ciência do direito. Trata-se de enfoques prático-jurídicos muito diferentes acerca de normas jurídicas, especialmente as escritas e promulgadas pelo parlamento. E havia muito em jogo: poder da lei e poder do juiz; parlamento e judiciário; separação de poderes e democracia; método jurídico e método científico do direito; política, direito e Estado de Direito; certeza e incerteza jurídicas; justiça em geral e justiça no caso concreto; estabilidade e dinâmica da cultura jurídica; lugar e competência para se definir continuidade e transformação do direito. Neste contexto, não há saída mágica. Isso se percebe em áreas do direito que correm em paralelo, nas quais a ponderação foi claramente reconhecida como sendo pouco problemática. É preciso, portanto, diferenciar.

Ponderação ocorria sem maiores dificuldades não apenas na filosofia do direito, na política jurídica e na política em geral, mas também no próprio direito: por exemplo, no direito administrativo em relação ao uso da discricionariedade e, sobretudo, na prestação de serviços públicos em virtude de competência delegada; ou na aplicação dos chamados conceitos jurídicos indeterminados; ou então em leis de planejamento, como é o caso do pioneiro *Decreto de proteção contra incêndios das florestas, pântanos e bosques* do Estado de Hesse, de 25/06/1938, cujo § 5, 1, fixava:

> O proprietário ou usufrutuário pode autorizar queimadas nos casos do § 2, alíneas *c* e *g*, somente quando, após ponderação de todas as circunstâncias, não houver perigo para áreas de florestas, pântanos e bosques [...].

Uma série de outras leis estaduais com todo tipo de ponderação seria ainda promulgada antes de 1960: de desnazificação "com *ponderação* justa da responsabilidade individual e da postura geral adotada de fato";[32] de reparação de injustiças cometidas pelo nacional-socialismo no serviço público segundo "*ponderação* equitativa dos interesses dos prejudicados e da corporação";[33] de indenização "mediante *ponderação* justa do interesse público em geral e da

• • •

32 Baden-Württemberg, Lei n. 104 de libertação do nacional-socialismo e militarismo, 05/03/1946, art. 2, 1 (grifos JR).

33 Renânia-Palatinado, Lei estadual de reparação de injustiças cometidas pelo nacional-socialismo no serviço público, 19/03/1951, § 6.

parte em particular";[34] de indenização pelo uso feito por estradas de ferro "mediante *ponderação* do interesse público e da parte";[35] de deficiências na ponderação em relação a instalações de controles de enchentes e represas.[36] Daqui resultaram a lei federal de planejamento regional de 1965, cujo § 2, 2, estabelece que "os princípios [...] deveriam ser ponderados de acordo com o § 1" e várias outras leis similares atuais.

Construíram-se, portanto, áreas do direito nas quais a ponderação aberta foi e continua sendo delegada pelo próprio parlamento. Nessas áreas, tanto o planejamento do executivo quanto as decisões do judiciário estão autorizados a ponderar abertamente, desvinculando-se, com isso, do legislador. Mas permanece uma série de áreas problemáticas em que não se pode, de modo algum, pressupor uma tal desvinculação. Isso nos conduz à pergunta "ponderação em todos os lugares".

VII. Ponderação em todos os lugares

Analisar esse novo cenário até o presente requer uma nova consulta à jurisprudência. Considerando-se a grande quantidade de resultados para "ponderação de bens", "ponderação de interesses" e "ponderação", as referências aqui se limitam a um mínimo exemplificativo. Já notamos acima um considerável aumento quantitativo no uso de "ponderação" após 1950. Qual seria então a situação da ponderação nessa prática do ponto de vista qualitativo?

Em relação ao Tribunal Federal Constitucional [*Bundesverfassungsgericht*], os primeiros quatro anos entre 1954 e 1958 são decisivos. Percebe-se um novo tom já nas duas decisões que versam sobre a anexação de Lippe ao Estado da Renânia do Norte-Vestfália e sobre combinação de dispositivos legais em casos de indenização por desapropriação quando se fala de "justa ponderação de interesses" e "ponderar justamente um dispositivo contra o outro".[37] O acréscimo do adjetivo "justo" indica uma ponderação aberta, possuindo o maior vínculo possível à lei, no sentido de Heck. Essa tendência fica muito clara nas duas famosas decisões de janeiro e julho de 1958, referentes ao caso Lüth e ao caso das farmácias. Frente ao nosso panorama histórico de usos do termo "ponderação", a linguagem utilizada pelo Tribunal Constitucional é significativa. Certamente, um ponto importante foi o fato de que também este caso girava em torno de liberdade de expressão, como já na influente posição defendida por

34 Regulamentação do art. 41 da Constituição de Hesse de 06/07/1954, § 7.

35 Renânia do Norte-Vestfália, Lei das estradas de ferro de 05/02/1957, § 9, 2; na Baixa Saxônia, Lei de estradas de ferro e de montanhas de 16/04/1957, § 8, 2.

36 Hamburgo, lei de 20/06/1960, § 55, seção 6.

37 [Decisões do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 3, 267-288 de 24/02/1954; BVerfGE 4, 219-250 de 21/07/1955.

Smend, em 1927. O Tribunal pronunciou-se com muita clareza: quando a expressão de uma opinião "lesa um bem jurídico tutelado por lei", sendo que sua

> [...] proteção merece prioridade frente à liberdade de expressão, então essa intervenção não passa a ser permitida porque realizada em virtude de se expressar uma opinião. Faz-se necessária uma "ponderação de bens": o direito à liberdade de expressão deve recuar frente a interesses de grau superior atribuídos a terceiros quando eles tenham sido violados por meio de exercício da liberdade de expressão. Saber se subsistem interesses preponderantes de terceiros é algo que deve ser determinado em vista de todas as circunstâncias do caso.[38]

Certamente, "interesses dignos de tutela" possuindo "grau superior", ou seja, interesses "prevalentes", são um "aspecto justificante" no sentido apontado acima frente à posição de Smend, não constituindo uma regra apreensível como hipótese legal, mas somente como indicação teleológica. Assim como na decisão penal de 1927 acerca da interrupção da gravidez, aqui também estava em jogo a "ponderação de bens" em caso de colisão de bens ou deveres jurídicos. Ao contrário dessa primeira decisão, no entanto, em 1958, não se tratava de uma ponderação de bens orientada por juízos de valor fixados em lei. A referência a uma hipótese legal torna-se aqui substancialmente mais vaga do que nas decisões mais antigas. Isso era intencional. Dessa forma, o Tribunal assegurou-se a mais alta competência decisória sobre todas as questões jurídicas, bem como sobre a chamada "irradiação de efeitos" dos direitos fundamentais em todas as áreas do direito. Nesta linha, a todo direito fundamental correspondia o caráter de uma norma objetiva, não mais apenas uma prerrogativa subjetiva contra determinados titulares de direitos. A norma objetiva pôde impor-se frente a uma prerrogativa subjetiva, conduzindo ao resultado de uma limitação – uma solução inesperada dentro do sistema de limitações construído de forma cuidadosa pela Lei Fundamental. Chamar isso de "limitação imanente" [*immanente Schranke*], de uma limitação, portanto, que não constava originalmente do texto, ou então de outra coisa qualquer, era irrelevante quanto ao resultado final. Numa retrospectiva de 1992, o relator do caso na época confirmou: "nós tivemos no início a sensação clara de definir o curso: nós somos aqueles que, no futuro, darão forma a toda a nossa ordem jurídica";[39] com a melhor das intenções, os juízes viam-se como guardiões da Constituição – e assim aconteceu também em relação à ponderação.

• • •

38 [Decisão do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 7, 198-230, p. 210-211, de 15/01/1958.

39 Ver o voto do juiz relator Ritterspach e sua entrevista de 1992 reproduzida in: HENNE, Thomas (Ed.). *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Berlim: BWV, 2005. p. 542.

Uma variação reveladora, mas sem maiores consequências, mostra-se na chamada decisão das farmácias. A controvérsia girava em torno do direito fundamental à liberdade de profissão nos termos do art. 12 da Lei Fundamental, bem como de reservas à sua regulamentação. Nos termos da decisão, o direito fundamental deveria "proteger a liberdade do indivíduo, as reservas legais deveriam assegurar proteção adequada aos interesses da comunidade".[40] Na parte dispositiva, afirmou-se:

> Quando se busca corresponder da maneira mais efetiva possível a essas pretensões, ambas igualmente legitimadas no Estado Social de Direito, então a solução somente será encontrada caso a caso após ponderação cuidadosa da importância dos interesses contrapostos e eventualmente antagônicos.[41]

Ao referir "interesses igualmente legítimos" e "antagônicos", o Tribunal manobrou em direção a uma colisão, legitimando-se, consequentemente, para a ponderação. Ao mesmo tempo, deu-se também uma importante modificação, qual seja, o recurso a uma estrutura de regra e exceção:

> Se retivermos, segundo a concepção geral da Lei Fundamental, que a personalidade livre da pessoa constitui o valor mais alto, que lhe deve ser garantida a maior liberdade possível quando da escolha do trabalho, então resulta que essa liberdade somente pode ser restringida na medida em que for indispensável para o bem comum.[42]

Essa estrutura de regra e exceção preserva uma técnica jurídica essencial e longamente experimentada, individualizando grupos de casos diversos e problemas de colisão. Não se trata apenas de uma hierarquia geral de valores, tampouco de uma ordem de valores metafisicamente fundamentada, mas sim de uma estrutura legislativa constitucional que discrimina regras e suas exceções. Não por acaso, o grande constitucionalista Günter Dürig costumava afirmar aos seus estudantes de Tübingen nos anos 1960 que: "regra e exceção, aí está toda a ciência do direito". Ponderação possui aqui um papel apenas secundário, pois os grupos de casos considerados exceção devem ser comparados e delimitados em vista do caso entendido como regra. No entanto, o caso Lüth correspondia mais claramente do que a decisão no caso das farmácias a uma "ciência social do direito" tal como defendida por Stampe em relação ao poder do juiz.

• • •

40 [Decisão do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 7, 377-444, p. 404, de 11/06/1958.

41 [Decisão do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 7, 377, 405.

42 [Decisão do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 7, 377, 405.

Estatisticamente, a jurisprudência posterior indica uma prevalência cada vez maior de "ponderação de bens" como termo técnico. Não podemos aprofundar esse aspecto aqui. No entanto, isso não surpreende, pois há uma nova linguagem para um novo fenômeno, ou seja, para um novo procedimento. Rudolf Smend – sempre ele – já havia afirmado em 1927 que o que estava em jogo eram "bens políticos" na Constituição. Com a transição para uma ponderação aberta de bens no caso concreto, a ponderação de interesses vinculada tanto quanto possível à lei, no sentido proposto por Heck, transformou-se numa operação jurídica aberta no caso concreto. O procedimento lembra o postulado de uma "clínica" jurídica proposto por Ernst Fuchs, radical defensor do Direito Livre.[43] A ponderação pode ser descrita aqui como um tipo de procedimento. Ela funciona de modo bem diferente do defendido por Heck, pois enxerga colisões em todos os lugares, por exemplo: liberdade contra liberdade, opinião contra propriedade, proteção de direito fundamental contra interesses da comunidade etc., resolvendo colisões apenas no caso concreto, de modo aberto, dinâmico, segundo a respectiva pretensão atual de tutela. Ponderando-se dessa forma, não se constroem regras gerais de conteúdo ou mesmo elementos que concretizem a hipótese legal. Opções clássicas de estruturação jurídica, como a construção de grupos de casos em termos de regra e exceção, de hierarquias ordenadoras, como, por exemplo, "direito federal supera direito estadual" (art. 31, LF) ou de campos normativos distintos, logo não colidentes, como direito público e direito privado, ou não são utilizadas, ou então são utilizadas apenas de modo paralelo e sem maiores consequências, como no exemplo do caso das farmácias.

Muito disso parece ser hoje bastante conhecido e familiar. Mas as condições formativas anteriores a 1914, bem como seu contexto relevante, são desconhecidos, do mesmo modo que a transformação funcional da "ponderação" que, de conceito procedimental político-filosófico, tornou-se uma palavra-chave de metodologia jurídica. Desconhecida é também a importância prática duradoura das discussões anteriores a 1927, precisamente a respeito de "ponderação", assim como a transformação fundamental no contexto do direito, do Estado e da política desde 1900. Ponderar adquire hoje em dia, ao contrário e de forma completamente independente desse contexto formativo, uma força explosiva cada vez maior. Já se desenvolve até uma "teoria geral da ponderação" para todas as áreas do direito.[44] O mais recente panorama de teoria do direito limita-se a afirmar, em relação ao cânone metodológico

43 Sobre a Escola do Direito Livre, ver RÜCKERT, Joachim. Vom "Freirecht" zur freien "Wertungsjurisprudenz" – eine Geschichte voller Legende. In: _____. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* – Germanistische Abteilung, 2008. V. 125, p. 199-255.

44 MICHAEL, Lothar. Methodenfragen der Abwägungslehre. Eine Problemskizze im Lichte von Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik. In: _____. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2000. v. 48, p. 169-203.

"atual", que "ponderação (concordância prática)" foi acrescentada "ao cânone metodológico tradicional de direito público".[45] A modificação para "concordância prática" promovida por Konrad Hesse não é essencial no presente contexto. No entanto, encontra-se repetidamente uma linha crítica muito bem fundamentada que fala em "batalhas de ponderação", no sentido de "estratégias de construção ideológica de conceitos no direito", dado que no caso concreto, por exemplo, os danos efetivos da intervenção são simplesmente ignorados, em vez de identificados abertamente.[46]

No direito penal, ponderação permanece evidentemente limitada às questões tradicionais de estado de necessidade (assim em seis resultados para "ponderação de bens" na jurisprudência do Tribunal Superior Federal até 1960), ou a casos de ponderação delegada pelo legislador, como, por exemplo, na dosimetria da pena segundo o § 46 do Código Penal.[47]

Ao contrário do direito penal, "ponderação" e "ponderação de bens" alcançaram o direito civil. À primazia do conteúdo das decisões constitucionais vincula-se aos poucos aqui também a primazia do método da ponderação, que se tornou tradicional no campo dos direitos fundamentais. Uma longa série de ponderações iniciou-se em 1951 com a decisão "Constanze I"[48] sobre a "consideração de interesses legítimos", sobretudo da imprensa nos termos do art. 5, LF, em oposição aos direitos gerais de personalidade fixados como "outro direito", ao lado de vida, corpo, saúde, liberdade e propriedade nos termos do § 823, 1, BGB. O ponto de partida não era mais o princípio de que um dano deveria ser indenizado caso o ato que o causou não possa ser justificado excepcionalmente, como, por exemplo, estado de necessidade ou consentimento do ofendido. Desde o início percebeu-se, ao contrário, que havia um problema de colisão que deveria ser resolvido com uma ponderação de bens e deveres, exatamente no sentido da decisão Lüth, na qual também havia um dano real.[49]

• • •

45 VESTING, Thomas. *Rechtstheorie*. Munique: Beck, 2007. p. 101, nr. 196.

46 NEUMANN, Ulfried. Strategien ideologischer Begriffsbildung. In: _____. *Recht als Struktur und Argumentation*: Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 64-74.

47 § 46, inciso 2, do Código Penal: "Na dosimetria, o tribunal deve ponderar as circunstâncias opostas que falam a favor e contra o acusado. Deve-se considerar [...]".

48 [Decisões do Tribunal Superior Federal] BGHZ 3, 270-285 de 26/01/1951.

49 Percebe-se isso numa série de outros campos do direito civil, como, por exemplo, no direito societário, cf. [Decisões do Tribunal Superior Federal] BGHZ 3, 75-82 de 11/07/1951; em direito de família quanto à cessão de pretensões de pensão, cf. BGHZ 4, 153-167 de 10/12/1951; em responsabilidade quanto ao ônus da prova no § 831 BGB para danos causados por acidentes de trânsito rodoviário e ferroviário, cf. BGHZ 24, 21-30 de 04/03/1957; e quanto ao grau de culpa concorrente, cf. BGHZ 1, 248-253 de 08/03/1951, apenas para indicar algumas das primeiras decisões.

Na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, "ponderação de bens" (124 resultados), "ponderação de interesses" (525 resultados) e, acima de tudo, "ponderação" (3.860 resultados) foram praticados não só em direito de planejamento regional, mas também na solução da questão, colocada em 1962, sobre se uma cláusula de celibato para oficiais de polícia poderia ser construída a partir dos artigos 1, 2 e 6 da LF.[50] Naturalmente, a literatura jurídica percebeu o fenômeno rapidamente, de forma crítica, apologética, racionalizante, mediadora, recentemente também "em números".[51] A "ponderação geral exigida" até aqui conduz, em última análise, à "imposição de um ato de crença". Em oposição a isso, mobilizam-se "deveres de cuidado procedimentais" na forma de procedimentos numéricos, formais – certamente, "com mais transparência",[52] mas justamente sem a mesma vinculação material, tampouco com a mesma construção de regras. Um estudo histórico-crítico sobre isso, que revele os pressupostos e as condições, o contexto e as mudanças de função da ponderação, até onde consigo ver, não existe – e essa visão se baseia num inventário o mais amplo possível, que não pode ser detalhado aqui de modo razoável.

VIII. A BALANÇA – UMA IMAGEM QUE SE TORNOU FALSA

Parece ser mais útil investigar a imagem da balança, em cujas transformações cristaliza-se, de forma clara, a história da ponderação. Pois a imagem tornou-se falsa. O dicionário *Adelung* de língua alemã apontava, em 1811, quatro significados de "ponderar": "(1) deixar que os bens sejam ponderados. Antigamente, não se contava o dinheiro, ele era ponderado; (2) em outro significado, [...] nivelar, ou seja, ponderar uma superfície; (3) em linguagem figurada, determinar da forma mais precisa a relação de uma coisa em oposição a outra"; e (4) "dividir conforme o peso. Ponderar o pão dos soldados".[53] Na *Grande e completa enciclopédia universal de todas as ciências e artes* de Zedler, publicado em 1748, não se lê nada sobre "ponderação", mas quanto a "sopesar" encontram-se trechos da Bíblia como: "eles te pesaram com uma balança e te acharam muito leve" e a respeito de Jó afirma-se que ele "acredita superar a provação ou ponderação divina de Deus".[54] A linguagem da ponderação está, portanto,

50 [Decisões do Tribunal Superior Administrativo] BVerwGE 14, 21-31 de 22/02/1962.

51 HOFMANN, Ekkehard. *Abwägung im Recht*. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. Não é possível oferecer aqui um panorama da literatura, que deve ser objeto de um estudo específico.

52 HOFMANN, *Abwägung im Recht*. Op. cit., p. 545 e 547.

53 Ver o verbete "ponderação", em: ADELUNG, *Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart, mit beständiger Vergleichung der übrigen Mundarten, besonders aber der oberdeutschen*. Leipzig: Breitkopf, 1811.

54 ZEDLER, J. J. *Großes vollständiges Universallexikon aller Wissenschaften und Künste*.. Halle: s/n, 1748. V. 55, p. 7-8.

disseminada sem maiores problemas, seja na Bíblia, seja em diversos ofícios e técnicas. Mas ela indica também um contínuo: ao ponderar algo, um dos pesos deve estar fixo. Se não, é impossível relacionar um determinado objeto ao outro, como é o caso do dinheiro, de um certo peso, de uma dada superfície, ou da medida divina para Jó. Mesmo que se queira apenas esclarecer qual das duas partes pesa menos, os pesos individuais permanecem fixos. Eles não serão fixados apenas no momento da ponderação. Esse é o caso também das nossas primeiras imagens da justiça representada com a balança, como, por exemplo, a pesagem de almas no antigo Egito. Aqui, o importante era que a alma da pessoa morta, pesada com uma urna de um lado da balança, correspondesse à medida de vida fixada pela deusa da verdade Maat do outro lado da balança.

Na ponderação política, filosófica ou prática reconhecida posteriormente, não há, no entanto, nenhuma medida fixa, seja no diário mencionado acima na introdução, seja na comparação filosófica das razões – a não ser que uma filosofia traga consigo as regras normativas ou uma hierarquia prática de valores, da forma como ocorre com os fatores de produção normativa para o direito. Mas essas regras são, primeiro, fundamentadas filosoficamente. A medida é fixada para *ambos os lados* apenas por meio do ator da decisão. No campo do direito, isso é um problema explosivo. Neste sentido, a imagem da justiça como balança engana no que diz respeito à ponderação jurídica porque distorce os próprios fatos do caso. O termo "ponderação" sugere assim segurança e estabilidade do procedimento que, em realidade, não existem. A imagem da balança conduz aqui à irracionalidade.

IX. Ponderando a ponderação – jurídica e politicamente

Devemos, portanto, rejeitar a ponderação como um método que não garante certas durabilidade e estabilidade das regras jurídicas e, além disso, ainda é enganoso? Essa pergunta pode ser respondida segundo dois critérios bem diferentes. Podemos considerá-la uma pergunta de política jurídica ou uma pergunta jurídica.

As considerações jurídicas devem partir do nosso direito vigente positivo, sobretudo da Lei Fundamental. Questões prático-jurídicas de método são questões constitucionais. A Lei Fundamental de 1949 reagiu à ditadura nacional-socialista; às suas normas racistas; à negação dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar, dos direitos subjetivos privados, da rigidez normativa no direito penal e dos respectivos meios processuais; ao estabelecimento de um judiciário parcial, tal como ancorado expressamente no *Projeto de Código Civil Popular* (*Volksgesetzbuch*) de 1942;[55] ao mandamento de uma parcial "jurisprudência dos

55 Regra fundamental n. 20: o juiz "decide de acordo com sua convicção livre, construída a partir do estado geral do problema e segundo a interpretação do direito sustentada pela visão de mundo nacional-socialista",

valores"[56]. Não por acaso, uma série de normas da Lei Fundamental utiliza uma linguagem clara contra a ponderação jurídica tal como analisada aqui. Certamente, isso não ocorre expressamente, até porque esse método não estava no horizonte dos redatores da Lei Fundamental em 1949. Mas corresponde ao sentido de princípios essenciais da LF: primeiro, em relação ao princípio do Estado de Direito no art. 20, 1, e art. 28, LF, o que significa, concretamente, a primazia e a reserva da lei parlamentar que, segundo a própria cláusula pétrea do art. 79, 3, LF, é imodificável; além disso, a vinculação concreta do juiz somente à lei no art. 97, 1, LF, segundo o qual os juízes "são independentes, submetendo-se apenas à lei", não podendo introduzir, portanto, nenhum outro critério de decisão; após, a vinculação de todo poder estatal "à lei e ao direito" segundo o art. 20, 3, LF, que reforça a vinculação à lei e cuja referência ao "direito" não pretendia abrir, como se costuma afirmar, uma válvula de escape para critérios valorativos judiciais, mas sim orientar o caminho para uma âncora de emergência frente a novas leis problemáticas, orientando, portanto, para normas supralegais como os direitos humanos e o direito internacional reconhecido; além disso, a limitação do judiciário por meio da separação de poderes e do controle retroativo dos poderes do Estado com base nos critérios fixados em proposições jurídicas e também por provocação; depois, a limitação quase nunca mencionada, mas ainda vigente, acerca da autorização para "desenvolvimento do direito" em relação a casos extremamente problemáticos, como o introduzido pelo § 137 da Lei de Organização Judiciária de 1935 [GVG – *Gerichtsverordnungsgesetz*], mantido de forma atenuada também no § 132, 4, GVG nas redações de 1975 e 1992, ou seja, em questões de "importância fundamental" e somente por meio de decisão colegiada do "grande senado". O fato de ser esse colegiado hoje evitado não muda nada em relação ao comando e à limitação do método aberto de desenvolvimento do direito. Soma-se a isso o controle de constitucionalidade concentrado no Tribunal Federal Constitucional após 1949, segundo o art. 100, LF, e com relação a queixas constitucionais [*Verfassungsbeschwerde*] com fulcro no art. 93, 1, 4a, LF, que também limita as competências da justiça ordinária – em resumo: uma quantidade enorme de garantias bem pensadas.

Obviamente, a pergunta que fica em face dessa rejeição crítica da ponderação diz respeito à sua alternativa metodológica do ponto de vista jurídico. Na maior parte das vezes, a resposta se limita à alternativa "subsunção ou ponderação" e à opinião de que colisões de normas são inevitáveis. Subsunção é entendida aqui como ilusão. Essa alternativa conduz, no entanto, à irracionalidade. Em primeiro lugar, existe, como mencionado acima, uma série

• • •

in: HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Das Volksgesetzbuch als Fundament großdeutschen Rechtslebens*. Berlim: Spaeth & Linde, 1942. p. 13.

56 LANGE, Heinrich. Mittel und Ziel der Rechtsfindung im Zivilrecht. In: _____. *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1936, v. 3, p. 922-925; LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. Op. cit.

de leis delegando competência decisória. Essas leis permitem ponderação expressamente, não havendo, portanto, sequer necessidade de subsunção. Onde ponderação não é permitida, a subsunção é obrigatória. Essa proposição remete a um procedimento segundo o esquema *se A, então B*, portanto, ao preenchimento da hipótese legal em vista de sua consequência jurídica. Caso os critérios da hipótese legal sejam relativamente abertos, como é o caso da boa-fé no § 242 do BGB, então o que está em jogo não é a invocação da bala de prata da cláusula geral, mas sim pormenorizações jurídico-dogmáticas, notadamente "em consideração aos usos do tráfego".[57] Isso significa que os casos centrais relativamente claros, sempre presentes no início de toda norma, devem ser comparados e completados por meio de analogia e comparações. Basta olhar os comentários ao § 242, BGB, ou aos chamados deveres de garantia do tráfego no § 823, BGB, ou também no direito de danos nos §§ 249 e seguintes do BGB, para notar como se realiza aqui um trabalho de concretização na linha da norma. O trabalho de tipificar a comparação de casos avança sempre sob orientação da regra geral, descendo até o elenco mais pormenorizado de casos e subindo novamente de volta à regra.[58] Com o passar do tempo, alcançam-se assim novas dogmatizações que, por sua vez, permitem novas diferenciações de hipóteses legais, melhorando-se, com isso, a orientação geral do direito. A ponderação também assume aqui uma posição limitada, mas legalmente legítima, na medida em que pode contribuir para a comparação dos casos. Isso, no entanto, só ocorre quando, a partir das ponderações dos casos concretos, elaboram-se novamente pontos de vista gerais para uma construção abrangente de regras. É isso que afirma o art. 1, inc. 2 e 3, do Código Civil suíço de 1912, frequentemente invocado como autoridade na matéria, quando afirma: "Não sendo possível retirar nenhum preceito da lei, então o juiz deve decidir segundo o direito costumeiro e, na falta também deste, segundo a regra que ele enunciaria caso fosse legislador" (inc. 2). "Ao fazê-lo, ele deve seguir a boa doutrina e a tradição" (inc. 3).

O juiz não recebe, aqui, uma autorização para ponderar, mas sim para uma decisão segundo uma "regra" e no sentido da "tradição". Claramente, o legislador procurou manter, também nestes casos, uma orientação o mais próximo possível de regras. Essa foi, de fato, uma solução inteligente. Portanto, a alternativa excludente entre subsunção e ponderação conduz desnecessariamente a um beco sem saída. Isso vale também para a operacionalização, amplamente recepcionada, com novos princípios e sua otimização. Na cultura jurídica norte-americana, marcada pelo precedente judicial e pela atividade dos advogados, isso assume um

• • •

57 Sobre o destino dessa "consideração", ver a análise reveladora de AL-SCHAMARI, Nadia. *Die Verkehrssitte in § 242:* Konzeption und Anwendung seit 1900. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

58 Ver sobre o tema, frequentemente ignorado pela literatura, ZIPPELIUS Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. ed. Munique: Beck, 2007.

significado completamente diverso do que na cultura jurídica continental baseada na lei. De modo que o transplante parece ser, de um lado, desnecessário, pois princípios gerais do direito há muito tempo já pertencem, aqui, à cultura legislativa e de forma sistemática. No entanto, aparenta deslocado, pois o método dos princípios como mandamentos de otimização transforma a cultura jurídica em detrimento do parlamento. A implementação de princípios constitucionais, de início ainda razoavelmente genéricos e carregados do ponto de vista político, também pertence às tarefas jurídicas tradicionais e não justifica nenhum método fundamentalmente diverso.

Juridicamente, afirmar que colisões de normas são inevitáveis também não é exato. Controlar juridicamente colisões de normas, em vez de simplesmente deixá-las abertas para a justiça do caso concreto, é algo que pertence à experiência secular das culturas jurídicas europeias continentais. Já apresentamos as técnicas mais conhecidas de controle: a distinção entre regra e exceção, a construção de hierarquias, a separação de áreas (público e privado) e a construção comparativa de grupos de casos. Podemos ainda acrescentar outras técnicas, como a diferenciação histórica da regra e, de modo geral, o âmbito dos métodos de interpretação. Quem conhece o cuidado da literatura de direito comum ao tratar de ampliações e reduções da regra em vista do caso concreto sabe disso muito bem. Infelizmente, os exemplos concretos não são mais facilmente acessíveis como antes.[59] Resolver colisões desta forma constitui uma das grandes conquistas de uma ciência do direito orientada por normas e não por decisões.

A ponderação jurídico-política, ao contrário, não se vincula a regras mais ou menos fixas do ponto de vista normativo. Essa é justamente a característica das decisões políticas. Aqui, fazemos perguntas do tipo: que valor atribuímos ao Estado de Direito? Essa pergunta deve ser respondida diferentemente segundo a maior ou menor intensidade da interferência, ou seja, de forma mais rígida para o direito tributário, administrativo e penal, assim como para as normas de ordem pública no direito civil; de forma mais aberta, no entanto, para o planejamento regional e a seguridade social. O mesmo ocorre com a pergunta: que valor atribuímos à certeza do direito? Frente a intervenções iminentes, frustrações e erros de cálculo, ela é mais importante do que normas sem consequências. Em geral, pode-se dizer que a certeza a respeito do direito deveria ser alta num sistema de bem-estar nunca tão intensamente juridificado como o atual, no qual um número tão grande de cidadãos depende direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente de posições jurídicas.

59 Um exemplo disso se encontra em RÜCKERT, Joachim. Introdução ao § 1 do BGB. In: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, nr. 81 quanto à distribuição de riscos em contratos de empreitada.

60 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlim: Veit und Co., 1840. p. 330.

O sistema jurídico deveria assumir a tarefa de facilitar a orientação. Isso certamente não ocorre por meio de decisões baseadas em ponderações a depender das circunstâncias do caso concreto, posto que delas dificilmente se extraem orientações prospectivas. A tarefa não se resume aqui a uma decisão justa, implicando também, ao mesmo tempo, que se forneça uma orientação concreta a partir de regras gerais. Por isso, deve-se privilegiar a técnica de construção das hipóteses legais tal como desenvolvida ao longo dos séculos. Ela instrui o jurista a oferecer permanentemente claras orientações com base na estrutura da norma *se A, então B*. Certamente, do ponto de vista corporativo, pode ser interessante recorrer a ponderações. O que se exige e é produtivo para *pax et iustitia*, no entanto, é algo bem diferente.

Frequentemente se contrapõe a essa visão um certo "realismo metodológico", para o qual toda decisão é, de qualquer modo, simplesmente uma decisão. Justamente esse "simplesmente" é o que transforma o realismo em cinismo. Pois, se a vinculação entre caso e norma certamente não é puramente lógica ou puramente racional, ela também não se esgota em decisionismo ou irracionalismo. A depender da norma e do caso, é possível construir uma vinculação mais ou menos clara de ambos, dogmatizá-la na forma de características da regra e concentrá-la em hipóteses legais com determinadas consequências jurídicas. Justamente aqui reside uma tarefa jurídica altamente razoável, reconhecida e verdadeiramente adequada ao Estado de Direito. De outro modo, destruir-se-ia a legitimidade fundamental da justiça e da administração públicas, segundo a qual elas não decidem baseadas na própria iniciativa e discricionariedade, mas sim orientadas pelo parlamento. Obviamente, nós podemos virar de cabeça para baixo o nosso sistema – mas é preciso ter bem presente o que estamos fazendo. Uma outra pergunta é saber se devemos oferecer outros mecanismos de solução de conflitos além do sistema judiciário, como, por exemplo, mediação e arbitragem, que funcionam em bases voluntárias e nos quais ponderação parece ser mais apropriada.

Os "experimentos jurídicos dos homens consigo mesmo", na expressão utilizada por Gustav Hugo (1790), nos ensinaram que, para as difíceis dogmatizações, devemos convocar instituições e pessoas específicas. Como se sabe, interpretação e desenvolvimento do direito, bem como aplicação e ponderação do direito, são analítica e normativamente distinguíveis de forma muito nítida, mas nem tanto *de facto*. Esse problema é tão antigo quanto as suas soluções conhecidas, do pretor romano com seu poder de desenvolver o direito por meio do edito, passando pela tentativa de se estabelecerem comissões permanentes para consultas em casos difíceis (chamadas *référé legislatif*), ou pela introdução de tribunais com legitimidade específica, como a Corte de Cassação francesa a partir de 1800, ao qual se atribuía, nas palavras de Savigny, "aquela interpretação extensiva e restritiva incompatível com o exercício puro da judicatura e que não se enquadra no campo da verdadeira interpretação",[60] até o Tribunal Federal Constitucional alemão, com a sua composição oficial, e também o Tribunal Federal do Trabalho, com a sua composição especial paritária por meio de representantes dos dois lados de empregadores e empregados.

A análise histórico-crítica indica, portanto, as condições de ponderações sensatas e ponderações menos sensatas no sistema jurídico. Assim, pode-se perceber uma transformação funcional da "ponderação": de um princípio de procedimento não jurídico para um instrumento de concretização de direitos fundamentais, de planejamento regional, de direito público ou mesmo da ciência do direito em geral. Tanto rigidez normativa quanto ponderação devem ser otimizadas, cada uma, entretanto, em seu lugar, mantendo-se a rigidez acima de tudo. Pois a função do direito significa garantir durabilidade às expectativas, organizando a segurança das expectativas. Isso vale também para a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito como o de "ponderação".

Joachim Rückert

Professor emérito da Goethe-Universität Frankfurt am Main. Doutor e livre-docente em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München. Doutor *honoris causa* pela Universität Tartu.

rueckert@jur.uni-frankfurt.de

Thiago Reis

Professor em tempo integral na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Doutor em Direito pela Goethe-Universität Frankfurt am Main.

thiago.reis@fgv.br

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 03.10.2017
Aprovado: 15.12.2017

DOI: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201812

O direito como revelador das transformações sociais contemporâneas: a abordagem sociopolítica de Jacques Commaille

LAW AS A REVELATOR OF CONTEMPORARY SOCIAL TRANSFORMATIONS: THE SOCIOPOLITICAL APPROACH OF JACQUES COMMAILLE

Orlando Villas Bôas Filho[1]

Resenha do livro:
COMMAILLE, Jacques. *À quoi nous sert le droit?* Paris: Gallimard, 2015. 522 p.

1 Universidade de São Paulo
São Paulo – SP – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-4077-9982

CC BY-NC

A obra de Jacques Commaille constitui, seguramente, uma das mais importantes expressões da sociologia jurídica francófona contemporânea. Tendo realizado sua formação junto a grandes figuras do cenário intelectual francês, tais como Georges Gurvitch, Raymond Aron e Pierre Bourdieu, o autor iniciou suas análises acerca do direito vinculado ao jurista Jean Carbonnier, a quem auxiliou, na qualidade de sociólogo, por ocasião da reforma do Código Civil, em meados da década de 1970. A partir dessa experiência, em que tomou contato com as técnicas de produção legislativa e com as dinâmicas políticas envolvidas nessa atividade, Commaille desenvolveu uma "sociologia política do direito" que, segundo André-Jean Arnaud, constitui um verdadeiro paradigma de análise da regulação jurídica no âmbito da discussão francesa.[1] Trata-se de uma perspectiva que, diferentemente do que ocorria no âmbito da "sociologia legislativa" de Carbonnier, desvincula a análise sociológica de sua posição ancilar e instrumental relativamente ao processo de reforma da legislação.[2]

O livro intitulado *À quoi nous sert le droi?*, publicado no final de 2015, consagra, portanto, uma longa e consistente trajetória acadêmica dedicada ao que, nas palavras do próprio autor, poder-se-ia designar como uma "pesquisa de complementaridades".[3] Trata-se de uma obra na qual Jacques Commaille, retomando e aprofundando análises anteriores, procura mostrar que o direito consiste em um extraordinário revelador das transformações dos modos de regulação social e política. Assim, pretendendo se inscrever na tradição dos fundadores da sociologia, o autor inicia sua análise sublinhando que o direito pode ser enfocado como um paradigma para a compreensão das mutações sociais e políticas contemporâneas.[4] Neste sentido, visando assumir uma perspectiva resolutamente interdisciplinar, propõe uma redefinição da relação entre a ciência jurídica e as ciências sociais de modo a superar a tendência de desqualificação recíproca que se construiu entre esses âmbitos.[5]

• • •

1 Cf. Arnaud (1998) e Arnaud e Noreau (1998). Acerca da importância da "sociologia política do direito" de Jacques Commaille, ver também: Corten (1998); Delpeuch, Dumoulin e Galembert (2014); García Villegas (2015) e Villas Bôas Filho (2015a).

2 Cf. Commaille (1988 e 2013).

3 A respeito, Commaille (2015, p. 24), referindo-se à sua trajetória, se declara "de plus en plus militant d'une pluri et même d'une interdisciplinarité [...]". Propõe, assim, o que designa de "recherche de complémentarité" (COMMAILLE, 2016a, p. 12).

4 Cf. Commaille (2015 e 2016a).

5 Segundo o autor, "il n'est pas indifférent de se rappeler que ces rapports entre la sociologie, les sciences sociales et le droit sont d'abord des rapports de rejet. En France, la sociologie a disqualifié le droit comme objet de recherche au motif que celui-ci n'était que le 'miroir' et le simple instrument de gestion de rapports sociaux, déterminés par les rapports économiques qui sont ceux de l'économie capitaliste. La science politique a superbement ignoré le droit, masquant par une transposition dans un argumentaire relevant du registre épistémologique ce qui tenait d'abord à un conflit de nature institutionnelle avec les Facultés de droit" (COMMAILLE, 2016a, p. 2).

A obra é constituída por sete capítulos, divididos em três partes. Na primeira delas, composta dos capítulos I, II e III, Jacques Commaille enfoca a construção social do direito. A segunda, abrangendo os capítulos IV e V, versa sobre as reviravoltas que atingem a regulação jurídica. A terceira parte, que abarca os capítulos VI e VII, dirige-se à análise das mutações atuais da legalidade. Por fim, na conclusão, o autor examina em que medida o direito revela as mutações sociais e as incertezas da ordem política. Para desenvolver essa análise, Commaille mobiliza uma vasta gama de interlocutores dentre os quais se inscrevem, por exemplo, clássicos da sociologia, tais como Émile Durkheim, Karl Marx, Max Weber e Talcott Parsons; grandes filósofos e sociólogos contemporâneos, notadamente Georges Gurvitch, Jürgen Habermas, Louis Althusser, Michel Foucault e Pierre Bourdieu; expressivos teóricos do direito, especialmente Alain Supiot, André-Jean Arnaud, Antoine Garapon, Boaventura de Sousa Santos, François Ost, Jacques Chevallier, Jean Carbonnier, Jean-François Perrin, Jérôme Pélisse, Michel van de Kerchove, Mireille Delmas-Marty, Patricia Ewick, Pierre Lascoumes, Pierre Legendre, Ronald Dworkin e Susan Silbey; autores da antropologia social e jurídica, tais como Claude Lévi-Strauss, Christoph Eberhard, Étienne Le Roy, Louis Assier-Andrieu e Norbert Rouland; e, por fim, historiadores, como Fernand Braudel, François Hartog, Jean Chesnaux e Pierre Rosanvallon. A amplitude e a diversidade de autores mobilizados na obra revelam sua densidade e seu caráter interdisciplinar.

A primeira parte do livro consigna a pretensão de realizar de uma ruptura epistemológica relativamente à representação dominante da legalidade que o autor designa de "juridismo".[6] Segundo ele, tal representação, ao caracterizar o "Direito" como portador de uma "Razão jurídica", associar-se-ia a uma concepção hierarquizada, piramidal e *top down* da regulação política e, também, a certas teorias das ciências humanas e sociais que, ao assumirem uma postura radicalmente crítica, inspirada pelo "paradigma da dominação", tenderiam a desenvolver uma perspectiva que entroniza o direito estatal, excluindo, por isso, toda e qualquer possibilidade de resistência. Segundo Jacques Commaille, autores como Michel Foucault e Pierre Bourdieu seriam exemplos expressivos dessa perspectiva, pois ambos tenderiam a focalizar a regulação jurídica como um instrumento a serviço da dominação. Assim, ao enfocar o direito como uma espécie de "máscara do poder", Foucault acabaria por reduzi-lo a um mero dispositivo de controle social que participa da "governamentalidade disciplinar".[7]

• • •

6 A respeito, Commaille (2015, p. 410) ressalta que "j'emploie le qualificatif de 'juridiste' pour désigner des modes de pensée, des visions du monde social, des manières d'être, découlant étroitement de l'appartenance à l'univers juridique". Note-se, ademais, que a ruptura epistemológica propugnada pelo autor põe em questão a pretensão de monopólio da representação "juridista" de modo a concebê-la apenas como uma das duas faces do que ele designa de "modèle de légalité duale" (COMMAILLE, 2015, p. 65 e ss.).

7 Caberia indagar se essa descrição não seria matizada pela análise que Fonseca (2012) faz das "imagens" do direito na obra de Foucault.

Por sua vez, no pensamento de Bourdieu, o direito, concebido como um instrumento eficaz de garantia da reprodução social, serviria ao propósito de perpetuação da dominação e de consagração do *status quo*.

Contudo, conforme sublinha Jacques Commaille, no âmbito da história do "pensamento jurídico" (*pensée juridique*) e do "pensamento sobre o direito" (*pensée sur le droit*), haveria uma outra representação da regulação jurídica que a conectaria à sociedade. Essa representação se expressaria claramente em perspectivas como as de Georges Gurvitch, que sustentava a existência de um direito "imerso" na tessitura social, e Alan Hunt, com sua visão de um direito "constitutivo" da sociedade.[8] Assim, fazendo alusão a autores como Louis Assier-Andrieu, Pierre Lascoumes e Hartwig Zander, Commaille observa que concepções como as de Gurvitch e Hunt permitiriam vislumbrar a existência de uma juridicidade fundada na consciência do povo paralelamente à legalidade manejada pelos juristas, de modo a substituir a representação clássica de um direito fechado sobre si próprio por outra que o inscreve nas relações sociais. Para o autor, essa representação alternativa abrangeria também autores como Eugen Ehrlich no âmbito da escola do "direito vivo" (*Das lebende Recht*), Sally Engle Merry, como expressão do movimento *Law and Society*, e Patricia Ewick e Susan Silbey, como figuras emblemáticas da corrente *Legal consciousness*.[9]

Essa tentativa de ruptura epistemológica e de distanciamento relativamente à representação convencional do direito, realizada no bojo da primeira parte da obra, se completa com uma abordagem relativa a quem são e o que fazem os atores do direito. Neste sentido, partindo da premissa de que os profissionais do direito são atores sociais, Jacques Commaille enfoca as vicissitudes que incidem e influenciam as práticas de tais atores. Mobilizando os aportes da sociologia das profissões, o autor examina as pressões sociais, políticas, culturais e econômicas que afetam as atividades jurídicas em meio à crise que acomete os profissionais em geral.[10] Assim, além de analisar aspectos relativos à progressiva fragilização do estatuto social dos profissionais do direito, Commaille aborda também seus reflexos na própria formação jurídica. Nesse contexto, sublinha, sobretudo, a tendência de expansão dos *case studies*, praticados nas *Law Schools* americanas, para os mais diversos contextos acadêmicos. Por isso, citando Anne-Sophie Chambon, aponta para o progressivo "déplacement d'un savoir sur *ce qu'est le droit* vers une connaissance de *ce que font les juristes*" (COMMAILLE, 2015, p. 152).

8 No que concerne à obra de Gurvitch, ver, especialmente, Commaille (2016b).

9 Poder-se-ia também incluir, no âmbito dessa representação, expressivos teóricos da antropologia jurídica, tais como Étienne Le Roy. Acerca da obra deste autor, ver Villas Bôas Filho (2014 e 2015b).

10 Como ressalta Commaille (2015, p. 150-151), "les pratiques des professionnels du droit et leurs transformations s'inscrivent dans des tendances lourdes auxquelles sont exposées l'ensemble des professions".

A segunda parte da obra versa sobre a exigência de um novo quadro analítico para a compreensão do que o direito é capaz de revelar relativamente às mutações da regulação política e social na contemporaneidade. Para desvelar essa questão, Jacques Commaille mobiliza as variáveis "espaço" e "tempo", por ele consideradas determinantes na estruturação da sociedade.[11] No que concerne à primeira variável, enfatiza que a regulação jurídica se inscreve cada vez mais em um espaço multicêntrico, caracterizado por uma pluralidade crescente de arenas em meio às quais o direito passa a se ancorar em interações múltiplas de agentes inscritos nos níveis local, nacional e supranacional. Logo, aludindo notadamente às análises de Boaventura de Sousa Santos, sustenta a existência de "três espaços jurídicos" que tomariam a forma de uma "legalidade local", uma "legalidade nacional" e uma "legalidade mundial".[12] Trata-se de um processo que, segundo o autor, expressaria uma "nova economia normativa", marcada mais por seu caráter horizontal do que vertical. Por conseguinte, mobilizando as considerações de François Ost e Michel van de Kerchove, alude à passagem da "pirâmide" à "rede". O que fica especialmente evidenciado em tal análise é a progressiva imposição de uma concepção da legalidade que não se enquadra mais em uma visão monista, de modo a demandar uma perspectiva pluralista para o desenvolvimento de uma abordagem adequada da regulação jurídica. Além disso, verifica-se também a paulatina problematização da legitimidade de um processo *top down* de produção normativa.

Deste modo, Commaille sublinha a passagem de uma concepção do direito como "referência intangível" para outra que o caracteriza como um "recurso" suscetível de ser manejado por atores e por movimentos sociais na consecução dos objetivos por eles almejados. Conforme ressalta o autor, essa tendência relativizaria o papel do Estado, uma vez que reforça a ideia de direitos oponíveis às ordens jurídicas nacionais por cidadãos e grupos que comporiam o que Stanley Hoffman designa de "a new global society".[13] Observar-se-ia, assim, a emergência de novas formas de mobilização coletiva que, muitas vezes, recorrem à arena judicial visando à preservação ou ao estabelecimento de direitos no plano transnacional. Tudo isso conduz a uma redefinição do papel do Estado e da atividade jurídica. Para analisar essa questão, Commaille aborda, em primeiro lugar, as mudanças profundas ocorridas no âmbito da "jurisdição" do Estado. Em seguida, enfoca as vicissitudes decorrentes da progressiva assunção, pelo direito e pelos tribunais, de uma posição de gestão social. Por fim,

11 A respeito, Commaille (2015, p. 37) ressalta que "je privilégie ici deux 'entrées' pour fonder ma démonstration: celle des territoires (chapitre IV); celle des temporalités (chapitre V), c'est-à-dire ces deux variables déterminantes dans la structuration des sociétés : l'espace et le temps".

12 Commaille (2015, p. 168 e 442) alude, especialmente, à progressiva imposição de uma "légalité mondiale". Cumpre notar que, a esse respeito, também é feita a menção às perspectivas de autores como Gunther Teubner, Saskia Sassen e Catherine Colliot-Thélène.

13 Sobre essa questão, ver também Chevallier (2008 e 2011).

focaliza a atividade jurídica em um cenário marcado pelo movimento progressivo de racionalização gerencial do setor público que conduziria a uma espécie de "new public management". Para empreender tais análises, são mobilizados, especialmente, autores como Bruno Jobert, Jacques Chevallier, Patrice Duran, Pierre Lascoumes, Patrick Le Galès, Jacques Caillosse, Malcolm F. Feeley, Edward Rubin e Ran Hirschl.

A segunda variável mobilizada na análise que Jacques Commaille empreende acerca da capacidade do direito em desvelar as mutações contemporâneas da regulação política e social é o tempo.[14] Para tanto, partindo da premissa de que tempo e direito são construções sociais, assevera que as alterações no "tempo do direito" ("temps du droit") tornar-se-iam reveladoras das mudanças de estatuto no seio das sociedades. Deste modo, sustentando que as representações do tempo refletiriam as do direito, Commaille associa a primeira "face" do que denomina de "modelo de legalidade dual" (ou seja, aquela designada de "juridista" que define o "Direito" como "Razão") a uma concepção da temporalidade caracterizada pelo que Fernand Braudel qualificava como "la longue durée".[15] Segundo ele, a essa representação clássica da temporalidade jurídica revelaria uma visão linear na qual o posicionamento no presente se enraizaria no passado para se projetar no futuro. Trata-se, assim, de uma representação que remete para o princípio da permanência.[16]

Ora, nesse contexto, as ciências sociais, justamente porque enfatizam a mudança, entrariam em tensão com essa visão "juridista" que remete à permanência.[17] Por conseguinte, Commaille, a partir da mobilização de autores como François Hartog, François Ost, Hartmunt Rosa, Zygmunt Bauman e Jean-François Lyotard, aponta os reptos experimentados pela representação "juridista" da temporalidade em virtude das transformações econômicas,

• • •

14 A respeito, Commaille (2015, p. 240) ressalta que "le temps que je choisis comme 'entrée' n'est pas un temps conçu de façon abstraite et universelle. Il est ici un temps construit socialement, relatif en fonction des contextes historiques et en fonction des contextes culturels. L'objectif est de comprendre comment le droit est inscrit temporellement dans la vie sociale, culturelle et politique des sociétés et comment ceux qui l'activent participent à cette inscription". Sobre a questão do tempo como uma construção social, ver, especialmente, Bourdieu (2012 e 1993).

15 A respeito, ver, especialmente, Braudel (1958), Kula (1999) e Perrot (1999).

16 Segundo Commaille (2015), haveria uma espécie de conjugação entre a naturalidade atribuída ao tempo e a que é conferida ao direito.

17 Conforme Commaille (2015, p. 255), "ce choc des temporalités provoque effectivement des effets de grande ampleur sur les représentations des acteurs de la sphère juridique. La pression croissante des temporalités sociales sur les temporalités juridiques est propre à nourrir ce pessimisme qui apparaît comme une grande constante dans la rhétorique juridique et qui s'exprime, comme nous l'avons déjà vu, en termes de 'déclin du droit' ou encore de 'généralisation de l'insécurité juridique' provoquée par le fait de 'privilégier les intérêts du présent'".

sociais e culturais e também diante das novas formas de regulação política que, ao engendrarem uma aceleração do tempo, desestabilizam essa representação tradicional. O tratamento dessa questão se completa com a análise das "temporalidades extrajurídicas" a partir da qual o autor procura realizar uma confrontação da atividade jurídica com as temporalidades políticas, sociais e culturais. Procura, portanto, demonstrar que, tal como sustenta Peter Fitzpatrick, o direito está "saturado de temporalidades" (COMMAILLE, 2015, p. 259).

A terceira parte da obra se dirige à análise das "mutações contemporâneas da legalidade". Para tanto, enfoca, inicialmente, a "economia das relações entre a atividade jurídica e a política", uma vez que se parte da premissa de que as formas de expressão da atividade jurídica inscrever-se-iam em um quadro geral que se exprime na ordenação política das sociedades. Assim, o destino da regulação jurídica seria dependente das novas formas de organização política, especialmente no que tange à globalização.[18] Por esse motivo, abordar as transformações do direito permitiria o desvelamento das mudanças experimentadas pela ordem política. É, aliás, por esse motivo que considera que a crise da "democracia representativa" e as tentativas de substituí-la por uma "democracia participativa" seriam consubstanciais à contestação da legitimidade da lei oriunda de um processo *top down* e de uma problematização da "primeira face do modelo de legalidade dual: aquela do 'Direito' como 'Razão'" (COMMAILLE, 2015, p. 297). Trata-se da tendência, destacada pelo autor ao longo do livro, de problematização do monopólio de uma representação do "direito como referência" ("droit comme référence") e de reivindicação de um "direito como recurso" ("droit comme ressource") o que, em sua perspectiva, sugeriria uma concepção da regulação jurídica menos fundada sobre a ideia de unidade e de monismo que sobre a de pluralismo.[19]

Deste modo, sublinhando que as incertezas relativas ao porvir da regulação jurídica seriam indissociáveis das que perpassam as da organização política, Commaille reafirma sua tese de que o direito não seria apenas um instrumento de regulação social. Conforme procura ressaltar, para além dessa dimensão regulatória, o direito também desvelaria, de modo excepcional, as finalidades sociais e políticas que o atravessam e, por esse motivo, as formas de regulação que se organizam nessas duas esferas, tal como as tendências de reconfiguração que lhes são ínsitas.[20] Assim, em termos conclusivos, o autor questiona se o "paradigma

• • •

18 A respeito, ver, especialmente, as clássicas análises de Arnaud (1997, 2003 e 2004).

19 Conforme observa Commaille (2015, p. 297), trata-se da "remise en question du monopole d'une représentation du droit comme référence et la revendication d'un droit comme ressource suggèrent *une conception de la légalité moins fondée sur l'idée d'unicité, de monisme, que sur celle de pluralisme*". A respeito, no âmbito da discussão francesa, ver, especialmente, Delmas-Marty (2006).

20 Segundo Commaille (2015, p. 381), "le droit est indissociable des sociétés dans lesquelles il œuvre. Le droit n'a pas seulement vocation à réguler ces sociétés dans leurs multiples facettes. Dans ce qu'il énonce,

da dominação" – representado por importantes autores como Bourdieu e Foucault – remanesceria adequado para a apreensão e explicação das expressivas e complexas transformações assumidas pelos "regimes de regulação social e política" ou se não conviria repensá-lo à luz das tensões decorrentes do "modelo de legalidade dual" apresentado na primeira parte da obra.

Evidentemente que isso não implica desconsiderar os processos de dominação em curso na sociedade contemporânea. Contudo, caberia apontar suas metamorfoses, especialmente no que concerne à sua maior difusão e descentramento que tenderiam a torná-la "policêntrica".[21] Em meio a isso, o autor procura focalizar as formas de resistência que se delineariam na atualidade. É nesse sentido que, em um artigo publicado logo após a edição da obra, Commaille, com o intuito de sublinhar as estratégias contra-hegemônicas que mobilizam o direito, alude à obra de Michel de Certeau para tratar das "táticas" mobilizadas pelos "mais fracos" para neutralizar ou mitigar as "estratégias" dos "poderosos".[22] Essa questão remete, segundo o autor, para a necessidade de um "novo modelo de legalidade" que seja capaz de conjugar as complementaridades das duas "faces" constitutivas do "modelo de legalidade dual" para o propósito de implementação de uma sociedade verdadeiramente democrática.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques. *Droit et société*, v. 35, p. 11-35, 1997.

• • •

dans ce qu'on en fait, dans les façons dont il est investi, d'abord par ceux qui ont pour fonction d'en avoir la maîtrise, il nous dévoile aussi, de façon exceptionnelle, ce qu'il porte de finalités sociales et politiques, ce que sont, plus généralement, les modes de régulation sociale et politique des sociétés et ce que sont leurs reconfigurations".

21 Sobre esse ponto, Commaille (2015, p. 400) enfatiza que "l'enjeu est désormais de saisir les causes, les manifestations, les devenirs possibles d'une *régulation polycentrique* de par la multiplicité de ses polarités et de ses ancrages géographiques et culturels".

22 A respeito, Commaille (2016a, p. 8) afirma que "Michel de Certeau (1980) parle de ces 'tactiques' des 'faibles' susceptibles de neutraliser ou de détourner les 'stratégies' des 'puissants'". Poder-se-ia aqui pensar no direito como um instrumento para promoção do que Jan Pato ka designava de "la solidarité des ébranlés".

_____. *Le droit trahi par la sociologie*. Une pratique de l'histoire. Paris: LGDJ, 1998.

_____. *Gouvernants sans frontières*. Entre mondialisation et post-mondialisation. v. 2 de la *Critique de la raison juridique*. Paris: LGDJ, 2003.

_____. *Entre modernité et mondialisation*. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État. 2. ed. Paris: LGDJ, 2004.

_____; NOREAU, Pierre. The sociology of law in France: trends and paradigms. *Journal of Law and Society*, v. 25, n. 2, p. 257-283, 1998.

BOURDIEU, Pierre. Esprits d'État [Genèse et structure du champ bureaucratique]. *Actes de la recherche en sciences sociales*, v. 96-97, p. 49-62, mar. 1993.

_____. *Sur l'État*. Cours au Collège de France 1989-1992. Paris: Éditions Seuil, 2012.

BRAUDEL, Fernand. Historie et sciences sociales: la longue durée. *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n. 4, p. 725-753, 1958.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008.

_____. *L'État*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2011.

COMMAILLE, Jacques. *À quoi nous sert le droit?* Paris: Gallimard, 2015.

_____. À quoi nous sert le droit pour comprendre sociologiquement les incertitudes des sociétés contemporaines? *SociologieS* [En ligne], Dossiers, Sociétés en mouvement, p. 1-12, 2016a. Disponível em: <http://sociologies.revues.org/5278>. Acesso em: 7 mar. 2016.

_____. Les enjeux politiques d'un régime de connaissance sur le droit. La sociologie du droit de Georges Gurvitch. *Droit et société*, n. 94, p. 547-563, 2016b.

_____. The Law and Science: dialectics between the prince and the maidservant. *Law and Policy*, v. 10, n. 2 & 3, p. 253-265, 1988.

_____. Uma sociologia política do direito. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 108, p. 929-933, 2013.

CORTEN, Olivier. Éléments de définition pour une sociologie politique du droit. *Droit et Société*, n. 39, p. 347-370, 1998.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II)*. Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006.

DELPEUCH, Thierry; DUMOULIN, Laurence; GALEMBERT, Claire de. *Sociologie du droit et de la justice*. Paris: Armand Colin, 2014.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Les pouvoirs du droit*. Analyse comparée d'études sociopolitiques du droit. Paris: LGDJ, 2015.

KULA, Witold. Histoire et économie: la longue durée. In: REVEL, Jacques. *Fernand Braudel et l'histoire*. Paris: Hachette Littératures, 1999. p. 83-106.

PERROT, Jean-Claude. Le présent et la durée dans l'œuvre de Braudel. In: REVEL, Jacques. *Fernand Braudel et l'histoire*. Paris: Hachette Littératures, 1999. p. 165-185.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 109, p. 281-325, jan.-dez. 2014.

_____. A juridicização e a judiciarização enfocadas a partir da "sociologia política do direito" de Jacques Commaille. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 56-75, jul.-dez. 2015a.

_____. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne le Roy. *Revista Direito & Práxis*, v. 6, n. 12, p. 159-195, 2015b.

Orlando Villas Bôas Filho

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ovbf@usp.br

V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

29

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

ISSN 2317-6172
9 772317 617004